

P.B. Hugenholtz

Auteursrecht op informatie

Auteursrechtelijke bescherming
van feitelijke gegevens
en gegevensverzamelingen in
Nederland, de Verenigde Staten
en West-Duitsland.
Een rechtsvergelijkend
onderzoek

3^xa_x

AUTEURSRECHT OP INFORMATIE

Het Amsterdam Academic Archive is een initiatief van Amsterdam University Press.
In de serie verschijnen (populair-)wetenschappelijke publicaties die niet meer leverbaar zijn, maar waarnaar nog wel vraag is in binnen- en buitenland.
Relevante delen van deze publicaties zijn ook in te zien in het repository van Amsterdam University Press: www.aup.nl/repository. Achter in dit boek vindt u een overzicht van titels die in 2005 zijn verschenen.

P.B. Hugenholtz

Auteursrecht op informatie

Auteursrechtelijke bescherming
van feitelijke gegevens
en gegevensverzamelingen in
Nederland, de Verenigde Staten
en West-Duitsland.
Een rechtsvergelijkend
onderzoek

3^x_xa

Amsterdam Academic Archive

Auteursrecht op informatie is de dissertatie van P.B. Hugenholtz,
en werd eerder uitgegeven in 1989 door Kluwer te Deventer.
De AAA-editie is een ongewijzigde herdruk.

Omslagontwerp: René Staelenberg, Amsterdam

ISBN 90 5356 849 2

NUR 820

© Amsterdam University Press · Amsterdam Academic Archive, 2005

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd,
opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt,
in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën,
opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande
schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel
16B Auteurswet 1912 jO het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het
Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de
daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht
(Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze
uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16
Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Dit boek is een facsimile uitgave van het proefschrift waarop ik op 24 november 1989 aan de Universiteit van Amsterdam ben gepromoveerd. Promotores waren D.W.F. Verkade (destijds hoogleraar aan de Universiteit Leiden, tegenwoordig Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad) en E.J. Dommering (Instituut voor Informatierecht, UvA). Een handelseditie is in 1989 uitgegeven door Kluwer, Deventer, ISBN 9026819684. Op de achterflap van de oorspronkelijke uitgave werd het boek als volgt aangekondigd:

“Volgens een oude auteursrechtelijke wijsheid beschermt het auteursrecht slechts de vorm, niet de feitelijke inhoud van een werk. De praktijk bewijst echter, dat het auteursrecht bij de bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen een belangrijke rol kan spelen. Rechter in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten verlenen regelmatig bescherming aan catalogi, telefoongidsen, omroepprogramma-gegevens, koerslijsten, bibliografische registers, biografische informatie, nieuwsberichten, wetenschappelijke onderzoeksresultaten, almanakken en – niet te vergeten – feestwijzers en predikbeurtenlijsten.

In *Auteursrecht op informatie* wordt onderzocht in hoeverre de auteursrechtelijke theorie met de praktijk verzoend kan worden. Het boek bevat vier hoofdstukken. Het eerste handelt over het begrip informatie, een term waarover veel misverstand bestaat. Uitgaande van de informatietheorie worden de verschillende betekenissen van informatie en het daaraan nauw verwante begrip gegevens op een rijtje gezet. Het tweede hoofdstuk bestaat uit een analyse van het auteursrechtelijke werkbegrip, mede aan de hand van de bescherming van triviale werken ('kleine Münze'). Toepassing van de informatietheorie op het auteursrechtelijke object leidt tot verrassende resultaten. Het derde hoofdstuk bevat uitvoerige jurisprudentie over de bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten. Het boek wordt afgesloten met een beschouwing over de relatie tussen auteursrecht en informatievrijheid.”

Mijn dissertatie handelde, kort samengevat, over de vraag of en ik hoeverre het auteursrecht geschikt is om feitelijke gegevens te beschermen. De conclusie was: misschien wel; het auteursrechtelijke criterium van oorspronkelijkheid (eigen persoonlijk karakter) staat er in elk geval niet aan in de weg. Originaliteit is net als informatie een relatief en subjectief begrip. Wat de een oorspronkelijke vorm noemt, is voor de ander onbeschermd inhoud. Het is maar wat de waarnemer – in de praktijk: de rechter – er van maakt. Auteursrechtelijke bescherming van informatie is dus vooral een kwestie van rechtspolitiek. Willen we auteursrechtelijke bescherming voor een gegevensverzameling, dan noemen we ze origineel. Willen we ze liever in het publieke domein, dan spreken we van onbeschermd feiten.

Er is sinds 1989 veel veranderd in het auteursrecht, maar deze ontnuchterende conclusie staat nog overeind. Gekanteld is wel het rechtswetenschappelijke paradigma. In de jaren '80 wapperde de vlag van het auteursrecht nog fier op de ivoeren toren van de wetenschap. Slechts een enkele buitenstaander waagde het zich kritisch uit te laten over de proliferatie van het recht van de intellectuele eigendom.¹ De discussies in weten-

schappelijke kring gingen eerder over uitbreiding dan over beperking van het domein en de reikwijdte van het auteursrecht. Kort na het verschijnen mijn boek is het tij gaan keren. Mr. F. Kuitenbrouwer zag in mijn proefschrift, en het naar aanleiding daarvan door het Instituut voor Informatierecht georganiseerde internationale symposium² voldoende stof voor een bezorgde opinie in NRC Handelsblad.³ Geïnspireerd door onze discussies wijdde Verkade een deel van zijn Leidse oratie aan de informatievrijheid als remedie tegen de opmars van het auteursrecht.⁴ Korte tijd later wijdde Prof.mr. J.H. Spoor zijn oratie aan de “de gestage groei van merk, werk en uitvinding”.⁵

Zou mijn proefschrift de omslag naar een meer kritische benadering van het auteursrecht hebben ingeluid? Misschien wel. Hoewel ik, achteraf gezien, te weinig oog heb gehad voor het proliferatiegevaar, heb ik wel laten zien dat traditionele opvattingen over ‘het wezen van het werk’ (de klassieke ontologische benadering) niet deugden. Er moest dus naar andere middelen gegrepen worden om het auteursrechtelijke evenwicht te bewaren, bijvoorbeeld het instrument van de wettelijke beperkingen (liefst een flexibele ‘fair use’ bepaling) of de informatievrijheid, waarop ik in mijn boek uitvoerig ben ingegaan.

Er is sinds 1989 nog meer veranderd. Tien jaar na mijn promotie (in 1999) werd in Nederland het databankenrecht van kracht; een recht van intellectuele eigendom *sui generis*, dat speciaal bedoeld is om databanken tegen ongeoorloofd gebruik te beschermen. Vereiste voor bescherming is niet oorspronkelijkheid, zoals in het auteursrecht, maar ‘substantiële investering’. In mijn boek konden nog net enkele woorden worden gewijd aan de wording van het nieuwe recht. In haar Groenboek van 1988⁶ speelde de Europese Commissie voor het eerst openlijk met de gedachte aan een *sui generis* regime. Achteraf gezien, waren we met een auteursrecht op informatie (op het ‘zweet’ van de gegevensverzamelaar) misschien wel beter af geweest. De rechtspraak in de lidstaten van de Europese Unie laat zien hoe krachtig en potentieel verstrekkend het nieuwe recht is.⁷ Websites, wettenverzamelingen, handelsregisters, telefoonboeken, zelfs de vacatureadvertenties in de dagbladen worden als databanken beschermd. De Europese Databankrichtlijn laat slechts ruimte voor een handvol wettelijke beperkingen; de Auteursrechtrichtlijn, die vorig jaar werd aangenomen, voor 21 stuks.

In een afsluitende beschouwing heb ik mijn bevindingen als volgt samengevat. “Als ons in de loop van dit onderzoek één ding is duidelijk geworden, dan is het dit: het is zinloos de grenzen van het auteursrechtelijke object te zoeken in ‘het wezen van het werk’. Een ‘natuurlijke’ horizontale ondergrens gebaseerd op de ontologie van het werkbegrip bestaat niet. [...] Wat resteert is het besef, dat het auteursrechtelijke werk het karakter heeft van door mensen voortgebrachte informatie.” Dat lijkt misschien een magere conclusie, maar is het niet. Auteursrechtbeleid is in wezen informatiebeleid, dat is de kern van mijn verhaal. En dat was in 1989, toen de informatierevolutie nog moest beginnen, voor velen – binnen de wereld van het auteursrecht en daarbuiten – informatie.

P.B. Hugenholtz
Amsterdam, 7 juli 2005

- 1 Fameus is het kritische artikel van T. Koopmans, 'Mini-monopolies', *RM Themis* 1983, p. 342.
- 2 'Copyright in Information', Amsterdam, 1 december 1989. De proceedings zijn gepubliceerd in: E.J. Dommering en P.B. Hugenholtz (red.), *Protecting Works of Fact: Copyright, Freedom of Expression and Information Law*, Deventer/Boston; Kluwer Law and Taxation Publishers 1991.
- 3 F. Kuitenbrouwer, 'Auteursrecht kan informatie beknotten', *NRC Handelsblad* 7 december 1989.
- 4 D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, Deventer: Kluwer 1990.
- 5 J.H. Spoor, *de gestage groei van merk, werk en uitvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.
- 6 Commission of the European Communities, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology. Copyright Issues Requiring Immediate Action, COM (88) 172 final, Brussel 1988.
- 7 Zie voor een overzicht van Europese rechtspraak over het databankenrecht: Instituut voor Informatierecht, 'The Database Right File', www.ivir.nl/files/database.

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk I: INLEIDING	1
I.1 Probleemstelling	1
I.2 Informatie en gegevens	4
Informatie	6
Redundantie	7
Informatietheorie	7
Syntaxis, semantiek, pragmatiek	8
Gegevens	9
I.3 Methode, plan van behandeling	11
Hoofdstuk II: HET AUTEURSRECHTELIJKE WERK	15
II.1 Inleiding	15
II.2 Elementen van het werkbegrip	16
II.2.1 Het wettelijke werkbegrip	16
II.2.2 Letterkunde, wetenschap en kunst	18
II.2.3 Relevante criteria	20
1. Immaterieel produkt	20
2. Concreet object	21
3. Produkt van menselijke activiteit	21
4. Geestelijk produkt	22
5. Expressie, vorm	24
6. Doel en functie	25
7. Oorspronkelijkheid, individualiteit	26
8. "Gestaltungshöhe"	27
9. Nieuwheid	28
II.3 Het werk als kunstwerk	29
II.3.1 Kohler, De Beaufort, Troller	30
II.3.2 Quaedvlieg	31
II.4 Objectivering van het werkbegrip	33
II.4.1 Kummer	34
II.4.2 Keuzevrijheid	37
Kritiek	38
II.5 Triviale werken	41
II.5.1 Nederland: geschriften zonder persoonlijk karakter	42
Wetsgeschiedenis	43
Rechtskarakter van de geschriftenbescherming	45
Ondergrens	49
Computerprogramma's en geschriften	50
II.5.2 West-Duitsland: de "kleine Münze"	52
De wet van 1965	53
De kleine Münze na 1965	55
Bescherming via het UWG	56

II.5.3	Verenigde Staten: bescherming van "sweat of the brow"	57
	Creativiteit	58
II.6	Informatietheoretische analyse	60
II.6.1	Het werkbegrip getoetst aan de informatietheorie	60
	a) Immaterieel produkt	61
	b) Concreet object	61
	c) Produkt van menselijke activiteit	61
	d) Geestelijk produkt	62
	e) Expressie, vorm	62
	f) Oorspronkelijkheid, keuzevrijheid, nieuwheid	63
	g) Esthetisch effect	65
II.6.2	Evaluatie	65
	 Hoofdstuk III: BESCHERMING VAN FEITELIJKE INFORMATIE	 69
III.1	Inleiding	69
III.2	Bescherming van feitelijke gegevens	71
III.2.1	Algemeen	71
	Algemeen belang	72
	Beschermde vorm, vrije inhoud	73
	Feitelijke gegevens zijn geen "scheppingen"	75
	Vorgegevenheit	76
	Waarheid of objectiviteit?	77
	Keuzevrijheid en code	78
III.2.2	Nieuwsberichten	80
	Wat zijn nieuwsberichten?	80
	Bescherming van nieuwsberichten	82
	Artikel 15 Auteurswet	84
	Een naburig recht op nieuwsberichten?	86
	Internationale initiatieven	88
	De zaak International News Service v. Associated Press	90
	Nederlands en Duits mededingingsrecht	92
	Bescherming van nieuwsberichten: een gepasseerd station?	93
III.2.3	Wetenschappelijke onderzoeksresultaten	96
	Bescherming van wetenschappelijke inhoud	97
	Droit des savants	99
	Bescherming van wetenschappelijke uitgaven	102
	Evaluatie	102
III.3	Bescherming van verzamelingen van feitelijke gegevens	107
III.3.1	Nederland	107
	Bescherming als oorspronkelijk werk	108
	Geschriftenbescherming	109
	Het Telefoongidsarrest	111
	De Radioprogramma-arresten	112
	1. Het Radioprogramma	112
	2. Explicator	113
	3. Televizier I	115
	4. Televizier II	116
III.3.2	West-Duitsland	119
	Naoorlogse jurisprudentie	122

III.3.3	Verenigde Staten	126
	Oude jurisprudentie	127
	Oorspronkelijke rangschikking en selectie	128
	De leer van Denicola	129
	Werken van "non-fiction"	130
III.3.4	Evaluatie	134
	1. Een feitenverzameling kan een "werk" zijn	134
	Rangschikking	134
	Selectie	135
	Ontsluitingssysteem	135
	2. Auteursrecht is verkeerd gericht	136
	Alternatieve regimes	138
III.4	Eigendom van informatie	141
III.4.1	Théorie des biens informationnels	141
III.4.2	Property rights in information	143
III.4.3	Economische aspecten	144
III.4.4	Diefstal van informatie	146
III.5	Auteursrecht versus informatievrijheid	150
III.5.1	Inleiding	150
III.5.2	Aard van het conflict	152
III.5.3	Informatievrijheid	154
	Nederland	154
	West-Duitsland	156
	Artikel 10 EVRM	157
	Verenigde Staten	159
III.5.4	Auteursrecht contra informatievrijheid	160
	Beperking van de informatievrijheid	161
	De Geïllustreerde Pers vs. De Staat der Nederlanden	163
	Europees recht; de zaak Magill	165
III.5.5	Beperkingen van het auteursrecht	166
	Vorm en inhoud	166
	Algemene beperkingen	167
	Specifieke wettelijke beperkingen	168
	Fair use	169
III.5.6	Conclusie	170
	 Hoofdstuk IV: CONCLUSIE	 171
IV.1	Samenvatting	171
IV.2	Slotbeschouwing	176
	 SUMMARY	 179
	 AFKORTINGEN	 185
	 VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR	 187
	 TREFWOORDENREGISTER	 193

I. INLEIDING

I.1 Probleemstelling

Informatie is in de mode. Wij leven in het informatietijdperk. Onze techniek is informatietechniek. Onze managers zijn informatiemanagers. Ons recht is informatierecht. Wij staan op met informatie en wij gaan er mee naar bed. Tussendoor produceren wij, verwerken wij, transporteren wij, ontvangen wij en consumeren wij informatie, alsof ons leven er van af hangt.

Sterker: ons leven hangt af van informatie. Informatie bepaalt ons handelen, bepaalt ons denken, bepaalt onze totale existentie. Ons brein is een informatie-verwerkende machine, ons zenuwstelsel een informatienetwerk. De informatie in onze genen bepaalt de lengte van onze neuzen en de kleur van onze ogen.

Informatie is de organisator van ons leven, de drager van onze cultuur, de bouwsteen van onze kennis, het cement van onze samenleving en het dagelijkse brood van onze informatie-industrie. Informatie is een kernbegrip in tenminste twaalf verschillende wetenschappelijke disciplines: algemene taalwetenschappen, semiotiek, informatietechniek, genetica, quantumfysica, informatica, wetenschapsfilosofie, logica, andragogie, communicatiewetenschappen, psychologie en gaandeweg ook in de rechtsgeleerdheid.

Dit boek gaat over de relatie tussen informatie en auteursrecht, de verhouding tussen een begrip dat in de mode is en een rechtsgebied dat in de mode raakt. Wij zouden bijna zeggen: een onderwerp dat voor de hand ligt. En misschien is dat ook wel zo. Maar wij beschikken over een verrassend alibi: over de relatie tussen auteursrecht en informatie is tot op heden opvallend weinig geschreven.¹

Het verband tussen auteursrecht en informatie wordt in dit boek vanuit twee gezichtspunten bestudeerd. In de eerste twee hoofdstukken wordt een relatie gelegd tussen het begrip informatie, zoals dat in de informatietheorie gehanteerd wordt, en het auteursrechtelijke werkbegrip. Daarbij zal blijken, dat deze relatie bijzonder innig is. Het behoeft geen betoog, dat deze beschouwingen een sterk theoretisch karakter dragen.

De rest van het boek is meer praktisch gericht, zij het ook niet geheel vrij van theoretische bespiegelingen. Hier wordt de aandacht geconcentreerd op de bescherming van *feitelijke gegevens*, een categorie die in het normale spraakgebruik dikwijls "informatie" wordt genoemd.² Zijn feitelijke gegevens auteurs-

1. Beschouwingen waarin een rechtstreeks verband tussen het begrip informatie en het auteursrechtelijke werkbegrip wordt gelegd, treffen wij aan bij Rau, p.39-40; Dommering 1986, p.75; Van Lingem 1986, p.68-69; Dommering 1988, p.65-66 en Gerbrandy, p.4-7. Kummer leunt met zijn leer van de statistische uniciteit dicht tegen de informatietheorie aan, maar legt nergens een uitdrukkelijke relatie; vgl. Kummer, p.29 noot 65. Het boek van Ploman/Hamilton, Copyright, Intellectual Property in the Information Age, maakt zijn veelbelovende titel helaas niet waar. Grosheide, p.296, beschrijft het auteursrechtelijke "Oberbegriff" als *culturele informatie*, maar maakt niet duidelijk wat hij onder informatie verstaat. Zie voorts E.J. Dommering, Informatie monopolies, in de Maris-bundel, Deventer 1989, p.137 e.v., gepubliceerd na het afsluiten van dit boek.

2. Zie over de begrippen *informatie* en *gegevens* § 1.2 *infra*.

rechtelijk beschermd? Deze vraag raakt een gevoelige plek in de auteursrechtelijke doctrine. Wijd verbreid is de opvatting - zij is in de loop der jaren tot een cliché geworden - dat het auteursrecht slechts de *vorm*, niet de *inhoud* van een werk beschermt. Uit de jurisprudentie blijkt daarentegen, dat het auteursrecht bij de bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen een belangrijke rol kan spelen. Rechter in een groot aantal landen hebben in de loop der tijden auteursrechtelijke bescherming toegekend aan catalogi, telefoonlijsten, omroepprogrammegegevens, koerslijsten, bibliografische registers, biografische gegevens, wetenschappelijke onderzoeksresultaten, nieuwsberichten, almanakken en - vooral niet te vergeten - schouwburgprogramma's, feestwijzers en predikbeurtenlijsten.

Dit conflict tussen auteursrechtelijke theorie en praktijk staat in het derde hoofdstuk van dit boek centraal. Daarbij kan uiteraard niet voorbij worden gegaan aan de spanning tussen een "auteursrecht op informatie" en de door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gewaarborgde "free flow of information". Mede aan de hand van de conclusies die in de eerste twee hoofdstukken getrokken zijn, zal getracht worden de rechtsleer, die tegenover een auteursrecht op feitelijke informatie globaal afwijzend staat, te verzoenen met de jurisprudentie, die zich overwegend positiever opstelt.

Met *computers* heeft dit boek in beginsel weinig van doen. Voor het onderwerp van dit onderzoek - de auteursrechtelijke bescherming van (feitelijke) informatie - zijn de wijze waarop en de middelen waarmee de informatie in kwestie wordt opgeslagen, verwerkt en getransporteerd in eerste instantie niet van belang. Het auteursrechtelijke werkbegrip staat immers neutraal tegenover de stand van de techniek. De gegevens in de Enkhuizer Almanak en de data opgeslagen in Kluwers Juridische Databank worden in dit boek gelijk behandeld.³

Een en ander betekent niet, dat de recente revolutionaire ontwikkelingen op het gebied van de informatie- en telecommunicatietechniek voor de hier behandelde rechtsvragen geen betekenis zouden hebben. Het behoeft geen betoog, dat de hier opgeworpen rechtsvragen hun toenemende maatschappelijke en economische betekenis in belangrijke mate mede ontleenen aan deze technische ontwikkelingen.

Het is echter onjuist de oorzaak van de recente "informatie-explosie" uitsluitend in de nieuwe informatietechniek⁴ te zoeken. Vanuit een economisch-historisch oogpunt is veeleer sprake van het omgekeerde. De ontwikkeling van industriële maatschappij via dienstenmaatschappij naar informatiemaatschappij is een logische en onvermijdelijke ontwikkeling geweest. De snelle groei van het goederen- en dienstenverkeer in de negentiende en twintigste eeuw creëer-

3. Enige literatuur over de auteursrechtelijke aspecten van elektronische databanken: E. Ulmer, Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, München 1971; D. Goose, Die urheberrechtliche Beurteilung von elektronischen und Mikrofilm-Datenbanken, West-Berlijn 1975; P.B. Hugenholtz, Auteursrecht en informatie retrieval. Verveelvoudiging en openbaarmaking in het computertijdperk, Deventer 1982; P. Katzenberger, Urheberrechtsfragen der elektronischen Textkommunikation, GRUR Int 1983, p.895; J.H. Spoor, Auteursrechtelijke aspecten van databanken, Computerrecht 1984-1985, nr. 2, p.3; F. Gotzen, Grandes orientations du droit d'auteur dans les états-membres de la C.E.E. en matière de banques de données, in Banques de données et droit d'auteur, Parijs 1987; A. Lucas, Le droit de l'informatique, Parijs 1987, p.289-310; div. bijdragen in Les nouveaux moyens de reproduction, XXXVII Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées néerlandaises, Parijs 1988; M. Vivant (red.), Lamy droit de l'informatique 1988, nrs. 1563-1617; J.H. Spoor, Expert Systems and Copyright, in G.P.V. Vandenberghe (ed.), Advanced Topics of Law and Information Technology, Deventer 1989, p.93-104.

4. Ten onrechte spreekt men tegenwoordig van "technologie" waar "techniek" bedoeld wordt.

de een autonome behoefte aan snelle en betrouwbare communicatiemiddelen. Zo beschouwd, is de opkomst van de nieuwe informatietechniek geen oorzaak, maar *gevolg* van de "informatisering" van de samenleving.⁵

De "handel in feiten" is een van de pijlers waarop de huidige informatiemaatschappij gebouwd is. De produktie, verwerking en distributie van feitelijke gegevens is, gestimuleerd door de ontwikkeling van allerhande nieuwe media en nieuwe informatiediensten, *big business* geworden.⁶ Feitelijke informatie is niet alleen verkrijgbaar op papier (in boeken, kranten, tijdschriften of nieuwsbrieven), maar ook op optische dragers (CD-ROM), magnetische media (floppy disks) of computergeheugens ("chips"), via kabelnetten, videotex- en teletext-systemen, "datacasting" (datatransmissie via omroepzenders), besloten computernetwerken en openbare "electronic bulletin boards".

Daarnaast valt te wijzen op de steeds grotere rol die de openbare bibliotheken in het gegevensverkeer gaan spelen. Bibliotheken ontwikkelen zich onder invloed van de nieuwe informatie- en communicatietechnieken van bewaarplaats voor boeken tot "informatieverzorgers": intermediairs tussen informatieproducent en -consument, in veel gevallen ook zelfstandig aanbieder van gegevens.

Maar het digitale mes snijdt aan twee kanten. De computer is niet alleen de bondgenoot, maar ook de natuurlijke vijand van de informatieproducent. Met de intocht van de personal computer in vrijwel ieder westers huishouden is iedere burger een potentiële piraat geworden. De popularisering van het computerbezit heeft geleid tot een detectie- en handhavingsprobleem van duizelingwekkende proporties.⁷

De uitgebreide mogelijkheden van gegevensmanipulatie waarover iedere computer in combinatie met de nodige programmatuur beschikt, maken het "produkt" feitelijke informatie dubbel kwetsbaar. Door beschikking van de feitelijke gegevens die uit een databank zijn overgenomen, verdwijnt het voornaamste aangrijpingspunt van auteursrechtelijke bescherming: de oorspronkelijke rangschikking. Met behulp van steeds krachtigere database-software zijn verzamelingen van ongeordende gegevens voor iedere computergebruiker gemakkelijk toegankelijk te maken.⁸

De economische waarde van de informatie is echter niet zozeer gelegen in de oorspronkelijke "vorm", als wel in de "inhoud".⁹ Feitelijke gegevens waarvan ieder persoonlijk karakter vreemd is, zoals gegevens afkomstig van telemetrie ("remote sensing"), beurskoersen, koffieprijzen, vrachttarieven, uitslagen

5. B.R. Ziegler-Jung, Informatiseringsrecht, een verkenning, Computerrecht 1987, p.103, noemt de informatietechniek in dit licht gezien "een secundair verschijnsel". Een fraai voorbeeld van deze stelling biedt de geschiedenis van de optische telegraaf ("luchttelegraaf"), ook wel *semafoor* geheten, een in technisch opzicht primitief communicatiemiddel, dat voortleeft in het hedendaagse spoorwegsein. In de eerste helft van de negentiende eeuw ontstonden overal in Europa nationale en internationale semafoor-netwerken. Nog in 1845 werd het Franse net uitgebreid tot 534 semafoorstations, die 29 steden met elkaar verbonden. Acht jaar later (in 1853) werden de laatste lijnen alweer opgeheven: de elektrische telegraaf had de semafoor in korte tijd geheel verdrongen. Zie R. Oberliesen, Information, Daten und Signale. Geschichte technischer Informationsverarbeitung. Reinbek bei Hamburg, p.18-19.

6. Vgl. F.W. Grosheide, Handelingen NJV 1988, deel 2, p.74.

7. P.B. Hugenholz, Databank en auteursrecht, in A.H. de Wild en B. Eilders (red.), Jurist en Computer, Deventer 1983, p.199, 208; OTA, p.102-103.

8. Zo wordt *downloading* van grote hoeveelheden gegevens uit een professionele databank bijzonder aantrekkelijk. Vgl. T.C. Weiskel, University Libraries, Integrated Scholarly Information Systems (ISIS), and the Changing Character of Academic Research, Library Hi Tech 1988 nr. 24, p.7-27.

9. OTA, p.73-75; EC Green Paper, p.207.

van sportwedstrijden en paardenrennen, zijn in het computertijdperk sterk in waarde gestegen.

Het belang van de in dit boek te behandelen rechtsvragen moge met dat al wel duidelijk zijn. De behoefte aan bescherming tegen piraterij en andere vormen van ongeoorloofd kopiëren is, gezien vanuit het standpunt van de producent en/of de handelaar in feitelijke informatie, reëel en legitiem. Deze bescherming is des te meer geboden, omdat informatie een bij uitstek "kopieerbaar", immaterieel produkt is.

Hiermee is echter niet gezegd, dat het algemeen belang bij het ontstaan van exclusieve rechten op feitelijke informatie gebaat zou zijn. Tegenover het particuliere belang van het snel groeiende leger van "informatiehandelaars", waaronder zich sinds kort ook de Nederlandse overheid heeft geschaard, staat het algemeen belang van een vrij verkeer van feitelijke informatie. Monopolisering van feitelijke gegevens staat op gespannen voet met intellectuele en academische vrijheden, met vrijheid van meningsuiting, met een vrij verkeer van goederen en diensten, met vrijheid van onderwijs, met culturele en wetenschappelijke vooruitgang, met openbaarheid van openbaar bestuur en optimale democratische besluitvorming. Communicatie is in de woorden van Cherry "an act of sharing".¹⁰ Informatie is niet alleen een economisch *produkt* ("commodity"), maar ook een *hulpbron* ("resource").¹¹

Het vinden van het ideale compromis tussen een auteursrecht op feitelijke informatie en informatievrijheid is uiteindelijk een kwestie van rechtspolitiek, die rechtswetenschappers, economen, en communicatiewetenschappers, politici, en ambtenaren gedurende de komende decennia (en wellicht nog veel langer) volop stof voor discussie zal geven. Dit boek beoogt hieraan een bijdrage te leveren.

1.2 Informatie en gegevens

Het woord "informatie" wordt in een groot aantal betekenissen gebruikt. Deze veelheid aan betekenissen heeft de tot dusver gevoerde auteursrechtelijke discussie danig vertroebeld. Terwijl enerzijds de geleerden het er over eens zijn, dat "pure" of "essentiële" informatie geen object van auteursrecht is,¹² wordt anderzijds allereen de prominente rol van het auteursrecht in het informatietijdperk benadrukt.¹³ Deze begripsverwarring hangt samen met het feit dat een begrip informatie in een groot aantal takken van wetenschap gehanteerd wordt. Hiervoor (in § 1.1.) is reeds een twaalfstal disciplines opgesomd; het hadden er ook 24 kunnen zijn.

10. Cherry, p.30. Vgl. de betekenis van het Latijnse *communicare* volgens J.B. Wolters' Beknopt Latijns-Nederlands Woordenboek, Groningen 1961, p.170: "iemand aan iets deel laten nemen, iets met iemand delen".

11. Vgl. Grant Hammond, p.52; Bull, p.1-2; Ploman/Clark Hamilton, p.218; Van Lingem 1986, p.68-69.

12. Vgl. D.W.F. Verkade, Verwarrende verwarring?, in *Gratia Commecii*, Opstellen aangeboden aan Prof. mr A. van Oven, Zwolle 1981, p.395, 403: "Buiten de bescherming van het auteursrecht valt de essentiële informatie als zodanig..."

13. Vgl. Ploman/Clark Hamilton, passim.

Op zoek naar de betekenis van "informatie" ligt het voor de hand in eerste instantie te rade te gaan bij de *semiotiek*,¹⁴ de algemene tekenleer.¹⁵ De semiotiek heeft tot object de communicatie van tekens en berichten in de meest ruime zin van het woord.¹⁶ De semiotiek begeeft zich derhalve op een uiterst breed terrein; zij heeft raakvlakken met de sociale wetenschappen, de geesteswetenschappen, de biologie, de medische wetenschap, de cybernetica en de informatica.¹⁷ Zoals het woord "semiotiek" al doet vermoeden, speelt het *teken* in de semiotiek een centrale rol.¹⁸ Voorbeelden van tekens zijn de bijendans, de bronstroep, de opgeheven vuist, het rode kruis, de witte vlag, het groene licht en de gele kaart.¹⁹ Een zeer belangrijke categorie tekens wordt gevormd door de *taaltekens*: letters, woorden, punten en komma's. Deze tekens maken het onderzoeksterrein uit van de linguïstiek, in wezen een (dominant) deelgebied van de semiotiek.

In zijn meest ruime zin is een teken een object of gebeurtenis, dat/die naar een ander object verwijst zonder daarmee identiek te zijn. Het teken ("betekenaar", signifiant) roept bij de ontvanger van het teken een gedachte ("betekenis", referentie) op die verband houdt met het "betekende" object (referent, designatum, "signifié"). De relatie tussen teken en referent, de betekenis derhalve, wordt bepaald door de toepasselijke *code*, het systeem dat het interpreteren van het teken mogelijk maakt.²⁰ Zonder deze code, waarvan de totale tekenvoorraad (repertorium) een belangrijk deel uitmaakt, is het teken onbegrijpelijk. Voorbeelden van codes zijn: het morsetekensysteem, BASIC, de genetische code en het Algemeen Beschaafd Nederlands.

Het object waar het teken naar verwijst heet *referent* (designatum). Indien dit een object in de buitenwereld betreft, spreekt men van *denotatum*. De directe relatie tussen teken en denotatum heet *denotatie*. De denotatie is de expliciete aanduiding van het "ding" in kwestie; zij geeft aan waar het teken voor staat. De "bijbetekenis" van het teken heet *connotatie*; deze verwijst niet alleen naar het object, maar zegt ook iets over de eigenschappen van het object.²¹ Zuiver denotatief zijn bijvoorbeeld eigennamen; deze "zeggen niets" over de personen waarnaar verwezen wordt.²²

Van het teken moet worden onderscheiden de drager van het teken, het *medium*. Als drager kan fungeren ieder fysiek object, dat geschikt is om een teken over te brengen: papier, klei, geluidsgolven, elektromagnetische golven, licht, et cetera. Ook het menselijk lichaam kan als tekendrager fungeren (knipoog,

14. Wij gaan hier niet in op het eventuele verschil tussen semiotiek en semiologie.

15. Nauta, p.19: "The theoretical apparatus of semiotics will appear to furnish the most important classification of *information* (and its complex of cognate notions) in all its diversity, and for the understanding of the relevant phenomena".

16. Het communicatieproces (in zeer ruime zin) wordt in de semiotiek wel *semiosis* genoemd.

17. Nöth, p.2.

18. Het Griekse "semeion" betekent teken.

19. Tekens kunnen worden onderverdeeld in *natuurlijke* en *kunstmatige* tekens. Natuurlijke tekens staan aan de rand van het eigenlijke tekenbegrip; zij zijn niet meer dan symptomen van een bepaalde toestand. Kunstmatige tekens zijn cultureel bepaald, hetzij door willekeurige afspraken (conventionele tekens), hetzij "gemootiveerd" (iconen, symbolen). Iconen ontleen hun betekenis aan een uiterlijke overeenkomst met de referent (bijv. een schilderij). Symbolen verwijzen naar concepten (bijv. de gestileerde afbeelding van een hart voor "liefde"). Taaltekens zijn zowel conventioneel als symbolisch van aard. Zie Fauconnier, p.69-75.

20. Fauconnier, p.67-68.

21. Zie over dit begrip Jackson, p.22-23.

22. Nöth, p.74.

boze blik, kushand, duim omlaag, middelvinger omhoog). Hetzelfde geldt voor kleding en zelfs lichaamsgeuren.

Tussen teken en tekendrager staat het *signaal*, de fysische verschijningsvorm van het teken. In de literatuur wordt overigens niet steeds scherp onderscheiden tussen signaal en teken. De overdracht van signalen c.q. tekens van een zender naar een ontvanger heet *communicatie*.²³ Een gecommuniceerd teken of samenstel van tekens vormt een *boodschap* (bericht, mededeling), bestaande in één of meer *gegevens*.²⁴ Indien deze gegevens bij de ontvanger leidt tot vermeerdering van kennis, is er sprake van *informatie*.

INFORMATIE

Van het begrip informatie bestaat een groot aantal, meestal buitengewoon abstracte begripsomschrijvingen. Zeer abstract is bijvoorbeeld de definitie van Brillouin: informatie is een functie van de verhouding tussen mogelijke antwoorden voor en na ontvangst van een gecommuniceerde boodschap.²⁵ Informatie in deze algemene zin betekent derhalve *vermindering van onzekerheid*. Minder abstract: informatie is het antwoord op een vraag. Deze vraag kan, maar hoeft niet expliciet gesteld te zijn; ook het antwoord op een sluimerende vraag is informatie.²⁶

Hiermee is aangegeven, dat er een verband bestaat tussen informatie en onwaarschijnlijkheid c.q. onvoorspelbaarheid. Hoe onwaarschijnlijker de informatie, des te groter is de "informatiewaarde". Informatie impliceert een zekere mate van nieuwheid en verrassing. "Hond bijt man" is geen nieuws, "Man bijt hond" wel. Informatie vooronderstelt de aanwezigheid van *alternatieven*; hoe groter het aantal keuzemogelijkheden bij de verzender, des te groter is de "verrassendheid".

Een ontvanger die van te voren weet waar een boodschap uit zal bestaan, ontvangt geen informatie. Hieruit volgt, dat informatie in eerste instantie een *relatief* (subjectief) begrip is. Een bericht kan voor de ene ontvanger wél, voor de andere géén informatie opleveren. Het informatiegehalte van een boodschap is geen eigenschap van het bericht zelf, maar een functie van de kennis aanwezig bij de ontvanger.²⁷

Door de ontvangst van informatie neemt onze onzekerheid over de toestand in de wereld af. Anders gezegd: informatie ordent ons wereldbeeld. Vóór ontvangst is onze kennis beperkt tot een "set" van mogelijke toedrachten. Wij bevinden ons, om met Hermans te spreken, in een "wolk van niet-weten".²⁸ Door de ontvangen informatie trekt de mist op; ons niet-weten wordt gecondenseerd tot kennis. Informatie is het tegendeel van chaos, van "entropie". Informatie brengt orde, vorm, structuur, "specificiteit" in een wereld van onbepaaldheid.

23. Zie over het begrip communicatie: Fauconnier, p.28-31 en p.191-196.

24. Zie over het begrip "gegevens" *infra*, p.9.

25. Van Peursen c.s., p.225. Vgl. de t.a.p. geciteerde definitie van D.M. Mackay: informatie is "that which alters the total statement 'all that is the case'". Wij herkennen in deze begripsomschrijving een belangrijke stelling van Wittgenstein (Tractatus logico-philosophicus): "Die Welt ist alles was der Fall ist".

26. J. Verhoeff, Over informatie, *Idi* 1985, nr. 10, p.86.

27. Nöth, p.139.

28. Zie het aan een anonieme mysticus toegeschreven motto ("The Cloud of Unknowing") bij W.F. Hermans, Herinneringen van een Engelbewaarder, Amsterdam 1971.

Antwoorden op vragen waarover a priori bij de vragensteller zekerheid bestond, verschaffen geen informatie. Dergelijke voorspelbare - dus ogenschijnlijk overvloedige - mededelingen heten redundant. Redundante mededelingen zijn echter lang niet altijd overbodig. Redundantie verschaft de ontvanger van een boodschap de zekerheid, dat hij de boodschap goed verstaan heeft. Redundantie fungeert als een in de mededeling "ingebouwd" correctiemechanisme, waardoor het mogelijk wordt complexe mededelingen te doen. Redundantie dient niet verward te worden met "ruis", dat wil zeggen (willekeurige) signalen die de communicatie verstoren.²⁹

Een belangrijke bron van redundantie vormen de grammatica en de spelingsregels van de taal in kwestie.³⁰ Deze taalregels maken *iedere* mededeling tot op zekere hoogte voorspelbaar. Wie het Nederlands beheerst, weet dat er na "sc" bijna steeds een "h" volgt en dat een opeenvolging van meer dan acht medeklinkers (angstschreeuw) uiterst onwaarschijnlijk is. Wie zijn lagere school heeft afgemaakt, weet bovendien dat de meeste zinnen een onderwerp en een gezegde hebben, met een hoofdletter beginnen en met een punt eindigen.

Een andere bron van redundantie is gelegen in de gemiddelde woord- of letterfrequentie. Scrabble-spelers weten, dat een "e" vaker voorkomt dan een "a" of een "o". Deze frequentie hangt ten dele samen met eisen van stijl en spelling; voor een ander deel is zij louter statistisch van aard. Uit onderzoekingen is gebleken, dat geschreven proza voor meer dan de helft redundant is. Dit betekent, aldus Campbell, dat "much of what we write is dictated by the structure of the language and is more or less forced upon us. Only what little is left is of our own free choosing".³¹ Het zou echter onjuist zijn hieruit te concluderen, dat (redundante) taalregels remmend werken op de menselijke creativiteit. Integendeel, doordat zij het mogelijk maken uiterst complexe mededelingen te doen, spelen zij in het scheppingsproces een essentiële rol.³²

INFORMATIETHEORIE

Met behulp van de mathematische (statistische) waarschijnlijkheidsleer wordt het mogelijk het begrip informatie te kwantificeren. Deze kwantificering van informatie is het onderwerp van de (mathematische) informatietheorie.³³ Deze komt, sterk vereenvoudigd, op het volgende neer. De onzekerheid die door de informatie-overdracht bij de ontvanger wordt weggenomen, kan worden beschreven in termen van een (groot) aantal *mogelijke* antwoorden. Het antwoord

29. Ten onrechte spreekt G.P.V. Vandenbergh, "Software-Orakels?", Deventer 1985, p.8, van "ruis" waar "redundantie" wordt bedoeld. Zie over het begrip ruis ("noise") Nauta, p.78-83.

30. Campbell, p.68-69.

31. Campbell, p.71.

32. Campbell, p.74: "Rules, which are a form of redundancy, generate enormous richness of expression in language. They also seem to be connected, in a most unexpected way, with creative freedom and the heights of artistic expression in many fields".

33. De term informatietheorie wordt ook gebruikt ter aanduiding van de communicatietheorie in ruime zin. Zie voor een bonte verzameling van (min of meer) synonieme begrippen: Fauconnier, p.23.

waaruit de informatie uiteindelijk bestaat, is niet meer dan een keuze uit deze mogelijkheden. Men zegt wel: informatie is "selectief".³⁴

Het "meten" van informatie maakt het noodzakelijk de onzekerheid van de ontvanger te objectiveren. Daarom wordt uitgegaan van een voor zender en ontvanger identieke code. Deze code bestaat in de eerste plaats uit een bepaalde tekenvoorraad (repertorium), bijvoorbeeld een alfabet, een numeriek stelsel of een woordenlijst.³⁵ Tevens bepaalt de code de gemiddelde frequentie van de tekens, alsmede eventuele combinatieregels (syntaxis).³⁶ In wezen is de ontvanger uit dit model geëlimineerd; de mathematische informatietheorie beziet informatieprocessen vanuit het standpunt van een niet-betrokken waarnemer.

In het eenvoudigste geval bestaat de code uit slechts twee tekens met gelijke gemiddelde frequentie. Een voorbeeld van een dergelijke code is de "taal" van het lichtknopje (aan of uit) of van het opgeworpen muntstuk (kop of munt). De hoeveelheid informatie die een boodschap in deze code oplevert wordt "bit" genoemd. De bit fungeert in de informatietheorie - en in tal van verwante disciplines (communicatietechniek, informatica, Booleaanse logica, cybernetica) - als standaardeenheid.

In de mathematische informatietheorie wordt van de betekenis van een mededeling volledig geabstraheerd. Het informatiegehalte van een bericht is slechts gelegen in de statistische zeldzaamheid van de tekens (de "surprise value"³⁷) waaruit het bericht bestaat. In wiskundige termen: de hoeveelheid informatie van een teken is omgekeerd evenredig aan de waarschijnlijkheid ervan.³⁸

SYNTAXIS, SEMANTIEK, PRAGMATIEK

Medebepalend voor de betekenis die in een bepaald geval aan het begrip informatie moet worden toegekend, is het aspect van waaruit het taal- of tekenstelsel in kwestie wordt beschouwd: syntaxis, semantiek of pragmatiek. Het syntactisch aspect betreft de formele regels van het taal- of tekenstelsel (bij taal: grammatica en spellingsregels), alsmede de verzameling van de in het systeem gebruikte tekens (bij taal: vocabulaire en alfabet). Syntactisch relevant zijn zaken als zinsbouw, woordvolgorde, spelling, verbuigingen, vervoegingen en interpunctie. Daarentegen heeft de semantiek primair betrekking op de betekenis ("inhoud") van tekens, woorden en zinnen. De pragmatiek ziet op de functie en het praktische effect van het tekengebruik. De pragmatiek kijkt niet alleen naar de betekenis in abstracto, maar ook naar de waardering van de mededeling door de ontvanger.

Zo komen wij tot drie elkaar insluitende informatiebegrippen. Het meest beperkte begrip, *syntactische informatie*, verwijst slechts naar het syntactische gehalte van een taaluiting: de formele relatie tussen de tekens (letters, woorden, zinnen) onderling. Het informatiebegrip dat in de mathematische informatietheorie wordt gehanteerd is syntactisch van aard.³⁹ Syntactische informatie

34. Van Peursen o.s. p.33; Cherry, p.244. spreekt van *selection power*.

35. Cherry, p.171.

36. Nöth, p.141.

37. Cherry, p.9.

38. Nöth, p.140.

39. Anders Nauta, p.84, die hier liever spreekt van "transmissional information".

speelt een belangrijke rol op het terrein van de kunsttalen (symbolische logica) en de informatica. Een computerprogramma bevat relatief veel syntactische informatie.

Het tweede informatiebegrip, *semantische* informatie, sluit beter aan bij het normale spraakgebruik. Hier speelt niet zozeer de formele structuur, als wel de "inhoud" van de gebruikte (taal-)tekens een rol. Het gaat daarbij echter niet om de boodschap, zoals die op de individuele "overkomt", maar om de betekenis voor een *gestandaardiseerde* ontvanger.⁴⁰ Semantische informatie betreft primair de relatie tussen teken en denotatum; zij verwijst niet naar de ("echte") werkelijkheid, maar naar *mogelijke* standen van zaken. Woordenboeken, wetten en wetenschappelijke werken bevatten relatief veel semantische informatie.

Het derde, tevens rijkste informatiebegrip is *pragmatische* informatie. Pragmatische informatie strekt zich uit tot de waardering en het gebruik van de boodschap door de ontvanger. Deze vorm van informatie slaat een brug tussen de abstracte wereld van het gecommuniceerde teken en de "echte" wereld ("leefwereld"⁴¹). Pragmatische informatie houdt rekening met het effect van de boodschap op de individuele taalgebruiker. Maar ook hier is een zekere mate van generalisatie onvermijdelijk teneinde tot algemeen geldige uitspraken te kunnen komen. Zowel de ontvanger als zijn "leefsituatie" (de omstandigheden waaronder hij informatie verwerkt) worden in de pragmatiek gestandaardiseerd.⁴² Pragmatische informatie betreft typisch de "human factor": psyche, ethiek, esthetiek, techniek, economie, godsdienst, politiek, etcetera. Een spannende film bevat relatief veel pragmatische informatie.

Het zal met dat al geen verbazing wekken, dat eenduidige *juridische* definities van informatie of gegevens zich nog niet gevormd hebben. Het is overigens maar de vraag of hieraan behoefte bestaat. De gronden voor de regulering van informatie (-opslag, -verwerking, en -transport) zijn immers zeer verschillend van aard. Het is een heel verschil of men een mededeling beschouwt als wapen (zoals in art. 261 e.v. WvS) of als verzameling van losse tekens (zoals in het Rijkstelegraafreglement). In het eerste geval zijn inhoud én uitwerking op de toevoerder (semantiek en pragmatiek) relevante aspecten, in het tweede geval alleen de syntaxis: de tekens moeten foutloos en in de juiste volgorde overkomen. Bij gebrek aan wettelijke definities zal in een voorkomend geval de *ratio* van de wet in kwestie voor de betekenis van het gehanteerde begrip bepalend moeten zijn.

GEGEVENS

Gegevens (in het Latijn: data) worden met informatie dikwijls over één kam geschoren. Toch is het beter beide begrippen niet als identiek te beschouwen. Over de betekenis van gegevens bestaat overigens geen eenstemmigheid. Probleem is ook hier, dat we te maken hebben met een term die in diverse disciplines gehanteerd wordt. Opvallend is, dat de semiotiek daarbij ontbreekt; het begrip gegevens is afkomstig uit de technische en exacte wetenschappen.

40. Nauta, p.37.

41. Van Peursen, c.s., p.21.

42. Nauta, t.a.p.

Volgens de definitie van de ISO zijn gegevens ("data"): "A representation of facts, concepts or instructions in a formalized manner suitable for communication, interpretation or processing by human beings or by automatic means".⁴³ Uit deze begripsomschrijving blijkt dat gegevens, in tegenstelling tot informatie, een *objectief* (neutraal⁴⁴) begrip is. Het gaat om een representatie van feiten, begrippen of instructies die voor communicatie en interpretatie geschikt is. Met andere woorden: *gegevens zijn potentiële informatie* ("informatie in ruste").⁴⁵ Gegevens worden informatie, zodra zij door een bepaalde ontvanger begrepen zijn en tot vermindering van onzekerheid (vermeerdering van kennis) hebben geleid. Deze relatie met een ontvanger, die bij het begrip informatie een essentiële rol speelt, ontbreekt bij het begrip gegevens.

Duidelijk is, dat gegevens en informatie tot verschillende werelden behoren. Gegevens is een statisch en abstract begrip. Gegevens komen pas tot leven, krijgen pas betekenis, zodra zij door een ontvanger tot leven zijn gewekt, informatie zijn geworden. Hiervan uitgaande, dient het begrip gegevens te worden vermeden in wetgeving die de directe effecten van (bepaalde vormen van) communicatie op individuele burgers betreft. De juridische term "Datenschutz" c.q. "data protection" ter aanduiding van de bescherming van persoonsinformatie ("personal data"⁴⁶, "persoonsgegevens"⁴⁷) is dan ook verkeerd gekozen, zo constateert Bull.⁴⁸ Het gaat hier niet, stelt Bull, om de bescherming van gegevens in eigenlijke zin, maar om "de belangen van individuen met betrekking tot informatie"⁴⁹; niet de gegevens staan hier centraal, maar de pragmatische informatie.

Omgekeerd bestaat er tegen het gebruik van het begrip gegevens geen bezwaar, indien het gaat om informatie in semantische of syntactische zin, dat wil zeggen indien het directe effect van de boodschap op de individuele waarnemer juridisch niet relevant is. Een voorbeeld is te vinden in de definitie van *telecommunicatie* in de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen: "iedere overdracht, uitzending of ontvangst van gegevens van welke aard ook door middel van kabels, langs radio-elektrische weg of door middel van optische of andere elektro-magnetische systemen".⁵⁰ In feite zou in dit geval ook met het nog abstractere begrip "signalen" kunnen worden volstaan.⁵¹

43. Nederlands Normalisatie-instituut. Woordenlijst informatica, Delft 1984, p.42. De ISO-definitie van *informatie* sluit hierbij aan: "The meaning that a human being assigns to data by means of the conventions applied to that data" (o.c., p.77). Deze omschrijving geeft echter aanleiding tot nieuwe misverstanden, doordat "meaning" voor velerlei uitleg vatbaar is.

44. Computercriminaliteit, p.15.

45. Verhoeff, o.c., p.87.

46. Vgl. art. 2 sub a van de European Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, European Treaty Series, nr. 108: " 'personal data' means any information relating to an identified or identifiable individual ('data subject')...". Deze definitie is letterlijk ontleend aan art. 1 van de OESO-Richtlijnen van 23 september 1980 (Guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data).

47. Vgl. de definitie van "persoonsgegevens" in art. 1 Wet persoonsregistraties, Stb. 1988, 665: "...een gegeven dat herleidbaar is tot een individuele natuurlijke persoon".

48. Bull, p.2-3.

49. Bull, p.3.

50. Art. 1 sub b Wet op de Telecommunicatievoorzieningen, Stb. 1988, 520.

51. Vergelijk de definitie van telecommunicatie in het Internationaal Radioreglement, Trb. 1983, 164, p.83: "Toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil, radioélectricité, optique ou autres systèmes électromagnétiques".

Door een auteursrechtelijke bril bekeken, lijkt het begrip gegevens in vergelijking met "informatie" op het eerst gezicht aantrekkelijk. De betekenis van informatie varieert in principe met iedere ontvanger. Wat voor de één informatie is, is voor een ander oud nieuws en voor een derde onbegrijpelijk. Een dergelijk variabel begrip lijkt als juridisch concept onbruikbaar, indien het gaat om wetgeving die niet rechtstreeks aanknoopt bij het effect van communicatie op individuele burgers. Vandenberghe acht, mede om deze reden, de term *informatierecht* minder geslaagd. "In order to avoid this problem it would be better to use the notion of data law".⁵²

Voor het onderwerp van dit boek lijkt een abstract, van de individuele ontvanger geabstraheerd begrip inderdaad aangewezen. Het object van auteursrecht zou bij voorkeur niet van waarnemer tot waarnemer moeten verschillen. En zijn wij, beoefenaren van het auteursrecht, niet opgegroeid in het besef dat over het auteursrechtelijke werk geen waarde-oordeel mag worden uitgesproken?

Bij nadere beschouwing geven wij toch de voorkeur aan het begrip informatie. De relatie met de "echte" wereld van de (taal)gebruiker, die in het steriele gegevensbegrip ontbreekt, is voor een beschouwing over het auteursrechtelijk object onmisbaar. Het auteursrecht staat allerminst neutraal tegenover de culturele, maatschappelijke en economische context van de uiting in kwestie. Zo kan het voorkomen, dat precies dezelfde syntactische informatie (een bepaalde configuratie van tekens) in de ene context wél, in de andere daarentegen niet beschermd wordt.⁵³

Een probleem blijft echter het variabele, dynamische karakter van informatie. Willen wij op basis van dit begrip een bruikbaar auteursrechtelijk object ontwikkelen, dan is een zekere mate van objectivering onvermijdelijk. Een dergelijke objectivering is in de semiotiek, zoals wij gezien hebben, overigens gebruikelijk. Het informatiebegrip wordt in al zijn aspecten (syntaxis, semantiek, pragmatiek) gegeneraliseerd; de individuele waarnemer wordt *gestandaardiseerd*. Zie hierover *infra* § II.6.2.

Een en ander neemt niet weg, dat in het vervolg van dit boek - vooral in combinatie met "feitelijke" - regelmatig van "gegevens" sprake zal zijn. Daarvoor zijn in de eerste plaats stilistische redenen aan te voeren. Voorts is de term gegevens bruikbaar ter aanduiding van de conceptuele "bouwstenen" waaruit een boodschap is opgebouwd. Het onderscheid tussen "feitelijke gegevens" en "feitelijke informatie" is op semantisch niveau overigens niet groot.

1.3 Methode, plan van behandeling

Informatiestromen trekken zich van nationale grenzen maar weinig aan. Hetzelfde geldt in zekere zin voor het auteursrecht, dat zich mede onder invloed van de Berner Conventie bij uitstek internationaal ontwikkeld heeft. Het ligt daarom voor de hand een onderzoek naar de auteursrechtelijke bescherming van informatie niet tot Nederland te beperken.

52. G.P.V. Vandenberghe, *Law and Information Technology: Object and Scope*, in *Advanced topics of law and information technology* (G.P.V. Vandenberghe, ed.), Deventer 1989, p.6.

53. Zie p.64-65 *infra*.

Drie landen worden in dit onderzoek betrokken: Nederland, de Verenigde Staten en Duitsland. Waarom Nederland gekozen is, behoeft eigenlijk niet te worden uitgelegd: het hemd is nader dan de rok. Overigens is deze keuze ook uit rechtswetenschappelijk oogpunt goed te verdedigen. De bescherming van feitelijke informatie is een kwestie die in ons land al meer dan een eeuw lang de auteursrechtelijke gemoederen weet te verhitten. De afgelopen vijftig jaar heeft dit debat zich toegespitst op de bescherming van de in de omroepbladen opgenomen programmegegevens. Aangezien het zogenoemde omroepbladenmonopolie een van de pijlers is waarop het Nederlandse omroepbestel rust, zijn de discussies over de auteursrechtelijke bescherming van feitelijke informatie dikwijls ook politiek gekleurd.

Dat het Amerikaanse recht in dit boek behandeld wordt, ligt eveneens voor de hand. Er van uitgaande, dat een vertegenwoordiger van het Anglo-Amerikaanse copyrightstelsel in dit boek niet gemist kan worden, is de keuze gemakkelijk gemaakt. De Verenigde Staten zijn op het gebied van de "handel" in informatie toonaangevend. Met betrekking tot de bescherming van feitelijke gegevens is het Amerikaanse auteursrecht sterk ontwikkeld. De overvloedige Amerikaanse jurisprudentie over de hier te bespreken rechtsvragen doet de Britse verbleken en vormt, tezamen met de Amerikaanse rechtswetenschappelijke literatuur, een bron van inspiratie.

De keuze voor Duitsland⁵⁴ zou eveneens met economische argumenten kunnen worden verklaard. Deze vormen echter niet de reden om het Duitse auteursrecht in deze studie te betrekken. Bespreking van het Duitse recht is om tenminste twee andere redenen geboden. Te wijzen valt in de eerste plaats op de overvloed aan auteursrechtelijke literatuur. De Duitse rechtsleer, waartoe ook de Zwitserse gerekend kan worden, is in sterke mate op rechtstheoretische leest geschoeid. Zij vormt daarom van oudsher het wetenschappelijke fundament van de auteursrechtelijke doctrine in grote delen van Europa. Ook in ons land is de invloed van de Duitse schrijvers altijd groot geweest. Een tweede reden voor behandeling van het Duitse recht is gelegen in het Duitse leerstuk van de "kleine Münze": de bescherming van auteursrechtelijk "kleingeld", zoals telefoonboeken, theaterprogramma's en allerlei triviale werken. De uitvoerige jurisprudentie op dit punt vormt belangrijk vergelijkingsmateriaal.

Naast Nederlands, Amerikaans en Duits auteursrecht zal ook het Franse recht (m.n. de Franse rechtsleer) regelmatig aan de orde worden gesteld. Voorts wordt incidenteel verwezen naar Brits en Scandinavisch auteursrecht.

De in deze studie gevolgde methode van onderzoek is - het spreekt vanzelf - de rechtsvergelijkende methode. Dit betekent dat niet volstaan wordt met een beschrijving van het positieve recht in de drie besproken landen. Waar mogelijk zullen de verschillen en overeenkomsten tussen de diverse rechtssystemen worden aangegeven. Nu reeds kan gesteld worden, dat sommige overeenkomsten frappant zijn. Als voorbeeld diene de Nederlandse "geschriftenbescherming". De hier te lande wel verkondigde opvatting, dat het Nederlandse auteursrecht met zijn bescherming van niet-persoonlijke geschriften alleen staat in de wereld behoeft de nodige relativering.

Een onderzoek naar de auteursrechtelijke bescherming van (feitelijke) informatie is tegelijkertijd een onderzoek is naar de mogelijkheden die het auteurs-

54. Behandeld wordt het recht van de Duitse Bondsrepubliek en van het vooroorlogse Duitsland. De DDR blijft buiten beschouwing.

recht biedt tot bescherming van economische *prestaties*. Het is, hiervan uitgaande, onvermijdelijk dat wij in dit boek zo nu en dan van het auteursrechtelijke pad afwijken teneinde ons te begeven in de jungle van het mededingingsrecht. Voorts worden uitstapjes gemaakt naar het "droit des savants" (bescherming van wetenschappelijke ontdekkingen), de (nabuuurrechtelijke) bescherming van nieuwsberichten, "eigendom van informatie" en de strafrechtelijke discussie over "diefstal" van informatie. Over prestatiebescherming *per se* gaat dit boek echter niet; daarover zou een afzonderlijk proefschrift geschreven kunnen worden. Hetzelfde geldt voor de "Europese" dimensie van het auteursrecht; het gemeenschapsrecht wordt hier slechts incidenteel ter sprake gebracht.⁵⁵ Evenmin behandeld wordt de bescherming van informatie door het octrooierecht, het merkenrecht, het modellenrecht of enig ander recht van intellectuele eigendom.

Dit boek bevat naast deze inleiding nog een drietal hoofdstukken. Het eerstvolgende (tweede) hoofdstuk is gewijd aan het auteursrechtelijke werkbegrip. Na een uiteenzetting over de verschillende elementen van het werkbegrip volgt een uitvoerige beschouwing over het leerstuk van de oorspronkelijkheid. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een onderzoek naar de bescherming van zogenoemde triviale werken in de drie behandelde landen en afgerond met een "informatietheoretische analyse" over de relatie tussen het informatiebegrip en het werkbegrip. Hoofdstuk III gaat vervolgens over de vraag in hoeverre *feitelijke* informatie (feitelijke gegevens resp. verzamelingen van feitelijke gegevens) past in de kaders van het werkbegrip. Daarbij zal de aandacht zich concentreren op feitelijke informatie in geschreven vorm. Onze bijzondere belangstelling zal uitgaan naar de bescherming van nieuwsberichten en wetenschappelijke onderzoeksresultaten. Een aparte paragraaf wordt gewijd aan de vraag of er naast het auteursrecht plaats is voor "eigendom van informatie" in welke zin dan ook. Voorts wordt een afzonderlijke paragraaf gewijd aan het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid, waarover hiervoor al het een en ander is opgemerkt. Hoofdstuk IV besluit, zoals het hoort, met een samenvatting en enige conclusies.

55. Zie E.J. Dommering, Informatie monopolies, in de Maris-bundel, Deventer 1989, p.153-158.

II. HET AUTEURSRECHTELIJKE WERK

II.1 Inleiding

Honderdtien jaar geleden, in 1880, schreef Joseph Kohler: "Die Hauptfrage: an welchen Werken ein Autorschutz stattfindet, ist bis jetzt noch eine offene; trotz der verschiedenartigsten Versuche, insbesondere auch in der deutschen Litteratur, ist es bis jetzt nicht gelungen, feste Kriterien zu finden, welche vor dem Forum der Wissenschaft bestehen können".¹

In 1990 valt op deze stelling nog altijd weinig af te dingen. Het object van auteursrechtelijke bescherming, het werk van letterkunde, wetenschap of kunst, blijft zich ook in onze tijd onttrekken aan een sluitende, eenduidige begripsomschrijving.² Aan pogingen het werkbegrip in definities en criteria te vangen, heeft het sinds 1880 overigens niet ontbroken. En net als in de vorige eeuw, is het de Duitse school geweest, de Zwitserse daaronder begrepen, die de speurtocht naar de auteursrechtelijke steen der wijzen, *het wezen van het werk*, heeft aangevoerd. Uitvoerige beschouwingen over het werkbegrip treffen wij onder meer aan bij Allfeld, Ulmer, Hubmann, Troller, Kummer, Girth, Rau, Thoms, G.Schulze en Schricker/Loewenheim.³

Aan deze illustere reeks valt sinds kort ook een tweetal Nederlandse namen toe te voegen. De dissertaties van Grosheide en Quaadvlieg zijn de eerste Nederlandse publikaties sinds 1909, het jaar van verschijnen van het proefschrift van De Beaufort, waarin grondig en uitvoerig op het werkbegrip wordt ingegaan.⁴ De werken van Grosheide en Quaadvlieg zijn illustratief voor de verandering die de discussie over het werkbegrip gedurende de laatste 25 jaar heeft ondergaan. Stond in Kohlers tijd en in de jaren daarna het debat over het werkbegrip vooral in het teken van de theorievorming, met de introductie van nieuwe kunstvormen in de jaren '60 en de produkten van de informatietechniek in de jaren '70 en '80 heeft de discussie over het werkbegrip steeds sterkere cultuurpolitieke en economische ondertonen gekregen.

Duidelijk is, dat vooral de intrede van de computer een katalyserend effect gehad heeft op de discussies over het auteursrechtelijke object. Om in dit verband te spreken van een *crisis* in het auteursrecht is echter al te pessimistisch.⁵ Er is eerder - vanuit rechtswetenschappelijk perspectief - sprake van een *renaissance*. Nieuwe produkten van de menselijke geest, die niet naadloos blijken te passen in het traditionele auteursrechtelijke begrippenkader, dwingen ons telkens opnieuw tot nadenken over de aard van het werkbegrip en de grenzen van het auteursrechtelijke domein. De speurtocht naar het "wezen van

1. Kohler, p.159.

2. Schricker/Loewenheim, p.91.

3. Zie de literatuurlijst.

4. De boeken van De Beaufort, Grosheide en Quaadvlieg zijn opgenomen in de literatuurlijst.

5. Vgl. Gerbrandy, p.8, onder verwijzing naar W.Z. Nasri, *Crisis in Copyright*, Basel 1976. Gerbrandy meent echter "dat er geen reden is voor bezorgdheid zolang er, gelijk thans, alom ter wereld geleerden zijn van hoog niveau die de problematiek met klare doordachtheid te lijf gaan".

het werk" wordt een ware expeditie. Maar van de steen der wijzen ontbreekt nog altijd ieder spoor.

II.2 Elementen van het werkbegrip

II.2.1 Het wettelijke werkbegrip

Het auteursrechtelijke object, in dit boek kortweg "werk" genoemd, heeft van de diverse nationale wetgevers verschillende namen meegekregen: *werk van letterkunde*, *wetenschap of kunst*⁶, *Werk der Literatur*, *Wissenschaft und Kunst*⁷, *oeuvre de l'esprit*⁸ of *works of authorship*⁹. De in de internationale literatuur gebruikelijke uitdrukking *werk van letterkunde en kunst* treffen wij aan in artikel 2 lid 1 van de Berner Conventie, de bepaling die model heeft gestaan voor de wijze waarop vele nationale wetgevers het werkbegrip hebben omschreven:

"De term 'werken van letterkunde en kunst' omvat alle voortbrengselen op het gebied van letterkunde, wetenschap en kunst, welke ook de wijze of de vorm van uitdrukking zij, zoals boeken, brochures en andere geschriften; voordrachten, toespraken, preken en andere werken van dien aard; toneelwerken of dramatisch-muzikale werken; choreografische werken en pantomimes; muzikale composities met of zonder woorden; cinematografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van teken-, schilder-, bouw-, beeldhouw-, graveer- en lithografeerkunst; fotografische werken, waarmee volgens een soortgelijke werkwijze uitgedrukte werken worden gelijkgesteld; werken van toegepaste kunst; illustraties en aardrijkskundige kaarten; tekeningen, schetsen en plastische werken, betrekking hebbend op de aardrijkskunde, de topografie, de bouwkunde of de wetenschappen".¹⁰

De omvang van deze auteursrechtelijke inventaris kan niet verhullen, dat een *definitie* van het werkbegrip in de Berner Conventie ontbreekt. De schier eindeloze reeks van voorbeelden biedt onvoldoende compensatie voor deze omis-sie. De lijst is uitdrukkelijk niet limitatief van aard¹¹ en het einde lijkt dus "zoek". In dit verband rijst onmiddellijk de vraag naar de juridische betekenis van de "werkenlijst" in de Berner Conventie en verwante nationale wetten. Heeft deze opsomming voornamelijk educatieve waarde of is zij bepalend voor aard en omvang van het auteursrechtelijke object?

6. Art. 1 Aw.

7. Art. 1 UrhG.

8. Art. 1 Fr. Aw.

9. Art. 102 USCA.

10. Een aantal werkcategoryen (voordrachten e.d., choreografische werken en pantomimes, cinematografische werken e.d., fotografische werken e.d., werken van toegepaste kunst) kwam niet voor in het oorspronkelijke art. 4 BC 1886. Zie Ricketson, p.235-236.

11. Zie Guide to the Berne Convention, WIPO, Genève 1981, p.13.

Het antwoord op deze vraag hangt mede af van de betekenis die men toekent aan de woorden "letterkunde (wetenschap¹²) en kunst". Indien men, zoals de meeste Duitse schrijvers¹³, in deze woorden a priori een beperking ziet van het auteursrechtelijke domein, dan ligt het voor de hand bij de afbakening van dit domein aan te knopen bij de in de werkenlijst expliciet genoemde categorieën.¹⁴ Het toevoegen van een nieuwe categorie schept in deze optiek de garantie, dat een tot deze categorie behorend voortbrengsel in beginsel tot het auteursrechtelijke domein is toegelaten.¹⁵

Wie daarentegen met Verkade/Spoor¹⁶ van oordeel is, dat aan de woorden "letterkunde, wetenschap of kunst" (in art. 1 Aw) geen bijzondere betekenis moet worden toegekend, zal ook aan de letterlijke bewoordingen van de werkenlijst weinig waarde hechten.¹⁷ In deze opvatting heeft het scheppen van nieuwe wettelijke werkcategorieën, zoals met betrekking tot computerprogramma's in een aantal nationale wetten is geschied¹⁸, weinig meer dan psychologische betekenis.

Evenmin als de Berner Conventie bevatten de diverse hier behandelde nationale wetten sluitende definities van het werkbegrip, al komt de Duitse wet nog aardig in de buurt door het werk te omschrijven als een *persönliche, geistige Schöpfung*.¹⁹ Artikel 2 BC noemt wel twee criteria die bij het bepalen van het werkbegrip geen rol mogen spelen: "de wijze of de vorm van uitdrukking", een formule die we onder meer in de Nederlandse Auteurswet terugvinden.²⁰ De Franse wetgever elimineert bovendien "genre", "mérite" en "destination" als relevante criteria.²¹

Een positieve omschrijving van het werkbegrip ontbreekt ook in de Amerikaanse wet. Dat is merkwaardig, waar art. 101 USCA van alle overige in de wet gebruikte kernbegrippen wel definities geeft. De Amerikaanse wetgever verwijst voor wat betreft de betekenis van het werkbegrip naar de jurisprudentie.²² Ook de Amerikaanse rechtsleer heeft zich, in tegenstelling tot de Duitse, de Franse en de Nederlandse, niet diepgaand met het "wezen van het werk" bezig gehouden. Dit hangt samen met het inductief-empirische, utilitaire karakter van het Anglo-Amerikaanse (auteurs)recht.²³ In de hierna volgende analyse

12. Volgens Ricketson, p.232, heeft het woord "wetenschap" in art. 2 BC geen zelfstandige betekenis. Een wetenschappelijk verslag geniet hetzij als "letterkunde", hetzij als "kunst" de bescherming van de Conventie; wetenschap als zodanig wordt niet beschermd. Ricketson pleit om deze reden voor het schrappen van deze term. In gelijke zin D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, mededinging en consument*, Deventer 1976, p.18, noot 65. Zie *infra* § III.2.3.

13. Zie *infra* p.18.

14. Schricker/Loewenheim, p.90.

15. Ricketson, p.236.

16. Verkade/Spoor, p.53; vgl. Gerbrandy, p.64.

17. In één opzicht heeft de werkenlijst in art. 10 Aw in elk geval wel zelfstandige betekenis. In de woorden "alle andere geschriften" in art. 10, eerste lid, onder 1°, ligt de "geschriftenbescherming" besloten; zie § II.5.1 *infra*.

18. Zie Hugenholtz/Spoor, p.56-64.

19. Art. 2 lid 2 UrhG, Ulmer, p.127, wijst er op, dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel nog sprake was van *Schöpfungen eigenpersönlicher Prägung*; deze term werd echter te "zwaar" bevonden. In de Toelichting bij art. 2 UrhG wordt het begrip "persönliche geistige Schöpfung" omschreven als "Erzeugnisse [...] die durch ihren Inhalt oder durch ihre Form etwas neues und Eigentümliches darstellen".

20. Art. 10 lid 1 in fine Aw.

21. Art. 2 Fr. Aw.

22. "The phrase 'original works of authorship', which is purposely left undefined, is intended to incorporate without change the standard of originality established by the courts under the present [1909] copyright statute" (House Report, p.51, gecit. bij Nimmer, § 2.01).

23. Vgl. Grosheide, p.216.

van het werkbegrip zal daarom slechts incidenteel naar de Amerikaanse rechtsleer worden verwezen.

11.2.2 Letterkunde, wetenschap en kunst

Het vorenstaande verklaart waarom in de Nederlandse literatuur over het werkbegrip maar betrekkelijk zelden op de letterlijke termen van de wet c.q. de Berner Conventie wordt teruggesproken. Daarentegen zien de meeste Duitse schrijvers²⁴ in de woorden "letterkunde (wetenschap) en kunst" een externe begrenzing van het auteursrechtelijke domein. In deze opvatting dient de definitie van het auteursrechtelijke object op twee niveaus plaats te vinden. In eerste instantie moet, uitgaande van de woorden "letterkunde en kunst", worden vastgesteld welke produkten van menselijk handelen in *beginsel* voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Deze eerste toets strekt er toe de "scope" van het auteursrecht ("verticaal") af te bakenen ten opzichte van de "vrije sector" en andere rechten van intellectuele eigendom. Pas in tweede instantie dient te worden nagegaan welke specifieke criteria inherent zijn aan het werkbegrip teneinde voor het auteursrechtelijke object een ("horizontale") ondergrens te bepalen.

Deze opvatting wordt nader uitgewerkt door G.Schulze.²⁵ Volgens Schulze behoren technische of praktische produkten van de menselijke geest "ohne jede geistig-ästhetische Wirkung" niet tot het domein van letterkunde, wetenschap en kunst. Zij komen daarom niet in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming. Schulze noemt als voorbeelden: treinkaartjes, spoorboekjes en formulieren. Schulze geeft echter toe, dat in de meeste gevallen een tweede toets noodzakelijk is. Alleen in evidente gevallen kan met de eerste toets volstaan worden.²⁶ Het "Oberbegriff" letterkunde, wetenschap en kunst dient *ruim* te worden uitgelegd.²⁷

De eis van "geistig-ästhetische Wirkung" komen wij overigens vaker tegen in de (vooral Duitse) literatuur, zij het meestal niet als "Oberbegriff", maar als element van het werkbegrip als zodanig; zie *infra* § II.2.3 sub 4.

Een enigszins verwante opvatting treffen wij aan bij Vandenberghe:²⁸ het auteursrechtelijk object dient gericht te zijn op communicatie met de (mede)mens.²⁹ Vandenberghe tracht hiermee het computerprogramma uit het auteursrecht te verbannen (wij zouden haast zeggen te *excommuniceren*).³⁰ Het criterium van Vandenberghe heeft in de literatuur de nodige kritiek geoogst, ook dezerzijds.³¹ De meest overtuigende tegenwerping is wel, dat het programma in zijn eerste verschijningsvorm ook (en vooral) op de medemens gericht is. Een

24. Ulmer, p.126 e.v.; Dietz, p.60; Troller, p.351; G.Schulze, p.123-130; Schricker/Loewenheim, p.90. Zie ook Grosheide, p.195 e.v. en De Beaufort, diss., p.126.

25. G.Schulze, p.123-130.

26. G.Schulze, p.130.

27. Schricker/Loewenheim, p.90.

28. Vandenberghe, p.98.

29. Vgl. Quaadvlieg, p.112.

30. In later werk legt Vandenberghe zich neer bij de heersende leer; zie G. Vandenberghe, Auteursbescherming van software: *alea iacta est*, Computerrecht 1984-1985, p.47.

31. D.W.F. Verkade, Juridische bescherming van programmatuur, tweede herziene druk, Alphen aan den Rijn 1986, p.38; Hugenholz/Spoor, p.31-32, waartegen *overtuigend* F.W. Grosheide, Juridische bescherming van software en chips, in F. de Graaf (red.), Hoofdstukken informaticarecht, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1989, p.77, 101 (noot 27) en G. Frensel, Chipsbescherming, Zwolle 1988, p.26.

wezenlijke functie van de broncode is het verschaffen van informatie aan huidige en toekomstige programmeurs (met het oog op wijzigingen en "onderhoud"). Vervolgens kan men zich afvragen, of het zinvol is een voortbrengsel dat aanvankelijk tot het auteursrechtelijk domein behoorde door een eenvoudige transformatie in een ander tekenstelsel (conversie in object code) ineens uit dat domein te verbannen.³² Tenslotte rijst de vraag of er tussen een computerprogramma en een op de medemens gericht algoritme (een kookrecept bijvoorbeeld) een wezenlijk verschil bestaat.³³

Het punt dat Vandenberghen aanroert is echter niet van belang ontbloot. Vanuit een oogpunt van semiotiek roept de opvatting van Vandenberghen de vraag op wie in het auteursrecht de rol vervult van (gestandaardiseerde) *waarnemer*? Op deze vraag wordt elders in dit boek nader ingegaan.³⁴

Ook Grosheide³⁵ blijkt voorstander van een dubbele toetsing. Volgens hem moet allereerst worden vastgesteld wat onder de aanduiding "(werken van) kunst en wetenschap"³⁶ dient te worden verstaan. Grosheide constateert dat deze vraag in vrijwel alle Nederlandse commentaren niet ten principale aan de orde wordt gesteld.³⁷ De verklaring die Grosheide voor deze vermeende omis-sie geeft, bevredigt echter niet. Volgens Grosheide is het "stilzwijgen" van de commentatoren te wijten aan een tweetal vermeende "vanzelfsprekendheden". In de oude literatuur werd als vanzelfsprekend aangenomen, dat het auteursrechtelijke object zich op het terrein van kunst en wetenschap bevond. In de nieuwe literatuur wordt er even vanzelfsprekend van uitgegaan, dat het auteursrechtelijke domein veel ruimer is dan "kunst en wetenschap".

De verklaring voor het door Grosheide gekritiseerde stilzwijgen ligt o.i. echter elders. De toets die Dietz en Grosheide in eerste instantie afzonderlijk verrichten, wordt door de andere schrijvers eveneens verricht, zij het onder een andere noemer.³⁸ De wijze waarop Grosheide gestalte geeft aan de eerste toets (het "Oberbegriff"), bewijst dit. Van de eis dat het auteursrechtelijke object zich op het terrein van "kunst en wetenschap" dient te bevinden, blijft bij nadere beschouwing niet meer over dan het vereiste dat het voortbrengsel in kwestie op het terrein van de *cultuur* behoort te liggen.³⁹ Daarmee schieten we echter weinig op: zijn er menselijke voortbrengsels die niet tot de "cultuur" gerekend mogen worden? Grosheide geeft zelf toe, dat bij hantering van een ruim cultuurbegrip, waartoe ook de techniek gerekend wordt, de eerste toets zijn onderscheidende werking verliest.⁴⁰

Aan een afzonderlijk "Oberbegriff" bestaat o.i. noch uit theoretisch nog uit praktisch oogpunt behoefte. Een discussie over de grenzen van het auteursrech-

32. Grosheide, p.265, vergelijkt deze transformatie met de produktie van een geneesmiddel aan de hand van een chemische formule.

33. P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht/AMR* 1984, p.90, waartegen G.P.V. Vandenberghen, 'Software-Orakels', Deventer 1985, p.6-8.

34. Zie *infra* § II.6.2.

35. Grosheide, p.195 e.v.

36. De term is van Grosheide, t.a.p.

37. In gelijke zin G.Schulze, p.127.

38. Vgl. noot L.J.H.B. bij HR 17 april 1953 (Radioprogramma I), AA 3 (1953-1954), p.134: "...het vereiste van 'eigen karakter' is niet een nader, tweede criterium: het is slechts een *interpretatie* van het begrip 'werk van letterkunde, wetenschap of kunst'".

39. De jure constituendo pleit Grosheide, p.296, voor vervanging van de term "letterkunde, wetenschap of kunst" door een formulering "waarin tot uitdrukking komt dat aan de orde is de juridische regeling van de exploitatie van in communicatie gebrachte culturele informatie".

40. Grosheide, p.262.

telijke domein zonder onderzoek naar de eigenschappen van het auteursrechtelijke werk is in feite zinloos. Begrippen als schepping en individualiteit/ oorspronkelijkheid zijn niet los te zien van de reikwijdte en werkingssfeer van het auteursrecht. De discussie over de verticale grenzen van het auteursrechtelijke domein kan beter plaatsvinden in het kader van de bespreking van het werkbegrip zelf.⁴¹ Eventueel noodzakelijke nadere afbakeningen kunnen door middel van wettelijke beperkingen "op maat" worden gemaakt. Voorzover er toch behoefte aan een "Oberbegriff" bestaat dan is het dit: *informatie*.

11.2.3 Relevante criteria

Op zoek naar de kenmerkende eigenschappen van het auteursrechtelijke werk stuiten wij in de literatuur op een groot aantal relevant en minder relevant geachte criteria. Een enkele schrijver slaagt er zelfs in alle criteria in één zin samen te vatten. Het auteursrechtelijk werk is volgens Schricker "die subjektive neue, individuelle, eine 'Aussage' implizierende menschliche Gestaltung von bestimmten Niveau, die zum Bereich der Literatur, Wissenschaft und Kunst in einem weiten Sinne gehört".⁴²

De meeste schrijvers zijn minder ambitieus en beperken zich tot meer of minder uitvoerige beschrijvingen. Daarbij valt op, dat in de auteursrechtelijke literatuur termen als "techniek", "geest", "esthetiek", "vorm", "inhoud" en "informatie" dikwijls onzorgvuldig worden gebruikt. Onzuiver spraakgebruik is een belangrijke oorzaak van de permanente verwarring over het werkbegrip. Aan de belangrijkste literatuur ontleen wij de volgende criteria.

1. IMMATERIEEL PRODUKT

Een wezenlijk kenmerk van het auteursrechtelijke object is zijn immateriële karakter. In dit opzicht is het auteursrecht verwant aan de andere rechten van intellectuele eigendom: het octrooirecht, het kwekersrecht, het modellen- en het merkenrecht, waarvan de objecten eveneens immaterieel van aard zijn. Kohler, Troller e.v.a. spreken in dit verband van *Immaterialgüter*. Typerend voor het immateriële karakter van deze categorie rechtsobjecten is volgens Troller⁴³ dat zij onafhankelijk zijn van tijd en ruimte ("ubiquitair") en in beginsel onbeperkt reproduceerbaar. Een werk in auteursrechtelijke zin kan daarom niet "verbruikt" worden, slijten of "op" raken.

Het "immateriële goed" waar Kohler c.s. op doelen, is - het zal de lezer na het vorige hoofdstuk duidelijk zijn - *informatie*. Te overwegen ware voortaan - in navolging van Catala - te spreken van *informatiegoederen*.⁴⁴

41. Vgl. Von Gamm, p.174.

42. Schricker, p.54.

43. Troller, p.57.

44. Catala 1984 spreekt van "biens informationnels". Over de inhoud van Catala's theorie zijn wij overigens minder enthousiast; zie *infra* § III.4.1.

2. CONCREET OBJECT

Het auteursrechtelijke object is eerst en voor al een *werk*. Veel schrijvers formuleren, hiervan uitgaande, de eis dat het werk een *geconcretiseerd object* betreft.⁴⁵ Dit vereiste behoeft o.i. niet gesteld te worden. Het is, indien men op zoek gaat naar de aard van enig rechtsobject, onnodig en overbodig de voorwaarde te formuleren, dat er van een "object" - in welke zin dan ook - sprake is; dit spreekt vanzelf. Dit wordt juist ingezien door Lucas: "[E]n matière de propriété littéraire, la condition de concrétisation est moins une condition de protection qu'une condition d'existence de l'oeuvre".⁴⁶

Overbodig is deze eis eveneens voorzover hiermee beoogd wordt diffuse fenomenen als "stijl", "idee", "genre", "methode" e.d. a priori buiten het werkbegrip te plaatsen. Of men een stijl of een idee wel of niet "concreet" noemt, is in wezen een arbitraire keuze. Om met Laddie te spreken: "It all depends on what you mean by ideas".⁴⁷

Weer anders interpreteert Von Gamm de eis van concretisering: het moet gaan om "ein einheitliches, zusammengehöriges Werk".⁴⁸ Hiermee wordt bedoeld, dat het object van auteursrecht niet bestaat in een veelheid van afzonderlijke exploiteerbare "werkjes". Ook een dergelijke eis kan o.i. gemist worden. Of een bepaald produkt van de menselijke geest uit één dan wel uit meerdere "werken" bestaat, wordt uiteindelijk niet bepaald door de eis van concretisering, maar door het criterium van oorspronkelijkheid.

Zin heeft een afzonderlijk criterium van concretisering o.i. slechts, indien bedoeld wordt dat het werk een *vorm* heeft, dat wil zeggen is *geuit*. Deze voorwaarde wordt hieronder (sub 6) nader uitgewerkt.

3. PRODUKT VAN MENSELIJKE ACTIVITEIT

Vrijwel alle schrijvers zijn impliciet of expliciet van oordeel, dat slechts producten van menselijke activiteit object van auteursrecht kunnen zijn.⁴⁹ Oorzaak is volgens Grosheide de "anthropocentrische inslag" van het traditionele auteursrecht.⁵⁰ Girth, zich baserend op Kummer, laat echter uitdrukkelijk ruimte voor werken die geheel of gedeeltelijk door machines (computers) zijn gemaakt.⁵¹ Hoewel een dergelijke opvatting extreem genoemd mag worden, is zij in wezen niet anders dan een consequente toepassing van de leer van Kummer, die aan het makerschap (het aan het werk ten grondslag liggende menselijk handelen) in beginsel geen relevantie toekent.⁵²

De vraag of machines auteursrechtelijke "werken" kunnen voortbrengen⁵³ is o.i. ten dele een schijnprobleem. Zolang machines niet in staat zijn tot zelfstandig (d.w.z. niet direct of indirect door mensen geprogrammeerd) handelen,

45. Vgl. Quaedvlieg, p.3 en de t.a.p. in noot 2 genoemde literatuur.

46. Lucas, diss., p.54.

47. Laddie, gecit. door Grosheide, p.224. Zie *infra* p.38-40 en 73-75.

48. Von Gamm, p.176.

49. Vgl. o.m. Schriker/Loewenheim, p.91-93.

50. Grosheide, p.219.

51. Girth, p.28. Vgl. Kummer, p.66. Zie ook Hof Amsterdam 21 februari 1974, NJ 1974, 485, gecit. door Quaedvlieg, p.23.

52. Girth, t.a.p.: het auteursrecht biedt volgens Kummer geen "Verfahrensschutz", maar "Werkschutz".

53. Zie W.G.B. van Offeren, Auteursrecht en met behulp van een computer gemaakte werken, Computerrecht 1989, p.2-10.

is ieder voortbrengsel van een machine toe te rekenen aan menselijk handelen.⁵⁴ Principeel bestaat er geen verschil tussen een tekenaar die een potlood hanteert en een chipontwerper die met behulp van geavanceerde werkstations en "intelligente" software geïntegreerde schakelingen ontwerpt.⁵⁵ In feite is de inzet van fysieke (hulp)middelen in ieder informatieproces onontbeerlijk, telepathie buiten beschouwing gelaten.

Hiermee is allerm minst gezegd, dat computer-output onder alle omstandigheden een "werk" zou zijn. Zoals met behulp van een balpen oorspronkelijke en niet-oorspronkelijke geschriften geproduceerd kunnen worden, zo ook hier. De juiste toets is echter niet het criterium van "menselijkheid", maar de eis van *oorspronkelijkheid*. Indien de man of vrouw achter de machine aan het produkt onvoldoende "sturing" gegeven heeft, is er van een oorspronkelijk werk geen sprake. Beslissend is de door de "bestuurder" *toegevoegde informatie*.

Mochten de ontwikkelingen op het gebied van de artificiële intelligentie ooit leiden tot zelfstandig scheppende machines, dan bestaat er o.i., afgezien van de "antropocentrische" instelling die ons mensen nu eenmaal eigen is, geen reden deze machines een auteursrecht te onthouden. Dan zal ook het "computerrecht" zijn lang verbeide grondrechtelijke fundament verkrijgen.

De eis van menselijkheid manifesteert zich voorts in de algemeen verkondigde opvatting, dat door dieren voortgebrachte "kunst" of in de natuur aangetroffen voorwerpen (objets trouvés) geen object van auteursrecht zijn.⁵⁶ Daarentegen stelt Kummer dat dergelijke produkten, voorzover zij individualiseerbaar zijn, wel degelijk "werken" zijn, mits zij als werk *gepresenteerd* worden. Wij zijn het op dit punt met Kummer eens; zie p.62 *infra*.

4. GEESTELIJK PRODUKT

Verwant aan de eis van menselijkheid is de voorwaarde dat een werk een voortbrengsel van de geest is. Deze eis is eveneens min of meer algemeen aanvaard. Het vereiste van "geestelijkheid" is, zoals hiervoor gebleken is, letterlijk terug te vinden in het Franse en Duitse wettelijke werkbegrip: *oeuvres de l'esprit* resp. *persönliche geistige Schöpfungen*. Kummer spreekt in dit verband van "gedankliche Vorstellung"; hij verstaat hieronder "alles was überhaupt gedacht werden kann".⁵⁷ Deze gedachte staat in het traditionele werkbegrip centraal. "Zonder die, de maker innerlijk bewegende voorstelling, opzet, idee, is er geen 'werk'", aldus Gerbrandy.⁵⁸ Het criterium van geestelijkheid sluit produkten van menselijk handelen die niet uit de menselijke geest ontsproten zijn uit van auteursrechtelijke bescherming. Troller noemt als voor-

54. Vgl. Rau, p.63 en Grosheide, p.220. Deze gedachte is terug te vinden in art. 9 lid 3 van de nieuwe Britse Copyright, Designs and Patent Act 1988: "In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken".

55. Vgl. EC Green Paper, p.197.

56. Zie o.m. Schricker/Loewenheim, p.91-92.

57. Kummer, p.5; Altenpohl, p.41.

58. Gerbrandy, p.61, onder verwijzing naar HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 (Van Gelder/Van Rijn), waarin de onsterfelijke formule "dat alleen de vormgeving die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet".

beeld van dergelijke niet-geestelijke prestaties *sportwedstrijden*; deze worden niet als "einheitliche Werke" in de geest geconcipieerd.⁵⁹

In het verlengde van de eis van geestelijkheid ligt het *programma-criterium* van Dommering.⁶⁰ Alleen handelingen waaraan een (in een geheugen vastgelegd) programma ten grondslag ligt, kunnen als werk worden gekwalificeerd.⁶¹ Het programma-criterium is een moderne variant van de aloude idee, dat zich achter de waarneembare uiterlijke vorm (het *corpus mechanicum*) een niet-waarneembaar *corpus mysticum* verschuilt. In zoverre is het programma-criterium een welkome aanvulling op het bestaande jargon; materieel is er o.i. geen sprake van een nieuw element.

Niet ieder gegeven is een voortbrengsel van de menselijke geest. Men denke in dit verband aan de meteorologische gegevens die door een weersatelliet naar de aarde worden geseind⁶² of andere door *telemetrie* ("remote sensing") verkregen gegevens. Dergelijke gegevens worden pas (potentieel) object van auteursrecht, zodra zij zijn ontvangen en geïnterpreteerd, dat wil zeggen *informatie* zijn geworden. In de fase die hieraan vooraf gaat, kan - uitgaande van de eis van "geestelijkheid" - van auteursrechtelijke bescherming geen sprake zijn.⁶³ Dat hoeft voor de belanghebbenden overigens geen ramp te zijn. De signalen in kwestie worden krachtens nationaal en internationaal telecommunicatierecht tegen ongeoorloofde interceptie beschermd, tenzij zij ongericht (als omroep) worden verspreid.⁶⁴

De eis van "geestelijkheid" heeft in de literatuur dikwijls een dubbele betekenis. Behalve op de "geestelijke herkomst" van het werk heeft het criterium dan ook betrekking op de "geestelijke werking" van het werk. Zo omschrijft Allfeld het object van object van auteursrecht als "Geisteswerke [...] in einem doppelten Sinne, einem *subjektiven* als Erzeugnisse individueller geistiger Thätigkeit und einem *objektiven*, insofern sie sich an der Geist wenden, d.h. dazu bestimmt sind, auf den Geist zu wirken und jedenfalls ihren begriffsmässigen Zweck schon dadurch erfüllen, dass der Geist ihren Inhalt in sich aufnimmt".⁶⁵

Het criterium van "geestelijke werking" zijn wij hiervoor in een modernere jasje reeds tegengekomen bij Vandenberghe. Voorts ligt hier een verband met de (oude) opvatting van Troller: het werk moet een *esthetisch* effect hebben; zie *infra* p.30.

59. Troller, p.352-353. Zie ook *infra* p.62.

60. Dommering 1986, p.74.

61. Dommering bewijst hiermee een "Turing's man" te zijn. Zie J.D. Bolter, *Turing's Man*, Middlesex 1986, p.13: "Turing's man is the most complete integration of humanity and technology, of artificer and artifact, in the history of the Western cultures. With him the tendency, implicit in all eras, to think 'through' one's contemporary technology is carried to an extreme; for him the computer reflects, indeed imitates, the crucial human capacity of rational thinking". Vgl. Gerbrandy, p.210-213.

62. Zie R. Oosterlinck, *Der Rechtsschutz von Daten kommerzieller Fernerkundungssatelliten*, GRUR Int 1986, p.770-779.

63. Men kan zich afvragen of dit ook geldt voor de geschriftenbescherming. Verdedigbaar is dat de automatische eerste vastlegging van gegevens is toe te rekenen aan de "bestuurder" of organisator.

64. Artikel 44! WvS verbiedt het ongeoorloofd onderscheppen en doorgeven van niet voor het publiek bestemde radiocommunicatie (vgl. ook hoofdstuk F van het Besluit Radioelektrische inrichtingen). Vergelijkbare verboden komen voor in buitenlandse wetgeving; zij zijn gebaseerd op artikel 23 van het Internationale Radioreglement.

65. Allfeld, p.26; vgl. Von Gamm, p.173.

Object van auteursrecht zijn slechts produkten van de geest die op enigerlei wijze zijn geuit, voor communicatie vatbaar gemaakt. Deze uiting kan geschieden door vastlegging in een fysieke drager (papier, doek, gips, diskette) of via efemere media (geluid, licht, "ether", et cetera). Indien het werk eenmaal geuit is, is aan het vereiste van expressie voor altijd voldaan. Een strengere eis stelt ten deze de Amerikaans auteurswet, die alleen bescherming toekent aan *vastgelegde werken*: "works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device".⁶⁶

Naar Nederlands, Duits en Frans auteursrecht is niet vereist, dat een eenmaal geuit werk permanent waarneembaar blijft. Hier geldt: *eenmaal werk, altijd werk*.⁶⁷ Grosheide leidt hieruit af, dat *herhaalbaarheid* geen afzonderlijk criterium kan zijn.⁶⁸ Daarentegen acht Dommering herhaalbaarheid juist een wezenlijk element van het auteursrechtelijke werkbegrip.⁶⁹ Dommerings programma-criterium vormt hiervan een uitwerking.

Of Grosheide en Dommering het werkelijk met elkaar oneens zijn, is echter maar de vraag. Probleem is, dat niet geheel duidelijk is waarop deze - al dan niet relevante - herhaalbaarheid precies betrekking zou moeten hebben.⁷⁰ Het scheppen van een werk is in beginsel niet-herhaalbaar; herhalen is geen vorm van scheppen.⁷¹ Aannemelijk is dat Dommering met herhaalbaarheid doelt op het opnieuw verrichten van het fysieke menselijke handelen als uiting van een "geprogrammeerd" werk, dat door hem aan het werkbegrip getoetst wordt. In deze visie is menselijk handelen dat in overwegende mate van toeval afhankelijk is (een sportwedstrijd bijvoorbeeld) niet als werk te kwalificeren. Wat Grosheide in dit verband met "herhaalbaarheid" bedoelt, blijft echter onduidelijk.

Het vereiste van expressie wordt in de rechtsleer traditioneel beschouwd in termen van vorm en inhoud. In deze visie is het auteursrechtelijke werk de *vormgegeven menselijke gedachte*. Zoals Kummer heeft aangetoond, zijn expressie (uiting) en vormgeving in wezen identiek.⁷² Het woord "vorm" heeft in dit verband aanleiding gegeven tot grote verwarring. Uit het beschermd zijn van de "vorm" zou het niet beschermd zijn van de "inhoud" logisch voort-

66. Art. 107 USCA. Vgl. art. 3 lid 2 van de Britse Copyright, Designs and Patents Act 1988: "Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise...".

67. Over de transformatie van programmatuur in broncode naar object code zie J.J. Borking, Een gat in de Auteurswet - object code niet beschermd, Informatie 1983, nr. 4, p.28, waartegen D.W.F. Verkade, Juridische bescherming van programmatuur, tweede herziene druk, Alphen aan den Rijn 1986, p.36. Grosheide, p.265, neemt op dit punt een tussenpositie in.

68. Grosheide, p.237.

69. Dommering 1986, p.74-75.

70. Deze begripsverwarring komen we ook tegen bij Troller. Op p.57-59 heet het dat "Wiederholbarkeit" typisch is voor alle immateriële goederen; Troller doelt hiermee op herhaalde "Verkörperung". Elders, op p.367, is "Wiederholbarkeit" juist géén vereiste voor auteursrechtelijke bescherming.

71. Dat de homo creator voortdurend informatie ontleent aan de "cultuur" waarvan hij deel uitmaakt, zijn eigen vroegere werk daaronder begrepen, doet hier niet aan af. De traditionele auteursrechtelijke schepping wordt gekenmerkt door het op *oorspronkelijke* wijze ordenen ("informare") van al dan niet ontleende informatie. Scheppen en reproducen zijn, auteursrechtelijk geredeneerd, elkaanders tegendeel.

72. Kummer, p.7-8.

vloeien. De verwarring is nog verergerd door de theorie van Kohler, die binnen het auteursrechtelijke werk drie lagen onderscheidt: inhoud, innerlijke vorm en uiterlijke vorm.⁷³ Met het begrip "innerlijke vorm" doelt Kohler op de *compositie* van het werk: de ordening van de stof, de verhaallijn, et cetera. "Uiterlijke vorm" staat dan voor de concrete uitdrukking van de gedachte in taal, tekens, gebaren of geluiden.

Over de onzuivere (schijn-)tegenstelling tussen vorm en inhoud wordt in dit boek op verschillende plaatsen nader ingegaan.⁷⁴

6. DOEL EN FUNCTIE

Het auteursrechtelijk werk behoort, aldus Troller, geen ander doel te hebben dan zijn existentie. Anders gezegd: het werk is "zwecklos".⁷⁵ In dit opzicht verschilt het auteursrechtelijke object wezenlijk van andere produkten van de menselijke geest, zoals uitvindingen en "Anweisungen an dem menschlichen Geist". Grosheide⁷⁶ heeft laten zien, dat Trollers criterium van "doelloosheid" een objectivering is van zijn oudere (op kunstfilosofische leest geschoeide) leer, die het auteursrechtelijke domein beperkte tot "esthetische werken".⁷⁷ De leer van Troller, die recent door Quaedvlieg van een nieuw jasje is voorzien, is in wezen dezelfde die honderd jaar geleden door Kohler werd verkondigd: object van auteursrecht is *kunst*.⁷⁸

Verwant aan de eis van "doelloosheid" is het criterium van keuzevrijheid, dat elders in dit boek, als uitwerking van de auteursrechtelijke oorspronkelijkheid, uitvoerig aan de orde wordt gesteld; zie *infra* § II.4.2.

Van de leer van Troller (het werk is "zwecklos") moet scherp worden onderscheiden de opvatting, die door het merendeel der schrijvers wordt aangehangen, dat het doel van de schepping in het werkbegrip geen rol mag spelen.⁷⁹ Beter dan van "doel" ware in dit verband te spreken van *bestemming*.⁸⁰ In deze visie is het niet van belang of met het produkt waarin het werk zijn neerslag vindt (gebruiksvoorwerpen bijvoorbeeld) kunstzinnige dan wel techni-

73. Kohler, p.168-177.

74. Zie p.38-40, 62-67 en 73-75 *infra*.

75. Troller, p.60 e.v. In gelijke zin Kummer, p.74: "Die Zweckfreiheit ist durchgehende Eigenschaft des urheberrechtlich Schützbar". Vgl. ook Oscar Wilde: "All art is quite useless" en de definitie van kunst volgens K. Schippers: "Kunst is alles wat niet hoeft". Het begrip "zwecklos" danken wij aan de Kantiaanse esthetiek; volgens Kant wordt het kunstwerk gekenmerkt door "Zweckmässigkeit ohne Zweck". Ook in modernere esthetische theorieën speelt de *autonomie* van het kunstwerk ("l'art pour l'art") een centrale rol; zie Nöth, p.384-386.

76. Grosheide, p.211-212.

77. Verwezen zij naar het debat tussen Troller, Ulmer, Hubmann, Kummer e.a., samengevat door Grosheide, p.202-206.

78. Impliciet in de leer van de "doelloosheid" is de opvatting dat kunst geen "nuttig" (rationeel) effect heeft. Beter ware het te erkennen, dat wij wat wij kunst noemen voorlopig niet *kunnen* rationaliseren. Ervan uitgaande, dat de menselijke psyche in beginsel gekend kan worden, bestaat er geen reden om aan te nemen dat kunst zich niet van A tot Z verklaren laat. De esthetische informatietheorie vormt van dergelijke pogingen tot rationalisering een interessant voorbeeld. Zie M. Bense, Einführung in die informationstheoretische Aesthetik, Reinbek bei Hamburg 1969. Zie ook § II.3.2 *infra*, waar zal blijken dat Quaedvlieg's leer van het subjectieve werk domme auteurs beter beschermt dan slimme.

79. Zie Grosheide, p.237, noot 213 en de t.a.p. aangehaalde literatuur. Ook Desbois, p.3, wenst geen verschil te maken tussen werken met een "mission culturelle" en werken met een "raison d'être purement utilitaire". Merkwaardig is dan wel, dat Desbois elders, p.42, een *postzegelverzameling* de status van 'werk' ontzegt, omdat de filateliet het maken van een werk niet als *doel* zou hebben.

80. Grosheide, p.238. Zie over de verschillende betekenissen van "Zweck" Strömholm 1989, p.21.

sche of andere (utilitaire) doeleinden worden nagestreefd. Anders gezegd: het werk is "zweckneutral".⁸¹ In de woorden van Lucas: "Sont, en effet, considérées comme des oeuvres littéraires, au sens du droit d'auteur, non seulement les créations tournées vers le Beau, mais aussi les oeuvres scientifiques, tournées vers le Vrai, et même des oeuvres plus modestes, tournées vers l'Utile".⁸²

Trollers "das Werk ist zwecklos" sluit echter bepaald niet uit, dat het produkt waarin het werk wordt toegepast een nuttige functie vervult.⁸³ Auteursrechtelijk object is dan niet het ontwerp van het gebruiksvoorwerp in zijn totaliteit, maar slechts de "doelloze" elementen daarvan, die tezamen het werk vormen.

7. OORSPRONKELIJKHEID, INDIVIDUALITEIT

Het dominante element in het werkbegrip is de eis van oorspronkelijkheid. Deze hangt, evenals de voorgaande criteria, samen met de notie dat het auteursrechtelijke werk "vrucht van scheppende arbeid"⁸⁴, dat wil zeggen een *schepping*, is. Het is merkwaardig te moeten constateren, dat een uitdrukkelijke eis van oorspronkelijkheid in de meeste auteurswetten en in de Berner Conventie ontbreekt. De Amerikaanse wet vormt in dit opzicht, tezamen met de Britse, een uitzondering; zij beschermt getuige art. 102 USCA uitdrukkelijk "*original works of authorship*". Ook het woord "schepping", waaruit de eis van oorspronkelijkheid wordt afgeleid, is in de meeste wetten ver te zoeken. De uitzondering vormt hier de Duitse wet (art. 2 lid 2 UrhG): "Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen". Het vereiste van oorspronkelijkheid is met dat al in belangrijke mate een kwestie van rechtspraak en rechtsleer.

Het "scheppende" element in het werkbegrip wordt in de literatuur met een scala van min of meer equivalente termen aangeduid: originaliteit, individualiteit, creativiteit, eigen (of) persoonlijk karakter, "Eigentümlichkeit", persoonlijk stempel, et cetera. Geheel uitwisselbaar zijn deze termen overigens niet.⁸⁵ Zo maakt Kummer uitdrukkelijk onderscheid tussen individualiteit en originaliteit. Ook de begrippen "eigen karakter" en "persoonlijk karakter" zijn, onder de microscoop beschouwd, niet synoniem. Bij "eigen karakter" ligt het accent op het onderscheidend vermogen van het werk; bij "persoonlijk karakter" ligt de nadruk op de relatie tussen de schepping en haar schepper. Voor het begrippenpaar individualiteit en originaliteit geldt volgens Kummer ongeveer hetzelfde. Individualiteit is werkgebonden en objectief; originaliteit impliceert een waardeoordeel en is derhalve subjectief. Wel beschouwd zijn de in de literatuur gebruikte begrippen in steeds afnemende mate subjectief c.q. normatief gekleurd: kunstzinnigheid, persoonlijk stempel, persoonlijk karakter, originaliteit, individualiteit, "statistische Einmaligkeit". In dit boek wordt als verzamelbegrip de term *oorspronkelijkheid* gebruikt.

81. Schricker/Loewenheim, p.101.

82. Lucas, diss., p.18.

83. Troller, p.365, noemt het "Nützlichkeitszweck" uitdrukkelijk als irrelevant criterium.

84. HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator).

85. Anders Verkade/Spoor, p.47: "Men is het er wel over eens dat met al deze termen hetzelfde wordt bedoeld".

Het spreekt, gezien het voorgaande, vanzelf dat over de betekenis van het oorspronkelijkheidsvereiste onder de schrijvers geen eenstemmigheid bestaat. Hierbij dient te worden opgemerkt, dat door een aantal schrijvers onder de noemer "oorspronkelijkheid" allerlei criteria begrepen worden, die door andere schrijvers als zelfstandige vereisten worden opgevoerd.

Volgens Vischer heeft de auteursrechtelijke oorspronkelijkheid drie hoofdbetekeningen.⁸⁶ In de Duitse rechtsleer heeft de oorspronkelijkheid (individualiteit) primair betrekking op een bepaalde *kwaliteit* van de schepping. Individualiteit staat hier tegenover banaliteit. Door zijn individualiteit onderscheidt het werk zich van het alledaagse. "Werke im Sinne des Urheberrechts sind nur Gebilde, die sich als Ergebnisse geistigen Schaffens von der Masse alltäglicher Sprachgebilde, gewöhnlicher Bauten, industrieller Erzeugnisse usw. abheben".⁸⁷ Hiermee gepaard gaat een eis van "Gestaltungshöhe" (scheppingshoogte).

In de Franse leer ligt het accent meer op de *persoonlijkheid* van de schepper. Het "handschrift" van de maker geeft aan het werk zijn oorspronkelijkheid ("persoonlijk stempel" c.q. "persoonlijk karakter").⁸⁸ Deze opvatting is ook heersende leer in Nederland.⁸⁹ Het werk moet, in de woorden van De Beaufort, de kentekenen vertonen van "een organisch geheel, waarop de auteur zijn persoonlijk stempel heeft gedrukt".⁹⁰

Een derde, wezenlijk verschillende opvatting treffen wij aan bij Kummer. Hier staat niet centraal de kwaliteit van de schepping of de persoonlijkheid van de schepper, maar de *uniciteit* ("Andersartigkeit") van het werk; zie *infra* § II.4.1. Naast de drie hoofdbetekeningen van Vischer zij nog gewezen op de Amerikaanse "originality", die weinig meer lijkt in te houden dan de voorwaarde dat het werk *niet gekopieerd* is; zie *infra* § II.5.3.

8. "GESTALTUNGSHÖHE"

Met "Gestaltungshöhe" wordt bedoeld op oorspronkelijkheid (individualiteit) in *kwantitatieve* zin.⁹¹ De auteur moet in zijn werk een zeker minimum aan creativiteit hebben geïnvesteerd. De eis van "scheppingshoogte" bepaalt aldus de horizontale ondergrens van het auteursrechtelijk domein.

Over de precieze hoogte van de Gestaltungshöhe zijn de geleerden het allerminst eens. Oudere Duitse schrijvers, zoals Allfeld⁹² en Ulmer⁹³, nemen in aansluiting op de jurisprudentie van het Reichsgericht genoegen met een geringe mate aan creativiteit, waardoor ook het kleingeld ("kleine Münze"), zoals adresboeken, telefoongidsen e.d., onder de paraplu van het auteursrecht kan

86. Vischer, p.12; in gelijke zin Strömholm 1989, p.15-16.

87. Ulmer, p.119; vgl. Schricker/Loewenheim, p.96.

88. Desbois, p.49.

89. Van Ling, p.43,45; Grosheide, p.250-252; Quaedvlieg, p.160; Verkade/Spoor, p.46-51, geven de voorkeur aan de term "eigen karakter".

90. De Beaufort, p.65.

91. Schricker/Loewenheim, p.98.

92. Allfeld, p.33.

93. Ulmer, p.133.

blijven. Andere schrijvers, zoals Von Gamm⁹⁴ en Hubmann⁹⁵, zijn echter van mening dat er zwaardere eisen gesteld moeten worden.

Uit recente rechtspraak en literatuur ontstaat de indruk, dat de strenge opvatting in Duitsland veld wint. Thoms en G.Schulze⁹⁶, die beiden op de "kleine Münze" gepromoveerd zijn, bepleiten verbanning van de het kleingeld naar het domein van de naburige rechten. De opvatting van Von Gamm is terug te vinden in recente jurisprudentie van het Bundesgerichtshof⁹⁷, waarvan Von Gamm vele jaren deel uitmaakte. Werken met een technisch of functioneel karakter waarvan de individualiteit niet evident is, worden door het Bundesgerichtshof onderworpen aan een toets van *Überdurchschnittlichkeit*. Zie uitvoerig over de "kleine Münze" § II.5.2 *infra*.

9. NIEUWHEID

Oorspronkelijkheid impliceert geen eis van absolute *nieuwheid*. In zoverre verschilt het auteursrecht wezenlijk van het octrooirecht en het modellenrecht. Oorspronkelijkheid impliceert slechts nieuwheid in zoverre dat het werk nieuw is voor zijn maker. Het auteursrecht eist, met andere woorden, slechts *subjectieve* nieuwheid. Het werk mag niet zijn afgekeken of gekopieerd, maar moet zijn oorsprong bij zijn maker hebben. Wij stuiten hier onmiddellijk op de harde kern van de auteursrechtelijke oorspronkelijkheid. Oorspronkelijk betekent, wat het verder ook mogen betekenen, in elk geval *niet gekopieerd*.

Tegelijkertijd wordt duidelijk, dat het oorspronkelijkheidsvereiste, voorzover dit behalve subjectieve nieuwheid ook "persoonlijk karakter" impliceert, innerlijk tegenstrijdig is. Indien men verlangt, dat de persoonlijkheid van de auteur op enigerlei wijze in het werk weerspiegeld wordt, dient men te accepteren, dat het complete *oeuvre* (de verzamelde werken) van een auteur herkenbare, *identieke* elementen bevat. Sterker: deze identieke elementen weerspiegelen bij uitstek de persoonlijkheid (de persoonlijk stijl) van iedere auteur. Uitgaande van de eis van subjectieve nieuwheid zouden dergelijke elementen echter *geen* object van auteursrecht mogen uitmaken. De eis van subjectieve nieuwheid behoeft derhalve enige correctie: een zekere mate van "autoplagaat" is toegestaan.⁹⁸

Een rechtsgeleerde minderheid eist wél absolute nieuwheid.⁹⁹ In Nederland voert deze minderheid de vlag van de "monopolieeler". De meerderheidsopvatting, die met subjectieve nieuwheid genoegen neemt, wordt in Nederland (en ook alleen in Nederland) "ontleningsleer" genoemd. Volgens eerstgenoemde leer schept het auteursrecht op een werk een monopolie met betrekking tot (nagenoeg) identieke werken die na het maken van het werk zijn voortge-

94. O. en E. Von Gamm, Urheberrechtsschutz für Allgemeine Geschäfts- und Vertragsbedingungen, Tarifverträge und Wettbewerbsregeln, GRUR 1969, p.593.

95. Hubmann, p.39.

96. Zie de literatuurlijst.

97. Zie m.n. BGH 9 mei 1985, GRUR 1985, 1041 ("Inkasso-Programm") en BGH 17 april 1986, GRUR 1986, 739 ("Anwaltschritsatz").

98. De eis van "persoonlijk karakter" staat niet alleen op gespannen voet met de eis van subjectieve nieuwheid, maar ook met het adagium, dat het auteursrecht geen bescherming zou bieden aan een bepaalde *stijl*. Vgl. Strömholm 1989, p.17; D.W.F. Verkade, Literatuur en plagiaat, AA 1984, p.672; F.W. Grosheide, De stijl van de meester en het auteursrecht, BIE 1985, p.186, waartegen Verkade/Spoor, p.52, noot 30.

99. Aldus reeds Kohler, p.160.

bracht, zelfs als deze werken niet aan het eerste werk ontleend zijn. Volgens de ontleningsleer beschermt het auteursrecht slechts tegen ontlening; onafhankelijke "Doppelschöpfung"¹⁰⁰ wordt met een tweede auteursrecht beloond. Duidelijk is, dat het criterium van oorspronkelijkheid in direct verband staat met de inhoud van de auteursrechtelijke exploitatierechten.

Het voert te ver in dit verband uitvoerig op deze controverse in te gaan, te meer daar Quaadvlieg in zijn dissertatie het debat op heldere en voortreffelijke wijze heeft samengevat.¹⁰¹ Quaadvlieg kiest uiteindelijk, zonder enige reserve, voor de ontleningsleer. Het auteursrecht beschermt, zo wordt betoogd, het *persoonlijk stempel* van de maker. "Het is daarom dat een onafhankelijke schepping bescherming geniet: immers wat autonoom uit de geest van X voortspuit is een persoonlijke vondst, ook al heeft Y eerder een persoonlijke creativiteitsuitbarsting gehad die een soortgelijk resultaat het aanzijn gaf".¹⁰²

Wij zijn het op dit punt met Quaadvlieg eens. Wij voegen hier aan toe, dat de zaken minder duidelijk komen te liggen, naarmate het "persoonlijk stempel" van de maker in het werkbegrip naar de achtergrond verdwijnt, zoals o.m. het geval is bij sommige produkten van industriële vormgeving, bij computerprogramma's en - jawel - bij feitelijke informatie. De individualiteit van het werk zal op enigerlei wijze *geobjectiveerd* moeten worden.¹⁰³ De leer van Kummer vormt hiertoe een belangrijke aanzet: subjectieve nieuwigheid wordt vervangen door "statistische" nieuwigheid, een variant op de absolute nieuwigheid die uitgangspunt is van de monopolieleer. Een alternatief voor deze leer biedt het criterium van keuzevrijheid, waardoor de *scheppingsdaad* geobjectiveerd wordt. Zie *infra* § II.4.

II.3 Het werk als kunstwerk

De worstelingen van de auteursrechtelijke goegemeente met diffuse begrippen als "geistig-esthetische Wirkung", oorspronkelijkheid, individualiteit, "Zweck", vorm en inhoud zijn symptomatisch voor de rechtstheoretische crisis waarin de auteursrechtelijke doctrine sedert jaren verkeert. Discussies over het "wezen" van het werk zijn in de meeste gevallen - impliciet of expliciet - discussies over *kunst*. Sinds jaar en dag wordt de auteursrechtelijke steen der wijzen gezocht in een neutraal c.q. objectief kunstbegrip.¹⁰⁴

Tegelijkertijd lijkt, curieus genoeg, het woord "kunst" in de hedendaagse auteursrechtelijke literatuur welhaast taboe geworden te zijn. Pogingen het werkbegrip te omschrijven gaan steevast gepaard met de bewering, dat het object van auteursrecht "uiteraard" aanzienlijk meer omvat dan louter *kunst*-

100. Schricker/Loewenheim, p.362-623 met t.a.p.geciteerde rechtspraak en literatuur.

101. Quaadvlieg, p.156-162. Zie ook J.H. Spoor, Over ontlening en monopolie, Auteursrecht/AMR 1982, p.136; Grosheide, p.242-244.

102. Quaadvlieg, p.160.

103. Een zekere mate van objectivering is uiteraard *altijd* noodzakelijk. Indien men, zoals te doen gebruikelijk, geen bescherming wenst voor uitingen die reeds tot het culturele en wetenschappelijke "gemeengoed" behoren, dan kan niet volstaan worden met een verwijzing naar de "persoonlijke creativiteitsuitbarsting" van de maker in spe. Denkbaar is immers dat de maker in kwestie van het "gemeengoed" niet op de hoogte was; vgl. Schricker/Loewenheim, p.100.

104. Girth, p.18 en Vischer, p.27-28. Vgl. J. Kohler, Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz, eine juristisch-ästhetische Studie, Mannheim 1892, p.182 (laatste zin): "So führt der richtige Weg zur Erkenntnis des Autorrechtes durch die Erkenntnis der Kunst hindurch".

werken. Het werk mag een "schepping" heten, gekenmerkt zijn door "individualiteit" en een "eigen, persoonlijk karakter", in vrijheid zijn geschapen en niet nageaapt, maar kunst? Neen, dat niet.

Minder hypocriet zijn in dit opzicht de opvattingen van klassieke schrijvers als Kohler, De Beaufort en Troller. Aangezien deze opvattingen - al dan niet in afgezwakte vorm - in Duitsland en (in mindere mate) in Nederland tot op heden dominant gebleven zijn, worden zij hier kort behandeld. Een moderne variant op de "Kunstschutz" van Kohler treffen wij aan bij Quaedvlieg, aan wie wij een aparte paragraaf zullen wijden.

11.3.1 Kohler, De Beaufort, Troller

De klassieke opvatting over het werkbegrip is ontwikkeld door Kohler. Volgens Kohler is het auteursrechtelijke werk de belichaming van een kunstzinnig streven van zijn schepper. "Der Autorschutz ist also eine Spezies des Kunstschutzes; er ist speziell der Schutz der Ideendarstellung durch die Sprache oder durch ein anderes Kommunikationsmittel, der Schutz des Ideenverkehrs in künstlerischer Fassung".¹⁰⁵ Het auteursrechtelijke werk is derhalve op te vatten als *kunstwerk*.

Wat daaronder met betrekking tot geschriften verstaan moet worden lezen we bij De Beaufort, die in zijn proefschrift Kohlers ideeën tot de zijne maakte: "[D]e enige eis, die mag worden gesteld, is, dat er iets verstaanbaars tot uiting is gekomen *in daartoe opzettelijk kunstmatig bewerkte taal*"¹⁰⁶. De Beaufort omschrijft het werk in dit verband als "eene kunstschepping in taal", oftewel in de woorden van Kohler "ein künstlerisches Gebilde der Sprache".¹⁰⁷

De Beaufort waarschuwt overigens tegen het misverstand, dat het auteursrecht slechts voor kunstwerken met een grote "K" zou zijn weggelegd. "Ook in geschriften, welke niet uitsluitend ten doel hebben aesthetische aandoeningen te verwekken (bv. in wetenschappelijke verhandelingen), valt eene zekere "woordkunst" niet te miskennen". Maar "wat alleen de vrucht is van het koel-overleggende en berekenend verstand, ook al is daarbij nog zooveel arbeid of vindingrijkheid te pas gekomen", kan geen object zijn van auteursrecht.¹⁰⁸

Een poging het criterium van Kohler nader uit te werken, wordt meer dan een halve eeuw na dato gedaan door Troller. Uitgaande van het door hem als "aesthetisch werk" aangeduide werkbegrip zoekt Troller in de kunstfilosofie de objectieve criteria die aan de leer van Kohler handen en voeten moeten geven. Troller komt tot de volgende omschrijving van het auteursrechtelijke object: "geschaffene, geistige, sinnlich mitteilbare Vorstellung eines Erlebnisses oder einer Erkenntnis, wobei diese Vorstellung unmittelbar sinnlich erfasst wird und unseren Schönheitssinn angeht".¹⁰⁹

Het "aesthetisch" criterium van Troller heeft in de literatuur tot uitvoerige debatten aanleiding gegeven. Deze zijn in het boek van Grosheide op voortreffelijke wijze samengevat en inzichtelijk gemaakt. Wij volstaan hier met een

105. Kohler, p.167.

106. De Beaufort, diss., p.142 (cursivering toegevoegd).

107. Kohler, gecit. bij De Beaufort, diss., p.138.

108. De Beaufort, diss., p.127.

109. Troller, tweede druk (1968), p.60.

verwijzing.¹¹⁰ In zijn latere werk heeft Troller zijn opvattingen op dit punt enigszins afgezwakt. "Esthetisch" effect wordt geobjectiveerd tot "das Werk ist zwecklos".

II.3.2 Quaadvlieg

Het klassieke werkbegrip van Kohler en Troller keert in aangepaste vorm terug in de "theorie van het subjectieve werk" van Quaadvlieg. In zijn boek trekt Quaadvlieg ten strijde tegen de "nieuwe trend" om aan computerprogrammatuur en technische modellen auteursrechtelijke bescherming te verlenen. Quaadvlieg toont zich op dit punt een man van de oude stempel. Het auteursrecht behoort in principe geen onderdak te verlenen aan louter technisch (d.w.z. *functioneel*) bepaalde voortbrengselen.¹¹¹ Centraal in Quaadvliegs opvatting staat de these dat de auteursrechtelijke oorspronkelijkheid in wezen niet praktisch is gericht.¹¹² In zoverre sluiten inventiviteit en oorspronkelijkheid elkaar uit. "Daarom volgt de ingenieur de wil van de natuur, de auteur daarentegen zijn eigen wil, of zelfs met ieders volle instemming, zijn eigen willekeur".¹¹³

Van een oorspronkelijk werk in auteursrechtelijke zin mag volgens Quaadvlieg alleen gesproken worden, als de maker het resultaat van zijn scheppende arbeid achteraf getoetst heeft aan zijn *eigen smaak*. Deze *subjectieve* toets *post hoc* kenmerkt volgens Quaadvlieg het oorspronkelijk werk. Een produkt met een technisch of inventief karakter zal door de maker achteraf slechts op zijn functioneren worden getoetst. De maker wil weten of het voortbrengsel voor zijn nuttige taak geschikt is, of het apparaat "het doet". De eigen smaak van de maker speelt hierbij geen rol; de toets is *objectief*.

Quaadvliegs "smaaktest" is in wezen een variant van Trollers "das Werk ist zwecklos". Oorspronkelijkheid is volgens Quaadvlieg "het creatieve scheppen om het scheppen zelve".¹¹⁴ Doelgerichte, technische vormen vallen buiten het bestek van het auteursrecht. Het auteursrechtelijke domein moet exclusief gereserveerd zijn voor doelloze, "vrije" expressie; kortom voor *kunst*.

"Oorspronkelijk" in de leer-Quaadvlieg staat, zo zagen wij, voor "achteraf getoetst aan eigen smaak", door de maker aan zijn eigen esthetische normen getoetst. Het is echter de vraag of dit een hanteerbare maatstaf is. Hoe moet in een concreet geval worden vastgesteld of een werk een dergelijke toets heeft ondergaan? Toch niet door de maker, die zich op oorspronkelijkheid beroept, te vragen een beëdigde verklaring af te leggen? De "smaaktest" van Quaadvlieg zal op enigerlei wijze geobjectiveerd moeten worden.

Daarvoor zijn grosso modo drie mogelijkheden. De ene is: afgaan op de uiterlijke kenmerken van het werk. Is in het voorliggende werk het "persoonlijk stempel" van de maker herkenbaar aanwezig? De tweede is: onderzoeken

110. Grosheide, p.202-213; zie ook D.W.F. Verkade, BIE 1984, p.304.

111. Quaadvliegs zeer ruime opvatting van "techniek" omvat aanzienlijk meer dan modellen van nijverheid en computersoftware. Zijn theorie betreft in wezen ieder werk met een concrete vorm, "dat bedoeld of geschikt is om een praktisch resultaat mee te bewerkstelligen" (Quaadvlieg, p.4).

112. Quaadvlieg, p.21.

113. Quaadvlieg, p.22.

114. Quaadvlieg, p.21.

of het voorliggende werk "anders is dan andere". Is het werk in kwestie "individueel"? De derde is: onderzoeken of een ander het "net zo" gedaan zou hebben. Heeft de maker in vrijheid kunnen scheppen? In het eerste geval wordt van de rechter een ingewikkelde psychologische exercitie verlangd, tenzij wij het auteursrechtelijke domein zouden reserveren voor kunstwerken die onderdeel uitmaken van een herkenbaar oeuvre. In het tweede geval blijft er van de leer van Quaadvlieg eigenlijk niets over. Nuttige werken kunnen even goed "individueel" zijn als nutteloze. In het derde geval komen wij uit bij de door Quaadvlieg zo fel bestreden "leer van de oorspronkelijke keuze", waarin de keuzevrijheid van de maker het bepalende criterium is. Zie over deze opvatting *infra* § II.4.2.

Het is de verdienste van Quaadvlieg, dat hij overtuigend weet aan te tonen hoezeer de hedendaagse "trend" om het auteursrechtelijke domein uit te breiden met allerhande voortbrengselen van de (informatie-)techniek op gespannen voet staat met klassieke noties over het werkbegrip. De conclusie die Quaadvlieg hieraan impliciet verbindt - het orthodoxe werkbegrip moet in ere worden hersteld - mag echter niet zonder nader onderzoek getrokken worden. Ligt het niet veel meer voor de hand eerst te zoeken naar een werkbegrip dat deze - ook door hem beschermenswaardig geachte¹¹⁵ - voortbrengselen kan omvatten? De verdrijving uit het auteursrechtelijke paradijs van allerlei onwelkome indringers ("de horden der techniek")¹¹⁶ moge een intellectueel bevredigend resultaat opleveren, uit een oogpunt van rechtspolitiek roept Quaadvlieg meer problemen op dan hij weet op te lossen. Illustratief is de wijze waarop Quaadvlieg aan het slot van zijn betoog alsnog bescherming aan computerprogramma's toekent. Na ze eerst uit het auteursrecht te hebben verbannen, laat hij ze samen met de "chips" via de achterdeur van de geschriftenbescherming weer binnen. Maar hoe het verder moet met de overige bannelingen, die niet van de geschriftenbescherming kunnen profiteren, blijft een open vraag.

Quaadvlieg laat nog meer vragen onbeantwoord. Als het waar is, wat Quaadvlieg beweert, dat het auteursrecht geen bescherming behoort te bieden aan "al datgene wat een nuttig effect beoogt", hoe zit het dan met politieke redevoeringen, handboeken over auteursrecht, horrorfilms, smartlappen en andere op "effect" gerichte werken? Goed beschouwd, is ook het "echte" kunstwerk allerm minst "zwecklos", maar - integendeel - er op gericht iets bij de toeschouwer teweeg te brengen. Dat "iets" is weliswaar moeilijk te definiëren, maar niettemin een "effect". Wel beschouwd reserveert Quaadvlieg het predikaat werk voor uitingen waarvan de auteurs niet weten wat zij teweeg brengen. Hiervan uitgaande, zouden domoren eerder bescherming genieten dan slimmerikken. De leer van Quaadvlieg en de daaraan verwante leer van "doelloosheid" hebben tot gevolg, dat het domein van het auteursrecht kleiner wordt naarmate onze kennis over de effecten van de menselijke communicatie toeneemt.

Kritiek op de leer van Quaadvlieg treffen wij verder aan bij Dommering.¹¹⁷ De opvatting van Quaadvlieg impliceert, dat functioneel "mooi" (in industriële vormgeving) niet door het auteursrecht te beschermen is. In zoverre is zij

115. Vgl. Quaadvlieg, p.113.

116. Quaadvlieg, p.115.

117. Dommering 1988, p.68 noot 2.

verwant aan de Amerikaanse "useful article doctrine", die in de USCA gecodificeerd is.¹¹⁸ Alleen producten van industriële vormgeving waarvan de vorm van de functie kan worden gescheiden, zijn qua vorm beschermd. Ten gevolge van deze leer kan in Amerika geen auteursrecht op een fraai gestileerd scheerapparaat verkregen worden, maar wel op een lampje in de vorm van een Balinese danseres.¹¹⁹ Immers, ook als de lamp het niet doet, blijft de danseres het oog strelen. Geheel in overeenstemming met de smaak van de gemiddelde Amerikaan beschermt de "useful article doctrine" de makers van *kitsch* liever dan de makers van *kunst*.

II.4 Objectivering van het werkbegrip

Het spreekt, gezien het vorenstaande, vanzelf, dat in de auteursrechtelijke doctrine herhaaldelijk geprobeerd is het werkbegrip op enigerlei wijze van diffuse begrippen als kunst en esthetiek los te maken. De inhoud van het auteursrechtelijk object mag immers, zo wordt allerwegen geoordeeld, niet afhankelijk zijn van rechterlijke opvattingen over kunst. Deze twijfel aan het kunstkritisch oordeel van de rechter komen wij reeds tegen bij De Beaufort: "Met de qualificatie 'geestes-schepping' wordt niet bedoeld, dat alleen op werken van groote betekenis en kunstwaarde auteursrecht zou kunnen bestaan. Dit zou meebrengen, dat de beantwoording van een rechtsvraag afhankelijk werd gesteld van esthetische waardering; de rechter zou moeten treden op het terrein van den kunst-criticus. Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn".¹²⁰ Door de opmars van de moderne en postmoderne kunst is deze twijfel thans algemeen geworden. De leer van Kummer, die hierna aan de orde wordt gesteld, is op deze twijfel gebouwd.¹²¹

De behoefte aan objectivering wordt tevens - en in toenemende mate - ingegeven door de auteursrechtelijke aanspraken van de makers van allerhande intellectuele creaties die niet tot het traditionele domein van het auteursrecht behoren. Bij Quaedvlieg kwamen reeds ter sprake de industriële vormgeving en computerprogramma's. Inderdaad heeft met name de opmars van de informatietechniek, die zich ten dele binnen (informatie), ten dele buiten (techniek) het traditionele auteursrechtelijke domein begeeft, hier voor problemen gezorgd. Kwesties van grensoverschrijding komen wij echter ook elders tegen. Te wijzen valt op niet-technische vindingen¹²², kookrecepten en andere "Anweisungen an dem menschlichen Geist"¹²³ et cetera.

118. Zie art. 101 USCA: "...the design of a useful article [...] shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article".

119. *Mazer v. Stein*, 74 S.Ct. 460 (S. Ct. 1954).

120. De Beaufort, p.65.

121. Zie echter de overtuigende kritiek van Huydecoper, p.109 noot 18. Huydecoper merkt op, dat het zeer gebruikelijk is, dat rechters moeten oordelen over zaken waarvan zij onvoldoende verstand hebben. De angst voor een "subjectief" oordeel acht Huydecoper bovendien ongegrond. Immers, deze subjectiviteit is inherent aan het auteursrechtelijk object.

122. Zie hierover uitvoerig de dissertatie van Lucas. Zie voorts J.L.R.A. Huydecoper, Het wiel wèl, en het bankbiljet niet - de niet-beschermden uitvindingen, BIE 1985, p.196.

123. Trolter, p.356-360.

In de moderne auteursrechtelijke doctrine is op deze claims verschillend gereageerd. In Duitsland en in mindere mate ook daarbuiten gaan steeds meer stemmen op het auteursrecht "zuiver" te houden en de "horden der techniek" in de vorm van sui generis bescherming een eigen terp te gunnen. Andere schrijvers zijn zo gastvrij de horden onderdak te bieden door het auteursrechtelijke werkbegrip zoveel mogelijk te objectiveren. Deze objectivering geschiedt vanuit twee verschillende gezichtspunten. Vanuit het "werkgerichte" perspectief wordt getracht het resultaat van de schepping op objectieve wijze te individualiseren; deze benadering komen wij tegen bij Kummer. Volgens de "makergerichte" benadering wordt daarentegen geprobeerd de scheppingsdaad te objectiveren. Daarbij wordt het accent verschoven van de persoonlijkheid van de maker naar de creatieve "speelruimte", de *keuzevrijheid*, die de maker a priori gegund is. Over de "leer van de oorspronkelijke keuze" gaat § II.4.2 *infra*.

II.4.1 Kummer

Een zeer interessante poging het werkbegrip te objectiveren is in 1968 gedaan door Kummer. De opkomst van allerlei schijnbaar triviale, dikwijls moeilijk te duiden kunstvormen, zoals minimal art, objets trouvés, pop-art en (andere) "Antikunst", maakt het z.i. noodzakelijk het auteursrecht van esthetische waarde-oordelen te bevrijden. Anders dreigen deze kunstvormen uit de auteursrechtelijke boot te vallen. "Das Kriterium, was Urheberrechtlich geschützt sei, will daher vereinfacht, von jedem ästhetischen Werturteil befreit und so für den Gebrauch des Rechts praktikabel gemacht sein".¹²⁴ In navolging van de Duitse rechtsleer zoekt Kummer het wezen van het werk in het begrip *individualiteit*; de inhoud die Kummer hieraan geeft is echter radicaal verschillend.

Ieder individueel geestelijk voortbrengsel verdient volgens Kummer in beginsel auteursrechtelijke bescherming, "gleichviel ob sie edel oder banal, ob sie Form oder Inhalt ist". Immers, ieder individu is uniek en "jeder malt mit seinem Blut".¹²⁵ Maar wanneer is er sprake van individualiteit? Indien het voortbrengsel *uniek* ("einmalig") is; het moet zich onderscheiden van het reeds bestaande en van het "virtueel mogelijke". Individualiteit is derhalve een kwestie van *vergelijken*, niet van *wegen*.¹²⁶ "Nicht nach der Qualität, sondern nach der Verschiedenheit wird gefragt".¹²⁷

Deze "verschillendheid" is, zo blijkt verder, in eerste instantie een *statistische* kwestie. Kummer illustreert dit aan de hand van de eerste drie zinnen uit Kafka's *Der Prozess*, waarvan wij de eerste op deze plaats graag citeren: "Jemand musste Joseph K. verleumdet haben, denn ohne dass er etwas Böses getan hätte, wurde er eines Morgens verhaftet". Kummer stelt vast dat de verschillende fragmenten waaruit deze tekst is opgebouwd ieder voor zich onvolgende "uniek" zijn; de drie zinnen tezamen bereiken echter ruimschoots de

124. Kummer, p.30.

125. Kummer, t.a.p.

126. Het is, strikt logisch geredeneerd, minder juist vergelijken en wegen als begrippen tegenover elkaar te plaatsen. Wegen is een vorm van vergelijken: het gewicht van het object wordt vergeleken met een standaardgewicht.

127. Kummer, p.36. Dat het vaststellen van individualiteit door vergelijking geen eenvoudige opgave is, beseft ook Kummer, p.67: "Das Vergrößerungsglas macht aus jeder Vervielfältigung einer Rotationspresse eine Individualität".

vereiste "volle Individualität".¹²⁸ Iedere individualiteit is zodoende op te vatten als een samenstel van "Bruchteilsindividualitäten".¹²⁹

Uiteindelijk berust de individualiteit van ieder werk volgens Kummer op het maken van *keuzen*: "Jede Individualität ist letztlich darauf zurückzuführen, dass aus einer Menge von Einzelelementen einzelne ausgewählt und zusammengefügt oder zumindest Entscheidungen (Auswahlen) für die Anordnung getroffen werden".¹³⁰ Aan de aard van iedere keuze wenst Kummer geen eisen te stellen; deze kan bewust of willekeurig zijn.

Problemen doen zich echter voor, indien de keuzevrijheid beperkt is. Kummer stelt vast, dat individualiteit moeilijker bereikbaar wordt, naarmate het kader waarbinnen gekozen moet worden enger is getrokken. Kummer noemt als voorbeeld het samenstellen van een verzamelwerk uit een beperkt aantal gegeven elementen. Rekenkundig gezien zijn er bij slechts twintig elementen al vele biljoenen verschillende manieren deze te rangschikken.¹³¹ Zo beschouwd, zou iedere mogelijke permutatie "individueel" te noemen zijn; het verplaatsen van telkens een element uit een gegeven reeks zou steeds een nieuwe "individuele" rangschikking opleveren. Kummer acht een zuiver rekenkundige individualiteit echter niet voldoende. Keuzen die rechtstreeks voortvloeien uit voor de hand liggende selectiecriteria acht Kummer niet "individueel".¹³²

Duidelijk is, dat bij Kummer, anders dan wel wordt aangenomen, individualiteit en "statistische Einmaligkeit" niet synoniem zijn. Weliswaar is statistische uniciteit een belangrijke, eerste indicatie voor auteursrechtelijke bescherming,¹³³ maar ook Kummer verlangt iets extra's: het voortbrengsel moet als werk *gepresenteerd* worden en *niet voor de hand liggen*.

Per definitie niet individueel, stelt Kummer, is alles wat als *gemeengoed* is aan te merken, dat wil zeggen "was Bestand allgemeiner, historischer und kultureller Erfahrung bildet, was Natur und menschliche Verhaltensweise vorlegen". Niet-beschermd gemeengoed is ook "was zwar frei ersonnen und rein faktisch 'erstmalig' sein mag, jedoch ebensogut irgendeinem andern Autor hätte in die Hand laufen können".¹³⁴ Niet individueel is met andere woorden datgene wat in het bereik van het "Erwartbare" ligt; iets dat volgens Kummer eenvoudig zou zijn vast te stellen.¹³⁵ Hij spreekt in dit verband van "handgreifliche" (voor de hand liggende) individualiteit.

Op de keper beschouwd, blijft van de door Kummer beoogde objectiviteit zo weinig over. Het subjectieve waarde-oordeel, dat aanvankelijk uit het werkbegrip verwijderd is, voert hij via een achterdeur weer in. Immers, wat is de

128. Kummer, p.42. Het is merkwaardig dat Kummer zijn leer van de "statistische Einmaligkeit" illustreert aan de hand van een van de mooiste openingszinnen uit de wereldliteratuur: een eenvoudig krantebericht had als voorbeeld eerder voor de hand gelegen. Ook Kummer kan kennelijk niet zonder waarde-oordeel; men zou evengoed kunnen stellen, dat het zinsdeel "Jemand musste Joseph K. verleumdet haben" op zichzelf al voldoende individueel is. Vgl. Rau, p.36.

129. Kummer, p.43.

130. Kummer, i.a.p.

131. Kummer, p.45.

132. Kummer, p.46.

133. Troller, p.364, concludeert dan ook dat de "statistische Einmaligkeit" geen zelfstandige betekenis heeft, maar hoogstens een nuttig hulpmiddel is bij het vaststellen van individualiteit.

134. Kummer, p.51.

135. Kummer, p.52.

vaststelling dat een voortbrengsel voor de hand ligt anders dan het uitspreken van een waarde-oordeel?¹³⁶

Deze tegenstrijdigheid is kenmerkend voor Kummers boek; hij hinkt voortdurend op twee gedachten. Kummer wil de rechter niet als kunstercriticus, maar doet zelf in zijn boek bij voortduring aan kunstkritiek. Talrijke voorbeelden van moderne kunst, proza en poëzie worden onder de loep genomen, gewogen, vergeleken en ontleed. Kummers boek lijkt niet voor niets verlucht "mit 48 Abbildungen".

De innerlijke tegenstrijdigheden in Kummers werk stellen het belang van zijn analyse enigszins in de schaduw. Dit belang is o.i. in hoofdzaak gelegen in zijn poging de (statistische) waarschijnlijkheidsleer in verband te brengen met het werkbegrip. Wellicht zonder het te beseffen heeft Kummer hiermee een brug geslagen tussen het auteursrecht en de informatietheorie. Deze laatste gaat uit van het beginsel: hoe onwaarschijnlijker de uiting, hoe hoger de informatiewaarde. Kummer verbindt hier, zo lijkt het, een auteursrechtelijke regel aan: hoe onwaarschijnlijker de uiting, hoe "individueler" het werk. Zo wordt het werkbegrip een functie van de hoeveelheid informatie in statistische zin. Uiteraard is deze benadering te beperkt. In het auteursrecht speelt niet alleen het mathematische (syntactische) informatiebegrip een rol, maar ook het semantische en (vooral) het pragmatische.¹³⁷

Voorts wordt aan de leer van Kummer afbreuk gedaan, doordat hij zich van een innerlijk tegenstrijdig criterium bedient. "Statistische Einmaligkeit" is een contradictio in adjecto. Unicité ("uniekheid") komt in de statistiek niet voor. Een gebeurtenis is meer of minder *waarschijnlijk*, maar statistisch gezien is nimmer uitgesloten, dat een gebeurtenis die ooit heeft plaatsgevonden (de creatie van een werk bijvoorbeeld) ten tweede male zal geschieden. Naarmate een werk *complex* wordt, wordt het onwaarschijnlijker dat er "Dopelschöpfung" plaatsgrijpt; statistisch uitgesloten is dit echter niet. Terecht geeft Rau de voorkeur aan een criterium van *relatieve uniciteit*.¹³⁸

II.4.2 Keuzevrijheid

Het aspect van keuzevrijheid ("Gestaltungsspielraum") is van oudsher een element van het oorspronkelijkheidsvereiste in welke zin dan ook geweest.¹³⁹ In de door Quaedylic zo genoemde "leer van de oorspronkelijke keuze" is zij het dominante element geworden. In deze opvatting is aan het criterium van oorspronkelijkheid voldaan, indien er *vooraf* bij de aspirant-maker voldoende keuzevrijheid heeft bestaan bij de vormgeving van zijn ideeën. Indien de maker in vrijheid uit een (groot) aantal min of meer equivalente mogelijkheden heeft kunnen kiezen, is de oorspronkelijkheid van het werk een gegeven. Naar de aard van het *resultaat* van de gerealiseerde keuze wordt in deze visie niet meer gevraagd. In dit opzichte verschilt zij wezenlijk van de leer van Kummer, die het resultaat juist centraal stelt: het werk dient als resultaat van vrije

136. G. Schulze, Werturteil und Objektivität im Urheberrecht, Die Feststellung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit am Beispiel der "kleinen Münze", GRUR 1984, p.400, 402.

137. Zie *infra* § II.6.

138. Rau, p.39-41.

139. Vgl. reeds Allfeld, p.32.

keuzen "uniek" te zijn. In de leer van de oorspronkelijke keuze is ieder in vrijheid gekozen resultaat per definitie oorspronkelijk; de "individualiteit" van het werk vloeit dwingend voort uit de keuzevrijheid van de maker.

Deze keuzevrijheid kan door verschillende interne en externe factoren zijn beperkt. Interne beperkingen zijn bijvoorbeeld het gebrek aan kennis of fantasie aan de zijde van de maker; de maker "kan niet beter" (of anders). Het spreekt vanzelf dat dergelijke, zuiver subjectieve factoren bij de toepassing van dit criterium geen rol mogen spelen; auteursrechtelijke bescherming mag niet afhankelijk worden gesteld van de resultaten van zielkundig onderzoek. Wel relevant zijn externe factoren, voorzover deze objectiveerbaar zijn: functionele eisen, specifieke gebruikerswensen, technische specificaties, eisen van compatibiliteit en normalisatie, economische criteria en andere min of meer objectieve randvoorwaarden die de keuzevrijheid van de maker a priori beperken. Tot deze externe parameters behoren niet in de laatste plaats de regels en het repertorium van de gebruikte taal en de wetten van de logica en de natuur. Uitingen die uit dergelijke externe factoren dwingend voortvloeien kunnen niet als werk in auteursrechtelijke zin worden aangemerkt.

In de literatuur wordt de leer van de oorspronkelijke keuze in verschillende gedaanten aangetroffen bij Kolle/Ulmer¹⁴⁰, Verkade¹⁴¹, Spoor¹⁴², Verkade/Spoor¹⁴³ e.a.¹⁴⁴. De relatie tussen de traditionele eis van creativiteit en het criterium van keuzevrijheid blijkt uit de volgende passage van de hand van Verkade: "[W]anneer kan er - in auteursrechtelijke zin - van creatief werk gesproken worden? Dat is het geval, wanneer iemand aan zijn gedachten of gevoelens zelfstandig vorm geeft [...] en datgene wat daaruit resulteert kan getuigen van een (meer of minder) *persoonlijke keuze uit de mogelijkheden* om aan deze gedachten of gevoelens vorm te geven. Daar, waar uit de bij een persoon aanwezige gedachten en/of gevoelens een voor anderen waarneembaar 'produkt' ontstaat, en waar dit produkt méér of iets anders is dan het 'enige mogelijke' of althans 'het zeer voor de hand liggende' (zodat anderen die voor dezelfde opgave stonden niet tot een gelijke vormgeving zouden zijn gekomen), is er sprake van een auteursrechtelijk object".¹⁴⁵

Werkelijk objectief is ook de leer van de oorspronkelijke keuze niet. De geciteerde passage van Verkade illustreert dat; het "zeer voor de hand liggende" valt ook in deze visie buiten de prijzen. De redenering die tot deze conclusie leidt is echter ten opzichte van de klassieke leer wezenlijk anders. Het "zeer voor de hand liggende" produkt blijft onbeschermd, niet zozeer omdat het triviale onvoldoende creatieve "waarde" zou hebben, maar omdat het "zeer voor de hand liggende" niet in vrijheid is gekozen. De zeer voor de hand liggende keuze is in wezen helemaal geen keuze, maar uitvloeisel van de - impliciet of expliciet - geformuleerde randvoorwaarden.

140. G. Kolle en E. Ulmer, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int 1982, p.489.

141. D.W.F. Verkade, Juridische bescherming van programmatuur, 2e druk, Alphen aan den Rijn 1986, p.35.

142. J.H. Spoor, Aspects of Copyright Protection of Computer Software, Software/Law Journal, Vol. 4 (1986), p.259.

143. Verkade/Spoor, p.47-48.

144. Hugenholtz/Spoor, p.34; H. Cohen Jehoram, Computerprogramma's in de Auteurswet, NJB 1988, p.355. Keuzevrijheid als dominant criterium komen wij ook regelmatig tegen in de jurisprudentie, bijv. Pres Rb Haarlem 17 oktober 1986, AMI 1987, p.9-13 (Ampersand/SISRO).

145. Verkade, t.a.p. Vgl. de op p.124 *infra* geciteerde passage uit BGH 12 maart 1987, ZUM 1987, 525 ("Warenzeichenlexika").

Om dezelfde reden is, nog steeds uitgaande van de leer van de oorspronkelijke keuze, ook het technisch betere of economisch efficiëntere van bescherming uitgesloten,¹⁴⁶ tenzij het gaat om produkten waarbij eisen van techniek of efficiency geen enkele rol spelen.¹⁴⁷ Zo beschouwd wordt door het criterium van keuzevrijheid alleen de *suboptimale* keuze gemonopoliseerd. Hier wordt tevens duidelijk, dat een dergelijk auteursrecht qua object de kenmerken gaat vertonen van een mededingingsrechtelijke prestatiebescherming. De parallel met het mededingingsrecht blijkt duidelijk uit het eerste Hyster Karry Krane-arrest. De Hoge Raad was van oordeel, "dat dus nabootsing van het produkt van een concurrent alleen dan ongeoorloofd is, indien men zonder aan de deugdelijk en bruikbaarheid afbreuk te doen op bepaalde punten evengoed een andere weg had kunnen inslaan en men door dit na te laten verwarring sticht".¹⁴⁸

KRITIEK

Grote bezwaren tegen het criterium van keuzevrijheid heeft Quaedvlieg. Volgens Quaedvlieg leidt de keuze uit een aantal (mogelijke) equivalente technische probleemoplossingen niet tot een auteursrechtelijk beschermd werk. Weliswaar is de gerealiseerde keuze op zich zelf persoonlijk (want niet "opgedrongen") en derhalve oorspronkelijk¹⁴⁹, het resultaat is daardoor nog geen persoonlijke schepping. Volgens Quaedvlieg moet niet alleen het scheppen, maar ook de schepping, het *resultaat*, oorspronkelijk zijn.¹⁵⁰ Anders gezegd: een louter "makergerichte" oorspronkelijkheid is volgens Quaedvlieg niet toereikend.

Zeer kritisch, maar om geheel andere redenen, zijn ook Vandenberghe en Huydecoper. Het reduceren van het werkbegrip tot een criterium van keuzevrijheid leidt er toe, dat probleemoplossingen met een *technisch* effect gemonopoliseerd worden. Een auteursrecht op scheppingen met een technisch effect betekent een belangrijke inbreuk op de vrijheid niet-geoctrooieerde voortbrengselen te kopiëren. Vandenberghe noemt de "vrijheid van kopie" een fundamenteel beginsel uit het mededingingsrecht.¹⁵¹ En Huydecoper stelt: "De notie dat men, wanneer men 'zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van zijn produkt af te doen evengoed een andere weg had kunnen volgen', ook *verplicht* kan worden die andere weg te benutten - een notie bekend uit de 'slaafse nabootsings'-leer - is op het gebied van navolging van andermans technische verworvenheden anathema".¹⁵²

Huydecoper onderbouwt zijn kritiek met een verwijzing naar het systeem van de wet. Technische probleemoplossingen worden slechts onder bijzondere omstandigheden door het octrooierecht beschermt; het ligt dan weinig voor de

146. Vgl. D.W.F. Verkade m.m.v. J.H. Spoor, Bescherming van het uiterlijk van produkten, Deventer 1985, nrs. 25 en 100. Enigszins hiermee in tegenspraak lijkt Verkade, Juridische bescherming van programmatuur, p.46.

147. Men denke aan de niet-vliegende vliegtuigen van de Belgische kunstenaar Panamarenko.

148. HR 26 juli 1953, NJ 1954, 90 (Hyster Karry Krane I).

149. Vgl. Huydecoper, p.107.

150. Quaedvlieg, p.27. Hierbij sluit aan de opvatting van het Bundesgerichtshof in BGH 9 mei 1985, GRUR 1985, 1041 ("Inkasso-Programm"): "Für die Werkqualität ist weiter nicht entscheidend, dass eine Vielzahl von Programmierern bei gleichen Aufgabenstellung unterschiedliche Programme entwickeln würde".

151. Vandenberghe, p.94; zie ook P.J. Kaufmann, De lof der nabootsing, TVVS 1982, p.216.

152. Huydecoper, p.108.

hand dat dezelfde wetgever via de Auteurswet bescherming zou willen toekennen aan technische voortbrengselen die *niet* aan de strenge octrooirechtelijke eisen voldoen. Huydecoper is van oordeel, dat dit probleem in de auteursrechtelijke doctrine wordt onderschat.¹⁵³

Bij nauwkeurige analyse blijkt het criterium van keuzevrijheid voorts een theoretische lacune te bevatten. Deze lacune hangt samen met de valse tegenstelling tussen inhoud (idee) en vorm (expressie), die in het criterium van keuzevrijheid impliciet aanwezig is. De nu volgende kritiek heeft derhalve tevens betrekking op deze tegenstelling; zie ook *infra* p.73-75.

De lacune is deze. Het criterium van keuzevrijheid komt er op neer, dat er sprake is van oorspronkelijkheid, indien in vrijheid is gekozen. Daarbij wordt impliciet vóórondersteld, dat de "omstandigheden" (de parameters waarbinnen gekozen moet worden) *gegeven* zijn. Dit is echter niet steeds het geval. De restricties die voortvloeien uit hetgeen de communicator *beoogt* mee te delen, zijn mede het gevolg van een vrije (subjectieve) keuze zich uit te spreken over een bepaald onderwerp in een bepaalde context.

Deze "Zielsetzung"¹⁵⁴ - we zouden ook kunnen spreken van *idee* - is subjectief bepaald en in zoverre op zichzelf weer "creatief". Zo beschouwd is zelfs de meest triviale mededeling in zekere zin oorspronkelijk; men had ook zijn mond kunnen houden of iets anders kunnen zeggen.¹⁵⁵ Omgekeerd kan de meeste complexe, meest "creatieve" uiting beschreven worden als de *enig mogelijke*. Dit wordt duidelijk door een beroemd citaat van de Amerikaanse rechter Learned Hand in verband met een geplagieerd toneelwerk:

"Upon any work, and especially upon a play, a great number of patterns of increasing generality will fit equally well, as more and more of the incident is left out. The last may perhaps be no more than the most general statement of what the play is about, and at times might consist only of its title; but there is a point in this series of abstractions where they are no longer protected, since otherwise the playwright could prevent the use of his 'ideas', to which, apart from their expression, his property is never extended".¹⁵⁶

Het punt waar Learned Hand op doelt, de grens tussen onbeschermd "idee" en beschermde uiting, kan niet met behulp van het auteursrechtelijke werkbegrip gevonden worden. Strömholm spreekt in dit verband van een *Spezialisierungsproblem*: "Je spezieller ein Zweck ist, den man als grundsätzlich legitim und nicht monopolisierbar ansieht, desto grösser wird das Gebiet der technischen Gebundenheit und desto kleiner das Gebiet der möglichen Freiheit". De bepaling van de grens tussen (onbeschermd) idee en (beschermd) uiting is, aldus Strömholm, uiteindelijk een kwestie van *rechtspolitik*.¹⁵⁷ Daarbij treden auteursrechtelijke dogma's terug voor overwegingen van ethische, economische, en cultuurpolitieke (informatiepolitieke) aard.

153. Huydecoper, p.107-108.

154. Strömholm 1989, p.15, 21.

155. In extremis is zelfs de zuivere kopie oorspronkelijk: het idee om te kopiëren is op zichzelf niet "gegeven".

156. Learned Hand, gecit. door Denicola, p.523-524. In gelijke zin concl. AG Franx bij HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339 (Heertje/Hollebrand), p.1055: "Een idee, systeem, methode enz. heeft, als abstractie, geen herkenbare vorm. Het kan zo'n vorm echter krijgen door detaillering en uitwerking. Naarmate de abstractie meer wordt 'ingevuld', 'aangekleed', wordt de grens tussen inhoud en vorm meer benaderd en, op zeker moment, overschreden". Vgl. Hof Amsterdam 25 juni 1987, AMI 1988, 60 (Adrenaline met Adeline).

157. Strömholm 1989, p.21.

Tussen technische en "sociale" gebondenheid bestaat geen wezenlijk verschil.¹⁵⁸ Acht men het uitgeven van zakelijke telefoongidsen een activiteit die uit economisch oogpunt vrij behoort te zijn, dan verklaart men het "concept" van een gele gids tot (onbeschermd) idee.¹⁵⁹ Zo neen, dan spreekt men van piraterij. Vindt men dat schilderen à la Mondriaan "moet kunnen", dan zegt men dat een bepaalde stijl geen object is van auteursrecht. Zo neen, dan constateert men plagiaat. Acht men het maken van computerprogramma's met "iconen" en "windows" bevorderlijk voor de nationale software-industrie, dan verklaart men deze elementen tot (onbeschermd) ideeën. Zo neen, dan stelt men dat "the look and feel" van een programma (beschermd) uiting zijn.¹⁶⁰

Bescherming van creativiteit door het toekennen van exclusieve rechten wordt, zo kunnen wij intussen concluderen, niet in iedere sector van de samenleving evenzeer op prijs gesteld. In de wereld van het "nuttige" (techniek en nijverheid) prevaleert dikwijls het beginsel van de "vrijheid van kopie". De grenzen waarbinnen vrije keuze tot auteursrecht kan leiden worden hier eng getrokken. In de wereld van het "ware" (de wetenschap) zijn de mogelijkheden van "klare oorspronkelijkheid" wellicht iets ruimer te trekken, maar nog altijd vrij beperkt. De wetenschappelijke vrijheid is een mes dat aan twee kanten snijdt. In de wereld van de kunst is de "Gestaltungsspielraum" van de auteur relatief groot, maar ook niet onbeperkt. Indien iedere epigoon met auteursrechtelijke middelen bestreden kon worden, zou het met de kunsten snel gedaan zijn. Zie nader *infra* p.63-67 en 73-75.

158. Strömholm t.a.p.

159. Vgl. OLG Hamburg 14 april 1988, ZUM 1989, 43 ("Gelbe Seiten").

160. Vgl. *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986).

II.5 Triviale werken

Tussen de heersende continentale rechtsleer en de rechtspraak gaapt, hoe men het oorspronkelijkheidsvereiste ook wendt of keert, een zekere kloof. Rechters in Nederland, Duitsland en elders ter wereld verlenen regelmatig auteursrechtelijke bescherming aan voortbrengsels van de geest die, uitgaande van de hiervoor beschreven criteria, slechts met veel kunst en vliegwerk als "scheppingen" zijn aan te merken.¹⁶¹ Oorspronkelijk zijn deze produkten meestal slechts in zoverre dat zij niet van reeds bestaande produkten gekopieerd of "afgekeken" zijn.

De produkten waar het hier om gaat, voortbrengselen van de menselijke geest met een laag oorspronkelijk gehalte, worden in de Duitse literatuur wel aangeduid met de term "kleine Münze" (kleingeld), een uitdrukking waarmee gesuggereerd wordt dat het hier om produkten van gering economisch belang zou gaan. Ten onrechte, zo moge blijken uit de volgende voorbeelden ontleend aan de Nederlandse, Duitse en Amerikaanse jurisprudentie: telefoongidsen, adresboeken, registers, kookrecepten, prijscouranten, koerslijsten, catalogi, formulieren, rittenkaarten, theaterprogramma's, rekentabellen, rekenlineaals, voor de hand liggende reclameteksten en - we zouden ze bijna vergeten - omroepprogramma-overzichten.

In het vervolg van deze paragraaf wordt ingegaan op de bescherming van triviale werken in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten. Daarbij zal blijken dat de gesignaleerde kloof in Nederland het breedst is en in de V.S. het smalst. Tevens zal blijken dat in *al* deze landen het vooral de categorie "geschriften" is die door de rechtspraak ruim met bescherming wordt bemeten. De Nederlandse geschriftenbescherming is dan ook niet zo "exorbitant" als door tegenstanders van dit recht wel beweerd wordt.¹⁶²

De "bevoordeling" van de categorie geschriften ten opzichte van andere werken is ten dele historisch bepaald. Zowel het continentale auteursrecht als het Anglo-Amerikaanse copyright is geheel of gedeeltelijk geworteld in negentiende-eeuwse (of oudere) wetgeving tegen nadruk. Begrippen als oorspronkelijkheid, persoonlijk karakter en schepping speelden in dit - primair op de economische belangen van de intermediair afgestemde - "copijrecht" geen belangrijke rol.¹⁶³

De producenten van niet in druk verschijnende voortbrengsels (werken van toegepaste kunst bijvoorbeeld) hebben in Nederland en Duitsland van dit zeer vrijgeveige regime niet of nauwelijks weten te profiteren.¹⁶⁴ De beschermingsaanspraken van deze categorie zijn pas gehonoreerd, nadat het copijrecht tot

161. Dietz, p.62, constateert in alle door hem onderzochte EG-lidstaten een "grosszügige Gewährung des Urheberschutzes bei nur minimalen schöpferischen Leistungen".

162. In gelijke zin de noot van Hijmans van den Berg bij HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator), p.1106. H.B. merkt op, dat "in vele landen en in vele gevallen de eisen inzake het 'persoonlijk karakter' zo laag worden gesteld, dat de praktische resultaten het thans door den HR besliste dicht benaderen". Vgl. Grosheide, p.280. Gerbrandy, p.100, concludeert: "Kortom: vanaf zijn ontstaan als modern verschijnsel heeft het auteursrecht mede beschermd de 'kleine Münze'...".

163. Het oude continentale copijrecht is in feite sterk verwant aan het hedendaagse Britse copyright, dat traditioneel bescherming toekent aan allerhande *products of skill and labour*. Van een kloof tussen theorie en rechtspraak is in Engeland dan ook geen sprake. Vgl. Grosheide, p.62.

164. Vgl. G.Schulze, p.8-10.

auteursrecht was geëvolueerd en criteria als "persoonlijk stempel", individualiteit en oorspronkelijkheid hun definitieve intrede in rechtspraak en rechtsleer hadden gedaan.

De producenten van niet-persoonlijke geschriften hebben hun in een eerdere fase verworven privileges echter tot op heden grotendeels weten te behouden. In recente tijden lijkt hun positie zelfs aanzienlijk te zijn versterkt, nu allerwege de roep om bescherming van platenproducenten, omroeporganisaties, databankexploitanten en andere intermediairs oorverdovend is geworden. Naar het zich laat aanzien, zullen deze claims echter niet in het kader van het auteursrecht, maar in "nabuurrechtelijke" of mededingingsrechtelijke regelingen gehonoreerd worden.

11.5.1 Nederland: geschriften zonder persoonlijk karakter

Geen auteursrechtelijk onderwerp heeft de Nederlandse rechtsgeleerde gemoeiden zo langdurig, zo hevig en zo dikwijls verhit als de bescherming van geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter. Over de *geschriftenbescherming*, zoals deze kwestie in de wandelgangen en in de loopgraven genoemd wordt, woedt sedert het midden van de negentiende eeuw een pennestrijd tussen rechtsgeleerde schrijvers en rechters, schrijvers en bewindslieden en schrijvers onderling. Een pennestrijd, die in de loop van de rechtsgeschiedenis gelijk een bosbrand telkens weer opvlamt en de emoties vaak hoog doet opblazen. Een pennestrijd, die - zo lezen wij in een zeer interessante rechtshistorische beschouwing van Van Engelen¹⁶⁵ - in 1840 (anderhalve eeuw geleden!) begon met een kritisch commentaar in het Weekblad van het Recht naar aanleiding van een merkwaardig vonnis van een Tielse rechter.

Het Tielse vonnis betrof de uitleg van het begrip "letterwerk", als bedoeld in artikel 1 van de Wet van 1817, "de regten bepalende die in de Nederlanden, ten opzichte van het drukken en uitgeven van letter- en kunstwerken, kunnen worden uitgeoefend". Volgens de Tielse rechtbank diende onder "letterwerk" verstaan te worden "al hetgeen met letters gedrukt wordt", dus ook de in casu zonder toestemming nagedrukte tarieflijsten betreffende "justitie-kosten en salarissen in burgerlijke zaken". De redactie van het Weekblad van het Recht was het met deze interpretatie, zo leert de beschouwing van Van Engelen, allerminst eens. Volgens de commentatoren van het Weekblad verleende de Wet van 1817 slechts bescherming aan "voortbrengselen van vernuft, genie en geest" en zeker niet aan "alles wat met letters gedrukt wordt".¹⁶⁶

Sedert deze Tielse kwestie is er veel veranderd: de Wet van 1817 werd vervangen door de Wet van 1881, deze op haar beurt door de huidige Auteurswet 1912. "Letterwerken" heten sedert 1881 "geschriften", een omschrijving die in artikel 10 lid 1 sub 1 van de Auteurswet is gehandhaafd. Ook de inzet veranderde; tarieflijsten werden feestwijzers, vervolgens predikbeurtenlijsten, telefoonboeken, omroepgidsen, computerprogramma's en computergegevens.

Maar *plus ça change, plus c'est la même chose*. Nog altijd luidt de strijdsvraag: dient de Auteurswet bescherming te bieden aan 'al hetgeen met letters gedrukt wordt', ook indien aan hetgeen met lettertekens of vergelijkbare sym-

165. Zie de literatuurlijst.

166. W 1840, no. 91-93, gecit. uit Van Engelen, p.245.

bolen is (uitge)drukt ieder eigen of persoonlijk karakter vreemd is? En nog altijd zijn de meningen verdeeld, de pennen in beweging en de gemoederen verhit.

Over de stand van zaken *naar huidig recht* bestaat overigens weinig verschil van mening: geschriften zonder eigen persoonlijk karakter genieten onder de Auteurswet 1912 een vorm van bescherming. Een reeks van arresten door de Hoge Raad gewezen in verband met de bescherming van telefoongidsen¹⁶⁷ en omroepprogrammegevens¹⁶⁸ laat daarover geen misverstand bestaan. Volgens de Hoge Raad blijkt uit de tekst en de geschiedenis van artikel 10 lid 1 sub 1 Auteurswet ("Onder werken van letterkunde wetenschap of kunst verstaat deze wet [...] boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften..."), dat letterlijk *alle geschriften* kunnen van profiteren van bescherming onder de Auteurswet.

WETSGESCHIEDENIS

Wie de Memorie van Toelichting en Memorie van Antwoord bij het ontwerp-Auteurswet er op na slaat, zal zich verbazen over de kritiek die de diverse radioprogramma-arresten, waarin de geschriftenbescherming ten principale werd erkend, hebben moeten ondergaan. De bedoelingen van de wetgever zijn *volstrekt ondubbelzinnig* in de (inmiddels vergeelde) witte stukken vastgelegd.¹⁶⁹ "Uit de redactie van het eerste lid blijkt duidelijk, dat alles wat moet worden aangemerkt als te behooren tot de rubriek "boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften", ook al bezit het niet de geringste letterkundige of wetenschappelijke waarde, door wetsduiding geworden is tot een werk van letterkunde, wetenschap of kunst in den zin dezer wetsvoordracht", aldus de Memorie van Toelichting.¹⁷⁰

Uitlatingen van gelijke strekking komen wij tegen in de Memorie van Antwoord. Terecht stelt Hijmans van den Bergh in zijn noot bij het arrest van 1953, dat de beslissing van de Hoge Raad, gezien tekst en geschiedenis van de wet, moeilijk anders kon uitvallen.¹⁷¹

Hiermee is overigens niet gezegd, dat de wetgever van 1912 een zorgvuldige wetgever geweest is. Volgens de regering waren "drukwerken, waaraan in den regel met den besten wil ter wereld geen letterkundige, wetenschappelijke of kunstwaarde is toe te schrijven, zooals predikbeurtenlijsten, feestwijzers, schouwburgprogramma's en dergelijke" onder de (oude) wet van 1881 "naar de heerschende opvatting" beschermd "en het zou niet aangaan bij de groote omwerking en uitbreiding van ons auteursrecht op dit punt eene beperking aan te brengen, vooral niet waar het auteursrecht op voortbrengsels van de hier bedoelde soort in de practijk geenszins van betekenis ontbloot is gebleken".¹⁷²

167. HR 1 november 1937, NJ 1937, 1092 (Telefoongids Brummen).

168. HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radioprogramma I); HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator), HR 25 juni 1965 nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televizier II).

169. Over de uitleg van de *tekst* van de wet viel en valt nog steeds te twisten. Zie E.D. Hirsch Ballin, De herziening der Auteurswet, WPNR 4299, p.78.

170. MvT. Bijl. Handelingen TK 1911-1912, nr. 227, nr. 3, p.8-9.

171. Noot L.J. Hijmans van den Bergh bij HR 17 april 1953 (Radioprogramma I), AA 3 (1953-1954), p.134. Vgl. ook Concl. AG Berger bij HR 1 november 1937, NJ 1937, 1092 (Telefoongids Brummen).

172. MvT Auteurswet, Bijl. Handelingen TK 1910-1911, nr. 227, nr. 3, p.8.

De bescherming van onpersoonlijke geschriften was echter ook onder de Wet van 1881 bepaald niet onomstreden.¹⁷³ Zo pleit De Beaufort in 1909 nadrukkelijk voor een tot "geestesscheppingen" beperkt begrip geschriften.¹⁷⁴ De Beaufort verwerpt de ruime uitleg, die door verschillende schrijvers aan dit begrip gegeven wordt en die er op neer komt, dat de wetgever van 1881 door te opteren voor "geschriften" in plaats van "letterwerken" blijk zou hebben gegeven het object van auteursrechtelijke bescherming te hebben willen verruimen. De Beaufort is dan ook zeer kritisch over twee arresten van de Hoge Raad inzake de nadruk van *feestwijzers*¹⁷⁵ en *predikbeurtenlijsten*¹⁷⁶, waarin de ruime leer gevolgd werd. "In het gewone spraakgebruik moge men misschien een lijst van predikbeurten en een programma van feestelijkheden "geschriften" noemen, dit is nog geen reden om dit ook hier te doen. Wat hier vóór alles in het oog moet worden gehouden, is, dat het woord gebruikt wordt in eene wet tot regeling van het *auteursrecht*, en dat alleen die geschriften bedoeld worden, welke eenen *auteur* hebben".¹⁷⁷

Het debat over de bescherming van onpersoonlijke geschriften bereikte tijdens de behandeling van het ontwerp-Auteurswet een eerste hoogtepunt. Hoe zwaar er van rechtsgeleerde zijde aan de voorstellen van de regering werd getild, blijkt uit het feit dat zelfs Paul Scholten het noodzakelijk achtte tot driemaal toe in de pen te klimmen.¹⁷⁸ Aan Scholtens kritiek op het voorgestelde geschriftenregime hebben latere generaties van critici, wel beschouwd, weinig weten toe te voegen. Scholten zet uiteen, dat een auteursrecht op een predikbeurtenlijst onbestaanbaar is om de eenvoudige reden dat er geen "auteur" valt aan te wijzen. Een predikbeurtenlijst is volgens Scholten louter een "mededeeling van feiten" en noch in vorm, noch in inhoud een schepping. Met de bescherming van dergelijke zaken staat Nederland internationaal gezien geheel alleen. De geschriftenbescherming is een relikwie van de oudvaderlandse drukkersprivilegiën en "verderfelijk [...] voor een goed inzicht in het auteursrecht". Dit neemt volgens Scholten niet weg, dat bescherming van niet-persoonlijke geschriften onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. Daartoe dient echter niet het auteursrecht, meent Scholten, maar het recht betreffende de oneerlijke mededinging.¹⁷⁹

Niet minder mals is de kritiek van De Beaufort¹⁸⁰ en van Snijder van Wissenkerke. Laatstgenoemde verwijt de regering "deze geweldpleging aan het begrip 'auteursrecht' te wettigen en te bestendigen".¹⁸¹ De regering bleef echter vastklampen "aan de leer der oude wet, dat aan alles, wat door de drukpers kon worden vermenigvuldigd, auteursrecht moet worden toegekend, alsof niet de gedachte zelve, maar eerst het stoffelijke voortbrengsel voorwerp van auteursrecht is".¹⁸²

173. Noot E.D. Hirsch Ballin bij HR 27 januari 1961 (Explicator), AA 10 (1960-1961), p.183-184; *uitvoerig* Van Engelen, p.243-249.

174. De Beaufort, diss., p.174.

175. HR 21 november 1892, W 6274 (Feestwijzer Leidens ontzet).

176. HR 29 april 1895, W 6647 (Predikbeurtenlijst Rotterdamsche Kerkbode).

177. De Beaufort, diss., p.175.

178. P. Scholten, WPNR 2209, 2211 en 2212.

179. De kritiek van Scholten c.s. richtte zich derhalve niet tegen de geschriftenbescherming als zodanig, maar tegen de plaats van dit recht binnen de Auteurswet. Zie Th.C.J.A. van Engelen, *Handelingen NJV* 1988, deel 2, p.35.

180. H.L. de Beaufort, *De Gids* 1912, p.149-150.

181. Snijder van Wissenkerke, p.162.

182. Snijder van Wissenkerke, i.a.p.

Dat de geschriftenbescherming geen auteursrecht in traditionele zin mag heten, daarover zijn de meeste geleerden - van alle tijden en gezinden - het wel eens.¹⁸³ Maar wat is zij dan wel?

Van Engelen heeft aangetoond dat de gangbare opvatting dat de geschriftenbescherming rechtstreeks voortvloeit uit het oude "copijrecht", dat tegen het nadrukken van drukwerken bescherming verleende, enige nuancering behoeft.¹⁸⁴ De arresten van de Hoge Raad van 1892 en 1895 vormden een breuk met de voorafgaande periode, waarin uit het copijrecht gaandeweg een auteursrecht aan het ontstaan was. Zo bevatte de Wet van 1817, in aansluiting op nog oudere regelingen, een uitdrukkelijke uitsluiting voor o.m. bijbels, testamenten, *tijdschrijvers* en *almanakken*. Een dergelijke uitsluiting, die symptomatisch genoemd mag worden voor de opkomende idee van de geestelijke creatie, keerde in de Wet van 1881 echter niet terug, evenmin als in de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de geschriftenbescherming.¹⁸⁵

De geschriftenbescherming is in wezen een mededingingsrechtelijke regeling. Dit werd reeds impliciet toegegeven door de regering in de Memorie van Antwoord bij de Auteurswet,¹⁸⁶ mogelijk naar aanleiding van de kritiek van Scholten en Van Praag.¹⁸⁷ Van Engelen suggereert, dat de keuze van de Regering voor opnemings van de geschriftenbescherming in de Auteurswet samenhang met de beperkte uitleg die de Hoge Raad in zijn arrest van 10 juni 1910 (Zutphense juffrouw)¹⁸⁸ aan artikel 1401 BW gegeven had.¹⁸⁹ Ook Wijnstroom/Peremans¹⁹⁰ en De Beaufort¹⁹¹ zijn van oordeel dat de geschriftenbescherming in wezen de "oneerlijke concurrentie" betreft.

183. Zie echter de *infra* p.48 te bespreken opvatting van Gerbrandy. Dommering 1988, p.66, spreekt in dit verband van "proto-auteursrecht".

184. Van Engelen, p.248.

185. Zie HR 25 juni 1965, no. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II), p.182. De HR overweegt dat "noch het stelsel, noch de parlementaire geschiedenis van de Auteurswet 1912 steun geeft aan (Televisiers) opvatting dat de wetgever, toen hij met betrekking tot de bescherming te verlenen aan werken zonder letterkundige, wetenschappelijke of kunstwaarde, bij vroegere wetgeving aansluiting zocht, onder de huidige wet ook de bijzonderheden dier vroegere wetgeving heeft willen bestendigen...". Zie ook de noot van Hirsch Ballin bij dit arrest, AA 15 (1965-1966), p.349-350.

186. MvA. Bijl. Handelingen TK 1911-1912, nr. 227, nr. 5, p.24: "[Er] zal alleen dan veroordeling kunnen volgen, indien den rechter het bewijs geleverd zal zijn, dat het bepaalde geschrift, waarvoor bescherming ingeroepen wordt, werd nagedrukt. En wordt dit feit bewezen, dan hindert ook niet de toepasselijkheid der wet. Het feit is toch zeker een onrechtmatige daad, of men zijn rechtsmiddel er tegen ontleent aan artikel zooveel der wet op het auteursrecht of aan art. 1401 Burgerlijk Wetboek". Zie Wijnstroom/Peremans, p.33.

187. Van Praag, p.29-30: "Nadruk van feestwijzers, waschlijsten, en dergelijke is een van de talloze vormen van deloyale concurrentie. Dat deze door de helaas enge interpretatie van artikel 1401 B.W. in ons land niet voldoende wordt verhinderd, is maar al te waar: haar tegen te gaan zal daarom alleen te bereiken zijn door het maken van nieuwe desbetreffende wetsbepalingen: in die bepalingen zal de samensteller der feestwijzers, enz. zijn heil moeten zoeken, en het is zeer te hopen dat de voorschriften, die aan de oneerlijke mededinging den nekslag zullen toebrengen, eindelijk tot stand zullen komen".

188. HR 10 juni 1910, W 9038 (Zutphense juffrouw); Van Engelen, p.249.

189. De geschiedenis herhaalt zich. In recente tijden is door verschillende schrijvers gepleit voor handhaving van de geschriftenbescherming voor computerprogramma's, nu de Hoge Raad blijkens enkele recente arresten weinig schijnt te voelen voor een stelsel van ongeschreven prestatiebescherming op basis van 1401 BW. Zie *infra* p.50-51.

190. Wijnstroom/Peremans, p.34.

191. H.L. de Beaufort, De Gids 1912, p.149-150.

Sommige schrijvers gaan (iets) verder en beschouwen de geschriftenbescherming als een zelfstandig recht van intellectuele eigendom "sui generis".¹⁹² Dit recht is, in de woorden van Van Engelen, geënt op "de economische prestatie, bestaande uit het vergaren, ordenen en uitgeven van de in het geschrift vervatte informatie".¹⁹³ Hirsch Ballin spreekt in dit verband van een prestatie op het gebied van *organisatie*, niet van letterkunde.¹⁹⁴ Geschriftenbescherming is in deze visie een vorm van geschreven wettelijke *prestatiebescherming* (Leistungsschutz).

Dommering wil in de geschriftenbescherming echter geen prestatiebescherming zien. "Dan had artikel 10 Auteurswet een slotzin moeten hebben in de trant van 'en in het algemeen ieder werk en elke werker hoe ook genaamd en in welke vorm ook'". Liever spreekt hij van "pure informatiebescherming".¹⁹⁵ Mijns inziens sluit de ene benadering de andere niet uit. *Object* van bescherming is informatie in schriftelijk vastgelegde vorm; de *ratio* van de geschriftenbescherming is (of zou moeten zijn) de prestatie bestaande in het verzamelen, ordenen, ontdekken of domweg "verplaatsen", alsmede het vastleggen (fixeren) van de informatie.¹⁹⁶ De rechtsgrond van de geschriftenbescherming is dus wel degelijk prestatiebescherming; het *object* van bescherming is echter beperkt tot *gefixeerde alfanumerieke informatie*.

De geschriftenbescherming is, zo beschouwd, volkomen vergelijkbaar met het fonogrammenrecht en het Duitse recht op "Lichtbilder" en "Laufbilder". Het fonogrammenrecht is een exclusief exploitatierecht met betrekking tot de vastlegging van "klanken" of "andere geluiden".¹⁹⁷ Het recht op "Lichtbilder" c.q. "Laufbilder" is een uitsluitend recht met betrekking tot fotografische vastleggingen.¹⁹⁸ Oorspronkelijkheid in auteursrechtelijke zin wordt hier niet geëist. Voor deze naburige rechten wordt (in Duitsland) wel de eis gesteld van "ein Mindestmass an persönlicher Leistung".¹⁹⁹ Deze eis van "Leistungshöhe" houdt overigens weinig in. De bedoeling is pure reproducties van bescherming uit te sluiten. Dit blijkt ook uit de definitie van het fonogrammenrecht in het Verdrag van Rome: het moet gaan om de *eerste* vastlegging. Eenzelfde eis wordt gesteld in het Anglo-Amerikaanse copyright: "original" betekent daar doorgaans weinig meer dan "not copied".

Bij dit alles mag niet uit het oog worden verloren, dat de Hoge Raad in zijn Radioprogramma-arresten uitdrukkelijk is blijven spreken van "auteursrechtelijke" bescherming. Kon in het Explicator-arrest nog worden gelezen, dat de

192. Concl. AG Langemeijer bij HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radioprogramma I), p.410. In gelijke zin Van Engelen, p.252-253 en Quaadvlieg, p.60: "Het pseudo-auteursrecht zou evengoed een zelfstandig recht van intellectuele eigendom kunnen zijn, los van het auteursrecht".

193. Van Engelen, p.250.

194. E.D. Hirsch Ballin, De herziening der Auteurswet, WPNR 4299, p.78.

195. Dommering 1988, p.66.

196. Men kan de rechtsgrond ook beperken tot alleen de "vastleggingsprestatie". Zie echter Hof 's Gravenhage, r.o. 9, te kennen uit HR 25 juni 1965 nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II), p.174: het door de geschriftenbescherming beschermde belang is niet beperkt tot de kosten van het drukken en/of uitgeven c.q. het drukkers- en uitgeversrisico t.a.v. het geschrift. Anders de op p.48 *infra* te bespreken opvatting van Langemeijer.

197. Volgens art. 3 onder (c) van de Conventie van Rome is de "producent van een fonogram": de natuurlijke persoon of rechtspersoon die voor het eerst de klanken van een uitvoering of andere geluiden vastlegt. Vgl. de definitie van "fonogram" in art. 1 sub c van het ontwerp-Wet op de naburige rechten, Kamerstukken TK 1988-1989, 21244, nr. 2: "iedere opname van geluiden van een uitvoering of andere geluiden".

198. Schricker/Gerstenberg, p.856.

199. Ulmer, gecit. bij Schricker/Gerstenberg, p.856.

geschriftenbescherming "copijrechtelijk" van aard was, in het tweede Televisier-arrest blijkt dat de Hoge Raad zoveel mogelijk wil vasthouden aan het systeem van de Auteurswet. Maar de geschriftenbescherming is ook in de visie van de Hoge Raad geen auteursrecht *pur sang*, maar een auteursrecht *op maat*. Volgens de Hoge Raad kan de wetgever niet bedoeld hebben, dat ook de bepalingen van de Auteurswet die berusten op het persoonlijk karakter van beschermde werken "zonder meer mede toepasselijk zouden zijn op werken die dat karakter niet bezitten en welker makers aanspraak op bescherming slechts kunnen ontlenen aan het enkele feit dat zij deze op schrift hebben gesteld". Vervolgens overweegt de Hoge Raad "dat de vraag of en op welke wijze die voorschriften op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter moet worden toegepast, bij gebreke aan een algemene regeling daaromtrent in de wet, t.a.v. elk dezer voorschriften afzonderlijk naar de strekking daarvan moet worden beantwoord".²⁰⁰

De geschriftenbescherming is, zo mogen we de Hoge Raad wel samenvatten, een auteursrecht waaruit het persoonlijkheidsrecht verwijderd is.

Bij nauwkeurige beschouwing blijken er inderdaad opvallende verschillen te zijn tussen het oude copijrecht en de geschriftenbescherming, zoals die door de Hoge Raad wordt uitgelegd. Belangrijk verschil is in de eerste plaats het *subject* van bescherming. In tegenstelling tot het copijrecht komt de geschriftenbescherming in beginsel niet toe aan de drukker/uitgever, maar aan de "opschriftsteller", dat wil zeggen aan degene die het geschrift *fixeert*.²⁰¹ Hirsch Ballin beschrijft het object van bescherming daarom als een "mechanisch voorwerp"²⁰², waarmee hij, naar wij aannemen, de beschreven informatiedrager bedoelt. Volgens Van Engelen zou echter niet de feitelijke opschriftsteller als rechthebbende moeten worden aangemerkt, maar "degene die deze opschriftstelling economisch gezien mogelijk heeft gemaakt",²⁰³ dat wil zeggen de *uitgever*. In deze visie is de geschriftenbescherming een vorm van uitgeversrecht.

Ook de *inhoud* van de geschriftenbescherming is niet zuiver copijrechtelijk van aard. Verleende het copijrecht slechts bescherming tegen piraterij, dat wil zeggen het (zo goed als) ongewijzigd overnemen van het geschrift zelf (in de woorden van Hirsch Ballin: het "verplaatsen" van iets dat al eerder op schrift gesteld was²⁰⁴), de geschriftenbescherming reikt mogelijk iets verder. Blijkens het tweede Televisier-arrest zijn ook niet-letterlijke vertalingen en bewerkingen van minder ingrijpende aard ("dus ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels woordelijk of letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat") potentieel inbreukmakend.²⁰⁵ Zie verder *infra* p.115 e.v.

200. HR 25 juni 1965 nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II), p.180-181.

201. Volgens L.J.Hijmans van den Bergh, noot bij HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator), p.1106, kwam ook het oude copijrecht niet alleen de drukker toe. Immers, de Publicatie van het Staatsbewind van de Bataafse Republiek van 3 juni 1803, waarin de geschriftenbescherming haar wortels zou hebben, spreekt uitdrukkelijk van de *opsteller*.

202. Noot E.D.Hirsch Ballin bij HR 25 juni 1965, nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II), AA 15 (1965-1966), p.350: "Het is onverdedigbaar, het auteursrecht [...] te vereenzelvigen met en te assimileren aan een recht dat *niet* voortkomt uit creatie, doch uit fixatie, welks subject *niet* is een schrijver, doch een opschrijver, welks object *niet* is een intellectueel voortbrengsel, doch een mechanisch voorwerp...".

203. Van Engelen, p.250.

204. Noot E.D. Hirsch Ballin bij HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator), AA 10 (1960-1961), p.184.

205. HR 25 juni 1965 nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II).

Een zeer interessante visie op de geschriftenbescherming is die van Gerbrandy in zijn *Lettre des Pays-Bas* uit 1965.²⁰⁶ Volgens Gerbrandy, op moment van schrijven nog niet op de hoogte van het tweede Televisier-arrest van de Hoge Raad, heeft de Hoge Raad in het Explicator-arrest niets anders gedaan dan algemene beginselen van auteursrecht toepassen. De geschriftenbescherming is in deze opvatting *gewoon auteursrecht*. De door de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest aangebrachte beperkingen op de bescherming spruiten niet voort uit de eigen aard van de geschriftenbescherming, maar uit de (zeer) geringe oorspronkelijkheid van het werk in kwestie. Gerbrandy ziet, zo lijkt het, in de geschriftenbescherming een toepassing van het Anglo-Amerikaanse adagium "easy to copyright, difficult to infringe"; een geringe mate van originaliteit resulteert in een geringe mate van bescherming.

Hoewel voor de leer-Gerbrandy veel te zeggen valt - de eenvoud is het kenmerk van het ware - is zij in het tweede Televisier-arrest, zoals Gerbrandy zelf toegeeft,²⁰⁷ niet gevolgd. De Hoge Raad stelt immers uitdrukkelijk dat niet alle bepalingen van de Auteurswet op de geschriftenbescherming van toepassing zijn.

Eveneens vermeldenswaard, maar evenmin heersende leer geworden, is de opvatting van AG Langemeijer in zijn conclusie bij het eerste Radioprogramma-arrest. Volgens Langemeijer bestaat er een wezenlijk verschil tussen het telefoonboek, dat de Hoge Raad reeds in 1937 tot het auteursrecht had toegelaten,²⁰⁸ en een radioprogramma: "Dit verschil is naar mijn mening, dat een telefoongids, een spoorboekje, zij mogen dan al niets aesthetisch of wetenschappelijks en zeer weinig persoonlijks aan zich hebben, toch ten minste in die zin een 'werk' kunnen heten, dat daarin uit de aard der zaak een aanmerkelijke tijd, inspanning en zorg hun neerslag vinden. [...] Bij een radioprogramma is dit anders, althans dit moet bij gebreke van bewering van het tegendeel worden aangenomen. Het in elkaar zetten en vaststellen van dit programma kan een prestatie zijn, maar dit staat geheel los van deszelfs weergave in schrift of druk".

Langemeijer concludeert: "Voor wat het product is van een aanmerkelijke arbeid en aandacht nu kan men nog volhouden dat het daardoor 'een eigen karakter' bezit, voor wat niet meer is dan de openbaarmaking van bijzonderheden in een rangschikking, die nagenoeg dezelfde is, als zij onafhankelijk van die openbaarmaking bezitten, laat zich dit niet beweren".²⁰⁹ Langemeijer pleit met andere woorden voor een eis van "Leistungshöhe" (prestatiehoogte). De producent van het geschrift moet een minimum aan "bloed, zweet en tranen" in de opschriftstelling zelf hebben geïnvesteerd, wil er van bescherming sprake zijn.

206. S. Gerbrandy, *Lettre des Pays-Bas*, DdA 1965, p.47-48.

207. H. Pfeffer, Kort commentaar op de Auteurswet 1912, tweede druk bewerkt door S. Gerbrandy, Haarlem 1973, p.59.

208. HR 1 november 1937, NJ 1937, 1092 (Telefoongids Brummen).

209. Concl. AG Langemeijer bij HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radioprogramma I), p.412.

Zit er een "bodem" in de geschriftenbescherming? Is er, met andere woorden, een kwantitatieve of kwalitatieve eis waaraan een geschrift en/of de onderliggende prestatie moet voldoen om voor geschriftenbescherming in aanmerking te komen? Of is letterlijk *ieder* geschrift, ook al bestaat het uit slechts een enkele zin, een enkel woord, een enkel letterteken, beschermd? Niets in de jurisprudentie van de Hoge Raad wijst op het bestaan van enige ondergrens.

Hoogstens kan men uit de overwegingen van de Hoge Raad omtrent de *reikwijdte* van de geschriftenbescherming impliciet iets lezen over een zeker "Leistungshöhe". In het tweede Televisier-arrest wordt overwogen "dat aan de maker van zulke een geschrift geen auteursrecht toekomt op een door nieuwe opschriftstelling totstandgekomen werk waarvan de inhoud wel is ontleend aan dat geschrift [...] maar dat niet als eenvoudige herhaling van dat geschrift is te beschouwen".²¹⁰ Met enige slagen om de arm zou hieruit geconcludeerd kunnen worden, dat de pure kopie ("eenvoudige herhaling") *geen* object van geschriftenbescherming is. Zie voor een nadere analyse van de reikwijdte van de geschriftenbescherming *infra* p.113-117.

Slechts in één opzicht wordt het object van bescherming door de Hoge Raad met zoveel woorden ingeperkt: het geschrift moet openbaargemaakt zijn, althans bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden.²¹¹ De Hoge Raad overweegt in dit verband "dat de strekking van het auteursrecht te dezen is om uitsluitend aan de maker van het geschrift het voordeel van het openbaar maken ervan te doen toekomen [...]".²¹²

Men kan zich, gelezen deze overweging, met Wichers Hoeth en Verkade afvragen waarom *niet* voor openbaarmaking bestemde informatie géén object van geschriftenbescherming zou kunnen zijn.²¹³ Volgens Wichers Hoeth bevatte het oude copijrecht wél een bevoegdheid tot eerste openbaarmaking. Mogelijk ligt het antwoord in de hiervoor gegeven typering van 's Hogen Raads visie op de geschriftenbescherming als een auteursrecht waaruit het persoonlijkheidsrecht is verwijderd. Het recht op *eerste* openbaarmaking van een "werk" (droit de divulgation) wordt traditioneel niet tot de auteursrechtelijke exploitatierechten gerekend, maar tot de persoonlijkheidsrechten.

Een en ander neemt niet weg, dat er alle reden is om de opschriftsteller van niet-oorspronkelijke informatie tegen ongeoorloofde openbaarmaking en/of reproductie te beschermen. Voor *niet* op schrift gestelde informatie en gegevens bestaat een dergelijke bescherming reeds in de vorm van diverse strafrechtelijke afluister- en onderscheppingsverboden.²¹⁴ Het Wetboek van Strafrecht is o.i. ook de juiste plaats voor een verbod op het kopiëren van *gefixeerde* niet-openbare informatie. Daartoe dient de wet gewijzigd te worden; niet kan worden volstaan met extensieve uitleg van de strafbepalingen betreffende diefstal en verduistering. Zie § III.4.4 *infra*.

210. HR 25 juni 1965 nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II).

211. HR 25 juni 1965 nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II). Deze nadere voorwaarde geldt niet voor omroepprogrammageschriften, zo blijkt uit art. 59 Mediawet (het vroegere art. 22 Omroepwet), waar sprake is van "enig geschrift". Zie *infra* p.118.

212. HR 25 juni 1965 nr. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II), p.181.

213. Zie L. Wichers Hoeth, noot bij HR 25 januari 1965, in 2000 Weken Rechtspraak. Feestbundel Wijckerd Bisdorf, Zwolle 1978, p.94; Verkade, preadvies, p.51-53, waartegen H. Cohen Jehoram, Heroovering van koloniaal bezit, NJB 1988, p.784-787.

214. Vgl. artt. 139a-139e WvS (afluisteren van gesprekken) en art. 441 WvS (telecommunicatiegeheim).

Blijft over de vraag, wanneer er sprake is van een "geschrift". Volgens het Hof Amsterdam heeft de wetgever hiermee het oog gehad op "een stuk waarmee de schrijver door middel van geschreven tekens aan de lezer gedachten, gegevens en dergelijke wil overbrengen of mededelen, ofwel aan de lezer iets kenbaar wil maken; kortom: een geschrift moet een 'inhoud' aan gedachten en/of mededelingen bevatten welke de lezer daaraan moet kunnen ontleen".²¹⁵ Men mag aannemen dat ook letters en cijfers (zogenoeten alfanumerieke gegevens) gefixeerd in andere media dan papier, bijvoorbeeld op floppy disk of CD-ROM, als "geschrift" beschouwd kunnen worden.²¹⁶

Ook computerprogramma's mogen - tenminste begripsmatig - "geschriften" heten, zo blijkt uit de in 1988 gevoerde discussies naar aanleiding van wetsvoorstel 19921. Onderdeel van het wetsvoorstel waren enkele bepalingen inzake computerprogrammatuur. Voorgesteld werd ter bevordering van de "duidelijkheid en rechtszekerheid" de lijst van beschermde werken in artikel 10 Aw uit te breiden met een twaalfde categorie "computerprogramma's".²¹⁷ Het wetsvoorstel werd in brede kring gunstig ontvangen, hetgeen niet gezegd kon worden van een enige tijd later ingediende Nota van Wijziging.²¹⁸ Volgens deze nota zouden computerprogramma's *niet* als geschriften in de zin van art. 10 Aw mogen worden beschouwd. Als voornaamste argument voor de beoogde wijziging werd door de Minister aangevoerd, dat er anders op computerprogramma's twee van elkaar verschillende beschermingsregimes van toepassing zouden zijn, t.w. het normale auteursrechtelijke stelsel en de geschriftenbescherming.

De rechtsgeleerde kritiek op de Nota van Wijziging betrof in hoofdzaak het volgende.²¹⁹ In de eerste plaats werd er op gewezen, dat de door de Regering gevreesde dubbele bescherming allerminst uitzonderlijk was. Ieder oorspronkelijk werk in geschreven vorm is tezelfdertijd "geschrift"; problemen geeft deze samenloop doorgaans niet. In de tweede plaats was men van oordeel, dat het streven van de Regering (getuige de Memorie van Toelichting) de "duidelijkheid en rechtszekerheid te bevorderen" niet strookte met het elimineren van een reële mogelijkheid van bescherming. Dit was des te onbegrijpelijker, nu door het Inkasso-Programm-arrest van het Bundesgerichtshof over de geschiktheid van het oorspronkelijkheidscriterium als maatstaf voor de bescherming van programmatuur de nodige rechtsonzekerheid was ontstaan. Deze twijfels waren nog versterkt door het boek van Quaadvlieg.

215. Hof Amsterdam 21 februari 1974, BIE 1975, 71 (registratiepapier); zie Gerbrandy, p.82. *Anders* Pres Rb Breda 6 mei 1958, NJ 1958, 576 (parketvloeren).

216. Hugenholtz, p.23; Verkade, p.50.

217. Kamerstukken TK 19921, nrs. 1-3.

218. Kamerstukken TK 19921, nr. 7.

219. Zie over deze controverse P.B. Hugenholtz. Wetsvoorstel 19921 ten onrechte gewijzigd, NJB 1988, p.263; D.W.F. Verkade, Computerprogramma's en geschriften: een onverstandige Nota van Wijziging, BIE 1988, p.46; H. Cohen Jehoram, Computerprogramma's in de Auteurswet, NJB 1988, p.265; P.B. Hugenholtz, NJB 1988, p.532; A.A. Quaadvlieg, Originaliteit van computerprogramma's als wettelijke voorwaarde, IER 1988, p.40; H. Cohen Jehoram, Herovering van koloniaal bezit, NJB 1988, p.784; D.W.F. Verkade, NJB 1988, p.1076; G.P.V. Vandenberghen en D.W.F. Verkade, Computerrecht 1988, p.118; A.P. Meijboom, NJB 1988, p.1312 met naschrift D.W.F. Verkade; H.J. Woltring, Mens - machine communicatie: computerprogrammatuur in de scheppingsfase, BIE 1988, p.178; P.C.M.M. Terporten, Auteursrechtelijke bescherming van computerprogrammatuur: over originaliteit, 'geschriftenbescherming' en samenloop, IER 1989, p.1; A.P. Meijboom, Het voorstel voor een richtlijn inzake programmatuurbescherming - een kritische beschouwing, Computerrecht 1989, p.118.

Het belangrijkste punt van kritiek betrof de constatering, dat de beoogde afschaffing van de geschriftenbescherming samenviel met enige belangwekkende arresten van de Hoge Raad, die duidelijk maakten dat op aanvullende bescherming vanwege art. 1401 BW niet gerekend mocht worden.²²⁰ Al met al een onverstandige nota van wijziging, zo werd in grote meerderheid geoordeeld.²²¹ Uiteindelijk bleek de Tweede Kamer, anders dan de Minister, gevoelig voor de argumenten der critici. De bepalingen inzake computerprogrammatuur werden integraal uit het wetsvoorstel verwijderd. Een commissie kreeg tot taak, in het licht van de harmonisatievoorstellen van de Europese Commissie, te adviseren over een nieuw te ontwerpen regeling.²²²

De naar aanleiding van wetsvoorstel 19921 gevoerde discussies zijn symptomatisch voor de *reappraisal* die de geschriftenbescherming in recente tijden in de rechtsleer heeft ondergaan. Nadat de geschriftenbescherming gedurende vele jaren van rechtsgeleerde zijde hoofdzakelijk negatieve kritiek wist op te roepen, prevaleert sinds enkele jaren een meer genuanceerde benadering. De geschriftenbescherming moge volgens velen uit dogmatisch oogpunt niet in de Auteurswet thuishoren, zij is daardoor alleen nog geen slecht recht. De geschriftenbescherming is, integendeel, een vorm van intellectuele eigendom die van groot praktisch belang kan zijn, waar het gaat om de bescherming van produkten die niet gemakkelijk in het klassieke werkbegrip lijken te passen, zoals computerprogramma's en feitelijke informatie.

Het nieuwe, positieve imago van de geschriftenbescherming vindt steun in de aanstaande wettelijke bescherming van uitvoerende kunstenaars, omroeporganisaties en fonogrammenproducenten.²²³ Hierop sluit aan de in recente tijden steeds luider klinkende roep om een *uitgeversrecht*.²²⁴ Misschien is de geschriftenbescherming precies waar de uitgevers om vragen: een *droit voisin* op *alfanumerieke informatie*.

Voorts zijn er steekhoudende *theoretische* argumenten die pleiten voor een herwaardering van de geschriftenbescherming. Zo heeft Grosheide, op basis van een buitengewoon diepgravend rechtsvergelijkend onderzoek naar de grondslagen van het auteursrecht, onlangs een sterk pleidooi gehouden voor herijking van het auteursrechtelijk systeem. Grosheide bepleit een "pluriform" auteursrecht, dat ook plaats biedt aan "products of skill and labour" en "pure inhoud".²²⁵ Het behoeft geen betoog, dat in een dergelijk, "op maat" gesneden stelsel de geschriftenbescherming zich beter thuis voelt dan in het romantische auteursrecht van Quaedvlieg.

220. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Decca); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (NOS-KNVB); HR 20 november 1987, NJ 1988, 311 (Staat-Den Ouden).

221. Zie ook de Resolutie van de VvA, NJB 1988, p.263.

222. NJB 1989, p.988-989.

223. Kamerstukken TK 1988-1989, 21244, nrs. 1-2.

224. Zie het Rapport van de Studiecommissie Uitgeversrecht van de VvA, december 1988.

225. Grosheide, p.305; zie ook F.W. Grosheide, *De stijl van de meester en het auteursrecht*, BIE 1985, p.191-192.

11.5.2 Duitsland: de "kleine Münze"

Ook in Duitsland zijn de triviale geschriften sinds jaar en dag de "Problemkinder des Urheberrechts"²²⁶, gekoesterd door de rechtspraak, maar verguisd door de rechtsleer. Ook in Duitsland is de bescherming van triviale werken terug te voeren op negentiende-eeuwse wetgeving, in dit geval de Wet van 11 juni 1870 betreffende het auteursrecht van de Noordduitse Bond. Nieuw in deze wet in vergelijking met nog oudere Pruisische wetgeving is het begrip *Schriftwerk*. Blijkens de toelichting beschermt de Wet van 1870 "nicht jede Schrift ohne weiteres, sondern nur solche Werke, welche sich als Ausfluss einer individuellen geistigen Thätigkeit darstellen".²²⁷ Zoals Thoms heeft aangetoond, is deze toelichting bepalend geweest voor de ontwikkeling in de jurisprudentie van het leerstuk van de "kleine Münze". Rechters die het nieuwe begrip Schriftwerk toepassen, lezen in het criterium van "individueller geistige Tätigkeit" een lage oorspronkelijkheidseis. Daarbij speelt een belangrijke rol, dat de rechtspraak traditioneel geneigd is in de geest van de vroeg-negentiende eeuwse nadrukwetgeving min of meer automatisch bescherming tegen de nadruk van geschriften te verlenen.²²⁸

De lage oorspronkelijkheidseis die door het Reichsgericht vanaf het einde van de negentiende eeuw aan "Schriftwerke" wordt gesteld, wordt onder de LUG van 1901²²⁹ gehandhaafd. Dat deze eis onder omstandigheden zeer weinig voorstelt, blijkt uit een arrest van het Reichsgericht uit 1912 inzake de bescherming van *kookrecepten*.²³⁰ Het Reichsgericht laat er geen twijfel over bestaan, "dass die zu verlangende selbständige Geistesarbeit nur einen äusserst geringen Grad zu erreichen braucht, sich auch auf untergeordneten Gebieten des Schrifttums zeigen kann, und zwar schon allein in der prüfenden und würdigenden Behandlung und in der solcher Würdigung entsprechenden Gestaltung bekannter Stoffes".

Hiervan uitgaande wordt voor de kookrecepten in kwestie bescherming mogelijk geacht. "Mögen die Rezepte auch [...] insoweit eine Eigenart vermissen lassen, als sie einer besonders guten Sprachform ermangeln, und mögen sie sehr weit davon entfernt sein, in künstlerischer Hinsicht einen 'literarischen Genuss' hervorrufen zu können, so erfordert doch regelmässig schon die zweckentsprechende, fassliche Darstellung der Kochvorschrift, insbesondere die sachgemässe Einteilung und Anordnung, einen gewissen Aufwand individueller geistiger Tätigkeit, und zwar selbst dann, wenn im Einzelfall die Grundzüge der Kochregel bekannt und gemeinfrei sind". Thoms spreekt in dit verband van een "Tiefpunkt für die erforderliche Gestaltungshöhe". Een nog lagere eis kan volgens hem amper gesteld worden.²³¹

Op vergelijkbare gronden wordt door het Reichsgericht bescherming verleend aan adresboeken, prijslijsten, catalogi, telefoonboeken, rekentabellen, e.d.²³² Het Reichsgericht is echter nimmer zover gegaan als de Nederlandse rechter. "Nur rein Schablonenmässiges, z.B. rein mechanische Niederschrift,

226. Thoms, p.39.

227. Thoms, p.41.

228. Schmieder, p.81.

229. Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19.Juni 1901.

230. RG 18 december 1912, RGZ 81, 120.

231. Thoms, p.104-105.

232. Allfeld, p.34-36; Thoms, p.101-110; G.Schulze, p.19-23.

die kein eigenpersönliches geistiges Gestalten des Verfassers erkennen lässt, ist auszuschneiden".²³³ Het Reichsgericht weigert dan ook bescherming te verlenen aan omroepprogramma's en reprognozes; zie *infra* § III.3.2.

De bijzondere bescherming van kleine Münze betreft van oudsher slechts de Schriftwerke. Voor werken van toegepaste kunst geldt in Duitsland sedert 1907 (tot 1965) het regime van het KUG²³⁴, dat volgens het Reichsgericht hoge eisen stelt ("ästhetisches Überschuss") aan het te beschermen produkt. Dergelijke eisen worden noodzakelijk geacht om de grens met het modellenrecht af te bakenen.²³⁵

Het behoeft geen betoog, dat de ruime bescherming die door de Duitse rechtspraak aan schriftelijke kleine Münze verleend werd, in de literatuur de nodige tegenstand ontmoet heeft. Zo schrijft Kohler reeds in 1892: "Man muss sich von der Vorstellung frei machen, dass alles, was in Schriftwesen Arbeit und Kosten macht, nun auch durch Autorschutz belohnt werden müsse".²³⁶

Als eerste spreekt Elster, de uitvinder van de term "kleine Münze"²³⁷, zich met zoveel woorden uit voor verwijdering van het kleingeld uit het auteursrecht. Hij bepleit een speciaal, aan het modellenrecht ontleend regime voor niet of weinig originele geschriften.²³⁸ Minder afwijzend laat Ulmer zich uit;²³⁹ zijn criterium van individualiteit laat ruimte voor bescherming van prestaties met geringe "Gestaltungshöhe". Hubmann geeft echter de voorkeur aan een kortlopende mededingingsrechtelijke bescherming.²⁴⁰ Radicaal positief is de opvatting van Runge, die er voor pleit alle prestaties van meer dan ondergeschikt belang onder het auteursrecht te brengen.²⁴¹ Daarmee zou het onderscheid tussen auteursrecht en "Leistungsschutzrechten" in één keer komen te vervallen.

DE WET VAN 1965

De discussies over de kleine Münze bereiken een voorlopig hoogtepunt tijdens en na de totstandkoming van de nieuwe Duitse auteurswet van 1965. De wet introduceert in het Duitse auteursrecht een algemeen werkbegrip, de "persönliche geistige Schöpfung". Het Schriftwerk wordt gedegradeerd tot een species van het genus "Sprachwerke", dat op zijn beurt een categorie vormt van de "Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst". Sprachwerke zijn taaluitingen; het maakt daarbij geen verschil of het gaat om natuurlijke talen, kunsttaal of computertaal.²⁴² Door de wetswijziging van 1985 worden computerprogramma's

233. RGZ 116, 292, gecit. door Runge, p.507.

234. Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, vom 9. Januar 1907.

235. Schraube, p.133; G.Schulze, p.111.

236. J. Kohler, Das literarische und artistische Kunstwerk und seine Autorschutz, Mannheim 1892, p.22-23; Kohler (1880), p.179-180, laat niettemin enige ruimte voor kook- en adresboeken.

237. G.Schulze, p.1.

238. Thoms, p.80.

239. Ulmer, p.136.

240. Hubmann, p.99.

241. K. Runge, Urheberrechts- oder Leistungsschutz (unter besonderer Berücksichtigung des Gruppenwerks), GRUR 1959, p.75,77.

242. Schricker/Loewenheim, p.117-118.

zelfs expliciet tot Sprachwerke verklaard. Schriftwerke zijn Sprachwerke, waarbij van lettertekens, cijfers en andere tekens²⁴³ gebruik wordt gemaakt.

Tegenstanders van de auteursrechtelijke bescherming van kleine Münze menen in de tekst van het ontwerp-UrhG een aanwijzing te zien, dat de wetgever de kleine Münze uit de auteurswet wil verbannen. Hun sterkste argument ontleen zij aan het feit dat de wet voor het eerst in de Duitse auteursrechtsgeschiedenis een algemeen werkbegrip bevat. Voor verschil in behandeling van kleine Münze en andere werken biedt de nieuwe wet, zo menen zij, geen ruimte.²⁴⁴ Uit de toelichting bij de definitieve wet kan echter worden afgeleid dat het wel degelijk in de bedoeling van de wetgever gelegen heeft de bestaande jurisprudentie ten aanzien van kleine Münze te sauveren.²⁴⁵

De discussie is hiermee echter niet gesloten, zo blijkt uit een stroom van publikaties na de inwerkingtreding van de wet. De meerderheid van de schrijvers blijft afwijzend te staan tegenover voortzetting van het oude regime voor triviale geschriften. Von Gamm acht de tijd rijp een strengere maatstaf van Gestaltungshöhe aan te leggen, nu het mededingingsrecht inmiddels in de bescherming van de kleine Münze zou kunnen voorzien. Von Gamms criterium impliceert "ein bedeutendes schöpferisches Übertreffen der Durchschnittsgestaltungstätigkeit".²⁴⁶ Schraube is van oordeel, dat de nieuwe wet alleen de "culturele schepping", niet de economische prestatie ("gewerbliche Leistung") zou moeten beschermen.²⁴⁷

Gematigd positief tegenover handhaving van het oude regime staat, behalve Ulmer, met name Schmieder, die er op wijst dat het UrhG is voortgekomen uit wetgeving tegen nadruk en dat de verbanning van de kleine Münze derhalve een breuk in de rechtsontwikkeling zou opleveren.²⁴⁸ Om dezelfde reden bepleit ook Reimer²⁴⁹ handhaving van de auteursrechtelijke bescherming van kleine Münze. Reimer wijst er voorts op, dat het kleingeld een aanzienlijk deel van het totale auteursrechtelijke produkt vertegenwoordigt en bovendien bij uitstek door namaak wordt getroffen. Reimer concludeert: "Die Ausklammerung der 'kleinen Münze' aus dem Urheberrecht würde zu einem Vakuum führen und das Ansehen des Urheberrechtsschutzes nicht stärken, sondern vermindern".²⁵⁰ Het argument van een te lange beschermingsduur acht Reimer bovendien niet overtuigend. De meeste kleine Münze hebben maar een korte levensduur, zodat de (te) lange beschermingsduur in de praktijk geen bezwaren oproept.

243. Hubmann, p.98. Vgl. BGH 27 maart 1963, GRUR 1963, 633, 634 ("Rechenschieber"): een Schriftwerk is "ein durch Zeichen äusserlich erkennbar gemachter sprachlicher Gedankenausdruck [...], der Erzeugnis einer schöpferischen geistigen Leistung ist. [...] Auch ein blosses Zahlenwerk kann dem Erfordernis der sprachlichen Mitteilung genügen". In gelijke zin BGH 25 november 1958, GRUR 1959, 251 ("Einheitsfahrtschein").

244. G.Schulze, p.72-75 en 279-280.

245. Von Gamm, p.170.

246. Von Gamm, p.181; wij herkennen hier de eis van "Überdurchschnittlichkeit" in latere, mede door Von Gamm gewezen uitspraken van het BGH.

247. Schraube, p.143.

248. Schmieder, p.81.

249. Reimer, p.572.

250. Reimer, p.575.

De oude kleine Münze-jurisprudentie van het Reichsgericht en (na de oorlog) het Bundesgerichtshof wordt na 1965, onder verwijzing naar het regeringsstandpunt, voortgezet. Het Bundesgerichtshof aanvaardt o.m. bescherming voor banale liederen²⁵¹, een wetenschappelijk register²⁵², een verzameling van controlevragen²⁵³, een stadsplattegrond²⁵⁴, "Warenzeichenlexika"²⁵⁵ en landkaarten²⁵⁶. De relatief gemakkelijke bescherming van deze kleine Münze staat in contrast tot de strenge behandeling van brieven²⁵⁷, wetenschappelijke of technische "Darstellungen"²⁵⁸ en wetenschappelijke geschriften²⁵⁹. Aan computerprogramma's worden door het Bundesgerichtshof eveneens hoge eisen gesteld.²⁶⁰

Op deze arresten, waarin Von Gamms criterium van "Überdurchschnittlichkeit" duidelijk aanwezig is, sluiten aan de opvattingen van Dietz, Thoms en G.Schulze. Gedrieën pleiten zij voor verwijdering van de kleine Münze uit het auteursrecht door toepassing van een strenge eis van Gestaltungshöhe. Anders dreigt, zo meent Dietz, *uitholling van het auteursrecht* door "unbegründete uferlose Ausdehnung des Urheberrechtsschutzes auf minimale schöpferische Leistungen mit gleichen Schutzfrist". Voor kleine Münze acht hij een speciaal regime of tenminste een verkorting van de auteursrechtelijke beschermingsduur op zijn plaats.²⁶¹

Nog kritischer is Thoms. Volgens hem zijn de kleine Münze met geen mogelijkheid als "Schöpfung" in de zin van het UrhG aan te merken. Thoms maakt zich ernstige zorgen over de integriteit van het auteursrechtelijk systeem. "Mit der Subsumtion solcher unpersönlichen, letztlich alltäglichen gewerblichen Leistungen unter die Begriffe 'Literatur' und 'persönliche geistige Schöpfung' wird daher das urheberrechtliche Leitbild [...] *pervertiert* und zu einem gewerblichen Schutzrecht überdehnt".²⁶²

Problemen heeft Thoms vooral met de toepassing van het persoonlijkheidsrecht en de lange beschermingsduur van het auteursrecht. Thoms pleit in navolging van Hubmann²⁶³ voor een apart naburig recht ("Leistungsschutzrecht") voor kleine Münze.²⁶⁴ Als object van bescherming zouden slechts *nieuwe Sprachwerke* in aanmerking mogen komen die *onderscheidend vermogen* bezitten dan wel "*mit einem erheblichen und unvermeidlichen Aufwand an Arbeit*

251. BGH 3 november 1967, UFITA 1968, Bd. 51, 295 ("Haselnuss") en 315 ("Gaudeamus igitur").

252. BGH 7 december 1979, GRUR 1980, 227 ("Monumenta Germaniae Historica").

253. BGH 27 februari 1981, GRUR 1981, 520 ("Fragensammlung").

254. BGH 20 november 1986, ZUM 1987, 335 ("Werbepläne").

255. BGH 12 maart 1987, ZUM 1987, 525 ("Warenzeichenlexika").

256. BGH 2 juli 1987, ZUM 1987, 634 ("Topografische Landeskarten").

257. Schraube, p.132-133.

258. Reimer, p.172; zie m.n. BGH 15 december 1978, GRUR 1979, 464 ("Flughafenpläne").

259. BGH 21 november 1980, GRUR 1981, 352 ("Staatsexamenarbeit"); BGH 29 maart 1984, GRUR 1984, 659 ("Ausschreibungsunterlagen"). Zie m.n. BGH 17 april 1986, GRUR 1986, 739, 741 ("Anwaltsschriftsatz"): "Die Urheberrechtsschutzfähigkeit erfordert ein deutliches Übertragen des Alltäglichen, des Handwerksmäßigen, der mechanisch-technischen Aneinanderreihung des Materials".

260. BGH 9 mei 1985, GRUR 1985, 1041 ("Inkasso-Programm").

261. Dietz, p.62-63. Vgl. A. Dietz, Das Problem des Rechtsschutzes von Computerprogrammen in Deutschland und Frankreich. Die kategoriale Herausforderung des Urheberrechts. BIE 1983, p.305, 310.

262. Thoms, p.256.

263. Hubmann, p.39.

264. Vgl. de nabuurrechtelijke bescherming van landkaarten, technische tekeningen e.d. in de auteurswet van de DDR, waarover Reimer, p.575.

oder Kosten verbunden" zijn.²⁶⁵ Het door Thoms voorgestelde naburig recht zou in aansluiting op het Skandinavische catalogusrecht²⁶⁶ een duur moeten hebben van tien jaar na publikatie. Van een persoonlijkheidsrecht zou geen sprake zijn.

Ook G.Schulze zoekt de oplossing in verbanning van de kleine Münze naar het terrein van de wettelijke prestatiebescherming. Anders dan Thoms geeft Schulze de voorkeur aan een *algemene* Leistungsschutz voor alle "neue und eigenartige Leistungen" op het gebied van de letterkunde, wetenschap en kunst. In dit kader zou in beginsel een zekere mate van "Leistungshöhe" geëist moeten worden, zij het dat voor bepaalde categorieën *geen* drempel zou dienen te gelden. G.Schulze noemt in dit verband in de eerste plaats de bestaande objecten van nabuurrechtelijke bescherming (fonogrammen, "Lichtbilder" en "Laufbilder"), waarvoor ook naar huidig recht geen (noemenswaardige) eis van prestatiehoogte geldt, en voorts computerprogramma's, wetenschappelijke en technische "Darstellungen", "Schriftträger" en compilatiewerken. Laatstgenoemde produkten zouden niet alleen tegen fotomechanische reproductie, maar ook tegen overname in gewijzigde vorm beschermd dienen te zijn.²⁶⁷

Kritisch over de voorstellen van Dietz, Thoms en G.Schulze is Schricker. De verbanning van de kleine Münze uit het auteursrecht levert nieuwe afbakeningsproblemen op. Daar komt als bezwaar bij dat de Berner Conventie niet van toepassing is op naburige rechten. Ten slotte wijst Schricker er op dat het auteursrecht op kleine Münze praktisch nauwelijks bezwaren ontmoet. De economische levensduur van het kleingeld is meestal kort; de bescherming is daardoor al snel obsoleet en persoonlijkheidsrechtelijke claims doen zich in de praktijk maar zelden voor.²⁶⁸

BESCHERMING VIA HET UWG

De pleidooien van Thoms, G.Schulze e.a. voor een "nabuurrechtelijke" oplossing van het kleine Münze-probleem hangen samen met de beperkte reikwijdte van het Duitse mededingingsrecht, gecodificeerd in het UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb). Van ongeoorloofde mededinging kan alleen sprake zijn, indien er tussen partijen een mededingingsverhouding ("Wettbewerbsverhältnis") bestaat.²⁶⁹ Verder geldt, althans volgens de heersende rechtsleer, het beginsel van de vrijheid van nabootsing, tenzij een prestatie krachtens een bijzondere wet (zoals het UrhG) bescherming geniet. Een zekere aanvullende prestatiebescherming biedt het UWG slechts in zoverre, dat prestatie-overname onder *bijzondere omstandigheden* strijdig met de goede zeden en derhalve in strijd met art. 1 UWG kan zijn.

Nabootsing van niet door bijzondere wetten beschermde produkten is, op zichzelf beschouwd, geen oneerlijke mededinging. Hetzelfde geldt in principe

265. Thoms, p.343: "Wer ein Sprachwerk, das neu und eigenartig oder neu und mit einem erheblichen und unvermeidlichen Aufwand an Arbeit oder Kosten verbunden ist, erscheinen lässt, hat das ausschliessliche Recht, diese Leistung gewerblich zu verwerten".

266. Zie *infra* p.139-140.

267. G.Schulze, p.315-316; zie ook G.Schulze, Sind neue Leistungsschutzrechte erforderlich?, ZUM 1989, p.53, 64.

268. Schricker, p.63-64.

269. Volgens Thoms, p.300, en G.Schulze, p.289, zal deze mededingingsverhouding in het geval van nageboorte kleine Münze dikwijls ontbreken.

voor ongeoorloofde reproductie ("unmittelbare Leistungsübernahme"), tenzij deze een voortdurend en systematisch karakter heeft. Hierbij speelt het door het Bundesgerichtshof ontwikkelde "amortiseringscriterium" een belangrijke rol: is de gelaedeerde in staat geweest zijn investering in het gepirateerde produkt terug te verdienen?²⁷⁰

Voorts is voor mededingingsrechtelijke bescherming tenminste vereist, dat de prestatie in kwestie bescherming *verdient*; het moet gaan om "ein Schutzwürdiges Leistungsergebnis mit wettbewerblicher Eigenart".²⁷¹ De prestatie moet, met andere woorden, iets "eigens" hebben.

11.5.3 Verenigde Staten: bescherming van "sweat of the brow"

Object van bescherming onder de Amerikaanse auteurswet zijn "original works of authorship". Daartoe behoren, aldus art. 102 sub (a) USCA zeven werkcategorieën, waarvan de eerste, *literary works*, in dit verband het meest relevant is. Deze worden in art. 101 USCA gedefinieerd als "works, other than audio-visual works, expressed in words, numbers, or other verbal or numerical symbols or indicia, regardless of the nature of the material objects, such as books, periodicals, manuscripts, phonorecords, film, tapes, discs, or cards, in which they are embodied". Tot deze categorie worden niet alleen traditionele geschriften gerekend, maar ook databanken en computerprogramma's.²⁷²

Een definitie van "originality" ontbreekt echter in de wet; de wetgever verwijst daarvoor naar de op basis van de oude wet van 1909 ontwikkelde jurisprudentie.²⁷³ Duidelijk is wél, dat de oorspronkelijkheidseis in het Amerikaanse auteursrecht in vergelijking met het continentaal-Europese auteursrecht uiterst bescheiden is.²⁷⁴ Een veel geciteerde uitspraak in dit verband is *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*²⁷⁵ Volgens rechter Frank van het Court of Appeals (2nd Circuit) betekent originaliteit "that the particular work 'owes its origin' to the 'author' [...] All that is needed [...] is that the 'author' contributed something more than a 'merely trivial' variation, something recognizably 'his own'. Originality in this context 'means little more than a prohibition of actual copying'. No matter how poor the 'author's' addition, it is enough if it be his own". Nimmer stelt dan ook: "Originality means only that the work [...] is independently created, and not copied from other works".²⁷⁶ En elders: "If any author's independent efforts contain sufficient skill to motivate another's copying there is *ipso facto* a sufficient quantum of originality to support a copyright".²⁷⁷

270. Vgl. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Decca).

271. BGH 10 december 1987, AfP 1988, 32 ("Informationsdienst"), waarover *infra* p.92. Zie voorts BGH 30 oktober 1968, GRUR 1969, 186 ("Reprint"); BGH 17 september 1971, GRUR 1972, 127 ("Formulare"); BGH 6 februari 1986, GRUR 1986, 895 ("Notenstichbilder"); OLG Hamburg 14 april 1988, ZUM 1989, 43 ("Gelbe Seiten"). Zie verder H. Hubmann, *Gewerblicher Rechtsschutz*, vijfde druk, München 1987, p.276-281; Schricker, p.66-70; W.J. Soetenhorst, *Wettelijke bescherming van de uitgeefprestatie*, AMI 1989, p.55-56. De relatie met de kleine Münze wordt uitgewerkt door Thoms, p.293-316, en G.Schulze, p.283-290; beiden concluderen dat het UWG geen (rechtszekere) oplossing biedt.

272. B. Ringer in Stewart, p.484.

273. Nimmer, § 2.01; Paity, p.18.

274. B. Ringer in Stewart, p.487.

275. *Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, Inc.*, 191 F.2d 99 (2nd Cir. 1951).

276. Nimmer, § 2.01[A].

277. Nimmer, § 2.01[B].

Duidelijk is bovendien, dat het Amerikaanse originaliteitsvereiste geen absolute *nieuwheid* impliceert. Onafhankelijke "Doppelschöpfung" wordt in de Verenigde Staten met een (tweede) copyright beloond. Een beroemde uitspraak van de Amerikaanse rechter Learned Hand illustreert dat. "[I]f by some magic a man who had never known it were to compose anew Keats' Ode On a Grecian Urn, he would be an 'author', and, if he copyrighted it, others might not copy that poem, though they might of course copy Keats".²⁷⁸

Maar ook het Amerikaanse originaliteitsvereiste kan niet geheel zonder ondergrens. Zo levert reproductie geen copyright op, zelfs niet indien in het reproduceren de nodige vaardigheid en inspanning gestoken is.²⁷⁹ Ook de conversie van een werk in een ander medium leidt niet tot originaliteit.²⁸⁰

CREATIVITEIT

Origineel in de zin van het Amerikaanse auteursrecht betekent, zo kan intussen geconcludeerd worden, weinig anders dan "niet gekopieerd". Impliceert dit nu, dat ieder voortbrengsel van onafhankelijke menselijke inspanning een beschermd "work of authorship" is? Hierover bestaat verschil van mening. In de rechtsleer domineert een stroming die aan het auteursrechtelijk object (iets) hogere eisen stelt dan louter aanwending van "skill and labour", zoals onder de Engelse wet voldoende zou zijn. Volgens Nimmer, wiens opvattingen in de Verenigde Staten welhaast per definitie heersende leer zijn, is behalve "independent effort" ook een minimum-hoeveelheid *creativiteit* vereist; een dergelijk eis ontbreekt echter in de USCA.²⁸¹

Nimmers eis van "creativity" houdt overigens niet meer in dan dat het voortbrengsel in kwestie niet louter triviaal is, zoals bijvoorbeeld voor de hand liggende losse woorden of zinsdelen.²⁸² In de woorden van Kaplan: "To make the copyright turnstile revolve, the author should have to deposit more than a penny in the box".²⁸³ Volgens de Copyright Office Regulations worden van auteursrechtelijke bescherming met zoveel woorden uitgesloten "[w]ords and short phrases such as names, titles, and slogans; [...] mere listings of ingredients or contents".²⁸⁴ Nimmer sluit overigens niet uit dat "even the most commonplace and banal results of independent effort may command copyright protection, provided such independent effort is quantitatively more than minimal".²⁸⁵ Omgekeerd houdt Nimmer de deur open voor korte zinnen die

278. *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54 (2nd Cir. 1936).

279. Nimmer, § 2.01[A].

280. *L. Battlin & Son, Inc. v. Snyder*, 536 F.2d 486 (2nd Cir. 1976).

281. In een pril stadium van de herziening van Copyright Act is door Register of Copyrights Kaminstein gepoogd een eis van "creativity" in de wet te doen opnemen. Na ernstige kritiek werd deze niet opgenomen in het voorontwerp van het Copyright Office uit 1963, dat aan de wet van 1976 ten grondslag heeft gelegen. Het voorontwerp bevatte wel een definitie van "originality": "A work of authorship is 'original' if it is the independent creation of an author who did not copy it from another source". Zie Patry, p.19-22.

282. Nimmer, § 2.01[B]; *Donald v. Zack Meyer's T.V. Sales & Service*, 426 F.2d 1027 (5th Cir. 1970): geen bescherming voor een juridisch formulier; *Magic Marketing, Inc. v. Mailing Services of Pittsburgh, Inc.*, PTCJ 21 augustus 1986 (W.D. Penn. 1986): een voorbedrukte enveloppe met de mededeling "PRIORITY MESSAGE: CONTENTS REQUIRE IMMEDIATE ATTENTION" en "TELEGRAM" is niet beschermd.

283. Kaplan, p.46.

284. Art. 202.1 (a) van de Copyright Office Regulations, gecit. bij Nimmer, § 2.01[B].

285. Nimmer, § 2.01[B]. Anders *Rockford Map Publishers, Inc. v. Directory Service of Colorado, Inc. c.s.*, 768 F.2d 143 (7th Cir. 1985): "If the incremental contribution is small, so too is the reward, but a subjective assessment of the importance of the contribution has nothing to do with the existence of copyright.[...] The copyright laws protect the work, not the amount of effort expended".

van een bijzondere creativiteit getuigen. "It appears, then, that there is a reciprocal relationship between creativity and independent effort. The smaller the effort (e.g., two words), the greater must be the degree of creativity in order to claim copyright protection".²⁸⁶

Een rechtsgeleerde minderheid onder aanvoering van Denicola²⁸⁷ verwerpt echter iedere eis van creativiteit. Volgens Denicola houdt de uitsluiting van triviale werken geen verband met gebrek aan creativiteit. Triviale werken (Denicola noemt o.m. korte zinnen, lijsten van ingrediënten, instructies of "brief statements of fact") worden niet beschermd om de eenvoudige reden, dat er onvoldoende "effort" aan te pas is gekomen om een copyright te rechtvaardigen.²⁸⁸ Denicola eist derhalve "a minimum quantity, rather than quality, of authorship". Iedere intellectuele inspanning die met voldoende "sweat of the brow" gepaard is gegaan, verdient volgens Denicola bescherming onder de Copyright Act. De opvatting van Denicola sluit derhalve nauw aan bij het Britse copyright op "products of skill and labour".²⁸⁹

De theorie van Denicola is met name ingegeven door de wens aan de resultaten van onafhankelijk onderzoek en aan niet-creatieve feitenverzamelingen auteursrechtelijke bescherming te verlenen. Denicola vindt steun voor zijn theorie in een groot aantal oudere uitspraken met betrekking tot de bescherming van telefoonboeken, adresboeken en andere "compilations of facts". Deze "directory cases" worden door de voor- en tegenstanders van de bloed-zweet-en-tranen-theorie verschillend gewaardeerd. Voorstanders, zoals Denicola, zien hierin het bewijs van hun gelijk. Tegenstanders geven er de voorkeur aan telefoonboeken e.d. als een (historisch bepaalde) categorie *sui generis* te beschouwen.²⁹⁰

Hoewel de Amerikaanse federale rechtspraak allerminst eenduidig is, lijkt een aantal recente uitspraken te suggereren, dat de "sweat of the brow doctrine" veld wint. Een mogelijke verklaring voor deze revival vormt volgens Gorman²⁹¹ de *preemption* regel, neergelegd in art. 301 USCA.²⁹² Deze bepaling verbiedt bescherming door het "statelijke" mededingingsrecht of door andere wetgeving op staatsniveau, voorzover het produkten betreft die tot de "scope" behoren van de USCA. Over de reikwijdte van art. 301 USCA bestaat overigens grote onduidelijkheid.²⁹³

286. Nimmer, § 2.01[B].

287. Denicola, p.516 e.v.

288. Denicola, p.522.

289. Vgl. Lord Devlin in *Ladbroke (Football) Ltd. v. William Hill (Football) Ltd.* [1964] 1 WLR 273 (HL), geciteerd uit Sterling and Carpenter, *Copyright Law in the United Kingdom*, Sydney/London 1986, p.210: "The requirement of originality means that the product must originate from the author in the sense that it is the result of a substantial degree of skill, industry or experience employed by him".

290. *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F.2d, 1369-1370 (5th Cir. 1981): "[I]t may be better to recognize the directory cases as being in a category by themselves rather than to attempt to bring their result and rationale to bear on nondirectory cases. [...] Zie daarentegen *National Business Lists, Inc. v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 552 F.Supp.89 (N.D. Ill. 1982): "This court respectfully suggests that the directory cases, rather than being a breed apart, are the most striking illustrations in copyright law that the misappropriation doctrine [...] has long found a house, if not a home". Zie nader *infra* § III.3.3.

291. Gorman 1982, p.576.

292. De *preemption* regel is gebaseerd op *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (S.Ct. 1964) en *Compco Corp. v. Day-Brite Lighting, Inc.*, 376 U.S. 234 (S.Ct. 1964).

293. Nimmer, § 1.01[B]; Gorman 1982, p.598-610; D.E. Shipley en J.S. Hay, *Protecting research: copyright, common-law alternatives, and federal preemption*, North Carolina Law Review, Vol. 63 (1984), p.152-180.

II.6 Informatietheoretische analyse

Het auteursrecht, schrijft Schricker, "dient dem Schutz qualifizierter menschlicher Kommunikation".²⁹⁴ Anders gezegd: het auteursrecht beschermt *gekwaliificeerde informatie*. Deze constatering is in al haar eenvoud van groot belang voor een juiste analyse van het werkbegrip. Het auteursrecht beschermt geen feiten, hooguit informatie over feiten. Het auteursrecht beschermt geen handelingen, hooguit de informatie die in deze handelingen verborgen is. Het auteursrecht beschermt geen wetenschappelijke theorieën, geen natuurwetten, geen waarheden. Het auteursrecht beschermt slechts informatie.²⁹⁵

Willen wij het werk begrijpen, dan is inzicht in het begrip informatie onontbeerlijk. Informatie, zo bleek in § I.2, impliceert bepaaldheid, zekerheid, orde, het doen van keuzen, structuur, complexiteit, betekenis. Wij herkennen in deze beschrijving van het begrip informatie diverse kenmerken van het werkbegrip, die wij in de voorgaande paragrafen zijn tegengekomen. De gedachte dringt zich op, dat deze kenmerken niet zozeer voortvloeien uit het "wezen van het werk" als wel uit het simpele feit dat ieder werk het karakter heeft van informatie.

Is de auteursrechtelijke steen der wijzen gelegen in de informatietheorie?²⁹⁶ Het lijkt een aantrekkelijk gedachte. Laten we deze gedachte eens nader toetsen aan de auteursrechtelijke theorie. Als het werk een species is van het genus informatie, dan zouden in het werkbegrip, zoals dat in de rechtsleer en rechtspraak is ontwikkeld, de diverse aspecten van het informatiebegrip herkenbaar aanwezig moeten zijn. Inderdaad hebben wij in de voorgaande beschouwingen over het werkbegrip enige malen dergelijke elementen herkend. In deze paragraaf zullen wij meer systematisch op zoek gaan naar de sporen van de informatietheorie in het auteursrecht. Daarbij zullen wij, zo is de verwachting, en passant stuiten op de elementen van het werkbegrip die *niet* voortvloeien uit het feit, dat het werk in wezen informatie is. Deze elementen tezamen vormen de hiervoor bedoelde kwalificatie.

II.6.1 Het werkbegrip getoetst aan de informatietheorie

Alvorens onze speurtocht aan te vangen, lijkt het zinvol de verschillende aspecten van het informatiebegrip, zoals we die in § I.2 hebben leren kennen, nog eens onder de aandacht te brengen: syntaxis, semantiek en pragmatiek. Syntactische informatie, zo herinneren wij ons, betreft de totale tekenvoorraad en de relatie tussen de tekens onderling. Typisch syntactische aspecten zijn spelling, lettervolgorde, woordvolgorde, grammatica en vocabulaire. Semantische informatie betreft de relatie tussen het teken (letters, woorden, zinnen) en het object waarnaar verwezen wordt. Typisch semantisch is de "inhoud" (bete-

294. Schricker, p.54. Vgl. J.H. Spoor, *Scripta Manent*, De reproductie in het auteursrecht, Groningen 1976, p.132: "Het auteursrecht regelt de communicatie van het werk". Zie ook Ploman/Clark Hamilton, p.32 en Groshide, *passim*.

295. Dommering 1986, p.75, spreekt in dit verband van "informatiewerken".

296. De term "informatietheorie" is dubbelzinnig. In enge zin staat zij voor de statistisch-mathematische theorie van Shannon c.s. In ruime zin staat zij voor de communicatiewetenschappelijke analyse van het informatiebegrip, waarin regelmatig op het statistisch-mathematische model wordt teruggegrepen. Wij bedoelen hier: informatietheorie in ruime zin.

kenis) van de mededeling. Pragmatische informatie, tenslotte, betreft de relatie tussen het teken en de waarnemer(s), het effect op de buitenwereld. Typisch pragmatisch is de "waarde" van de boodschap.

Voorts lijkt het nuttig, teneinde enig overzicht bewaren, de diverse elementen van het werkbegrip, die wij in de verschillende auteursrechtstheorieën hebben aangetroffen, nog eens op een rijtje te zetten. Wij komen tot de volgende inventarisatie van elkaar deels overlappende criteria:

- a) Immaterieel produkt
- b) Concreet object
- c) Produkt van menselijke activiteit
- d) Geestelijk produkt
- e) Expressie, vorm
- f) Oorspronkelijkheid, keuzevrijheid, nieuwigheid
- g) Esthetisch effect

ad a) Immaterieel produkt

Het werk is een "Immaterialgut". Past deze gedachte in de informatietheorie? Uiteraard. Het onverslijtbare, eeuwig reproduceerbare, het "ubiquitaire", kortom alle elementen die Troller typisch voor het immateriële goed acht, zijn evenzovele kenmerken van het informatiebegrip. Het "immateriële goed" is, zo concludeerden wij eerder reeds, *informatie*.

ad b) Concreet object

Het werk is een concreet object, zo wordt geëist. Wat daarmee precies bedoeld wordt, is echter onduidelijk. Wij kwamen tot de conclusie dat de enige zinvolle uitleg van deze eis inhoudt, dat het object een concrete *vorm* heeft. Deze vorm is, zo blijkt reeds uit de etymologie van het woord "informatie"²⁹⁷, een wezenlijk kenmerk van het informatiebegrip.

ad c) Produkt van menselijke activiteit

De eis dat het werk een produkt is van menselijke activiteit is geen voorwaarde die inherent is aan het informatiebegrip. In zoverre is hier sprake van een eerste kwalificatie; werkbegrip en informatiebegrip zijn niet identiek. In de informatietheorie is de aard van de informatiebron (mens, dier, machine) in eerste instantie niet van belang. In tweede instantie echter wel: de aard van de bron heeft consequenties voor de bij de communicatie gebruikte taal of code.

ad d) Geestelijk produkt

Het vereiste dat het werk een voortbrengsel is van de geest vormt, althans op het eerste gezicht, een tweede kwalificatie. Menselijke voortbrengsels waaraan

297. Het woord informatie is afgeleid van het Latijnse "informare", hetgeen volgens J.B. Wolters' Beknopt Latijns-Nederlands Woordenboek, Groningen 1961, p.456, betekent: vormen, maken en (oneigenlijk) zich een voorstelling van iets maken, ontwerpen, schilderen.

geen geestelijk "plan" (idee, concept, corpus mysticum, programma) ten grondslag ligt, kunnen wel informatie opleveren, maar zijn geen werk. In wezen worden hier de "natuurlijke" tekens uit het werkbegrip verbannen. Wie bloeddend op straat ligt deelt louter door zijn onfortuinlijke "natuurlijke" toestand iets mede. Dergelijke informatie wordt echter niet als werk beschouwd. Alleen "gewilde" informatie is gekwalificeerd.

Men kan zich overigens afvragen of niet op communicatie gericht handelen wel informatie in eigenlijke zin oplevert. De *intentie* om te communiceren (intentionaliteit) wordt in de communicatieleer door velen beschouwd als een *conditio sine qua non*.²⁹⁸ Men spreekt in dit verband van de "teleologische" opvatting, ter onderscheiding van de meer pragmatische, behaviouristische benadering die het accent legt bij het gedrag van de ontvanger.²⁹⁹ Uitgaande van deze opvatting, zou de eis van geestelijkheid, voorzover hiermee de intentie een mededeling te doen bedoeld wordt, reeds in het informatiebegrip zijn besloten.

In dit licht bezien, past ook Kummers *presentatieleer* goed in onze auteursrechtelijke informatietheorie. Niet of slechts door toeval geordende objecten (de wortel in het bos, de geschriften van de typende aap) zijn geen werk, omdat ze geen informatie zijn. Informatie (en dus werk) worden deze objecten pas door ze van hun chaotische context te isoleren en zodoende een communicatieve lading (betekenis) te geven. Voorts kan met behulp van het criterium van intentionaliteit worden verklaard waarom *sportwedstrijden* geen object van auteursrecht zijn. De activiteiten van de atleten is tijdens de wedstrijd niet - althans niet in overwegende mate - op communicatie gericht.

ad e) Expressie, vorm

De voorwaarde van expressie (uiting) is niet alleen typisch voor het werkbegrip, maar ook voor het informatiebegrip. Zonder communicatie geen informatie, zo moge inmiddels duidelijk zijn. Ook het vormcriterium, dat hiervoor al ter sprake kwam, is nauw verwant aan het informatiebegrip. Ordening, structuur en compositie zijn niet alleen kenmerkend voor het werk, maar ook voor informatie. Het is daarom zinvol het vormelement in het auteursrechtelijke werk vanuit de verschillende aspecten van het informatiebegrip nader te bezien. Daarbij richten wij onze aandacht primair op *schriftelijke* werken.

Een eerste (zeer belangrijk) vormelement is gelegen in de mededeling (uiting) als zodanig; een boodschap wordt vervat in een materiële of efemere informatiedrager. We zouden hier kunnen spreken van een "transmissioneel" vormelement, behorende tot het laagste informatieniveau; het niveau van de transmissie van de tekens. Bij dit vormelement knoopt aan de "signaalbescherming" uit het telecommunicatierecht.

Op *syntactisch* niveau bestaat de vorm van een werk in een bepaalde configuratie van tekens (letters, woorden, symbolen). Relevante vormelementen zijn hier: taal, vocabulaire, jargon, spelling, zinsbouw, zinslengte, hoofdstukindeling, letter- en woordfrequentie, (chrono)logische relaties e.d. Duidelijk is, dat een bepaalde *stijl* ten dele syntactisch van aard is. Syntactische vormelementen zijn bepalend voor het (objectieve) *uiterlijk* van het werk. Zij spelen daarom bij het bewijzen van "pure" reproductie (piraterij) een grote rol. De

298. Nöth, p.191; Fauconnier, p.31-34, 192-196.

299. Fauconnier, p.34.

syntactische *complexiteit* vormt een belangrijke "prima facie" indicatie van oorspronkelijkheid. Bij het syntactische niveau knopen aan de geschriftenbescherming en de diverse verwante, primair op ordening van tekens gerichte rechten (fonogrammenrecht e.d.).

Op *semantisch* niveau is de vorm van het werk bepalend voor zijn "inhoud". Hier zijn typische vormelementen: ordening van de stof, verhaallijn, presentatie, organisatie en rangschikking van gegevens, argumentatie, indexering, etc. Het gaat hier steeds om vormelementen die de "referentiële" (verwijzende) functie van het werk bepalen. Bij naslagwerken, databanken en andere "informatieve" werken spelen deze elementen een dominante rol. Volgens de klassieke auteursrechtstheorieën bevinden deze elementen zich juist binnen ("compositie", "plot", "innere Form"), dan wel juist buiten ("inhoud", "idee", "functie") het auteursrechtelijke werkbegrip. In de praktijk spelen semantische vormelementen een belangrijke rol bij het aantonen van plagiaat.

Pragmatisch van aard zijn de vormelementen die uiteindelijk bepalend zijn voor de mate waarin het werk door de buitenwereld (de gebruikers van het werk) wordt ervaren en *gewaardeerd*. Tot de pragmatische vormelementen behoren de esthetische, morele en andere normatief gekleurde aspecten van het werk. Bij de pragmatiek knoopt aan het klassieke continentale auteursrecht.

ad f) Oorspronkelijkheid, keuzevrijheid, nieuwheid

Het auteursrechtelijke kernbegrip *oorspronkelijkheid* is via de elementen *nieuwheid* en *keuzevrijheid* nauw met het informatiebegrip verbonden. Het nieuwe, het verrassende en het niet voor de hand liggende zijn wezenlijke kenmerken van het werkbegrip én het informatiebegrip. Hetzelfde geldt voor het element van keuzevrijheid, dat zowel in de auteursrechtstheorie als in de informatietheorie een fundamentele rol speelt.

Oorspronkelijkheid in auteursrechtelijke zin kan syntactisch, semantisch of pragmatisch van aard zijn. Syntactische oorspronkelijkheid staat voor (een zekere mate van) *uiterlijke* nieuwheid. Beslissend is hier de wijze waarop de tekens geconfigureerd zijn. Niet naar de betekenis of de fraaiheid van het werk wordt gekeken, maar naar de *ingewikkeldheid* (complexiteit). Op dit niveau beweegt zich Kummers ten onrechte zo geheten leer van de statistische Einmaligkeit. Oorspronkelijk in deze zin is een werk, indien de configuratie van tekens waaruit het werk bestaat in hoge mate onwaarschijnlijk is. Anders gezegd: indien het werk een hoge syntactische informatiewaarde heeft. Zoals wij gezien hebben, biedt de mathematische informatietheorie de mogelijkheid deze waarde kwantitatief te bepalen. Voorwaarde is wel dat er een eenduidige *code* beschikbaar is. Bij werken die uit woorden bestaan, betekent dat: een woordenlijst, een grammatica, spellingsregels en eventueel woordfrequentiestatistiek. Syntactische oorspronkelijkheid is, hiervan uitgaande, in principe *meetbaar*. Een eventueel oorspronkelijkheidsminimum zou in een (willekeurig te bepalen) getal kunnen worden uitgedrukt.³⁰⁰

Semantische oorspronkelijkheid staat voor "inhoudelijke" nieuwheid. Bepalend is hier niet de nieuwheid van de *tekens*, maar de nieuwheid van de in de tekens verborgen *betekenis*. Oorspronkelijkheid in deze zin betekent derhalve, dat het werk nieuwe, niet tot het gemeengoed behorende *kennis* bevat. Aange-

300. Vgl. Rau, p.40-41.

zien in de semantiek, evenals in de syntaxis, de directe relatie met een bepaalde ontvanger geen rol speelt, kan in principe ook deze vorm van oorspronkelijkheid, als zijnde een maat van semantische informatie, worden gekwantificeerd. Gegeven de dubbelzinnigheden van de menselijke taal lijkt een dergelijk streven echter niet eenvoudig.³⁰¹

Pragmatische oorspronkelijkheid manifesteert zich in het maatschappelijke waarde-oordeel dat in enigerlei vorm in alle auteursrechtstheorieën, zelfs in die van Kummer, besloten ligt. Dit oordeel heeft niet alleen een kwalitatief, maar ook een kwantitatief aspect, hetgeen in de Duitse term "Gestaltungshöhe" duidelijk tot uitdrukking komt. Het spreekt vanzelf, dat het niet eenvoudig is hiervoor objectieve, laat staan getalsmatige criteria te vinden.³⁰² De problemen op dit niveau zijn legio. In welk referentiekader (context) moet het werk begrepen worden? Wat is de "code" die bij dat referentiekader behoort? Welke gedrags- of mentaliteitsveranderende effecten moeten worden meegewogen?

Niettemin staat vast, dat het pragmatische informatiebegrip en het auteursrechtelijke werkbegrip nauw verwant zijn. Uitgaande van een ruim semiotisch codebegrip, waartoe ook de regels van een bepaalde cultuur gerekend kunnen worden, stelt Nöth dat de informatie in een geproduceerde tekst gelijk is aan "ihr innovativer Wert im Rahmen der vorgegebenen Kultur. Information ist danach das Mass für die Kreativität des Textproduzenten".³⁰³

Opmerking verdient, dat oorspronkelijkheid op het ene niveau niet per se met oorspronkelijkheid op een van de andere niveaus gepaard gaat. De geschriften van de typende aap zijn syntactisch zeer oorspronkelijk (want "statistisch einmalig"), semantisch daarentegen niet (ze hebben geen conventionele betekenis). Of ze pragmatisch gezien "oorspronkelijk" mogen heten, is afhankelijk van context en waarnemer. Geen van beiden zijn in de pragmatiek a priori gegeven. Indien wij het apeproza in een letterkundig kader plaatsen (door opname in de poëziebundel "Moderne Dichtkunst") en laten lezen door een abonnee van het tijdschrift Raster is de kans groot, dat het oordeel "oorspronkelijk" zal luiden. Deze kans is klein, indien deze lezer hetzelfde geschrift als ingezonden mededeling in het opinieweekblad zou aantreffen. Onze kritisch-letterkundig geschoolde lezer zou een misdruk vermoeden en zijn weg tussen de contact-advertenties vervolgen.

Vergelijking van het werkbegrip met het informatiebegrip bevestigt onze eerdere conclusie, dat *keuzevrijheid* als auteursrechtelijk criterium onvolledig is. Van keuzevrijheid kan slechts sprake zijn, indien er een set van *mogelijke boodschappen* (repertorium) gegeven is. Indien deze set het alfabet is, is iedere geuite letter in vrijheid gekozen, derhalve (syntactisch) oorspronkelijk. Indien de set bestaat uit de Woordenlijst der Nederlandse Taal (het "Groene Boekje") is de keuzevrijheid aanzienlijk kleiner, maar nog steeds zeer groot. Aanzienlijk geringer wordt de keuzevrijheid, indien de set verder beperkt wordt tot "mogelijke weerberichten". De keuzevrijheid wordt minimaal, indien de set slechts een handjevol mogelijke mededelingen omvat, bijvoorbeeld "alle mogelijke weerberichten betreffende de weerstoestand in Amsterdam-Centrum op 24 november 1989 om 12.00 uur".

301. Zie Van Peursen c.s., p.204-205; Nöth, p.150.

302. Van Peursen c.s., p.205-209; Nöth, p.150.

303. Nöth, p.139.

ad g) Esthetisch effect

Over de relatie tussen esthetiek en informatie zijn boekdelen vol geschreven. Daarbij is aan het licht gekomen, het zal ons inmiddels niet meer verbazen, dat deze relatie buitengewoon innig is. De esthetiek heeft in de semiotiek een belangrijke plaats gekregen. Esthetische tekens hebben hun eigen syntaxis, semantiek en pragmatiek. Sommige onderzoekers schrikken er niet voor terug werken van beeldende kunst en literatuur met meetlat en algebra te lijf te gaan teneinde het esthetisch effect te kwantificeren. Volgens Birkhoff is "esthetici-teit" het quotiënt van orde en complexiteit.³⁰⁴ Ook Bense heeft op basis van de mathematische informatietheorie een numerieke esthetiek ontwikkeld.³⁰⁵

Het Kantiaanse werkbegrip van Troller c.s. ("das Werk ist zwecklos") komen wij in de semiotiek tegen in de gedaante van de leer van de autonomie van het esthetische teken. In deze opvatting verwijst een dergelijk teken in de eerste plaats slechts naar *zichzelf*.³⁰⁶ Andere theorieën stellen de verwijzende betekenis van het esthetische teken juist centraal; daarbij wordt uitgegaan van een bijzonder tekenbegrip, het "icoon". Anders dan het taalteken is het icoon niet (geheel) conventioneel van aard, maar ontleent het zijn betekenis aan zijn natuurlijke *gelijkenis* met het object van verwijzing. Weer andere theorieën accentueren de *dubbelzinnigheid* (polyvalentie, "openheid") van het esthetische werk. Een deel van de keuzevrijheid van de auteur wordt doorgeschoven naar de waarnemer. Ook de code is niet a priori gegeven.³⁰⁷

De indruk bestaat, dat de auteursrechtelijke leer van de doelloosheid in het licht van de semiotische esthetica te beperkt is. Zij houdt geen rekening met het feit dat de meeste kunstwerken wel degelijk (ook) een semantische betekenis hebben, die buiten het kunstwerk zelf ligt.³⁰⁸ Dat deze betekenis in veel gevallen moeilijk te duiden is doet hier niet aan af.

II.6.2 Evaluatie

Is de auteursrechtelijke steen der wijzen gelegen in de informatietheorie? Ja en neen. Ja, in zoverre dat het werk niet meer en niet minder is dan *gekwaliificeerde* informatie. De enige "harde" kwalificatie die wij konden vinden blijkt de eis van "menselijkheid" te zijn. Andere criteria zoals geestelijkheid, keuzevrijheid, esthetisch effect e.d. blijken op enigerlei wijze reeds in het informatiebegrip te zijn besloten. Nadere bestudering van de diverse niet-juridische disciplines die zich voor het informatiebegrip interesseren (m.n. de semiotiek en de communicatiewetenschap) kan o.i. de auteursrechtelijke theorievorming aanzienlijk vooruit helpen en bijdragen aan de ontmythologisering van het auteursrechtelijke werkbegrip.

Neen, in zoverre dat het informatiebegrip in wezen onbepaald is. Onbepaald is in de eerste plaats het aspect van waaruit wij naar de uiting zien: syntaxis, semantiek of pragmatiek. Wij constateerden, dat in het auteursrecht het accent

304. Nöth, p.382.

305. Zie M. Bense. Einführung in die informationstheoretische Ästhetik. Grundlegung und Anwendung in der Texttheorie, Reinbek bei Hamburg 1969, p.43 e.v.

306. Vgl. Nöth, p.384-386 en 472-476.

307. Nöth, p.387.

308. Nöth, p.473. Vgl. Grosheide, p.259, sub vierde streepje.

nu eens op de syntactische (reproductie), dan weer op de semantische (plagiat) en/of pragmatische aspecten (esthetische of economische waarde) komt te liggen.

Onbepaald is in de tweede plaats de code met bijbehorend repertorium, die voor de "Gestaltungsspielraum" bepalend is. Of een uiting in een zeker geval "informatie" oplevert, kan alleen worden vastgesteld, indien code en repertorium a priori gedefinieerd zijn. De genoemde voorbeelden illustreren dit. In de wereld van de moderne letteren geldt een andere code dan in de wereld van de contactadvertentie. Combinaties van lettertekens die in een poëziebundel betekenis hebben, zijn in een andere context abracadabra. Mededelingen over het weer zijn verrassend, indien het onderwerp "weer" niet op de agenda staat, maar meestal niet uit de mond van J. Pelleboer te Eelde.

Onbepaald is in de derde plaats de waarnemer. Wat voor de ene waarnemer informatie is, is voor de ander oude koek en voor een derde onbegrijpelijk. Het informatiebegrip is als basis voor het werkbegrip uitsluitend bruikbaar, indien wij de waarnemer *standaardiseren*. Deze standaardisatie hangt nauw samen met het bepalen van de toepasselijke code. In de auteursrechtelijke doctrine komen wij de gestandaardiseerde waarnemer impliciet tegen, waar geeïst wordt dat een werk "niet voor de hand ligt", "handgreiflich individuell" of "überdurchschnittlich" is, dan wel niet deel uitmaakt van het "gemeengoed". In al deze termen zit een standaardwaarnemer verborgen, een man of vrouw met (enige) kennis van zaken, nu eens kritisch, dan weer tolerant ten opzichte van de scheppende medemens. Een fraai voorbeeld van een standaardwaarnemer komen wij tegen in het octrooirecht. Uitvindingen mogen, gezien de stand van de techniek, *voor een deskundige* niet voor de hand hebben gelegen. In de auteursrechtelijke praktijk heeft de standaardwaarnemer dikwijls de gedaante van rechter (meer in het bijzonder de President van de Haarlemse rechtbank) of getuige-deskundige.

Deze beschouwingen maken duidelijk, dat de informatietheorie geen soelaas biedt bij het bepalen van de *omvang* van het auteursrechtelijke domein. Het auteursrechtelijke object moge het karakter hebben van informatie, de vraag *welke* informatie bescherming verdient, wordt door de informatietheorie niet beantwoord.

Duidelijk is wel, dat het onjuist is om uit te gaan van een "einheitlich" (uniform) werkbegrip met een absoluut, voor alle "branches" gelijk geldend oorspronkelijkheidsminimum. De auteursrechtelijke oorspronkelijkheid is, zo leert de informatietheorie, een relatief begrip. Zij krijgt pas inhoud, zodra over de toepasselijke code en de standaardwaarnemer zekerheid bestaat. In de diverse auteursrechtstheorieën wordt deze a priori noodzakelijke definitie meestal over het hoofd gezien. Ten onrechte wordt (meestal impliciet) uitgegaan van een "ontologisch" oorspronkelijkheidsbegrip.

De facto blijkt in theorie en praktijk met diverse codes en standaardwaarnemers geopereerd te worden. Zo zien wij, dat in de wereld van de reclame met een geringe mate van scheppingshoogte genoeg wordt genomen, terwijl in de wereld van de techniek veel hogere eisen worden gesteld. Deze verschillen zijn ten dele te verklaren uit divergerende branche-opvattingen³⁰⁹; de ene branche voert de "vrijheid van kopie" per traditie hoger in haar vaandel dan de

309. Vgl. Grosheide, p.296.

ander. Voor een ander deel zijn deze verschillen *rechtspolitiek* gemotiveerd; de voor- en nadelen van auteursrechtelijke exclusiviteit gelden niet in gelijke mate voor iedere sector van de informatiemaatschappij.

Op deze wijze kan het auteursrechtelijke werk fungeren als instrument ter bepaling van de grens tussen produktbescherming en kopieervrijheid. Niet, omdat deze grens in het werkbegrip zou zijn ingebouwd (zoals wel beweerd wordt), maar omdat de auteursrechtelijke oorspronkelijkheid per branche een verschillende inhoud krijgt.

Een in algemene termen te omschrijven *minimum* aan oorspronkelijkheid kunnen wij in elk geval aan de informatietheorie niet ontfen. Dit is ook logisch; een beetje informatie is óók informatie. Een buitengewoon voor de hand liggende mededeling verschaft altijd nog *enige* informatie, in zoverre dat de verwachtingen van de ontvanger worden bevestigd. Wij constateerden eerder dat de informatietheorie ons in beginsel de techniek verschaft oorspronkelijkheid, uitgaande van een ondubbelzinnige code en een gestandaardiseerde waarnemer, te *meten*. Het bepalen van een kwantitatief oorspronkelijkheidsminimum, mocht daar al behoefte aan bestaan, blijft echter een willekeurige aangelegenheid, waarvoor de informatietheorie ons geen aanknopingspunten biedt.

•

III. BESCHERMING VAN FEITELIJKE INFORMATIE

III.1 Inleiding

Onderwerp van dit boek is de auteursrechtelijke bescherming van informatie. Zoals wij in § 1.3 in het vooruitzicht stelden, wordt dit onderwerp vanuit twee gezichtspunten behandeld. In het voorgaande hoofdstuk stond centraal de relatie tussen het informatiebegrip en het auteursrechtelijke werkbegrip. Daarbij werd een poging gedaan vanuit de informatietheorie het auteursrechtelijke object zoveel mogelijk te rationaliseren.

In het nu volgende hoofdstuk wordt het perspectief veranderd. De informatietheoretische benadering wordt vervangen door een auteursrechtelijke. Hier wordt de vraag gesteld hoe het auteursrecht zich gedraagt ten opzichte van "informatie" in de betekenis die aan dit begrip in het auteursrecht (dat wil zeggen in het algemene spraakgebruik) doorgaans wordt toegekend: *feitelijke informatie*.

Maar wat zijn eigenlijk *feiten*? Over deze vraag, die tot de meest belangrijke in de filosofie behoort, zijn boekenkasten volgeschreven. Teneinde de omvang van dit boek enigszins beperkt te houden, volstaan wij met deze omschrijving: *een feit is een onderdeel van de empirische werkelijkheid*.¹ Wij voegen hier de volgende korte kennis-theoretische beschouwing aan toe.

Een van de oudste dilemma's uit de filosofie is de relatie tussen "geest" en "werkelijkheid". Onze zintuigen voeden onze geest voortdurend met allerlei gegevens die doen vermoeden, dat er buiten onze geest een van deze geest onafhankelijke werkelijkheid bestaat. Meer dan een vermoeden kunnen wij aan deze "sense data" echter niet ontlelen. Het interpreteren van zintuiglijke waarnemingen is, welke methode men ook hanteert, uiteindelijk een proces dat zich in onze geest afspeelt. En deze geest, zo weten wij allen, kan begoocheld worden. Niet valt uit te sluiten, dat wij alles, inclusief de hele wereld om ons heen, slechts verzonnen of gedroomd hebben.² Het doen van mededelingen over de buitenwereld (de wereld van de feiten) heeft derhalve altijd een speculatief karakter.

Laten wij dit probleem voor wat het is en nemen wij, materialisten die wij zijn, aan dat er buiten onze geest een "werkelijkheid" bestaat, dan doemt onmiddellijk een tweede probleem op, dat voor het onderwerp dat wij hier behandelen van het grootste belang is. Het probleem is, dat iedere mededeling

1. Van Dale, Groot Woordenboek der Nederlandse Taal, elfde druk, Utrecht/Antwerpen 1984, p.763, geeft twee betekenissen van *feit*:

1. verrichte daad [...];

2. wat werkelijk is of heeft plaatsgehad, gebeurtenis of omstandigheid waarvan de werkelijkheid of het geschied-zijn vaststaat [...].

Prisma Etymologisch woordenboek, veertiende druk, Utrecht 1986, p.113, geeft als herkomst van "feit" het Franse *fait*, dat op zijn beurt is afgeleid van het Latijnse *factum*, het perfectum van *facere* (doen, maken, vervaardigen).

2. Russell, p.9-26.

over deze "werkelijkheid" (en derhalve alle beschrijvende kennis) haar limiet vindt in de beperkingen van het gehanteerde taal- of tekensysteem. En deze beperkingen zijn reusachtig. Tussen een mededeling *over* de "werkelijkheid" en de "werkelijkheid" zelf gaapt een onoverbrugbare kloof. Deze kloof is inherent aan *iedere* vorm van communicatie. Teken en referentie (object van verwijzing) zijn *per definitie* verschillend. Een teken dat niet verwijst, maar slechts (object) *is*, is geen teken.³

Voor het object van auteursrecht, het werk, gelden deze beperkingen uiteraard evenzeer. Aangezien iedere beschrijving van een feit, zelfs als wij met een zogenoemd "kaal feit" (enkelvoudig feitelijk gegeven) van doen hebben, noodzakelijkerwijs het karakter van een *uiting* heeft, is alle feitelijke informatie in zekere mate subjectief.⁴ Tussen de werkelijkheid en de beschrijving van de werkelijkheid staan steeds een interpretator en een communicator. In iedere feitelijke mededeling zitten elementen van conceptualisering en appreciatie (een waarde-oordeel) verborgen. Iedere feitelijke mededeling is in wezen niet meer dan een theorie of hypothese over een onderdeel van de werkelijkheid. Er bestaan geen a priori geldige "basic statements" over de empirische werkelijkheid.⁵

Het verschil tussen representatie van een feit (feitelijke gegeven) en feit (als onderdeel van de werkelijkheid) dienen wij in het vervolg goed in het oog te houden. Wij zullen daarom in dit boek niet spreken van de bescherming van feiten, maar van feitelijke informatie of feitelijke gegevens. Laatstgenoemde term hanteren wij hier, zoals in § I.2 besproken, ter aanduiding van de *bouwstenen* van feitelijke informatie. We zouden ook kunnen zeggen: feitelijke gegevens zijn "stukjes feitelijke kennis", gereed om te worden gecommuniceerd.

In de Amerikaanse auteursrechtelijke literatuur wordt wel gesproken van "fact works"⁶ of "works of fact". Met deze uitdrukking wordt bedoeld op "any work whose value lies in the accurate representation of reality".⁷ Over dergelijke produkten gaat het hier, met dien verstande dat niet a priori vast staat, dat wij met een werk in auteursrechtelijke zin te doen hebben.

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of en in hoeverre de auteursrechtelijke doctrine en jurisprudentie ruimte laten voor de bescherming van feitelijke gegevens. Eerst zal (in § III.2) worden nagegaan of feitelijke gegevens die géén deel uitmaken van een verzameling (feitelijke gegevens als zodanig) auteursrechtelijke bescherming wordt gegund. Daarbij zal de aandacht in het bijzonder uitgaan naar nieuwsberichten en wetenschappelijke ontdekkingen. In § III.3 wordt uitvoerig ingegaan op de auteursrechtelijke bescherming van *verzamelingen* van feitelijke gegevens. Aan de hand van de jurisprudentie die in deze paragraaf de revue passeert, zal blijken dat een auteursrecht op dergelijke verzamelingen in alle onderzochte landen (Nederland, Duitsland, Verenigde Staten) min of meer algemeen aanvaard wordt. De rechtsgeleerde onder-

3. Vgl. de tekendefinitie van Leibniz, gecit. bij Nauta, p.276: "Signum est perceptum ex quo colligitur existentia non percepti".

4. Vgl. Jones, p.464: "In other words, there are no 'bare facts' since every fact is 'an event as we see it'".

5. Popper, p.47-48, 93-111; Haberstumpf, p.68-71.

6. Gorman 1963, p.31.

7. OTA, p.73.

bouwing van deze bescherming laat echter te wensen over. In § III.4 zal worden ingegaan op enige quasi-auteursrechtelijke theorieën ter bescherming van informatie. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de Franse theorie van de "propriété de l'information" en de daaraan verwante - vooral in Nederland verdedigde - strafrechtelijke eigendomstheorieën. In § III.5 wordt het accent verlegd naar het tegendeel van een auteursrecht op informatie: de informatie-vrijheid.

III.2 Bescherming van feitelijke gegevens

III.2.1 Algemeen

Biedt het auteursrecht bescherming tegen de overname van een enkel feitelijk gegeven? Op deze vraag zijn diverse antwoorden mogelijk, die - op een enkele uitzondering na - beginnen met "Natuurlijk niet". In deze paragraaf zullen deze antwoorden en de daaraan ten grondslag liggende redeneringen en theorieën tegen het licht gehouden worden. Afzonderlijke aandacht zal worden besteed aan twee bijzondere categorieën van feitelijke gegevens: nieuwsberichten en wetenschappelijke onderzoeksresultaten (§ III.2.2 en § III.2.3).

Dat feitelijke gegevens geen auteursrechtelijke bescherming genieten, spreekt voor de meeste rechters in Nederland⁸, Duitsland⁹ en de Verenigde Staten¹⁰ zó vanzelf, dat zij er amper woorden aan vuil maken. Zonder veel discussie wordt vooropgesteld, dat "feiten", tezamen met "ideeën", "theorieën" en "systemen", *gemeengoed* zijn en derhalve niet beschermd. Beroemd zijn in dit verband de woorden van Brandeis: "The general rule of law is, that the noblest of human productions - knowledge, truths ascertained, conceptions and ideas -

8. Vgl. concl. AG Franx bij HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339 (Heerte/Hollebrand), p.1055: "In deze zin is ten onzent de heersende leer, die auteursrechtelijke bescherming ontzegt aan een methode, een werkwijze, een stijl, een systeem, een schema, een idee, een gegeven, gevestigd"; Pres Rb 's-Gravenhage 25 juli 1984, KG 1984, 256 (economische modellen); "[K]ennis valt niet onder enige auteursrechtelijke bescherming".

9. Vgl. LG München I 24 augustus 1976, Schulze LGZ 149, 3; "Die reine Tatsacheninformation ist für sich genommen dem Urheberrechtsschutz unzugänglich"; OLG Hamburg 15 december 1977, GRUR 1978, 307, 308 ("Artikelübernahme"); "...Nachrichten tatsächlichen Inhalts sind ihrer Natur nach keine individuelle Schöpfungen. Sie sind schon urheberrechtlich Gemeingut und können ohne Zustimmung des Autors des benutzten Werkes übernommen werden"; BGH 12 maart 1987, ZUM 1987, 525 ("Warenzeichenlexika"); "die Daten [sind] als solche gemeinfrei...".

10. Vgl. *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (S.Ct. 1918): "[T]here is no property in the combination or in the thoughts or facts that the words express" (J. Holmes); *Greenbie v. Noble*, 151 F.Supp. 45,66 (S.D.N.Y. 1957): "There is no copyright of facts, news or history"; *Hoehling v. Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 972, 979 (2nd Cir. 1980): "[F]actual information is in the public domain..."; *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F.2d 1365 (5th Cir. 1981): "It is well settled that copyright protection extends only to an author's expression of facts and not to the facts themselves"; *National Business Lists, Inc. v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 552 F.Supp. 89 (N.D.Ill. 1982): "[I]nformation as such is not in itself the subject of copyright"; *Financial Information Inc. v. Moody's Investors*, 751 F.2d 501, 504 (2nd Cir. 1984): "[O]f course, [...] facts are not copyrightable"; *Financial Information Inc. v. Moody's Investors*, 808 F.2d 204, 207 (2nd Cir. 1986): "Facts may not be copyrighted"; *Sallinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2nd Cir. 1987): "what is relevant is the amount and substantiality of the copyrighted expression that has been used, not the factual content of the material in the copyrighted works"; *Worth v. Selchow & Righter Co.*, 827 F.2d 569 (9th Cir. 1987): "Indeed, facts, like ideas, are never protected by copyright law"; *Narell v. Freeman*, 872 F.2d 907 (9th Cir. 1989): "Facts and ideas within a work are not protected"; zie ook *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985).

after voluntary communication to others, are free as the air to common use".¹¹

De stelling dat feitelijke gegevens gemeengoed zijn (en dus vrij) is echter niet meer dan een *petitio principii*. De vraag is juist of dergelijke informatie gemeengoed is en, zo ja, om welke reden. Omdat, zoals De Beaufort poneert, gedachten "tolvrij" zijn?¹² Dat moge zo zijn, maar daarmee is een auteursrecht op feitelijke informatie en ideeën nog niet verworpen. Het auteursrecht beschermt immers niet de gedachte als zodanig, maar slechts de *mededeling* van de gedachte. Dergelijke mededelingen zijn, tenzij wij het auteursrecht principieel zouden verwerpen, allerm minst tolvrij. We zullen, kortom, op zoek moeten gaan naar betere argumenten.

ALGEMEEN BELANG

Voor al in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur stuit men regelmatig op de bewering, dat feiten "public domain" zijn, omdat het algemeen belang, bestaande in een optimale (vrije) verspreiding van informatie, zulks zou eisen.¹³ Immers, "a dwarf standing on the shoulders of a giant can see farther than the giant himself".¹⁴ Dergelijke beweringen worden doorgaans onderbouwd met verwijzingen naar de Copyright Clause van de Constitutie en - minder frequent - naar het First Amendment. De Copyright Clause (art. I § 8 van de Amerikaanse Constitutie) bepaalt in het Amerikaanse systeem in belangrijke mate de grondslag en de ratio van het auteursrecht. "The Congress shall have Power [...] To Promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries".

In de rechtspraak en literatuur wordt deze passage over het algemeen bijzonder serieus genomen. De Copyright Clause is in de Amerikaanse rechtsleer veel meer dan een beginselverklaring. Zij is fundament en toetssteen van het auteursrechtelijk systeem. Tevens vormt zij het bewijs dat het Amerikaanse auteursrecht zijn grondslag niet heeft in enig *natuurlijk recht*, maar in *utilitaire*, zo men wil (cultuur- of informatie-)politieke overwegingen.

Zo wordt in de V.S. allerwegen geconcludeerd, dat auteursrechtelijke bescherming die "the progress of science" niet bevordert, niet behoort te bestaan. Men leze bijvoorbeeld het Rapport van het Office of Technology Assessment (OTA) van het Amerikaanse Congres over "Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information": "Given the imperative that copyright should 'promote broad public availability' of the ideas and information latent in any expression, the protection of information is anathema to copyright philosophy".¹⁵

11. Dissenting opinion J. Brandeis inzake *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (S.Ct. 1918).

12. Vgl. De Beaufort, p.66.

13. Vgl. *Hoehling v. Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 972, 974 (2nd Cir.): "[T]he cause of knowledge is best served when history is the common property of all, and each generation remains free to draw upon the discoveries and insights of the past".

14. Z. Chafee Jr., *Reflections on the Law of Copyright*, Columbia Law Review, Vol. 45 (1945), p.503, 511.

15. OTA, p.74.

Ook het First Amendment, waarin de constitutionele uitingsvrijheid is verankerd, wordt in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur regelmatig aangevoerd contra een auteursrecht op feitelijke gegevens. Zie verder § III.5.5 *infra*.

Zonder voorshands te treden in een beoordeling van de aangevoerde (informatiepolitieke) bezwaren tegen een auteursrecht op feitelijke gegevens, zal duidelijk zijn, dat de hiervoor weergegeven redeneringen uit rechtssystematisch oogpunt niet kunnen bevredigen. Met een auteursrechtelijk systeem, dat door een enkele verwijzing naar het algemeen belang (al dan niet af te lezen uit de constitutie) buiten werking kan worden gesteld, is iets niet in orde.

Gelukkig behoeft deze conclusie niet onmiddellijk getrokken te worden. Elementen van het algemeen belang zijn immers reeds op verschillende plaatsen in het auteursrechtelijk systeem "ingebouwd". De kwalificatie van het object van auteursrechtelijke bescherming (het werk) speelt in dit verband uiteraard een belangrijke rol. Het werkbegrip weerspiegelt idealiter het compromis tussen auteursbelang en algemeen belang. Wij zagen echter in het vorige hoofdstuk, dat het werkbegrip, op zichzelf beschouwd, deze pretentie onmogelijk kan waarmaken.

Daarnaast kent het auteursrechtelijk systeem enige andere instrumenten, waarin dit compromis nader is uitgewerkt: de definitie van de inhoud van het auteursrecht, de criteria voor inbreuk op auteursrecht, de wettelijke beperkingen op het auteursrecht en de duur van het auteursrecht. Het lijkt, hiervan uitgaande, onlogisch de oplossing van het conflict tussen auteursbelang en algemeen belang in de eerste plaats *buiten* het auteursrechtelijke systeem te zoeken.

BESCHERMDE FORM, VRIJE INHOUD

Een populair argument voor het niet-beschermd zijn van feitelijke gegevens is het onderscheid tussen vorm en inhoud. De Amerikanen spreken in dit verband van "the idea/expression dichotomy", hetgeen grosso modo op hetzelfde neerkomt. In deze opvatting, die in de continentale leer tot een cliché is geworden, maar met name in de V.S. nog springlevend is,¹⁶ zou alleen de "vorm" (woordvolgorde, zinsbouw, compositie, "Gewebe") van een feitelijk werk, niet de "inhoud" zijn beschermd. Waar de vorm van een werk geheel of grotendeels samenvalt met de inhoud, zoals in het geval van een "kaal" feitelijk gegeven, kan - in deze opvatting - geen sprake zijn van auteursrechtelijke bescherming. Alleen "aangeklede" gegevens zijn beschermd; object van bescherming is slechts de aankleding (de vorm), niet de gegevens op zichzelf (de inhoud).

Hoewel de tweedeling vorm-inhoud uit didactisch oogpunt haar merites heeft, is zij bij nadere beschouwing onzuiver en als argument contra een auteursrecht op feitelijke gegevens niet goed bruikbaar. De tegenstelling tussen vorm en inhoud berust op misverstanden, die ouder zijn dan de auteursrechte-

16. Nimmer, § 2.03[D], spreekt van een *fundamental distinction*. In art. 102 (b) USCA wordt het "idee" uitdrukkelijk van bescherming uitgesloten. Zeer sceptisch is daarentegen Libott, p.34: "While the word 'idea' is common coin in copyright case and comment, its value and metallic content remain either purely speculative or wildly inconsistent".

lijke doctrine zelf.¹⁷ Vorm en inhoud zijn geen eigenschappen die diametraal tegenover elkaar geplaatst kunnen worden.¹⁸ Vorm en inhoud zijn, integendeel, in zekere zin identieke begrippen; onze informatietheoretische beschouwingen in het vorige hoofdstuk (§ II.6) hebben dat, naar wij hopen, enigszins duidelijk gemaakt. Inhoud zonder vorm (of omgekeerd) is onbestaanbaar.

Beter bruikbaar is o.i. de semiotische driedeling tussen *teken*, *referentie* (betekenis, designatie) en *referent* ("betekende", designatum). Indien wij "referent" door "inhoud" vervangen, krijgt de bewering dat het auteursrecht niet de "inhoud" van een werk beschermt ineens enig reliëf. Immers, het object waar het teken naar verwijst (referent) is onderdeel van de niet-communicabele "buitenwereld" en kan dus onmogelijk object van auteursrecht zijn. Het auteursrechtelijke werkbegrip knoopt aan bij tekens (syntaxis) en betekenis (semantiek en pragmatiek). Het "betekende" op zichzelf staat buiten het communicatieproces en valt daarom uit de aard der zaak buiten het werkbegrip.

In de auteursrechtelijke doctrine wordt met "inhoud" echter meestal iets anders bedoeld. "Inhoud" staat dan voor de essentie van de gecommuniceerde "Gedankeninhalt", waaruit alle overbodige vormelementen zijn verwijderd. Het auteursrecht beschermt in deze opvatting slechts de overbodige (redundante), "doelloze" elementen; de niet-redundante informatie blijft vrij. Deze opvatting lijkt op het eerste gezicht aantrekkelijk. Bij nadere beschouwing lijdt zij echter aan hetzelfde euvel als de leer van de keuzevrijheid, hiervoor (in § II.4.2) behandeld. Zij gaat ten onrechte uit van een objectief bepaalbare grens tussen "essentiële" en "redundante" elementen. Wij zagen eerder aan de hand van Learned Hands "abstractions test", dat deze grens in wezen tamelijk willekeurig is.¹⁹

In de Amerikaanse rechtsleer is wel gezocht naar een bruikbaar criterium om idee van uiting te onderscheiden. Bekend is de *patterns test* van Chafee: "No doubt, the line does lie somewhere between the author's idea and the precise form in which he wrote it down. I like to say that the protection covers the 'pattern' of the work, [...] the sequence of events, and the development of the interplay of characters".²⁰ Nimmer concludeert: "It is the particular selection and arrangement of ideas, as well as a given specificity in the form of their expression which warrants protection under the law of copyright".²¹

17. Volgens Dommering 1986, p.76 noot 13, grijpt het onderscheid tussen vorm en inhoud terug op de in de middeleeuwen gerecipieerde en in de rechtstheorie voortlevende theorieën van Aristoteles. Daarentegen meent Grosheide, p.221, dat het onderscheid zijn oorsprong vindt in de *verwerping* van het aristotelische denken door Descartes. Libott, p.33, verwijst in dit verband naar Seneca. In de auteursrechtstheorie duikt het onderscheid reeds op in het werk van Fichte (1791), aldus Hubmann 1957, p.1.

18. F. Vischer, *Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses*, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, p.260, noemt de scheiding tussen vorm en inhoud in strijd met het wezen van de creativiteit; "inhouden" ontstaan niet los van een zekere vormgeving. Zie in dit verband de (amusement) kritiek van De Beaufort, diss., p.143 e.v., op de opvatting van Levy: "Spreeken is overluide denken, denken is stil spreken". Zie ook Haberstumpf, p.70.

19. Vgl. Lucas, diss., p.117: "...dans toute création intellectuelle, il y a un mouvement continu de l'idée vers la réalisation concrète". Vgl. ook Schricker, p.53: "Dass sich Form und Inhalt klar sondern liessen, ist eine Illusion". Jurisprudentie van het Bundesgerichtshof die nog steeds van deze tweedeling uitgaat, noemt Schricker "bedenklich simplifizierend"; Schricker doelt hiermee m.n. op BGH 17 april 1986, GRUR 1986, 739 ("Anwaltschriftsatz").

20. Z. Chafee Jr., *Reflections on the Law of Copyright*, Columbia Law Review, Vol.45 (1945), p.503, 513.

21. Nimmer 1970, p.265.

Welke aspecten van een werk "vorm" zijn en welke "inhoud" kan, zo menen wij, niet door een algemeen toepasselijke toets worden bepaald. De opvatting van Nimmer maakt dat duidelijk: hij spreekt van een "given specificity...which warrants protection". Onze eerdere conclusies op dit punt worden hier bevestigd. Wat auteursrechtelijk beschermd wordt en wat vrij blijft, valt niet te lezen in het werkbegrip of in omschrijvingen van "vorm" en "inhoud", maar is uiteindelijk een kwestie van rechtspolitik.

De stelling, dat het auteursrecht slechts de vorm, niet de inhoud van een werk beschermt, is in wezen, evenals de verwijzing naar het "gemeengoed", een *petitio principii*. Zij komt er op neer, dat het auteursrecht niet beschermt wat vrij *dient* te blijven.²² Daarvan worden we echter niets wijzer. Het onderscheid tussen vorm en inhoud is, zo concludeert Libott, "a semantic and historic fallacy without meaningful application to the creative process".²³

FEITELIJKE GEGEVENS ZIJN GEEN "SCHEPPINGEN"

Meer perspectief biedt op het eerste gezicht een rechtstreekse toetsing aan het auteursrechtelijke werkbegrip. Is een feitelijk gegeven een schepping, een oorspronkelijk werk? Neen, menen vele schrijvers, een feitelijk gegeven is geen schepping, want er valt, buiten de Schepper Zelve, geen "auteur" van het feitelijk gegeven aan te wijzen.²⁴ Dit spreekt volgens deze schrijvers opnieuw vanzelf. Aldus reeds in 1852 Jolly:²⁵ "An den durch Telegraph berichteten Worten: 'Paris ist ruhig' oder '5% Rente=99' kan [...] kein vernünftiger Mensch eine Autorschaft und in Folge derselben Autorrechte beanspruchen".

Ook Kohler (alsmede in zijn voetspoor talloze andere auteurs) wil niets weten van een auteursrecht op het "blosses Bekanntmachen von etwas bereits Vorhandenem",²⁶ zoals de publikatie van een beurskoers.²⁷ Het maakt daarbij volgens Kohler geen verschil of het feit in kwestie voor het grijpen ligt of alleen met veel inspanning is waargenomen.²⁸ Kritiek heeft Kohler dan ook op een oude Duitse uitspraak waarbij auteursrechtelijke bescherming werd toegekend aan een logaritmentafel. Deze uitspraak vindt Kohler "völlig unrichtig, wenn auch die Berechnung der Logarithmen eine sehr mühsame ist, aber die Berechnung der Planeten- und Kometenbahnen ist eine noch viel mühsamere, und doch kann ein Jeder das Resultat der Berechnung veröffentlichen".²⁹

22. Aldus Huydecoper, p.109-110: "de gedachte waarop het onderscheid tussen vorm en inhoud teruggaat, kan geen andere zijn dan: het aanbrengen van een grens, waar men te ver gaande auteursrechtelijke bescherming onwenselijk achtte". Vgl. Schricker/Loewenheim, p.105: "insofern ist der Begriff des Gemeinguts ein normativer Begriff". Vgl. ook Libott, p.36-37 en Swanson, p.7: "The idea/expression dichotomy is simply a shorthand way of describing that point on the continuum where ideas become too general to merit protection". Zie ook Grosheide, p.305.

23. Libott, p.31.

24. Bij gegevens die geheel automatisch zonder menselijke tussenkomst worden geregistreerd (telemetrie, remote sensing) valt inderdaad geen "auteur" aan te wijzen. Zie hierover *supra* p.21-22.

25. J. Jolly, Die Lehre vom Nachdruck, nach den Beschlüssen des deutschen Bundes dargestellt (1852), p.112, gecit. bij De Beaufort, diss., p.176. Het boek van Jolly is nagedrukt in UFITA 1989, p.101-246 (eerste deel).

26. Vgl. Kummer, p.130.

27. Vgl. Wijnstroom/Peremans, p.36: "Wie vaststelt, hoe laat hij zijn treinen wil laten vertrekken en aankomen, of hoe laat hij zijn zaak wil openstellen voor het publiek en wat men daar zal kunnen zien en horen, wie mededeelt, tegen welke koers de verschillende fondsen te zijnen op een bepaalden dag zijn verhandeld, verricht toch geen scheppend werk. Hij deelt feiten mee, en het is niet in te zien, op welken redelijken grond hij anderen moet kunnen beletten, dezelfde mededeelingen te doen".

28. Kohler, p.160. In gelijke zin o.m. De Beaufort, p.67.

29. Kohler, p.163.

Maar hoe zit het dan met de bekendmaking van *nieuwe* feiten?³⁰ Ook dan is er volgens Kohler geen sprake van scheppend handelen. De wetenschapper schept niet, maar onthult; zijn produkt verschaft ons toegang tot een *terra incognita*, maar is geen schepping. "Es gibt eben in Autorsachen kein Finderrecht, kein Recht des *primus occupans*".³¹ Daarom biedt het auteursrecht ook geen bescherming aan de dagelijkse nieuwsverslaggeving, zelfs al worden de correspondenten, zo meent Kohler, duur betaald. Zie over nieuwsberichten en wetenschappelijke ontdekkingen § III.2.2 en § III.2.3 *infra*.

VORGEGEVENHEIT

Feitelijke gegevens worden, zo moeten wij voorlopig concluderen, niet als auteursrechtelijke werken beschouwd, omdat de meegedeelde feiten onafhankelijk van de communicator (al dan niet "verborgen in de natuur") reeds *bestonden*. Hubmann spreekt in ruimer verband van "vorgegebenen Ideeën", waarmee hij kennelijk doelt op de Platonische ideeënleer. "Diese vorgegebenen Ideen sind offenbar von Natur aus für alle bestimmt, sie sind für jeden da, der in der Lage ist, sie in sich aufzunehmen. Sie sind daher geistiges Gemeingut und entziehen sich wegen ihrer Einmaligkeit der Aneignung durch einzelne, und zwar selbst dann, wenn sie nur mit besonderem Aufwand an Geist, Mühe und Geld gefunden werden konnten".³²

Ginsburg spreekt in hetzelfde kader, enigszins spottend, van het "Platonic fact precept", dat - zo stelt zij - ten grondslag ligt aan de traditionele verwerping van enig auteursrecht op feiten en theorieën. "According to this precept, facts and theories 'are'. They may be suspended in the ether, or lurking in the cave, but they are 'there' - true, unchangeable, and awaiting discovery by the perceptive or the blessed". En aangezien niemand de waarheid mag monopoliseren, behoren feiten en theorieën vrij te blijven, zo vat Ginsburg de heersende leer samen.³³

De leer van de Vorgegebenheit miskent het fundamentele verschil tussen natuur en mededeling over de natuur. Geen enkele feitelijke mededeling kan rechtstreeks aan de natuur worden ontleend. De natuur doet immers geen mededelingen. Iedere feitelijke mededeling die niet aan een eerdere ontleend is, is het resultaat van een ingewikkeld psychologisch proces met tal van subjectieve aspecten. Er bestaat op het eerste gezicht geen objectieve reden de combinatie van waarneming, interpretatie, appreciatie, conceptualisatie en verbalisering, die inherent is aan iedere (subjectief) nieuwe feitelijke mededeling, het predikaat "schepping" te onthouden.³⁴

30. Het onderscheid tussen *oude* en *nieuwe* feitelijke gegevens is slechts relatief, d.w.z. afhankelijk van de kennis aanwezig bij de ontvanger van de boodschap. Zie nader *infra* p.80-81.

31. Kohler, p.164; vgl. Troller, p.355.

32. Hubmann 1957, p.7.

33. Ginsburg, p.658.

34. Vgl. Haberstumpf, p.70: "Jede neue wissenschaftliche Erkenntnis führt gleichzeitig auch zu neuen Sprachschöpfungen..."

Een andere benadering van het probleem treffen wij aan bij Ulmer en Verkade/Spoor. In plaats van uit te gaan van het traditionele onderscheid tussen vorm en inhoud van een werk, dat zij terecht verwerpen, maken zij verschil tussen de (beschermd) *subjectieve* en (niet-beschermd) *objectieve* trekken van een werk.³⁵ Tot deze laatste categorie rekenen Verkade/Spoor onder meer datgene "dat weliswaar van de auteur afkomstig is, maar dat een objectieve geldigheid bezit: logische - hoezeer wellicht ook verrassende - theorieën, redeneringen, ontdekkingen, e.d".

Het onderscheid tussen subjectieve en objectieve trekken roept echter onmiddellijk nieuwe problemen op. Hoe kunnen we bepalen of bepaalde informatie "subjectief" dan wel "objectief" is? Deze vraag speelt vooral - maar niet uitsluitend³⁶ - bij wetenschappelijke werken. Zo meent Lutz³⁷, dat er alleen auteursrecht rust op het wetenschappelijk werk "welche ihre letzte Objektivität noch nicht erreicht hat oder sie als Leistung der nicht exakter Wissenschaften gar nie erreichen kann". Anders gezegd: alleen werken die niet de (absolute) waarheid beschrijven, zijn beschermd.

Daarentegen acht Plander, daarin bijgevalen door Altenpohl³⁸, een auteursrechtelijk onderscheid tussen ware en onware uitingen onbruikbaar. "So sehr Wissenschaft sich der Idee des Wahren verpflichtet wissen sollte, so wenig darf sie selbst - will sie nicht in Dogmatismus erstarren - von der Annahme ausgehen, eine Erkenntnis sei ein für allemal 'wahr' oder 'falsch' - wie anerkannt eine bestimmte Erkenntnis zu einer bestimmten Zeit auch immer sein, für wie falsch sie erachtet werden mag. Ihr Ansatz muss immer bleiben, dass *jede* Erkenntnis hypothetischen, damit vorläufigen und einer erneuten Überprüfung zugänglichen Charakter trägt".³⁹

Wij zijn het geheel eens met Plander. Waarheid, "objectieve geldigheid" en "objectiviteit" zijn zelfs in de exacte vakken zeer betrekkelijke begrippen. Het waarheidsgehalte van een mededeling is als (negatief) criterium voor auteursrechtelijke bescherming onhanteerbaar en moet alleen al om die reden worden verworpen.⁴⁰ Plander voert tevens aan, dat voor de vraag of het "Erkenntnis-prozess" een scheppend karakter heeft, het waarheidsgehalte van het *resultaat* onmogelijk relevant kan zijn.⁴¹ Een extra contra-argument ontleen wij aan Poppers leer van de falsifieerbaarheid van empirische theorieën en zijn verwerping van de inductieve methode. Het aantonen van absolute, onwrikbare waarheden is, uitgaande van Poppers theorie, onmogelijk.⁴²

35. Ulmer, p.122; Verkade/Spoor, p.49. Zie ook Schricker/Loewenheim, p.105.

36. Vgl. Pres Rb 's-Hertogenbosch, 25 juni 1976, BIE 1977, 261: de oorspronkelijkheid van de CBR-uitgave "Het Rijexamen" was i.c. gelegen in "de samenstelling van de vragenpakketten, [...] en in het bijzonder [...] waar het betreft de keuze van de achter de vragen gestelde antwoorden - het betreft in casu een multiple choice systeem - voor zover die antwoorden niet of niet geheel juist zijn".

37. M.J. Lutz, Die Schranken des Urheberrechts nach schweizerischem Recht, Zürich 1964, p.18, gecit. bij Altenpohl, p.36, noot 133. In gelijke zin Hubmann 1957, p.8: "Das Wahre [...] ist frei. [...] Im Bereich des Wahren gibt es also keine schützenswerte Schöpferwürde...".

38. Altenpohl, p.36.

39. Plander, p.31.

40. Vgl. Plander, p.43: de rechter moet niet "zum Schlichter wissenschaftlicher Streitigkeiten gemacht werden".

41. Plander, p.39.

42. Popper, p.27-48. Vgl. Popper, p.44: "The words 'objective' and 'subjective' are philosophical terms heavily burdened with a heritage of contradictory usages and of inconclusive and interminable discussions".

Het onderscheid van Ulmer en Verkade/Spoor tussen subjectieve en objectieve trekken is nader uitgewerkt door Quaadvlieg. Uitgaande van zijn neoklassieke interpretatie van het oorspronkelijkheidsvereiste, kan worden verdedigd, dat de elementen van een werk die door de auteur aan *zijn eigen* rationele eisen (zijn eigen opvattingen over waarheid en logica) worden getoetst, niet door het auteursrecht worden bestreken. Dergelijke elementen zijn niet zozeer beschermd, omdat zij "objectief geldig" zouden zijn, maar omdat zij door de auteur zelf geobjectiveerd en zodoende buiten het auteursrecht geplaatst worden.⁴³

Onze eerdere kanttekeningen bij Quaadvliegs "smaaktest" kunnen hier als ingelast worden beschouwd. Domme auteurs zouden volgens de leer van Quaadvlieg eerder bescherming genieten dan slimme.⁴⁴ Het onderscheid tussen eigen smaak en eigen ratio achten wij bovendien gekunsteld. Wat, bijvoorbeeld, te denken van intuïtieve kennis? Kwesties van smaak spelen in het wetenschappelijke proces een grote rol. De meeste natuurkunde wordt bedreven vanuit het onbewijsbare vermoeden, dat de wereld eenvoudig in elkaar zit. Is dit vermoeden iets anders dan een esthetisch oordeel?⁴⁵

KEUZEVRIJHEID EN CODE

Hiermee is nog altijd niet duidelijk geworden, waarom feitelijke gegevens als zodanig geen object zijn van auteursrecht. Waarom is een foto van het Paleis op de Dam een potentieel werk van letterkunde, wetenschap of kunst, maar de mededeling, dat het paleis uit 23819550 stenen is opgebouwd dat niet? Misschien kan het criterium van keuzevrijheid uitkomst bieden. Een mededeling die in de gegeven omstandigheden niet anders uit kon vallen, levert geen informatie op, is dus geen werk. Deze keuzevrijheid lijkt in ons voorbeeld te ontbreken. Immers, duizend fotografen maken duizend verschillende paleisfoto's, maar de mededeling dat het paleis uit 23819550 stenen is opgetrokken, kan zonder in omslachtigheid te vervallen slechts op een zeer beperkt aantal manieren worden gedaan.

Wij zagen echter eerder (in § II.4.2), dat de leer van de oorspronkelijke keuze een zwakke plek vertoont. Zij gaat er van uit, dat de parameters waarbinnen gekozen moet worden, *gegeven* zijn. Dit is echter niet steeds het geval. De restricties die voortvloeien uit hetgeen de communicator *beoogt* mee te delen (zijn "Zielsetzung"), zijn het gevolg van een vrije (subjectieve) keuze zich uit te spreken over een bepaald onderwerp in een bepaalde context. Anders gezegd: de auteur onderwerpt zich vrijwillig aan een bepaalde *code*, die

43. Quaadvlieg, p.71-73, 76. De redenering van Quaadvlieg doet enigszins denken aan de Amerikaanse "Oliver doctrine", genoemd naar *Oliver v. Saint Germain Foundation*, 41 F.Supp. 296 (S.D.Cal. 1941). Deze leer komt er op neer, dat degene die een gegeven als *feitelijk* presenteert, zich later niet met een beroep op het auteursrecht mag beklagen over de overname van dit gegeven door een derde, zelfs niet als het gegeven met geen mogelijkheid "objectief geldig" is. Het betrof in casu "feitelijke" gegevens die eiser Oliver waren ingefluisterd door een wezen van een andere planeet, "Phylos, the Thibetan" geheten. Als gevolg van deze uitspraak worden steeds meer "waar gebeurde" verhalen in de V.S. als *fiction* gepresenteerd; zie Taylor, p.42-47. De "Oliver doctrine" is overigens niet onbetwist. Nimmer, § 2.11(C), vraagt zich retorisch af: "One wonders whether the *Oliver* court would have invoked the same defense against Sir Arthur Conan Doyle on the grounds his *Sherlock Holmes* stories are presented as factual accounts by Dr. Watson".

44. Vgl. Plander, p.44. In gelijke zin Ginsburg, p.660, noot 51: "Indeed, consistent application of the Platonic fact precept should lead to the conclusion that mistaken historians have rights in their work which more accurate historians cannot claim".

45. Vgl. Dommering 1988, p.65.

voor de mate van keuzevrijheid die hem geboden wordt bepalend is. In de wereld van de wetenschap gelden strengere regels dan in de wereld van de literatuur.⁴⁶ In de wetenschap is de keuzevrijheid daarom geringer.

Indien een auteur beoogt een ware mededeling omtrent een door hem bepaald onderwerp te doen, onderwerpt hij zich vrijwillig aan de code van de wetenschappelijke subcultuur. In zoverre is de intentie een "objectieve" uitspraak te doen inderdaad een contra-indicatie voor originaliteit; wij geven Quaedvlieg op dit punt gaarne gelijk. De auteur die literatuur wil produceren, onderwerpt zich, evenzeer vrijwillig, aan de code van de letterkundige wereld, waar een ruime "Gestaltungsspielraum" geldt. Daarom zijn de feitelijke gegevens in een roman doorgaans beschermde elementen, tenzij het door de auteur gekozen thema een bepaalde keuze onvermijdelijk maakt.

Of een mededeling van feitelijke aard al dan niet beschermd is hangt dus mede af van de toepasselijke code. Maar hoe te bepalen welke code in een bepaald geval van toepassing is? We kunnen moeilijk aan de auteur in kwestie vragen of hij "wetenschap", "letterkunde", dan wel iets geheel anders met zijn uiting voor ogen had. We zullen derhalve aanknopingspunten moeten zoeken in de *context* van de uiting.

Een belangrijke rol speelt hierbij de aard van het medium waarin de uiting haar beslag gekregen heeft. Van een mededeling in een wetenschappelijk tijdschrift kan gevoeglijk worden aangenomen, dat haar auteur tot doel heeft over het onderwerp in kwestie enige waarheden te verkondigen. Van een mededeling in de reeks "Moderne Dichtkunst" mag men dat niet. Van een reeks geformaliseerde mededelingen (met veel "if then else" et cetera) in een computertijdschrift mag men aannemen, dat het een computerprogramma voorstelt. Dezelfde mededelingen, aangetroffen in de reeks "Moderne Dichtkunst", duiden veeleer op een modern gedicht. "Ajax-FC Groningen 0-5" is op de sportpagina's een uitspraak over de werkelijkheid, op een spandoek een aanmoedigingskreet (of een provocatie) en met verf op doek geschilderd een kunstwerk. "Twee maal twee is vijf" is op de basisschool een bedroevende, niet-auteursrechtelijk beschermde domheid, maar in een context waarin waarheid en wetenschap geen overheersende rol spelen (in poëzie, als onderdeel van een performance, met laserstralen op de wolken geprojecteerd) wel degelijk een werk.⁴⁷

46. Vgl. *Hearn v. Meyer*, 664 F.Supp. 832, 847 (S.D.N.Y. 1987): "It is well understood that authors wishing to express ideas within the context of a factual background often can choose from only a limited number of terms. Copyright protection is afforded rarely where a fact permits only a narrow continuum or spectrum of terms".

47. Vgl. Multatuli, Idee nr. 141: "Geloof en buig u. of verwerp en sta rechtop, Naïve, kinderlijke, soms verheven onwaarheid is nu-en-dan te dulden in poëzie. Maar $2 \times 2 = 5$ zal 'n gruwel blijven, zoolang 2×2 niet meer en niet minder is dan vier".

III.2.2 Nieuwsberichten

WAT ZIJN NIEUWSBERICHTEN?

Weinig journalisten zullen het zich realiseren, maar "die Fragen des Urheberrechts sind das 'tägliche Brot' der Presse".⁴⁸ Over de vraag of en in hoeverre de dagelijkse boterham van de journalist de bescherming van het auteursrecht wordt gegund, gaat deze paragraaf. Daarbij richt de aandacht zich niet zozeer op het journalistieke artikel (het "verhaal"), dat bij het auteursrecht betrekkelijk veilig onderdak is, als wel op het nieuwsbericht.

Het nieuwsbericht is het lievelingetje van de informatietheorie. In inleidingen over het informatiebegrip speelt het nieuwsbericht steevast de voorbeeldrol.⁴⁹ Een nieuwsbericht is dus een vorm van informatie; het zal ons inmiddels niet meer verbazen. Maar waarin schuilt het verschil met andere vormen van informatie? Of is er geen verschil? Een verschil is in elk geval dat nieuwsberichten, evenals andere feitelijke mededelingen, denotatief van aard zijn. Nieuwsberichten verwijzen naar "mogelijke standen van zaken" in de buitenwereld. In de literatuur en het spraakgebruik worden nieuwsberichten en *nieuwsfeiten* dikwijls over één kam geschoren. Deze verwarring tussen referent en referentie hebben wij eerderesignaleerd; zij leidt tot onzuivere juridische redeneringen.

Het nieuwsbericht is, zoveel is duidelijk, een species van het genus feitelijke informatie. Anders gezegd: nieuwsberichten zijn *nieuwe feitelijke gegevens*. Maar wat betekent in dit verband eigenlijk *nieuw*? Nieuw voor "Jan Publiek"? Maar wie is Jan Publiek? En wat weet Jan Publiek? Is het bericht "Aardbeving verwoest steden en dorpen in Armenië" in een Nederlands ochtendblad een nieuwsbericht, als heel Nederland de vorige avond via radio en televisie van de ramp heeft kennis kunnen nemen? En hoe te oordelen over hetzelfde bericht afgedrukt in het (Armeense) Nieuwsblad van Spitak?

Deze vragen maken duidelijk, waarom het nieuwsbericht in informatietheoretische beschouwingen zo populair is. Nieuws is een *relatief* begrip; wat voor de ene lezer nieuws is, is de ander reeds bekend. De nieuws waarde van het nieuwsbericht is gelijk aan de mate waarin de onzekerheid bij de waarnemer(s) door de ontvangst van het bericht vermindert. De nieuws waarde is derhalve afhankelijk van twee variabelen: de "onverwachtheid" van het bericht en de "voorkennis" bij de waarnemer(s). "Hond bijt man" is minder groot nieuws dan "Man bijt hond". In brede kring bekende feiten hebben een kleinere nieuws waarde dan primeurs. De nieuws waarde is derhalve mede afhankelijk van de aard van de "doelgroep"⁵⁰; voorts spelen tijd en plaats een grote rol.

Door kennisneming van het bericht verliest het nieuwsbericht voor de waarnemer in kwestie onmiddellijk zijn verrassingswaarde. Het nieuwsbericht wordt tot oud nieuws gedevalueerd; de krant van gisteren ligt heden in de kattebak. Dat neemt niet weg, dat een nieuwsbericht, zodra de "nieuwheid" er af is, een

48. Löffler/Ricker, p.399.

49. Vgl. Van Peursen c.s., p.9-10.

50. Van Peursen c.s., p.10.

zekere restwaarde behoudt. Oude nieuwsberichten worden feitelijke gegevens, die voor historici van grote betekenis kunnen zijn en, eenmaal opgeslagen in een databank, commerciële waarde kunnen bezitten.⁵¹ In sommige gevallen wordt oud nieuws ineens weer echt nieuws. Nieuwsberichten van vroeger krijgen door nieuwe gebeurtenissen een nieuwe betekenis; nieuws is "reactualiseerbaar".⁵²

Terecht stellen Verkade/Spoor in het kader van een beschouwing over art. 15 Aw, dat "nieuws" een relatieve zaak is en dat het "theoretisch wellicht gemakkelijker [is] te verdedigen dat de grens tussen nieuws en niet-nieuws eigenlijk niet te trekken valt, dan om een wetenschappelijk aanvaardbaar criterium te onderbouwen".⁵³ Volgens Verkade/Spoor zal de nadruk eerder moeten liggen op "bericht" dan op "nieuws". Vervolgens omschrijven Verkade/Spoor "nieuwsberichten" (tezamen met de daarvan onafscheidelijke "gemengde berichten") als "mededelingen van feitelijke aard over gebeurtenissen die onlangs hebben plaatsgevonden of die zullen plaatsvinden".

Deze omschrijving achten wij, hoewel in veel gevallen praktisch bruikbaar, minder gelukkig. Het "nieuwe" aan het nieuws is immers niet zozeer gelegen in de nieuwheid van de gebeurtenissen, als wel in de nieuwheid (onverwacht) van het bericht. De mededeling, dat de mens van een vroege primate afstamt en niet van Adam en Eva was ten tijde van Darwin zeer groot nieuws, maar allerminst een mededeling over een gebeurtenis die onlangs had plaatsgevonden. Hetzelfde geldt voor onthullingen over schandalen uit lang vervlogen tijden (Prins Hendrik had bastaardzoon) of voor het verslag van drie schipbreukelingen die wekenlang zonder eten en drinken in een sloepje op de oceaan hebben rondgedobberd (en vervolgens de scheepsjongen hebben geconsumeerd).⁵⁴ Niet de nieuwheid van het beschreven feit is van belang, maar zijn *actualiteit*;⁵⁵ deze is mede afhankelijk van het "communicatietempo" in de samenleving.⁵⁶

Nemen wij de nieuwheid van het bericht als uitgangspunt, dan zal duidelijk zijn, dat een *objectief* begrip nieuwsberichten alleen bestaanbaar is, indien "nieuw" absolute nieuwheid impliceert. Een nieuwsbericht is dan alleen een mededeling die voor *iedere ontvanger* nieuwe (d.w.z. nog niet eerder aanwezige) kennis oplevert. In deze zeer enge zin gedefinieerd, staat nieuwsbericht voor primeur, *eerste* mededeling van een feit.

Volgens Razi wordt het nieuwsbericht gekenmerkt door drie wezenlijke elementen. Een nieuwsbericht is nieuw, gericht op een publiek en onafhankelijk

51. Vgl. Cour de Cassation 30 oktober 1987, Droit de l'informatique 1988, nr.1, p.34 (Microfor/Le Monde).

52. Prantl, p.9. Vgl. OLG Stuttgart 13 november 1985 ("Tagesereignis"). AfP 1986, 71, 72.

53. Verkade/Spoor, p.152. Ook Prantl, p.22 en 35, heeft moeite met het hanteren van een begrip "nieuwsberichten"; hij spreekt liever van "journalistische Informatie".

54. Zie A.W. Brian Simpson, Cannibalism and the Common Law: The story of the tragic last voyage of the Mignonette and the strange legal proceedings to which it gave rise, Chicago 1984.

55. J.-M. Leloup, Le journal, les journalistes et le droit d'auteur, Parijs 1961, p.106. Leloup komt tot de volgende definitie van nieuwsbericht: "l'annonce d'un fait contemporain répondant à la curiosité du public, quels que soient le mode et la forme d'expression employés pour révéler ce fait". Een o.i. te enge definitie treffen wij aan bij M. Rooij, Het Dagbladbedrijf in Nederland, Leiden 1956, p.11-12: "Nieuws in journalistieke zin zijn die tot dusver in ruimere kring onbekende feiten waarvan de kennis van belang is voor het geheel of voor een groot deel van de lezerskring en waarvan publikatie een algemeen belang vertegenwoordigt...".

56. Van Peursen c.s., p.10.

van de *vorm* waarin het gegoten is.⁵⁷ In laatstgenoemd criterium herkennen wij de tweedeling vorm-inhoud, waarover wij reeds het nodige geschreven hebben. De auteursrechtelijke consequenties van deze omschrijving laten zich raden.⁵⁸

In de praktijk betekent nieuwsbericht dikwijls weinig meer dan: feitelijke mededeling die in kranten, tijdschriften, radio en televisie (de "massamedia") gedaan is.⁵⁹ Nieuws is, zo zou men kunnen stellen, nieuws, als er nieuws op staat.⁶⁰ De mededeling, dat Elvis Presley volgens een ooggetuige nog onder de levenden verkeert, is in een boulevardblad een nieuwsbericht, in een biografie een curieuze voetnoot en in de kroeg een sterk verhaal. Zo zijn we terug bij af: "nieuwsberichten" in deze ruime zin zijn, semantisch beschouwd, niet anders dan andere feitelijke mededelingen. Nieuwsberichten zijn feitelijke mededelingen, die door de "nieuwsmedia" verspreid worden. Het bijzondere van nieuwsberichten is eerder gelegen in het medium dan in de boodschap.

BESCHERMING VAN NIEUWSBERICHTEN

Het zal ons niet verbazen dat het nieuwsbericht, als species van het genus feitelijk gegeven, de status van "werk van letterkunde, wetenschap of kunst" meestal niet gegund wordt. Beroemd is in dit verband de uitspraak van rechter Pitney van het Amerikaanse Hooggerechtshof in de zaak *International News Service v. Associated Press* uit 1918: "[T]he news element - the information respecting current events contained in the literary production - is not the creation of the writer, but is a report of matters that ordinarily are *publici juris*; it is the history of the day".⁶¹

Dit wordt uiteraard anders, indien het nieuwsbericht het karakter krijgt van een verslag of een reportage. Het bericht zal in dat geval doorgaans wel voldoende

57. Razi, p.34-35: "la nouvelle se désintéresse totalement de la forme qu'elle revêt. [...] C'est cette parfaite indifférence pour la forme, le fait qu'une nouvelle ne se définit que par sa 'substance' et non par la collocation des mots, qui est son trait le plus saillant, et c'est pourquoi on ne la considère pas comme un produit de l'esprit, relevant de la protection du droit d'auteur". Vgl. de definitie van "information de presse" gebruikt in art. 2 van het ontwerp-modelwet van de Conferentie van persexperts van de Volkenbond (Genève 1927), gecit. bij Razi, p.160: "...renseignement quelconque dont la valeur est constituée par la nouveauté et n'est pas attachée à la forme de l'expression".

58. Overigens is de "vorm", d.w.z. de woordkeuze en woordvolgorde, van zelfs het eenvoudigste nieuwsbericht nog variabel. Dit laat zich goed illustreren aan de hand van krantekoppen, die - hoewel op hetzelfde feit betrekking hebbend - van dagblad tot dagblad plegen te verschillen. Zie Cour d'Appel de Paris 18 december 1985, D 1986, 273, gecasseerd door Cour de Cassation 30 oktober 1987, Droit de l'Informatique 1988, nr.1, p.34 (Microfor/Le Monde). De *kopjes* ("titels") van de nieuwsberichten en -artikelen in Le Monde en Le Monde Diplomatique "sont, dans l'ensemble, sobres, condensés et néanmoins explicites dans le ton particulier qui a concouru avec d'autres éléments caractéristiques à la réputation du quotidien et de ses suppléments et revêtent également de ce fait une originalité que leur confère la même protection en vertu du même texte...".

59. Vgl. Gerbrandy, p.221: "Onder nieuwstijdingen in het algemeen zal men bij benadering moeten verstaan: de simpele mededeling, door middel van een algemeen toegankelijk verspreidingsmiddel, van één of meer tot dusver niet algemeen bekende feiten, waarvan de kennisneming voor het publiek interessant kan wezen".

60. Vgl. Verkade/Spoor, p.152: "...en die zich volgens verkeersopvattingen als nieuws- of genietend bericht aandienen".

61. *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (S.Ct. 1918). Een halve eeuw eerder oordeelde het Franse Cour de Cassation, "que les dépêches télégraphiques portant à la connaissance du public des nouvelles politiques, scientifiques et littéraires, ne peuvent être considérées comme des œuvres de l'esprit...", aldus Cour de Cassation 8 augustus 1862 (Havas c.s. contra Gounouilh), gecit. bij Razi, p.52, waarover Desbois, p.63. Vgl. HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radioprogramma I): nieuwstijdingen zijn "geschriften waarbij naar hun aard geen sprake van scheppende arbeid zal zijn".

oorspronkelijk worden bevonden.⁶² Volgens Gerbrandy heeft de "steller van het nieuws", doordat hij uitkiest wat nieuws is en wat niet, een enorme zelfstandigheid, "hetgeen wijde mogelijkheden opent voor klare oorspronkelijkheid".⁶³ Wij zullen in het vervolg van deze beschouwing - ter voorkoming van verwarring - het begrip nieuwsberichten reserveren voor korte, triviale mededelingen van feitelijk aard ("nieuwstijdingen").

In een fraaie beschouwing over de geschriftenbescherming beschreef Paul Scholten het auteursrecht kort maar krachtig als "het recht van kunstenaars en mannen van wetenschap, niet van nieuwtjesjagers".⁶⁴ Dat de nieuwtjesjager bij zijn jacht de nodige kosten en moeite heeft geïnvesteerd, is naar traditionele auteursrechtelijke maatstaven gemeten niet relevant.⁶⁵ Evenmin is auteursrechtelijk van belang of het nieuwsbericht in kwestie een resultaat is van eigen nieuwsgaring. Een nieuwsbericht wordt geen "werk" doordat het een primeur betreft.⁶⁶

Dat men van oudsher op nieuwsberichten geen auteursrecht wil laten rusten, blijkt voorts uit art. 2 lid 8 Berner Conventie (Akte van Parijs): "De bescherming van deze Conventie is niet toepasselijk op nieuwstijdingen of gemengde berichten die louter het karakter van persberichten dragen".⁶⁷ Volgens strenge auteursrechtelijke maatstaven is deze bepaling overbodig: zij bevestigt slechts dat dergelijke berichten geen "werken" in de zin van de Berner Conventie zijn.⁶⁸ De Conventie laat de aangesloten staten overigens alle ruimte op nationaal niveau wél (enige) bescherming aan nieuwsberichten te bieden.⁶⁹

ARTIKEL 15 AUTEURSWET

In beperkte mate heeft de Nederlandse wetgever van de mogelijkheid een niet-auteursrechtelijke regeling te treffen gebruik gemaakt.⁷⁰ Volgens art. 15 Aw is voor het overnemen van nieuwsberichten, die door pers en omroep zijn openbaar gemaakt, *bronvermelding* vereist, indien "het overnemen geschiedt door

62. Vgl. Pres Rb Utrecht 21 januari 1988, AML 1988, p.81 (ANP/Stadsomroep Amersfoort) inzake de integrale overname van het ANP-radionieuws: "De algemeen bekende wijze waarop het ANP zijn berichten opbouwt, de zorgvuldig gekozen bewoordingen waarin deze berichten worden geformuleerd, alsmede ook de kennelijk weloverwogen wijze waarop het zijn berichten samenstelt en groepeerd tot een geheel bulletin of nieuwsprogramma zijn onmiskenbaar oorspronkelijk te noemen en geven zowel aan die nieuwsberichten afzonderlijk als aan het gehele programma een eigen karakter. Het is niet goed denkbaar dat een ander dan het ANP zelfstandig tot gelijke of nagenoeg gelijke berichten of programma's zou kunnen komen". Volgens Desbois, p.64, hebben zelfs de eenvoudigste, in grote haast en slordig geschreven nieuwsberichten doorgaans voldoende eigen persoonlijk karakter. Zie over de opvattingen van Desbois ook Razi, p.121-127.

63. Gerbrandy, p.117.

64. P. Scholten, i.a.p. (p.44, noot 174).

65. Vgl. Nimmer, § 2.11 [E]: "Would anyone seriously suggest that the Washington Post was entitled to a copyright on the facts of Watergate because its reporters, Woodward and Bernstein, through considerable labor, expense and ingenuity discovered such facts".

66. Hubmann, p.37-38.

67. Vgl. artikel 15 lid 1 sub b Conventie van Rome: de bescherming van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties mag door de verdragstaten beperkt worden "lorsqu'il y a utilisation de courts fragments à l'occasion du compte rendu d'un événement d'actualité". Vgl. art. 9 sub b ontwerp-Wet op de naburige rechten, Kamerstukken TK 1988-1989, nr.2.

68. De Beaufort, p.147; anders Desbois, p.64. Zie uitvoerig over de geschiedenis van het verdragartikel De Beaufort, diss., p.383 e.v.

69. WIPO, Guide to the Berne Convention, Genève 1978, p.22-23.

70. Zie MvA, Bijl. Handelingen TK 1911-1912, nr. 227, nr. 5, p.26.

een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift, in een radio- of televisieuitzending, of door middel van overbrenging per kabel aan het publiek..."⁷¹

Hoewel deze bepaling ten opzichte van art. 2 lid 8 BC een duidelijke versterking van de positie van de nieuwsproducent inhoudt, is zij in het kader van de Nederlandse Auteurswet eerder als een verzwakking aan te merken. Immers, de "opschriftsteller" van feitelijke gegevens die bestemd zijn voor publikatie kan in Nederland profiteren van de geschriftenbescherming. Van deze bescherming kan in beginsel ook de opschriftsteller van nieuwsberichten gebruik maken,⁷² ware het niet dat volgens art. 15 Aw het overnemen van via pers en omroep openbaargemaakte nieuwsberichten door pers en omroep (onder voorwaarde van bronvermelding) wordt toegelaten.⁷³ Zo beschouwd, schept art. 15 Aw niet een extra recht ten gunste van de nieuwsproducent, maar veeleer een wettelijke licentie ten gunste van zijn concurrenten.

Ten opzichte van *andere* media, zo leert een letterlijke interpretatie van art. 15 Aw, geldt de geschriftenbescherming van nieuwsberichten echter ten volle.⁷⁴ Voor zover het overnemende medium een maatschappelijke functie vervult die met pers en omroep vergelijkbaar is (het ANP-nieuws via de telefoon, Viditel, de AVTEL-muurkrant, een elektronisch "bulletin board"), kan nog verdedigd worden dat art. 15 Aw analoog moet worden toegepast. Overname van nieuwsberichten in een almanak, een bloemlezing of in een database voor referentiedoeleinden lijkt echter binnen het systeem van de Auteurswet niet zonder toestemming van de opschriftsteller toelaatbaar.⁷⁵

71. Ook onder de wet van 1881 bestond een recht op bronvermelding (art. 7 lid 2 Aw 1881); zie Van Engelen, p.246, noot 40. In het kader van de wijziging van de Auteurswet in 1931 gaf de Regering bij monde van Minister van Justitie Donner met zoveel woorden toe: "dat men nieuwsberichten, zuiver feitelijke berichten, eigenlijk niet als objecten van auteursrecht kan beschouwen. Het is immers een zuivere feitelijke mededeling van iets en eigenlijk dus geen object voor auteursrecht, tenzij dan, dat het meer uitdijt tot een beschouwend artikel over een feit." Reden waarom men, aldus de Minister, "in den eigenlijken zin niet kan spreken van een auteursrecht op die berichten, maar dat men hier heeft een zekere bescherming, die, laat ik zeggen door toevallige omstandigheden, regeling gevonden heeft in de Auteurswet en in verband daarmee in zoverre tot auteursrecht is gestempeld" (Handelingen TK, 1930-1931, p.2304-2305, 2307).

72. HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radioprogramma I): nieuwstijdingen en gemengde berichten zijn "naar hun aard" geschriften zonder eigen persoonlijk karakter. Zie over de geschriftenbescherming van nieuwsberichten uitvoerig Van Engelen, p.246-249.

73. Een compleet wekelijks radioprogramma is (hoewel een niet-persoonlijk geschrift *en* openbaargemaakt door een weekblad) blijkens het eerste Radioprogramma-arrest (voorgaande noot) geen "nieuwsbericht" (maar wel een *artikel*; Hof 's-Gravenhage 28 oktober 1935, NJ 1935, 1651); in gelijke zin de MvA II bij art. 15 Aw (nieuw), S&J twaalfde druk (1986), p.123. Rechtshistorisch beschouwd, lijkt de Hoge Raad het bij het rechte eind te hebben. Wat is een programmagids anders dan een kruising tussen een "feestwijzer" en een "predikbeurtenlijst"? Vgl. Kg Hilversum 27 april 1915, W 10202: een predikbeurtenlijst is geen "nieuws-tijding" in de zin van art. 15 Aw. *Kritisch Hirsch Ballin/Rooij*, p.8-10. Volgens Pres Rb Utrecht 21 januari 1988, AMI 1988, p.81 (ANP/Stadsomroep Amersfoort) geldt art. 15 Aw niet voor de integrale overname van een *verzameling* van nieuwsberichten; volgens de rechter heeft de wetgever een dergelijke vergaande overnemingsbevoegdheid duidelijk niet gewenst.

74. Uit de wetsgeschiedenis van art. 15 (art. 14 Ontwerp-Aw) blijkt niet, dat de Regering zich van deze consequentie bewust is geweest. Volgens Snijder van Wissenkerke, p. 208, 213 is het destijds door de Regering ingenomen standpunt over de bescherming van *alle* geschriften in strijd met de vrijheid om nieuwstijdingen en gemengde berichten over te nemen; in gelijke zin het kamerlid Schaepman, Handelingen TK 1930-1931, p.2303. Zie ook Van Engelen, p.248.

75. Dit geldt wellicht ook voor de *koppen* boven nieuwsberichten en kranteartikelen. In de zaak *Le Monde - Microfor* kwam het Franse Hof van Cassatie tot het oordeel, dat de overname van de koppen uit *Le Monde* en *Le Monde Diplomatique* in de databank van Microfor niet in strijd was met het auteursrecht (Cour de Cassation 30 oktober 1987, *Droit de l'informatique* 1988 nr. 1, p.34). Denkbaar is, dat de Nederlandse rechter op grond van de geschriftenbescherming tot een ander oordeel was gekomen.

De volledige geschriftenbescherming genieten voorts *niet* (rechtmatig⁷⁶) openbaar gemaakte nieuwsberichten. Art. 15 Aw geldt immers alleen voor nieuwsberichten die reeds "verschenen" c.q. "uitgezonden" zijn.⁷⁷ Blijkens het vierde Radioprogramma-arrest⁷⁸ geldt de geschriftenbescherming niet alleen voor reeds in druk verschenen geschriften, maar ook voor geschriften die *bestemd* zijn om openbaar gemaakt te worden. Aan een afzonderlijk prioriteitsrecht voor persbureaus lijkt derhalve in Nederland geen behoefte te bestaan.

Ook de Duitse auteurswet bevat een bepaling met betrekking tot de overname van nieuwsberichten. Art. 49 lid 2 UrhG bepaalt: "Unbeschränkt zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von vermischten Nachrichten tatsächlichen Inhalts und von Tagesneuigkeiten, die durch Presse oder Funk veröffentlicht worden sind..."

Duidelijk is, dat de nieuwsproducent in Duitsland, auteursrechtelijk gezien, aanzienlijk slechter af is dan in Nederland. Door pers en omroep openbaargemaakte nieuwsberichten genieten volgens de Duitse auteurswet *geen enkele* bescherming. Anders dan in de Nederlandse wet wordt geen verschil gemaakt tussen pers en omroep die *wel* mogen overnemen en andere media die dat niet mogen. De Duitse wet kent voor nieuwsberichten zelfs geen vereiste van bron en/of naamsvermelding.⁷⁹

De Duitse regeling is, auteursrechtelijk gezien, weinig verrassend. Het UrhG beschermt - althans in theorie - alleen oorspronkelijke werken; de wet kent geen geschriftenbescherming, dus ook geen bescherming van nieuwsberichten. Dergelijke berichten worden immers geacht niet te voldoen aan de eis van individualiteit.⁸⁰ Zo beschouwd, is art. 49 lid 2 UrhG, evenals art. 2 lid 8 BC, een bepaling ten overvloede. Dat nieuwsberichten geen beschermde werken zijn, volgt reeds uit de heersende opvattingen over het werkbegrip.⁸¹

Een afzonderlijk nieuwsberichtenregime ontbreekt in de Amerikaanse USCA. Heersende leer is dat eenvoudige nieuwsberichten geen "copyrightable expression" zijn en dus niet beschermd worden.⁸² "Discoveries" worden in art. 102 (b) USCA zelfs met zoveel woorden buiten het wettelijke werkbegrip gehouden. Overname van (beschermd) nieuwsartikelen is op grond van de ruim geformuleerde Amerikaanse fair use-regeling (art. 107 USCA), al dan niet onder verwijzing naar het belang van een vrij informatieverkeer, in ruime mate

76. De eis van *rechtmatige* openbaarmaking volgt niet uit de wettekst; zie echter de MvA II bij art. 15 Aw (nieuw), S&J twaalfde druk (1986), p.124.

77. Volgens Pres Rb Utrecht 21 januari 1988, AMI 1988, p.81 (ANP/Stadsomroep Amersfoort) is *live* overname van via de radio uitgezonden nieuwsberichten in beginsel toegelaten; overname van een integrale uitzending van de ANP-radionieuwsdienst ging de rechter echter te ver.

78. HR 25 juni 1965 no. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II).

79. Art. 63 UrhG geldt niet voor art. 49 lid 2; wél voor de overname van persartikelen geregeld in art. 49 lid 1.

80. OLG Hamburg 15 december 1977, GRUR 1978, 307 ("Artikelübernahme"); vgl. BGH Zwitserland 26 januari 1987, ZUM 1987, 456.

81. Prantl, p.24-27; anders Hubmann, p.194.

82. *National Tel. News Co. v. Western Union Tel. Co.*, 119 F. 294 (7th Cir. 1902); *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (S.Ct. 1918). Nieuwsberichten die geen "mere records of isolated happenings" zijn, genieten in beginsel wél bescherming; zie *Chicago Record-Herald Co. v. Tribune Assn.*, 275 F. 797 (7th Cir. 1921), waarover Gorman 1963, p.41; *Wainwright Securities, Inc. v. Wall Street Transcript Corp. et al.*, 194 USPQ 401, 404: "It is, of course, axiomatic that 'news events' may not be copyrighted. [...] What is protected is the manner of expression, the author's analysis or interpretation of events, the way he structures his material and marshalls facts, his choice of words, and the emphasis he gives to particular developments".

toegelaten.⁸³ Deze bevoegdheid geldt echter blijkens *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* niet zolang het werk waaruit is overgenomen niet is openbaar gemaakt.⁸⁴

EEN NABURIG RECHT OP NIEUWSBERICHTEN?

De commerciële waarde van het nieuws ligt niet in de eerste plaats in de nieuwigheid van de beschreven feiten, noch in de originaliteit van de beschrijving, maar in de nieuwigheid van de meegedeelde inhoud. Terecht stelde Justice Pitney (van het Amerikaanse Hoogerechtshof) in de zaak *International News Service v. Associated Press*: "The peculiar value of news is in the spreading of it while it is fresh".⁸⁵

Daarom is het auteursrecht, indien het al op nieuwsberichten van toepassing zou zijn, als middel tot bescherming van "news values" niet erg geschikt. Het auteursrecht schept in beginsel een meer dan vijftig jaar durend monopolie op iedere exploitatie van een werk. De nieuwsproducent heeft slechts behoefte aan een monopolie van beperkte omvang: een recht van eerste openbaarmaking (prioriteitsrecht)⁸⁶, bij voorkeur versterkt door een kortlopend exclusief exploitatierecht, alsmede een recht op bronvermelding. Tegen verdere verspreiding met bronvermelding van de door hem geproduceerde nieuwsberichten door andere "nieuwsmedia" heeft de nieuwsproducent doorgaans geen enkel bezwaar.⁸⁷

Met het verzamelen en distribueren van nieuwsberichten zijn aanzienlijke kosten gemoeid. Het opbouwen en onderhouden van een netwerk van correspondenten, het selecteren en verwerken van het nieuws door de nieuwsredacties en het distribueren via een keur van telecommunicatiemiddelen zijn activiteiten die stuk voor stuk een aanzienlijke inspanning aan kapitaal en arbeid vergen. Het resultaat van deze investering, het nieuwsbericht, is echter een produkt met een korte levensduur, dat voor piraterij bovendien bijzonder kwetsbaar is. De persbureaus zien met lede ogen, hoe concurrerende bureaus, niet-geabonneerde dag- en nieuwsbladen of radiostations de door hen geproduceerde nieuwsberichten klakkeloos overnemen. Het spreekt vanzelf, dat de persbureaus hierdoor grote schade kunnen lijden. Geabonneerde bladen komen in de ver-

83. Zie S.C. Millington Campbell, *Copyright and News Values: An Accommodation*, ASCAP Copyright Law Symposium, Vol. 25 (1980), p.127-138. Zie voorts § III.5.5 *infra*.

84. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985): "The obvious benefit to author and public alike of assuring authors the leisure to develop their ideas free from fear of expropriation outweighs any short term 'news value' to be gained from premature publication of the author's expression".

85. Men kan tegenwerpen: dit geldt ook voor vis. "The peculiar value of fish is in the spreading of it while it is fresh".

86. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985). In 1900 erkende het Franse Cour de Cassation op basis van het ongeschreven recht een dergelijk prioriteitsrecht. Nieuwsberichten, zo verklaarde het Hof, zijn voorwerp van een "propriété particulière acquise à grands frais et conférant à l'agence et à ses abonnés un droit exclusif à la priorité de leurs publications, jusqu'au moment où, soit par son fait, soit par celui de ses abonnés, elles ont été mises en circulation et sont tombées dans le domaine public"; Cour de Cassation 23 mei 1900 (Havas/Alean-Lévy), gecit. bij Razi, p.58.

87. Desbois, p.64-68. Anders komt de zaak te liggen, waar het niet meer gaat om de overname van "news values", maar om verdere exploitatie van oud nieuws in de vorm van documentaire databanken. Zoals eerder opgemerkt, kan dergelijke informatie een grote commerciële waarde bezitten; oude nieuwsberichten worden waardevolle feitelijke gegevens. Vgl. Cour de Cassation 9 november 1983, D 1984, 30 en Cour de Cassation 30 oktober 1987, *Droit de l'informatique* 1988, nr.1, p.34 (Microfor/Le Monde).

leiding hun abonnementen op te zeggen, als het *zonder* ook kan. Persbureau-primeurs vallen in het water, doordat niet-geabonneerde bladen - op basis van radioberichten, vroege edities van andere kranten, af luister- of omkooppraktijken - vrijwel gelijktijdig (of soms zelfs eerder) met hetzelfde bericht uitkomen.⁸⁸

Bovendien verkeert de nieuwsproducent in hetzelfde dilemma als degene die een niet beschermd idee probeert te verkopen. De enige veilige manier van bescherming is geheimhouding; daarmee is echter niemand gebaat. Commercialisatie van de informatie is slechts mogelijk door derden in het nieuws c.q. het idee in te wijden. Auteursrechtelijk gezien, heeft de nieuwsmaker of ideeënman vervolgens geen been meer om op te staan.⁸⁹

Vooral door de grote persbureaus, de exploitanten bij uitstek van "hot news", wordt daarom reeds vele jaren gepleit voor enige juridische bescherming, bij voorkeur in de vorm van een naburig recht (*droit voisin*) op nieuwsberichten.⁹⁰ Dit pleidooi klinkt telkens bijzonder luid, zo leert een terugblik op de afgelopen honderd jaar, zodra zich nieuwe telecommunicatietechnieken aandienen. Zo resulteerde de toepassing van de telegraaf in het intercontinentale berichtenverkeer, die aanvankelijk met hoge kosten gepaard ging, in enkele Engelse koloniën in een "Right of property in telegraphic messages".⁹¹

De telegraaf werd in de jaren twintig en dertig als middel ter verspreiding van nieuwsberichten overvleugeld door de radio. Het nieuwe medium bleek niet alleen sneller en goedkoper dan de telegraaf, maar ook aanzienlijk kwetsbaarder. De door de persbureaus verzorgde radiodiensten werden, hoewel de berichten in beginsel slechts voor aangesloten persorganen waren bestemd, al snel op grote schaal afgeluisterd en "gepirateerd".⁹² In diverse landen hebben deze praktijken geleid tot bijzondere wetgeving ter bescherming van persbureaus.⁹³

INTERNATIONALE INITIATIEVEN

Ook op internationaal niveau kwam het tot initiatieven. In 1927 werd op een door de Volkenbond bijeengeroepen internationale conferentie van persexperts een resolutie aangenomen, waarbij het recht van persbureaus op de vruchten van hun arbeid met zoveel woorden werd erkend. Persbureaus zouden een prioriteitsrecht moeten krijgen, alsmede gedurende een korte tijd na publikatie een recht op bronvermelding en een recht op *vergoeding* voor overname. Besloten werd een en ander nader te regelen in een verdrag. Het initiatief strand-

88. Over de verschillende vormen van "nieuwspiraterij" zie Razi, p.114-117.

89. Vooral de free-lance correspondent is van deze leemte in het recht regelmatig slachtoffer: "Ja hier Beersstra. Appelscha. Grote brand in gemeentehuis Houtigehage!", "Houtigehage zei U? Wisten we al!". Hetzelfde probleem doet zich voor bij de verkoop van technische know-how: vgl. Beier/Straus, p.4. Contractueel valt aan dit probleem overigens wel een mouw te passen, bijv. door een omkering van de bewijslast te bedingen.

90. Uitvoerige beschouwingen over rechtsgrond en karakter van een "droit sur les nouvelles" biedt Razi, p.73-95. Razi concludeert, dat het hier in wezen een "droit de clientèle" (goodwillrecht) betreft.

91. Prantl, p.41. Als voorbeeld diene de "Telegraphic Message Copyright Act" van de Kaapkolonie (1880): een via de telegraaf ontvangen nieuwsbericht was gedurende 120 (!) uur na openbaarmaking beschermd.

92. Prantl, p.47; vgl. Pres Rb 's-Gravenhage 14 mei 1923, NJ 1923, 970 (Vaz Dias).

93. Prantl, p. 76-77; Stewart, p.426. De duur van de bescherming varieert per land: Denemarken en Finland (12 uur na publikatie), Noorwegen en Italië (16 uur), Turkije (24 uur) en Oostenrijk (prioriteitsrecht). In Denemarken, Finland en Noorwegen is de bescherming beperkt tot nieuwsberichten afkomstig van buitenlandse persbureaus en correspondenten. Zie Pinner, § 44 ("news service").

de echter reeds in hetzelfde jaar; de Volkenbondsråd vond het beter deze materie over te laten aan de nationale wetgever.⁹⁴

De bescherming van nieuwsberichten heeft ook nadien nog vele malen op de agenda's gestaan van allerlei internationale organisaties, waaronder de Unies van Bern (auteursrecht) en van Parijs (industriële eigendom). Zowel "Bern" als "Parijs" erkenden het belang van enige vorm van nieuwsbescherming, maar achtten zich met betrekking tot deze materie niet bevoegd. Prantl constateert dat de nieuwsbescherming zich in een "niemandsland" tussen beide conventies bevond. Tot een verdrag is het mede daarom nimmer gekomen.⁹⁵

In de meeste landen, waaronder Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten, beperkte de reactie van de wetgever zich tot telecommunicatierechtelijke en/of specifiek strafrechtelijke oplossingen. Het bezit van een ontvangtoestel werd aan administratiefrechtelijke voorwaarden gebonden; het beluisteren, registreren en openbaar maken van niet voor het publiek bestemde radiosignalen werden verboden.⁹⁶

De roep om een exclusief (naburig) recht op nieuwsberichten heeft ook in Nederland herhaaldelijk geklonken, maar is nimmer door de wetgever gehonoreerd.⁹⁷ Tijdens de behandeling van de Auteurswet in de Tweede Kamer stelden enkele leden de vraag of de wet niet "streng moet waken tegen het kosteloos overnemen van gedeelten van den inhoud van dagbladen, waarvoor door deze groote sommen worden besteed". Gewezen werd op het overnemen van "kostbare beursberichten" en de "telegrammen van Reuter". "Zou wellicht een verbod in de wet zijn op te nemen, waarbij het als niet geoorloofd wordt verklaard telegrafische en telefonische berichten binnen een bepaalden tijd, b.v. 24 uren, na de openbaarmaking over te nemen?"⁹⁸ De Regering wilde echter

94. Prantl, p.57-60. Zie ook de ontwerp-modelwet, ontworpen door het secretariaat van de Volkenbond, te vinden bij Razi, p.160-161.

95. Prantl, p.66. Zie voor een overzicht van de belangrijkste initiatieven: P.J. Pointet, *La protection des informations de presse*, La Propriété Industrielle 1960, p.247. Enkele voorstellen zijn integraal afgedrukt bij Razi, p.159-166. Een voorbeeld is het "Avant-Projet d'Arrangement concernant l'interdiction des actes de concurrence déloyale en matière d'informations de presse", ontworpen door het BIRPI-secretariaat en in 1959 in Genève aanvaard door een comité van experts (La Propriété Industrielle 1959, p.187). Belangrijkste bepaling van het ontwerp-arrangement is art. 2:

"(1) Les informations de presse que des entreprises d'information ou des journalistes professionnels ont acquises par leur travail ou à leur frais, ne peuvent être licitement utilisées par des tiers en vue de leur diffusion qu'en conformité avec les usages honnêtes en matière commerciale et industrielle.

(2) Sont interdites en particulier:

a) la reproduction et toute communication publique des informations sans en indiquer clairement la source;
b) la reproduction et toute communication publique des informations dans les ??? heures qui suivent leur publication;

c) la reproduction systématique des informations, publiées ou communiquées au public, même si les dispositions des lettres a) et b) sont respectées".

96. Vgl. art. 441 WvS: "Met [...] wordt gestraft hij die de inhoud van hetgeen door middel van een onder zijn beheer staand of door hem gebruikt ontvangtoestel voor draadloze telegrafie of telefonie is opgevangen en, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, niet voor hem of voor het publiek bestemd is, hetzij aan een ander mededeelt, indien hij redelijkerwijs moet vermoeden, dat dan openlijke bekendmaking van de inhoud volgen zal en zodanige bekendmaking volgt, hetzij openlijk bekendmaakt". Zie ook art. 23 van het Internationaal Radioreglement, Trb. 1981, 78: "In the application of the appropriate provisions of the Convention, administrations bind themselves to take the necessary measures to prohibit and prevent:

a) the unauthorized interception of radiocommunications not intended for the general use of the public;
b) the divulgence of the contents, simple disclosure of the existence, publication or any use whatever, without authorization of information of any nature whatever obtained by the interception of the radiocommunications mentioned...".

97. Reeds een kleine eeuw geleden werd in Nederland uitvoerig gediscussieerd over enige vorm van "journalistiek auteursrecht"; zie Belinfante, p.17-29, alwaar (op p.21) een Commissie Funke c.s. wordt geciteerd: "De wet beschermt den zakelijken inhoud te weinig, den uiterlijken vorm te veel en te algemeen."

98. VV, Bijl. Handelingen TK 1911-1912, nr. 227, nr. 4, p.21.

zover niet gaan; wel werd aan het oorspronkelijke ontwerp in afwijking van de Berner Conventie de eis van *bronvermelding* toegevoegd. Voor het overige werd verwezen naar een passage uit het Rapport van de Commissie van de Berlijnse conferentie tot wijziging van de Berner Conventie: "nous sortions de notre domaine pour pénétrer dans celui de la concurrence déloyale".⁹⁹

Een vergelijkbare discussie deed zich voor bij de wijziging van de Auteurswet in 1930-1931. Opnieuw pleitten enkele kamerleden onder verwijzing naar de conferentie van de Volkenbond voor wettelijke bescherming van nieuwstijdingen. De gewenste beschermingstermijn bedroeg ditmaal 2 x 24 uur. Dit pleidooi viel bij een groot aantal andere kamerleden echter in verkeerde aarde: "Door erkenning van een uitsluitend recht op nieuwstijdingen wordt het auteursrecht buiten zijn natuurlijke grenzen uitgebreid. Nieuwstijdingen als zodanig kunnen toch moeilijk worden beschouwd als werken van letterkunde, wetenschap of kunst. [...] Zijn nieuwstijdingen of gemengde berichten eenmaal gepubliceerd, dan zijn zij publiek domein. Een ieder kan daarvan kennis nemen, dus ook de redacties van andere nieuwsbladen. [...] Aan de verspreiding van nieuwstijdingen behoort zoo weinig mogelijk belemmering in den weg te worden gelegd".¹⁰⁰

Ook de Regering bleek opnieuw weinig te voelen voor een exclusieve bescherming van persnieuws: "Die materie behoort tot het terrein van de concurrentie". Voorts wees de Regering er op, dat de Nederlandse wet in art. 441 WvS reeds een bescherming kende van nog niet gepubliceerde berichten, waardoor "de journalistieke primeur" zou zijn verzekerd "aan wien deze toekomt". Bovendien bood de Auteurswet aan *gepubliceerde* nieuwsberichten wel degelijk enige bescherming. Immers, bronvermelding was verplicht "en zelfs niet alleen voor een korten tijd".¹⁰¹

In Duitsland is eveneens gedurende vele jaren gepleit voor een vorm van nieuwsbescherming. De lobby van de persbureaus had in zoverre succes, dat in 1932 een "Referententwurf" (voorontwerp) het licht zag, waarin aan "de beroepsmatige verzamelaar van nieuwsberichten" een aantal rechten werd toegekend en wel:

- een prioriteitsrecht;
- een recht op bronvermelding; en
- een verbodsrecht met betrekking tot 'unlautere Verwertung' door derden (piraterij).¹⁰²

Het prioriteitsrecht schiep een exclusief, overdraagbaar recht van eerste publikatie, dat na rechtmatige openbaarmaking van het nieuwsbericht zou zijn

99. MvA, Bijl. Handelingen TK 1911-1912, nr. 227, nr. 5, p.26. Deze opmerking lijkt weinig consequent, waar de Regering in hetzelfde wetsontwerp de auteursrechtelijke bescherming van niet-persoonlijke geschriften uitdrukkelijk wens te saueren.

100. VV, Bijl. Handelingen TK 1930-1931, nr. 254, nr. 8, p.19-20. Typerend voor de gevoelens terzake is de interventie van het kamerlid Viegen tijdens de openbare beraadslaging over het wetsvoorstel (Handelingen TK 1930-1931, p.2306): "De heer Schaepmans [voorzitter van nieuwsbescherming] gaat uit van den gedachtegang, dat een bericht dat in een courant komt, het eigendom blijft van dengene die het in de courant zette, een soort eigendomsrecht dus. Stel, er is een brand, een journalist constateert dien, zet het in de courant, dan is het bericht eigendom van die courant. Dat is toch een verkeerd uitgangspunt. Wanneer ik eenmaal een nieuwtje publiek heb gemaakt, is het in den eigenlijken zin van het woord geen nieuws meer, ik heb dat karakter er aan ontnomen door het publiek te maken. [...] Een bescherming in dezen zin, dat een dergelijk bericht een monopolie blijft van degene, die het publiceert, is onmogelijk".

101. MvA, Bijl. Handelingen TK 1930-1931, nr. 254, nr. 9, p.23.

102. Prantl, p.61.

uitgeput. Het recht op bronvermelding en het verbodsrecht hadden in het voorstel een beperkte duur: tot aan het einde van de dag na publikatie van het nieuwsbericht (maximaal 48 uur derhalve). Niet ieder nieuwsbericht zou beschermd moeten worden, maar alleen "die durch Arbeit und Aufwendung erlangte Nachricht". De voorgestelde regeling had daarmee duidelijk het karakter van "Leistungsschutz". Tot wetsvoorstel heeft het voorontwerp het nimmer gebracht.

Tijdens de herziening van het Duitse auteursrecht in het begin van de jaren zestig werden opnieuw pogingen gedaan de nieuwsverzamelaar een eigen recht te verschaffen. Voor een dergelijk recht pleitte onder meer Hubmann.¹⁰³ Tevergeefs: tot de "Leistungsschutzrechte" die in de nieuwe Duitse auteurswet een plaats kregen, behoorde geen naburig recht op nieuwsberichten.

DE ZAAK *INTERNATIONAL NEWS SERVICE v. ASSOCIATED PRESS*

In de Verenigde Staten is van een vorm van wettelijke nieuwsbescherming, afgezien van een in 1884 in de Senaat gestrand wetsvoorstel¹⁰⁴, nimmer serieus sprake geweest. Daaraan bestond sedert 1918 ook nauwelijks behoefte meer, nadat het Amerikaanse Hooggerechtshof - in een veel geciteerde "landmark decision" - op basis van het ongeschreven mededingingsrecht bescherming toe-kende aan een persbureau. De feiten in *International News Service v. Associated Press*¹⁰⁵ zijn typerend voor de problemen waarmee de persbureaus in het tijdperk van de telegraaf te kampen hadden. Eiser in eerste aanleg AP, een coöperatief persbureau waarbij een groot aantal Amerikaanse dagbladen is aangesloten, klaagde over piraterij van AP's nieuwsberichten door concurrent INS (onderdeel van het Hearst-imperium). Gedaagde verweerde zich o.m. met de stelling, dat de berichten in kwestie volstrekt rechtmatig waren verkregen, te weten door de aanschaf van de eerste edities van aan de oostkust verschijnende dagbladen, waarin het AP-nieuws was afgedrukt. Op deze wijze konden de op INS geabonneerde bladen aan de westkust van de Verenigde Staten het AP-nieuws gelijktijdig met de bij AP aangesloten bladen brengen.

J. Pitney, de auteur van de majority opinion, stelt voorop, dat er op de informatie vervat in de nieuwsberichten als zodanig geen auteursrecht bestaat. Dit impliceert echter niet, dat het INS vrij staat de nieuwsberichten van concurrent AP te pirateren. "In doing this defendant, by its very act, admits that it is taking material that has been acquired by complainant as the result of organization and the expenditure of labor, skill and money, and which is salable by complainant for money, and that defendant in appropriating it and selling it as its own is endeavoring to reap where it has not sown, and by disposing of it

103. Prantl, p.74-75. Hubmann, p.272, blijkt in 1987 nog steeds een voorstander van een droit voisin op nieuwsberichten: "Im Sammeln von Nachrichten durch die Nachrichtendienste und Nachrichtenbüros liegt jedoch eine schutzwürdige individuelle Leistung. [...] De lege ferenda sollte Nachrichten ein zeitlich kurzer Schutz derart gewährt werden, dass Abdruck und Wiedergabe innerhalb dieser Zeit zur Zahlung der üblichen Vergütung an das Unternehmen, das sie gesammelt hat, verpflichtet".

104. Razi, p.159.

105. *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (S.Ct. 1918). In zijn dissenting opinion bepleit J. Brandeis nog wel een wettelijke regeling; Brandeis acht een bescherming via het ongeschreven recht riskant: "[T]he creation or recognition by courts of a new private right may work serious injury to the general public, unless the boundaries of the right are definitely established and wisely guarded".

to newspapers that are competitors of complainant's members, is appropriating to itself the harvest of those who have sown".¹⁰⁶

Wel toegestaan, meent J. Pitney, is het gebruik van AP's nieuws als "tips to be investigated". Wij herkennen hier in statu nascendi het leerstuk van de "reverse engineering", zoals die in het voetspoor van de Amerikaanse Semiconductor Chip Protection Act is neergelegd in de Chipswet.¹⁰⁷ Het gaat hier, zo schreven wij eerder, om een vorm van plagiaat die met voldoende bloed, zweet en tranen gepaard is gegaan om door de vingers te worden gezien.¹⁰⁸

Piraterij, d.w.z. "the bodily appropriation of news matter, either in its original form or after rewriting and without independent investigation and verification" is echter een vorm van *unfair competition*. J. Pitney benadrukt overigens dat AP's "quasi property right" geen werking heeft tegenover de lezers van een dagblad en bovendien geen nieuwsmonopolie impliceert, "but only postpones participation by complainant's competitor in the processes of distribution and reproduction of news that it has not gathered, and only to the extent necessary to prevent the competitor from reaping the fruits of complainant's efforts and expenditure...". Anders gezegd: zodra AP's berichten geen "hot news" meer zijn, mag INS ze overnemen.¹⁰⁹

Van belang is ook de concurring opinion van J. Holmes, die aan AP een meer beperkte bescherming wil toekennen. Uitgaande van traditionele opvattingen over oneerlijke mededinging acht Holmes de overname van gepubliceerde nieuwsberichten *met bronvermelding* toegestaan. Zo niet, dan maakt de overnemer zich schuldig aan "misrepresentation"; immers, hij wekt ten onrechte de indruk zelf het nieuws gepaard te hebben.

Formeel vormt INS v. AP geen bindend precedent meer. De inhoud van het Amerikaanse mededingingsrecht (voor zover onderdeel van de common law) wordt sedert een uitspraak van het Supreme Court in 1938 uitsluitend bepaald door het recht van de verschillende staten.¹¹⁰ Omgekeerd verbiedt de preemption-regel van art. 301 USCA, dat staten "equivalente" rechten verlenen ter bescherming van voortbrengselen die "come within the subject matter of copyright". Aangenomen moet worden, dat art. 301 USCA geen ruimte laat voor "statelijke" informatiebescherming zonder meer.

106. INS v. AP is niet alleen op het gebied van het informatierecht een *landmark decision*. Veel belangrijker is nog, dat het Supreme Court hier voor het eerst met zoveel woorden de "misappropriation doctrine" erkent.

107. Zie art. 15 van de Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderprodukten, Stb. 1987, 484. Zie over de bescherming van chips: P.B. Hugenholz, Juridische bescherming van chips, BIE 1985, p.127; P.C. van Schelven, Bescherming van software en chips in juridisch perspectief, Lelystad 1986, p.111; Hugenholz/Spoor, p.65; C. Prins en F.C.M. Caris, Ons nieuwste intellectuele eigendomsrecht: een 'geplagieerde' wet, RM Themis 1987, p.472-487; A.P. Meijboom, Sui generis bescherming voor topografieën van halfgeleiderprodukten, BIE 1987, p.318. Zie m.n. de uitvoerige en zeer degelijke beschouwing van G. Frensel, Chipsbescherming, Zwolle 1988.

108. BIE 1985, p.130. Zie ook Van Engelen, p.251.

109. Men spreekt in dit verband wel van de "hot news doctrine": vgl. *Financial Information, Inc. v. Moody's Investors Service, Inc.*, 808 F.2d 204 (2nd Cir. 1986).

110. Zie P. Goldstein, in H. Dawid (ed.), *Pinner's World Unfair Competition Law*, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1978, § 44 ("news service"); United States of America.

Ook in Nederland en Duitsland hebben persbureaus en uitgevers van persorganen in een aantal gevallen bescherming gevonden in het mededingingsrecht. In 1923 beklagde het Amsterdamse persbureau Vaz Dias zich over de stelselmatige onderschepping van radiotelegrammen door journalist Nevens, die in het gelukkige bezit was van een "radiotelegrafisch ontvang-apparaat". Hoewel de berichten exclusief voor Vaz Dias waren bestemd, verkocht Nevens ze in de vorm van persberichten door aan diverse dagbladen. De president van de Haagse rechtbank oordeelde dat gedaagdes handelswijze in elk geval opleverde strijd met de goede trouw en de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹¹¹

Over de eventuele mededingingsrechtelijke bescherming van nieuwsberichten heeft de Hoge Raad zich nimmer expliciet uitgesproken. Aan een dergelijke uitspraak bestaat in ons land, in vergelijking met omringende landen, ook minder behoefte. De geschriftenbescherming biedt de nieuwsproducent een ruime mate van bescherming. Geheel onkwetsbaar is de Nederlandse nieuwsproducent echter niet. Op grond van art. 15 Aw heeft hij geen verweer tegen systematische overname van nieuwsberichten *door een ander persorgaan of nieuwsmedium*. Hoe de Hoge Raad te zijner tijd zou oordelen over een dergelijk geval van nieuwspiraterij is, gezien de recent gewezen reeks dubbelzinnige arresten over prestatiebescherming, moeilijk te voorspellen.¹¹²

Wellicht biedt de recente Duitse jurisprudentie op basis van de UWG een aanknopingspunt voor toekomstige Nederlandse ontwikkelingen. Zeer belangrijk lijkt in dit verband een uitspraak van het Bundesgerichtshof uit 1987 ("Informationsdienst").¹¹³ Volgens het Bundesgerichtshof was de overname van "Planungsinformationen" uit een informatieblad voor de bouwbranche in een concurrerende uitgave een geval van ongeoorloofde "identische Leistungübernahme". Het Bundesgerichtshof was van oordeel, dat hier sprake was van een "schutzwürdiges Leistungsergebnis mit wettbewerblicher Eigenart", zodat bescherming door het UWG in beginsel mogelijk geacht werd. De voor mededingingsrechtelijke Leistungsschutz noodzakelijke bijzondere omstandigheden waren i.c. gelegen in het systematische karakter van de prestatie-ontlening, waardoor gedaagde haar blad aanzienlijk goedkoper op de markt kon brengen en het voortbestaan van eisers informatiedienst in gevaar kwam.

Interessant is ook een uitspraak van het LG Düsseldorf uit 1988.¹¹⁴ Het Landgericht oordeelde, dat de stelselmatige overname van in dag- en weekbladen verschenen artikelen door een "Pressespiegel" ongeoorloofd was. Een beroep op de regeling van het perscitaat (art. 49 lid 1 UrhG) mocht gedaagde

111. Pres Rb 's-Gravenhage 14 mei 1923, NJ 1923, 970 (Vaz Dias). Gedaagdes handelen werd bovendien in strijd geoordeeld met het geldende (in een ministeriële beschikking neergelegde) verbod "aantekening te houden van radio-telegrafische seinen, welke worden opgevangen wanneer deze seinen voor een ander bestemd zijn..."

112. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 19, m.n. Van Nieuwenhoven Helbach, Computerrecht 1986, p.176, m.n. E.J. Dommering (Decca); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310, m.n. Wichers Hoeth, AMI 1988, 32, m.n. G.A.J. Schuijt (NOS-KNVB); HR 20 november 1987, NJ 1988, 311, m.n. Wichers Hoeth, Ars Aequi 1988, 869, m.n. H. Cohen Jehoram (Staat-Den Ouden); HR 24 februari 1989, RvdW 1989, 73, AMI 1989, 70 (BMG-Boogaard). Zie Th.C.J.A. van Engelen, Prestatiebescherming: een tip van de sluier?, BIE 1986, p.263; idem, Prestatiebescherming: De stand van zaken na KNVB/NOS en Staat/Den Ouden, RM Thémis 1989, p.281.

113. BGH 10 december 1987, AfP 1988, 32.

114. LG Düsseldorf 24 februari 1988, AfP 1988, 93 ("Pressespiegel"). Zie over de bescherming van nieuwsberichten via het UWG Prantl, p.82-97.

niet baten, omdat de "Pressespiegel" in kwestie louter uit overgenomen artikelen bestond; daarvoor was deze bepaling niet geschreven.¹¹⁵

BESCHERMING VAN NIEUWSBERICHTEN: EEN GEPASSEERD STATION?

Bestaat er in het huidige tijdsgewricht nog behoefte aan een vorm van nieuwsbescherming? Prantl betwijfelt dit. Door concentraties in het perswezen is het aantal zelfstandige kleine dag- en nieuwsbladen, waaronder zich van oudsher de ergste "nieuwspiraten" bevonden, drastisch afgenomen. Bovendien worden nieuwsberichten niet langer via onbeschermden radioverbindingen verspreid, maar via telex en andere min of meer beveiligde kanalen. Voorts speelt een rol, dat een prioriteitsrecht en een nieuwsmonopolie met "Sperrfrist" in de naoorlogse verhoudingen, die gekenmerkt worden door een snel toenemende verdichting en versnelling van het berichtenverkeer, onpraktisch en onuitvoerbaar zouden zijn. Door radio en televisie worden tegenwoordig ieder uur nieuwsberichten uitgezonden. Via de telefoon (wij voegen hier aan toe: teletekst en andere elektronische informatiediensten) is het laatste nieuws zelfs permanent beschikbaar. "Hier noch mit Prioritäten arbeiten zu wollen, wäre absurd".¹¹⁶

Men moet zich echter afvragen of de argumenten van Prantl (in 1982 op schrift gesteld) ook in 1990 valide zijn. Nieuwe "low-entry" media, zoals lokale omroepen, nieuwsbrieven en elektronische "bulletin boards", onttrekken zich grotendeels aan de macht van de grote mediaconcerns.¹¹⁷ Evenals in de jaren dertig verkeren de tegenwoordig gebruikte telecommunicatiemiddelen in een kwetsbare fase. Niet voor het publiek bestemde satellietsignalen kunnen door amateurs met eigen schotels worden onderschept, telecommunicatiecentrales en computers door "hackers" worden gekraakt. Daar staat tegenover dat onderschepping en/of openbaarmaking van niet voor het publiek bestemd telecommunicatieverkeer naar huidig recht reeds strafbaar is. Computerinbraak is snel op weg een strafbaar feit te worden en is thans reeds, indien gedetecteerd en schade veroorzakend, met civiele middelen te bestrijden. Met een "eigendomsrecht" op nieuwsberichten mogen dergelijke regelingen echter niet op één lijn geplaatst worden.

Het grootste probleem vormt echter niet een nieuwe generatie, met computers bewapende, nieuwsiraten maar het feit dat er tussen nieuwsbericht en niet-nieuwsbericht in de toekomst nauwelijks meer onderscheid gemaakt zal kunnen worden. In het begin van deze paragraaf concludeerden wij, dat het enige onderscheidende kenmerk van het nieuwsbericht gelegen is in de aard van het *medium* dat het bericht verspreidt. Nieuwsberichten zijn feitelijke mededelingen die door de "nieuwsmedia" worden verspreid, dat wil zeggen "die in een dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift zijn verschenen [...] door radio- of televisie zijn uitgezonden of zijn overgebracht per kabel door een draadomroepinrichting...". (art. 15 Aw). Dezelfde media komt de bevoegdheid toe aldus openbaargemaakte nieuwsberichten zonder toestemming over te ne-

115. Naar Nederlands auteursrecht is de knipselkrant wél toegelaten; zie H. Cohen Jehoram, Knipselkrant en auteursrecht, BIE 1985, p.173.

116. Prantl, p.72-74.

117. Prantl, p.78-80.

men. Zoals wij eerder constateerden, is de grens tussen wel en niet door art. 15 Aw aangewezen media momenteel reeds tamelijk willekeurig. Waarom wél kabeltelevisie en geen elektronische databank?

In de nabije toekomst zullen dergelijke, de aard van het medium betreffende, afbakeningsproblemen alleen maar toenemen. Waarom wel elektronische databank en geen CD-ROM? Waarom wel CD-ROM en geen gedrukte boeken? Vergelijkbare problemen komen wij tegen in het omroeprecht en het telecommunicatierecht, waar de traditionele grens tussen "publieke" en "private" sector door de introductie van allerhande omroepachtige diensten, zoals abonneetelevisie, Teletekst en kabelkrant, sterk vervaagd is. Deze problemen zijn symptomatisch voor de revolutionaire veranderingen die de informatie-industrie in deze tijden doormaakt. De traditionele "waterscheidingen" tussen drukpers en omroep, tussen omroep en telecommunicatiedienst, tussen telecommunicatiedienst en informatiedienst, tussen informatiedienst en drukpers zijn door de introductie van allerhande hybride informatietechnieken snel aan het verdwijnen. De media-gerichte oriëntatie, die de verschillende branches in de informatie-industrie traditioneel onderscheidde, wordt daardoor noodgedwongen vervangen door een inhoud-gerichte benadering; *media-exploitanten worden informatie-exploitanten*.

Wij voorspellen: het "nieuwsbericht" is (tenminste als auteursrechtelijk species) op den duur ten dode opgeschreven, tenzij wij het een nieuwe betekenis zouden geven. Een andere betekenis dan "feitelijke informatie" kunnen wij echter niet verzinnen. "Nieuwheid" is, zoals eerder bleek, niet bruikbaar; de "nieuwsmedia" verliezen onderscheidend vermogen. Denkbaar is nog het te zoeken in het "publiekgerichte" van het nieuwsbericht. Ook een dergelijk criterium biedt op den duur geen uitkomst. De proliferatie van nieuwe informatiediensten gaat gepaard met vergaande segmentering van het publiek. Tussen *massacommunicatie* (openbare communicatie) en *private communicatie* ontstaat een steeds groter grijs gebied van gespecialiseerde informatiediensten die in beginsel voor een ieder (die genoeg betaalt) openstaan, maar de facto een besloten karakter hebben. Wij zien deze ontwikkeling ook op het terrein van de nieuwsbrieven. Is een nieuwsbrief een massamedium?

Wij voorspellen: het "nieuwsbericht" wordt te zijner tijd samen met "Jan Publiek" begraven. De wettelijke beperkingen van het auteursrecht zullen in de toekomst niet meer van de aard van het medium, maar van de aard van de informatie en - in samenhang hiermee - de aard van de "branche" afhankelijk worden gemaakt. Informatie die in het algemeen belang vrij van auteursrecht dient te blijven (verkiezingsuitslagen bijv.) zal ook in de toekomst niet gemonopoliseerd mogen worden, niet omdat zij door "de nieuwsmedia" onder "het publiek" verspreid wordt, maar omdat zij *qua informatie* extra commercium dient te blijven.¹¹⁸ Voorzover bij bepaalde sectoren van de informatie-industrie in de toekomst nog behoefte mocht bestaan aan een *quid pro quo*-regeling, zoals thans in art. 15 Aw neergelegd, zal deze anders (meer specifiek) geformuleerd dienen te worden.

118. Vgl. Peters, p.5. De verspreiding van dergelijke informatie is als "public speech" in sterkere mate door de informatievrijheid beschermd dan commerciële "private speech".

Op *korte* termijn lijkt de situatie in Nederland geen aanleiding te geven voor ongerustheid. De nieuwsproducent staat in Nederland, auteursrechtelijk gezien, aanzienlijk sterker dan zijn oosterbuur of zijn transatlantische collega. Tegelijkertijd is zijn positie niet zó sterk, dat ongewenste monopolies dreigen te ontstaan. Op iets langere termijn ware te overwegen het nieuwsberichtenregime van art. 15 Aw onder te brengen in een mededingingsrechtelijke regeling. In elk geval zou duidelijkheid geschapen moeten worden over de toelaatbaarheid van (stelselmatige) overname van nieuwsberichten door andere media dan pers en omroep.

III.2.3 Wetenschappelijke onderzoeksresultaten

De mythe van de beschermde vorm en de vrije inhoud leeft voort in de vrij algemeen verdedigde opvatting dat de inhoud van wetenschappelijke werken niet beschermd is.¹¹⁹ Hoewel bij veel werkcategorieën tussen vorm en inhoud niet (meer) wordt gedifferentieerd, wordt bij wetenschappelijke werken het principe van de vrije inhoud - al dan niet onder verwijzing naar het hogere doel van een "vrije kennisoverdracht" c.q. de "Freiheit der Gedanken und Lehren"¹²⁰ - nog altijd vooropgesteld. Siegwart noemt het wetenschappelijk werk om deze reden het "stiefkind van het auteursrecht".¹²¹

De heersende leer op dit punt wordt door Troller als volgt vertolkt: "Der Gehalt der wissenschaftlichen Idee wird vom Wissenschaftler oft mit grossem Aufwand und mit viel Mühe erarbeitet, aber er ist nicht sein Geisteswerk. Der Wissenschaftler entdeckt ihn und schafft ihn nicht".¹²² En Nimmer vult aan: "Facts may be discovered, but they are not created by an act of authorship. One who discovers an otherwise unknown fact may well have performed a socially useful function, but the discovery as such does not render him an 'author'..."¹²³

In de Amerikaanse Copyright Act is deze opvatting zelfs met zoveel woorden terug te vinden: "In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or *discovery*, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated or embodied in such work".¹²⁴

Ook Kummer wil in het geheel niets weten van bescherming van de inhoud van wetenschappelijke werken. Wetenschappelijke inhoud ("Aussage") is volgens Kummer, zelfs als de inhoud onder omstandigheden - zoals in de "Geisteswissenschaften" - individueel moge heten, in geen geval auteursrechtelijk beschermd. Het bijzondere karakter van het wetenschappelijke werk sluit iedere vorm van monopolisering van de inhoud uit.¹²⁵ Kummer voert voor deze stelling twee redenen aan:

"Die wissenschaftliche Aussage tritt auf mit dem Anspruch, am gemeinsamen Gespräch um die Erweiterung der Erkenntnis teilzunehmen [...] Ihrem Wesen nach fordert sie daher freien Zugang für jeden; der *Verzicht auf Urheberschutz ist ihr notwendigerweise angeboren*. [...] Zum anderen ist freier Zugang zu den wissenschaftlichen Arbeitsergebnissen *tragende Säule unserer Kulturauffassung*. Wer sich der Wissenschaft verschreibt, macht sich zu ihrem

119. Vgl. o.a. Schricker/Loewenheim, p.105-107.

120. De Beaufort, p.164; Quaedyvlieg, p.76-77; Schricker/Loewenheim, p.105.

121. H. Siegwart, Abhandlungen zum Schweizer Recht, gecit. bij Möhring, p.155; vgl. Vischer, p.17.

122. Troller, p.355; vgl. Desbois, p.37-38.

123. Nimmer, § 2.11[A]. Vgl. *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F.2d 1365, 1368 (5th Cir. 1981): "[A] fact does not originate with the author of a book describing the fact. Neither does it originate with the one who 'discovers' the fact. [...] Thus since facts do not owe their origin to any individual, they may not be copyrighted and are part of the public domain available to every person". Nimmer, § 2.11[E], is het met deze uitspraak geheel eens: "The discovery of a fact, regardless of the quantum of labor and expense, is simply not the work of an author". Vgl. *Craft v. Kohler*, 667 F.Supp. 120 (S.D.N.Y. 1987): "Notwithstanding that enormous effort and great expense may have been required to discover factual information, it may, nonetheless, be freely taken from the original writer's copyrighted work and republished at will without need of permission or payment".

124. Artikel 102 (b) USCA, cursivering toegevoegd.

125. Kummer, p.106.

Diener, er tritt in die Anonymität des Heers der Forscher, die alle sich für ein das gesamte Wissen umfassendes, mächtiges Gemeinschaftswerk im Dienst des Erkennens einsetzen".¹²⁶

Wel beschouwd biedt Kummer aan de meeste wetenschappelijke werken *geen enkele* bescherming. De inhoud is, zo meent Kummer, uit de aard der zaak niet beschermd en de vorm ("Darstellung") is doorgaans onvoldoende *individueel*, want door de niet-beschermden inhoud goeddeels gedictieerd.¹²⁷

De strenge opvattingen van Kummer komen wij, in aangepaste vorm, tegen bij Quaadvlieg. Volgens Quaadvlieg heeft zijn "leer van het subjectieve werk" tot gevolg, dat de inhoud van vrijwel ieder wetenschappelijk werk (theologische "meditaties" wellicht uitgezonderd¹²⁸) geen auteursrechtelijke bescherming zal genieten. Immers, ook al is de inhoud origineel en in veel gevallen niet objectief controleerbaar, wetenschap impliceert per definitie *objectivering*.

Quaadvlieg heeft met deze gevolgtrekking overigens geen moeite; en wel om twee redenen. In de eerste plaats stelt hij: "de belangen van de auteurs zijn op grond van de auteursrechtelijke vormbescherming al voldoende veilig gesteld". In de tweede plaats voert Quaadvlieg aan, dat de wetenschappers zelf het objectieve element in hun werk op de voorgrond hebben gesteld. "Het was niet zozeer hun bedoeling de wereld iets strikt persoonlijks te laten horen, alswel iets van - eventueel verhoopte - algemene gelding".¹²⁹

BESCHERMING VAN WETENSCHAPPELIJKE INHOUD

Meer gematigd is opvatting van Ulmer, die uitdrukkelijk ruimte wil laten voor bescherming van inhoudelijke trekken. De "kern" van het wetenschappelijke werk moet echter, zo stelt Ulmer, vrij blijven.¹³⁰ Schricker sluit zich hierbij aan. "Das Interesse an freier wissenschaftlicher Diskussion gebietet nicht, das Urheberrecht auf die Hülse eines blossen Formschutzes zu reduzieren".¹³¹

Nog een of meer stappen verder gaan de opvattingen van Plander, Haberstumpf en Altenpohl, die van oordeel zijn dat het wetenschappelijke werk in veel gevallen louter qua *inhoud* een scheppend karakter heeft. Volgens Plander is de heersende leer, die aan wetenschappelijke inhoud wegens gebrek aan individualiteit geen bescherming wenst toe te kennen, ingegeven door wishful thinking. De stelling dat wetenschappelijke kennis geen eigen persoonlijk karakter heeft, schept de mogelijkheid "dem Grundsatz von der Freiheit wissenschaftlicher Ideen auf elegante Weise Rechnung zu tragen".¹³²

126. Kummer, p.107. Vgl. Vischer, p.18: "Das wissenschaftliche Werk ist seiner Natur nach nicht zweckfrei. Es ist ein Beitrag zur Diskussion durch die Fachwelt, ist eingebettet in ein über Jahrhunderte geführtes Gespräch mit immer neuen Fragen und Antworten, die verifiziert oder falsifiziert werden müssen. Schon diese Zweckbestimmung des wissenschaftlichen Werkes gebietet den freien Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen".

127. Kummer p.107-108.

128. Quaadvlieg, p.73.

129. Quaadvlieg, p.76, 73.

130. Ulmer, p.122. In gelijke zin P. Katzenberger. Urheberrecht und Naturwissenschaften. Die Naturwissenschaften 1975, p.555, 557. Tot een vergelijkbaar resultaat komt I. Cherpillod, L'objet du droit d'auteur, Lausanne 1985, p.66-68; zie Quaadvlieg, p.70-71.

131. Schricker, p.53.

132. Plander, p.35.

Volgens Plander is het persoonlijk karakter van de wetenschapper dikwijls nauw met het "Erkenntnisprozess" en het onderzoeksresultaat verweven. "Seine Phantasie entscheidet mit über der Art der wissenschaftlichen Fragestellung, über den Weg und die Methode der Erkenntnis, über die Frage etwa, inwieweit es sinnvoll ist, ein komplexes Problem in Teilprobleme zu ergliedern oder Teilprobleme zu grösseren Komplexen zusammenzufassen". Zou er zonder Marx ooit van dialectisch materialisme sprake zijn geweest, zo vraagt Plander zich retorisch af.¹³³

Met betrekking tot *historisch* onderzoek komt Ginsburg tot vergelijkbare conclusies. "Each historian may view a subject differently, and may devise different explanations for the same occurrence. The explanation, however intended to reveal the truth, in fact reveals the author's perceptions and inclinations". Ginsburg concludeert, dat geschiedkundige theorieën en historisch feitenmateriaal (qua selectie en organisatie van de gegevens) zeer wel oorspronkelijk kunnen zijn.¹³⁴

De opvattingen van Plander zijn nader uitgewerkt door Haberstumpf. Volgens Haberstumpf geldt de these dat wetenschappelijke inhoud wel degelijk "creatief" is, niet alleen voor de alfa- en gammawetenschappen, maar ook voor de exacte wetenschappen. Aan de hand van de wetenschapstheorieën van Hempel en Kuhn laat Haberstumpf zien, dat de heersende leer, die uitgaat van de "Vorgegebenheit" van natuurwetenschappelijke kennis, naïef is.¹³⁵ Aanvullende argumenten voor zijn stelling vindt Haberstumpf in de taalfilosofie. Volgens Haberstumpf gaan nieuwe inhoud en nieuwe uiting hand in hand. Haberstumpf concludeert, "dass auch für naturwissenschaftliche Erkenntnisse die Trennung zwischen dem Inhalt einer Theorie - oft wird gesagt der Theorie *an sich* - und der Form ihrer Darstellung keinen Sinn ergibt; denn jede neue Theorie erfordert eine neue äussere Form der Darstellung".¹³⁶

Ook Vischer acht het ontbreken van een oorspronkelijke vorm geen reden het wetenschappelijke werk niet te beschermen. De publikaties van chemici en mathematici verdienen evenveel bescherming als de "mehr literarisch ausgeformte Text eines Juristen".¹³⁷

Altenpohl sluit zich bij de voorgaande sprekers aan. Wetenschap is, zo merkt zij op, niet rechtstreeks uit de empirische buitenwereld, de natuur, af te leiden. "Da bestimmte empirische Befunde nur im Zusammenhang mit bestimmten Theorien und Axiomen relevant oder irrelevant sind, gibt es keine generell anwendbaren Induktionsregeln, die unmittelbar aus Phänomenen Erkenntnisse ableiten, wie gewisse Urheberrechtler immer noch anzunehmen scheinen".¹³⁸

Een probleem is echter, zo constateert Altenpohl, dat in de uiteindelijke vormgeving van het wetenschappelijke resultaat de creativiteit van het onderzoeksproces grotendeels verdwijnt. Het creatieve proces wordt bij publikatie zodanig gerationaliseerd, dat het wetenschappelijke resultaat logisch dwingend uit de probleemstelling en de eventueel verzamelde gegevens lijkt voort te

133. Plander, p.41.

134. Ginsburg, p.658-659.

135. Haberstumpf, p.66-68. Zie *supra* p.76.

136. Haberstumpf, p.70.

137. Vischer, p.20.

138. Altenpohl, p.119.

vloeien.¹³⁹ Ook een creatieve vraagstelling of feitenselectie verdwijnt groten-deels in de uiteindelijke publikatie van het onderzoek. De wetenschappelijke inhoud is "kleurloos" geworden.¹⁴⁰ Er zal dus, zo meent Altenpohl, een deskundige aan te pas moeten komen om te beoordelen of het onderzoeksproces voldoende creatief geweest is.¹⁴¹

Steun voor de opvattingen van Plander, Haberstumpf en Altenpohl biedt een arrest van het Hof van Beroep van Aix-en-Provence. In de zaak Markoos Sestios¹⁴² werd de overname zonder bronvermelding of "credits" van een originele archeologische hypothese als inbreuk op auteursrecht aangemerkt. Het Hof was van oordeel dat het auteursrecht bescherming bood aan "toute création, résultant d'un travail personnel de l'esprit et de l'intelligence, et constituant une production originale soit par la forme, soit par le fond".¹⁴³

Ook in de Verenigde Staten is een aantal uitspraken gedaan, waarin bescherming werd geboden aan "pure" inhoud. De belangrijkste daarvan is de uitspraak van het Court of Appeals (7th Circuit) inzake *Toksvig v. Bruce Publishing Co.*, waarbij aan de feitelijke gegevens in een biografie over Hans Christian Andersen auteursrechtelijke bescherming werd toegekend.¹⁴⁴ Volgens de zeer omstreden "Toksvig doctrine" is auteursrechtelijke bescherming van de resultaten van wetenschappelijke research mogelijk op grond van het door de wetenschapper geplengde "sweat of the brow". De Toksvig doctrine is typisch een vorm van prestatiebescherming. De feitelijke gegevens worden niet gemonopoliseerd, maar overname is slechts toegestaan, indien deze overname gepaard gaat met voldoende "independent research". Zie nader § III.3.3 *infra*.

DROIT DES SAVANTS

De heersende leer is anders: op de "kale" mededeling van een wetenschappelijke ontdekking rust geen auteursrecht. De ontdekking als zodanig ontbeert immers, zo wordt geleerd, ieder eigen persoonlijk karakter. Of de ontdekking met veel inspanning, kosten of moeite gepaard is gegaan, is auteursrechtelijk niet relevant.¹⁴⁵ Evenmin kan een ontdekking per se voorwerp van octrooirecht

139. Zo ook Wertheimer, gecit. bij Altenpohl, p.146: "Einstein's Veröffentlichungen enthalten seine Ergebnisse. Sie erzählen nicht die Geschichte seines Nachdenkens".

140. Plander, p.41.

141. Altenpohl, p.147.

142. Cour Aix 13 januari 1958, JCP 1958 II, 10412 (Markoos Sestios). Altenpohl, p.133-134, verwijst alleen naar de uitspraak in eerste instantie, Tribunal Civil de Marseille 11 april 1957, RIDA 1957, 139, GRUR 1957, 578.

143. Zie de kritiek op het arrest van H. Desbois, Revue trimestrielle de droit commercial 1958, p.555: "La cour, à la suite du Tribunal, commet une confusion, lorsqu'elle assimile à la composition, au plan, les données, les idées, prises en elles-mêmes, indépendamment de l'ordre selon lequel l'écrivain les a présentées ou enchaînées".

144. *Toksvig v. Bruce Publishing Co.*, 181 F.2d 664 (7th Cir. 1950).

145. Hubmann 1957, p.7.

zijn.¹⁴⁶ Volgens Hopkins bevindt zij zich in "the nether world between patent and copyright".¹⁴⁷

Ook het geschreven of ongeschreven *mededingingsrecht* biedt de wetenschappelijke ontdekker vermoedelijk niet de nodige garanties. Het mededingingsrecht gaat immers uit van het beginsel, dat prestatie-ontlening alleen onder *bijkomende* omstandigheden niet is toegelaten. In veel gevallen van wetenschappelijk "jatwerk" ontbreekt bovendien, zo meent Altenpohl, de voor toepasselijkheid van het Duitse en Zwitserse mededingingsrecht vereiste economische concurrentieverhouding.¹⁴⁸ Dit neemt niet weg, dat er zeker gevallen denkbaar zijn waarin een bestolen wetenschapper via het mededingingsrecht aan zijn trekken zal kunnen komen. Men denke aan gevallen van plagiaat die gepaard gaan met schending van een bijzondere vertrouwensrelatie (bijv. de verhouding promovendus-promotor), het ontvreemden van onderzoeksverslagen, wetenschappelijke spionage, et cetera.

Daarnaast zou men, in het voetspoor van de Duitse jurisprudentie, op basis van het *algemene* (niet-auteursrechtelijke) persoonlijkheidsrecht bezwaar kunnen maken tegen ongeoorloofde publikatie van nog niet eerder openbaar gemaakte onderzoeksresultaten.¹⁴⁹ Voorts wordt in de literatuur wel gepleit voor een *recht op bronvermelding* ter bescherming van de "Entdeckersehre" van de wetenschappelijke onderzoeker.¹⁵⁰

Al met al wekt het geen verbazing, dat gedurende de afgelopen honderd jaar herhaaldelijk gepleit is voor invoering van een zelfstandig ontdekkersrecht, bij voorkeur in de vorm van een aan het auteursrecht verwant *droit des savants* (ook wel "propriété scientifique" geheten).¹⁵¹ De eerste pogingen in deze richting werden eind vorige eeuw ondernomen door de ALAI. In 1922 werd in Frankrijk in het kader van een herziening van het octrooirecht voorgesteld ontdekkers (tezamen met uitvinders) een vormvrij "brevet d'auteur" toe te kennen, bestaande in een recht van vergoeding met betrekking tot commerciële toepassingen van de ontdekking. De duur van het voorgestelde recht, een kruising tussen auteursrecht en octrooirecht, werd gesteld op vijftig jaar post mortem auctoris. Wet is het Franse ontwerp nimmer geworden, evenmin als een gewijzigd voorstel uit dezelfde periode.

De Franse voorstellen resulteerden wel in een tweetal ontwerp-conventies van de Volkenbond. Het eerste ontwerp (voor een "Convention internationale constituant une Union pour la protection des droits des auteurs sur leurs découvertes ou inventions scientifiques") dateerde van 1923 en was zeer verwant

146. Art. 52 lid 3 Europees Octrooiverdrag. Over het verschil tussen *ontdekking* en *uitvinding* zie Beier/Straus, p.14: "Entdeckung ist die Auffindung oder Erkenntnis bisher unbekannter, aber objektiv in der Natur schon vorhandener Gesetzmässigkeiten, Wirkungszusammenhänge, Eigenschaften oder Erscheinungen; Erfindung ist dagegen die zweckgerichtete Lösung eines bestimmten Problems mit technischen Mitteln. Sie enthält eine Anweisung zur Veränderung oder Beeinflussung der Natur und führt unmittelbar zur Befriedigung eines gesellschaftlichen Bedürfnisses".

147. Hopkins, p.454; enigszins demagogisch voegt Hopkins, p.455, hier aan toe: "Both these patent and copyright exclusions miss the fundamental point that in the modern world, an idea is often all that a person can call his own".

148. Altenpohl, p.9.

149. Altenpohl, p.14-21; Plander, p.56, komt op basis van art. 12 lid 2 UrhG tot eenzelfde resultaat.

150. Hubmann 1957, p.14; vgl. Cour Aix 13 januari 1958, JCP 1958 II, 10412 (Markoos Sestios); Plander, p.65-66.

151. De nu volgende uiteenzetting over de bescherming van wetenschappelijke ontdekkingen is grotendeels gebaseerd op het Introductory report on "scientists' rights", UNESCO Bulletin, Vol. 6 (1953), p.3-29 en op Beier/Straus.

aan de Franse voorstellen.¹⁵² Het tweede ontwerp-verdrag (uit 1927) week in een aantal opzichten af van zijn voorganger. Belangrijk verschilpunt was de beschrijving van het object van bescherming: alleen wetenschappelijke ontdekkingen "susceptible d'une utilisation matérielle" zouden beschermd zijn. Daarmee werd bedoeld op iedere "utilisation contribuant à une production destinée au commerce". Met betrekking tot zodanig gebruik had de ontdekker opnieuw een recht op vergoeding; de duur van het recht was beperkt tot dertig jaar na (facultatieve) registratie bij een internationaal orgaan.

Zowel het eerste als het tweede ontwerp stuitte op grote bezwaren bij de aangesloten landen. Gevreesd werd dat een ontdekkersrecht remmend zou werken op de industriële ontwikkeling. Voorts werden vraagtekens geplaatst bij de verhouding tot het octrooirecht. Bovendien bestond grote onduidelijkheid over het object en de reikwijdte van een droit des savants. Tot een diplomatieke conferentie is het nimmer gekomen.

Na de oorlog is het verder betrekkelijk rustig gebleven op het internationale front. In praktisch alle westerse landen zijn wetenschappelijke ontdekkingen vrij van exclusieve rechten;¹⁵³ een situatie waar de meeste betrokkenen, wetenschappers inclusief, grosso modo mee tevreden lijken te zijn.¹⁵⁴

Anders is het gesteld in enkele socialistische landen, met name in de Sovjetunie, waar reeds vele jaren een op publiekrechtelijke leest geschoeid ontdekkersrecht bestaat. Wie op het terrein van de natuurwetenschappen een grensverleggende ontdekking doet, komt in aanmerking voor een *ontdekkersdiploma*, dat recht geeft op een zeker bedrag aan roebels. Diploma en roebels worden door het octrooibureau van de Sovjetunie verstrekt na een ingewikkelde procedure, waarin wordt onderzocht of er daadwerkelijk van een ontdekking in de zin der wet sprake is; de diverse academies van wetenschappen spelen daarbij een adviserende rol. Goedgekeurde ontdekkingen worden ingeschreven in het staatsregister voor ontdekkingen en officieel gepubliceerd.

Vooraf op aandrang van de Sovjetunie is in 1978 onder het aegis van de WIPO alsnog een verdrag tot stand gekomen: het Verdrag van Genève inzake de registratie van wetenschappelijke ontdekkingen.¹⁵⁵ Met een "droit des savants", zoals dat voor de oorlog werd nagestreefd, heeft het verdrag in feite niets meer te maken; het verdrag schept noch een exclusief recht, noch een vergoedingsrecht, maar strekt er uitsluitend toe een internationaal registratie- en informatiesysteem met betrekking tot (natuur)wetenschappelijke ontdekkingen in het leven te roepen, een en ander ter bevordering van de vrije toegang tot de resultaten van wetenschappelijk onderzoek. Toegetreden zijn tot dusver slechts enkele oostblokstaten, alsmede Marokko; ruimschoots onvoldoende voor het inwerkingtreden van het verdrag.

152. Voornaamste verschilpunt was, dat het ontwerp-verdrag ook de mogelijkheid van een (facultatief) depot inhield. Voorts werd de eis gesteld dat een ontdekking in voldoende mate (in vaktijdschriften, proceedings e.d.) openbaar gemaakt was.

153. Een notoire uitzondering is Spanje; volgens art. 47 van de Spaanse Octrooiwet dienen wetenschappelijke ontdekkingen met technische uitvindingen gelijk gesteld te worden. Volgens Beier/Straus, p.36 heeft deze regeling echter geen praktische gevolgen gehad.

154. Hubmann 1957, p.15 spreekt daarentegen van een "onbevredigende toestand".

155. De tekst van het verdrag is te vinden bij Beier/Straus, p.87-95.

Afzonderlijke vermelding verdient in dit verband het feit dat de Duitse auteurswet sedert 1965 bescherming toekent aan *wetenschappelijke uitgaven*. Het betreft hier een naburig recht met een duur van tien jaar na publikatie of produktie van de uitgave (art. 70 lid 3 UrhG). Het recht komt toe aan de *samensteller* ("Verfasser") van de uitgave; de inhoud van het recht is verder gelijk aan het auteursrecht, inclusief persoonlijkheidsrechten.

Voor bescherming komen slechts in aanmerking uitgaven van *niet* auteursrechtelijk beschermde *werken* of *teksten*. Met "werken" wordt bedoeld op werken in auteursrechtelijke zin, bijvoorbeeld klassieke literatuur, oude landkaarten e.d. "Teksten" zijn geschriften zonder persoonlijk karakter, bijvoorbeeld kronieken en oude logboeken.¹⁵⁶ Vereist is een zekere mate van "Leistungshöhe" en onderscheidend vermogen. De uitgaven moeten "das Ergebnis wissenschaftlich sichtender Tätigkeit darstellen und sich wesentlich von den bisher bekannten Ausgaben der Werke oder Texte unterscheiden" (art. 70 lid 1 UrhG). Deze laatste eis wordt gesteld met het oog op de *rechtszekerheid*.¹⁵⁷

De noodzakelijke wetenschappelijke arbeid wordt door het Bundesgerichtshof omschreven als "eine sichtende, ordnende und abwägende Tätigkeit unter Anwendung wissenschaftlicher Methoden".¹⁵⁸ De *ontdekking* van historische geschriften is op zichzelf geen "sichtende Tätigkeit".¹⁵⁹ Omgekeerd mag het ziften niet het karakter van scheppende arbeid krijgen; dan ontstaat gewoon auteursrecht en blijft art. 70 UrhG buiten toepassing.¹⁶⁰

Het spreekt vanzelf dat de grens tussen niet-scheppend schiften en schepend werk moeilijk te trekken valt.¹⁶¹ Het verbaast dan ook enigszins, dat in de praktijk op art. 70 UrhG slechts zelden een beroep wordt gedaan. Volgens Loewenheim houdt dit verband met de tradities in de "scientific community", waar het "not done" is te procederen.¹⁶²

EVALUATIE

Hoe nu te oordelen over het probleemkind van het auteursrecht: het wetenschappelijke werk? Wij zien in de literatuur twee stromingen. Volgens heersende opvattingen (die wij hier de klassieke leer noemen) is de meegedeelde idee (de "inhoud" van het werk) voor de wetenschapper een in de natuur of in de logica verborgen "gegeven". De wetenschapper schept niet, maar onthult. Hij kan de natuur niet zelf gestalte geven, maar moet zich voegen naar haar grillen. Hij is de boodschapper van Moeder Natuur. In deze visie beperkt zich de oorspronkelijkheid tot de wijze waarop de wetenschapper het door hem onthulde "gegeven" aan de wereld meedeelt. Aangezien de wetenschapper daarbij gebonden is aan de conventies van de wetenschappelijke verslaglegging, heeft het auteursrecht op wetenschappelijke werken volgens de klassieke

156. Möhring, p.160-161.

157. Möhring, p.161.

158. BGH 23 mei 1975, GRUR 1975, 667 ("Reichswehrprozess").

159. Möhring, p.161.

160. Schricker/Loewenheim, p.847.

161. BGH 23 mei 1975, GRUR 1975, 667 ("Reichswehrprozess"); Möhring, p.162-163; Vischer, p.21-22.

162. Schricker/Loewenheim, p.846.

leer weinig om het lijf. Vooral in de beta-wetenschappen zal de "vormbescherming" uitermate beperkt zijn.¹⁶³ De fysicus of mathematicus die publiceert, is gewend zijn taalgebruik en zijn betoogtrant zo strak, zo transparant en zo sober mogelijk te houden; daarbij wordt dikwijls gebruik gemaakt van puur formele kunsttalen, die weinig ruimte laten voor creatieve capriolen.

Merkwaardig genoeg lezen wij bij Quaedvlieg, aanhanger van de klassieke leer, dat de rechten van wetenschappers "in bevredigende mate zekergesteld" zijn, omdat de *vorm* waarin zij hun ideeën gegoten hebben, beschermd is.¹⁶⁴ Zoals Quaedvlieg elders laat zien aan de hand van een "puur functionele tekst", stelt deze "vormbescherming" juist bijzonder weinig voor. Zij betreft in zo'n geval hooguit de keuze van synoniemen en het eventuele gebruik van originele woorden of begrippen.

Volgens meer moderne opvattingen (die wij hier de "moderne leer" noemen) is het bedrijven van wetenschap een creatief proces, waarvan het resultaat, het wetenschappelijke werk, auteursrechtelijke bescherming verdient. Deze creativiteit kan zich in verschillende onderdelen van het onderzoeksproces manifesteren: in de probleemstelling, de hypothese, de onderzoeksmethode, de interpretatie van gegevens, de uitwerking van een theorie, het creëren van een nieuw begrippenapparaat, et cetera.¹⁶⁵ In de moderne leer wordt benadrukt, dat de "Vorgegebenheit der Welt" een fictie is. "Science does not rest upon solid bedrock", aldus Popper.¹⁶⁶ De werkelijkheid kent vele gezichten; waarheid heeft vele dimensies.¹⁶⁷ De wetenschapper onthult niet, maar schept een beeld van de natuur naar zijn eigen ideeën. De wetenschapper is geen boodschapper van Moeder Natuur, hij is de Schepper zelf.

Voor de moderne leer valt veel te zeggen; het wetenschappelijke onderzoeksproces is ongetwijfeld creatief. Zoals Popper opmerkt, bestaan er geen logische recepten voor het ontwikkelen van nieuwe ideeën. Een "rational reconstruction" van een wetenschappelijke ontdekking is onmogelijk; iedere ontdekking bevat een irrationeel element, waarbij "creative intuition" een belangrijke rol speelt.¹⁶⁸

Auteursrechtelijk beschouwd, bevat de leer van de "Vorgegebenheit" bovendien een zwakke plek. Indien alle kennis reeds a priori in "de natuur" aanwezig is, valt er van de door de aanhangers van deze leer gevreesde kennismonopolies minder te vrezen dan wel gesuggereerd wordt. Immers, het auteursrecht schept geen monopolies in eigenlijke zin, maar biedt slechts bescherming tegen *ontlening*. Een citaat van W.F. Hermans kan dit punt illustreren. "Wanneer het mogelijk was iedereen die de Bijbel of de Ilias uit z'n hoofd kende te doden en alle exemplaren van die boeken te vernietigen, zouden ze nooit meer op-

163. Vgl. BGH 21 november 1980, GRUR 1981, 352 ("Staatsexamenarbeit"), waarbij aan een biologische publikatie slechts minimale bescherming werd toegekend. Vgl. voor een voorbeeld uit de alfa-wetenschappen OLG Frankfurt 27 augustus 1981 ("Historikermanuskript"), gecit. bij Altenpohl, p.107-108. In casu oordeelde het OLG dat de resultaten van een langdurig historisch onderzoek, als zijnde wetenschappelijke "inhoud", vrij waren. De vormgeving van de resultaten werd bovendien niet voldoende individueel bevonden, omdat de historische feiten zakelijk, sober en in chronologische volgorde waren gepresenteerd.

164. Quaedvlieg, p.73.

165. Haberstumpf, p.66, wijst er op, dat allerlei begrippen die thans tot de wetenschappelijke standaardvocabulaire behoren ooit zijn geschapen: "atoom", "elektron", et cetera.

166. Popper, p.111.

167. Haberstumpf, p.68. De klassieke leer houdt geen rekening met het "pluralisme" van wereldbeelden "ohne dass man sagen kann, die Richtigkeit der einen schliesse die Richtigkeit der anderen aus".

168. Popper, p.32.

nieuw ontstaan. Maar als ieder spoor van de Stelling van Pythagoras werd uitgewist, zou zij een dag later weer gevonden zijn".¹⁶⁹

Indien de stelling van Hermans juist is, zou een eventueel auteursrecht op de stelling van Pythagoras weinig problemen oproepen. Voor dergelijke min of meer triviale ontdekkingen geldt bovendien, dat het *bewijs* van ontlening onmogelijk te leveren zal zijn. De "voordehandliggendheid" van het onderzoeksresultaat, die voor de aanhangers van de klassieke leer (mede) aanleiding is bescherming te weigeren, impliceert, indien een auteursrecht wél verleend zou worden, een zeer geringe mate van bescherming. Hier geldt *easy to copyright, difficult to infringe*.

Maar de moderne leer kent ook een zwakke plek. Het auteursrecht knoopt primair aan bij de *mededeling*, niet bij de scheppende arbeid ("Vorarbeit") die daaraan vooraf is gegaan.¹⁷⁰ In de mededeling van het wetenschappelijk onderzoeksresultaat is veel van deze creativiteit echter verdwenen. De fantasie, de originaliteit en de denkkraft van de wetenschapper gaan verloren in een sober, gerationaliseerd verslag, waarin de gepostuleerde hypothesen en theorieën aan bestaande inzichten, de wetten van de natuur en logica daaronder begrepen, en aan eventuele empirische gegevens worden getoetst.

Deze rationalisering is noodzakelijk teneinde het onderzoeksresultaat object van wetenschappelijke discussie (verifieerbaar c.q. falsifieerbaar) te maken. Wetenschappelijke beweringen moeten "intersubjectief" toetsbaar zijn.¹⁷¹ In het wetenschappelijke verslag wordt de mythe van de "Vorgegebenheit" der natuur in stand gehouden. Het wetenschappelijk onderzoeksresultaat verliest met terugwerkende kracht zijn oorspronkelijk karakter.

Gevolg is, dat het wetenschappelijk werk dikwijls *qua mededeling* weinig individuele, het werk identificerende kenmerken vertoont.¹⁷² De opvatting van de "modernen" (Plander, Haberstumpf, Altenpohl), die de oorspronkelijkheid van het wetenschappelijke werk primair in het onderzoeksproces zoeken, leidt in extremis tot merkwaardige en onbevredigende resultaten. Een auteursrecht gebaseerd op scheppende research zou, indien deze research resulteert in ogenschijnlijk eenvoudige (niet-complexe) mededelingen ("E=mc²", "Er is geen leven op Mars"), verdampen tot een uiterst zwak, moeilijk te bewijzen en dus moeilijk te handhaven auteursrecht. Hiermee zou noch het belang van de wetenschapper, noch de rechtszekerheid gediend zijn.

Het dilemma van de "moderne leer" kan op verschillende manieren worden opgelost. Men kan, zoals Altenpohl voorstelt, het meegedeelde onderzoeksresultaat door deskundigen laten onderzoeken op eventuele "onderzoekscreeviteit". Deze suggestie doet denken aan de eis van "Überdurchschnittlichkeit" die door het Duitse Bundesgerichtshof ten aanzien van technische en

169. W.F. Hermans, *Dinky Toys*, Amsterdam 1988, p.17.

170. Zie HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 (Van Gelder/Van Rijn) en HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator). Vgl. Quaedvlieg, p.27: "Naar mijn idee moet niet alleen het scheppen, maar ook de schepping, het resultaat, creatief zijn". Deze benadering lijkt ook ten grondslag te hebben gelegen aan HR 5 januari 1979, NJ 1979 m.n. L.W.H. (Heertje/Hollebrand), waar de aandacht primair uitging naar de *oorspronkelijke opzet* van het boek van Heertje.

171. Popper, p.44.

172. Vgl. BGH 25 november 1958, GRUR 1959, 251 ("Einheitsfahrtschein"); het BGH aanvaardde géén bescherming, omdat de oorspronkelijke "Gedankeninhalt" (een nieuw plaatskaartencontrolesysteem) in het kaartje zelf niet tot uitdrukking kwam.

wetenschappelijke werken wordt gehanteerd.¹⁷³ Het gebrek aan (her)kenbaar "eigen karakter" (we zouden ook kunnen zeggen: gebrek aan syntactische oorspronkelijkheid) wordt hierdoor echter niet gecompenseerd.

Een andere oplossing is het accent te verleggen naar het semantische aspect van de mededeling (de "inhoud"). Daarbij zou, zo stelt Haberstumpf, ook de "Gedankeninhalte" die *impliciet* in het werk tot uitdrukking komt, moeten worden meegeteld. Indien het meegedeelde onderzoeksresultaat, ook al bestaat het slechts uit weinig woorden, *nieuwe kennis* toevoegt aan de bestaande stand van de wetenschap zou de *meegedeelde inhoud* bescherming verdienen. De noodzakelijke rechtszekerheid wordt hierdoor echter evenmin verkregen.

Rechtszekerheid biedt wel een registratiestelsel, zoals wij dat kennen uit het Amerikaanse auteursrecht. Een dergelijk stelsel zou tenminste twee doelen kunnen dienen: in de eerste plaats het identificeren van de ontdekking door het toevoegen van een element van publiciteit (in zakenrechtelijke zin), in de tweede plaats het verbeteren van de bewijspositie van de pretense ontdekker.¹⁷⁴ Voorts zou op deze wijze de naleving van een eventueel *droit à la paternité* bevorderd worden.

In de praktijk fungeert (vooral in de beta-wetenschappen) reeds een soort registratiestelsel. De publikatie van onderzoeksresultaten in wetenschappelijke tijdschriften heeft, gezien vanuit de individuele wetenschapper, het karakter van een *claim*. De prioriteit wordt na toetsing door één of meer zogenoemde "referees" quasi-formeel vastgelegd. Wetenschappelijk plagiaat kan zodoende effectief voorkomen resp. ontzenuwd worden.

Kwetsbaar lijkt het wetenschappelijke werk vooral in gevallen van popularisering en/of plagiaat in de sfeer van de alfa- en de gamma-wetenschappen, waar onvoldoende controle op de nieuwigheid of originaliteit van wetenschappelijke publikaties wordt uitgeoefend. Een complicatie vormt hierbij het feit, dat in de alfa- en gamma-wetenschappen de dialectische methode dikwijls prevaleert boven het streven naar nieuwigheid. Voorts geldt, dat in deze gebieden niet alleen belangrijk is *wat* er geschreven wordt, maar ook - en vooral - *wie* de auteur is. Het valt dan ook te betwijfelen, of een registratiestelsel in de alfa- en gamma-wereld veel nut zou hebben.

In één opzicht zijn de aanhangers van de beide opvattingen (klassieke en moderne leer) het roerend eens. Een auteursrecht op de resultaten van wetenschappelijk onderzoek staat op gespannen voet met het algemeen belang gelegen in een vrij verkeer van wetenschappelijke kennis en ideeën. De "branche-opvattingen" sluiten hierbij aan; in de wetenschappelijke wereld wordt een relatief grote mate van ontleeningsvrijheid getolereerd. De eisen van verifieerbaarheid, falsifieerbaarheid en een vrij wetenschappelijk discours verdragen zich slecht met een monopolie op de gepresenteerde feiten en theorieën.

173. Vgl. BGH 9 mei 1985, GRUR 1985, 1041 ("Inkasso-Programm").

174. De bewijsrechtelijke merites van een registratiestelsel moeten echter niet worden overschat; zie Verkade/Spoor, p.40-51.

Exclusieve rechten op onderzoeksresultaten leiden bovendien tot intellectuele en economische verspilling, doordat onderzoek herhaald moet worden.¹⁷⁵ Anders gezegd: de wetenschappelijke *code* laat weinig ruimte voor auteursrechtelijke bescherming. Direct verband hiermee houdt de relatief beperkte *beschermingsbehoefte*. Na openbaarmaking van een wetenschappelijk onderzoeksresultaat, is de wens om gelezen en geciteerd te worden doorgaans sterker dan de behoefte aan exclusieve rechten. De meeste wetenschappers behoeven van het auteursrecht niet te leven.¹⁷⁶ In de beta-branche is het gebruikelijk, dat de publicerende auteur zijn auteursrecht zonder enige vergoeding aan de uitgever overdraagt.¹⁷⁷ Het is zelfs niet ongewoon, dat voor publikatie in een wetenschappelijk tijdschrift *betaald* moet worden.

Dit betekent niet, dat de moderne leer moet worden afgewezen. Het is, zoals wij eerder stelden, voor een zuivere begripsvorming beter bij het bepalen van het object van auteursrecht aan het algemeen belang in eerste instantie geen doorslaggevende betekenis toe te kennen.¹⁷⁸ Wij zijn het dan ook eens met Plander, waar hij voorstelt de discussies over het wetenschappelijke werkbegrip tot "Begriffsjurisprudentz" te verklaren en te aanvaarden, dat het wetenschappelijke werk ook - en vooral - inhoudelijke elementen omvat. Ernstig is dat niet, zo meent Plander, daarin bijgevallen door Haberstumpf; de noodzakelijke correcties ten gunste van het algemeen belang kunnen op het niveau van de *wettelijke beperkingen* worden aangebracht.¹⁷⁹ Zie *infra* § III.5.5.

Nog in een ander opzicht heerst consensus. Niemand ziet graag, dat niet-gepubliceerde onderzoeksresultaten worden "gestolen", waardoor derden met de "ontdekkerseer" gaan strijken. Met Plander valt daarom te pleiten voor een wetenschappelijk prioriteitsrecht (recht van eerste openbaarmaking), gebaseerd op c.q. naar analogie van het auteursrechtelijke droit de divulgation.¹⁸⁰ Uit moreel oogpunt valt eveneens veel te zeggen voor een recht op naamsvermelding.¹⁸¹ Handhaving van een dergelijk recht lijkt echter, gezien het hiervoor geschetste "individualiseringsprobleem", niet eenvoudig. Bovendien worden onderzoeksresultaten meestal snel overwoekerd door nieuwe kennis. Een wettelijk recht op naamsvermelding zou door de wetenschappelijke wereld, zo vermoeden wij, niet met gejuich worden ontvangen.¹⁸²

175. Jones, p.461. De tegenwerping dat duplicatie van experimenten juist nuttig en noodzakelijk is teneinde verificatie van onderzoeksresultaten mogelijk te maken, treft volgens Jones geen doel. Het herhalen van experimenten is in de huidige onderzoekspraktijk "a myth, a theoretical construct dreamed up by the philosophers and sociologists of science" (W. Broad en N. Wade, gecit. bij Jones, p.457).

176. Grosheide, p.117. De omgekeerde redenering komen wij tegen bij D.W.F. Verkade, Intellectuele eigendom, mededinging en consument, Deventer 1976, p.18, noot 65: "Dat juist in de wetenschapssector subsidiëring en salariering een veel groter rol spelen dan intellectuele eigendomsrechten, zal mede te maken hebben met de omstandigheid dat 'wetenschap' als zodanig geen voorwerp van deze rechten kan zijn".

177. M. van der Nat, Auteursrechtelijke problemen van een bèta-wetenschapper, Auteursrecht 1982, p.10.

178. Zie *supra* p.73.

179. Plander, p.58; Haberstumpf, p.77.

180. Plander, p.55-59. Plander stelt voor de bescherming van wetenschappelijke *inhoud* hiertoe te beperken. Na eerste openbaarmaking zou de auteur zijn exploitatierechten alleen ten aanzien van de *vorm* kunnen uitoefenen; de meegedeelde kennis zou na eerste openbaarmaking "gemeinfrei" dienen te zijn. Dit voorstel verdient o.i. geen navolging; de vruchteloze discussies over vorm en inhoud worden via een achterdeur weer binnen gehaald.

181. Baanbrekende onderzoeksresultaten worden dikwijls vernoemd naar hun "auteurs". Te wijzen valt op de Schroedinger-vergelijking, het Getal van Avogadro, de Constantie van Planck, de Steen van Rosette, et cetera. Het is echter onjuist aan deze praktijk een argument te ontleenen voor een recht op naamsvermelding. De naamgeving fungeert hier niet (primair) als eerbetoen, maar als middel tot identificatie van het onderzoeksresultaat.

182. Vgl. Haberstumpf, p.79, noot 53.

III.3 Bescherming van verzamelingen van feitelijke gegevens

"Although individual facts and their unadorned expression are not protected by copyright, the law has chosen to ignore the dictates of algebra and affords to the summation of one hundred or one million such elements a significant measure of protection. Compilations of facts have long rested securely within the scope of copyright".¹⁸³ Hoewel dit citaat ontleend is aan een beschouwing (van Denicola) over de bescherming van feitenverzamelingen¹⁸⁴ onder het Amerikaanse auteursrecht, lijkt deze stelling ook op het continentale auteursrecht van toepassing te zijn. Inderdaad geeft een overzicht van de jurisprudentie inzake verzamelingen van feitelijke gegevens in Nederland, West-Duitsland en de Verenigde Staten een groot aantal uitspraken te zien waarin zonder al te veel problemen aan dergelijke verzamelingen enige vorm van auteursrechtelijke bescherming werd toegekend.

Zoals Denicola constateert, bestaat er een op het eerste gezicht onlogische tegenstelling tussen het ontbreken van auteursrechtelijke bescherming voor "losse" feitelijke gegevens en de min of meer probleemloze bescherming van *verzamelingen* van dergelijke gegevens. In hoeverre "the dictates of algebra", die voorschrijven dat tienduizend maal nul nul is, inderdaad door wetgever en rechtspraak worden genegeerd, wordt in het navolgende onderzocht. Gezien de overvloedige jurisprudentie zullen afzonderlijke paragrafen gewijd worden aan de situatie in Nederland, West-Duitsland en de Verenigde Staten. Voorts zal nog enige aandacht worden besteed aan de bijzondere bescherming van feitenverzamelingen in de Skandinavische landen en aan de voorstellen van de Europese Commissie met betrekking tot de bescherming van databanken.

III.3.1 Nederland

De vraag of een feitenverzameling voldoende "eigen persoonlijk karakter" heeft om *uit dien hoofde* aanspraak op auteursrechtelijke bescherming te maken is in de Nederlandse jurisprudentie en rechtsleer nooit uitvoerig aan de orde gesteld. Voornaamste oorzaak van deze lacune is het feit dat dit vraagstuk geheel wordt overschaduwd door de kwestie van de geschriftenbescherming. De bijzondere bescherming die geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter onder de Nederlandse Auteurswet genieten heeft de vraag of feitenverzamelingen onder het Nederlandse auteursrecht als "oorspronkelijke werken" beschermd zijn, immers goeddeels overbodig gemaakt.

183. Denicola, p.527.

184. De term "feitenverzamelingen" wordt in dit boek om stilistische redenen gehanteerd. Inderdaad is deze term gezien § III.1 minder correct.

Uit een arrest van het Arnhemse Gerechtshof¹⁸⁵ blijkt echter dat deze vraag onder omstandigheden wel degelijk van belang kan zijn. Aangezien het Hof aan de "data sheets" waarvoor auteursrechtelijke bescherming werd ingeroepen geen bescherming als onpersoonlijk geschrift wenste toe te kennen (naar het voorlopige oordeel van het Hof was niet onaannemelijk dat de gegevens van gedaagde *niet* aan de "data sheets" van eiser, maar aan een andere bron waren ontleend), moest worden nagegaan of de "data sheets" in kwestie wellicht als normaal auteursrechtelijk beschermde "werken van wetenschap" waren te beschouwen. Hieromtrent overwoog het Hof:

"Naar het voorlopig oordeel van het Hof kunnen de [...] 'Decca Chain Data Sheets' inhoudende de uitkomsten van technische berekeningen van de lengten en breedtegraden van de diverse radiozendstations, de frequenties en de voortstuwingssnelheden van de radiosignalen, de coördinaten, de golflengtes en wijde van de 'lanes' niet worden beschouwd als een zodanig resultaat van creatieve wetenschappelijke activiteit dat deze als voortbrengsel op het gebied van wetenschap in de zin van art. 10 onder 10 voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kunnen komen".

Ook in de uitspraak van de vice-president van de Utrechtse rechtbank inzake Van Dale/Romme bleef de geschriftenbescherming buiten beschouwing.¹⁸⁶ Geoordeeld werd, dat de verzameling *trefwoorden* opgenomen in de Grote Van Dale auteursrechtelijke bescherming toekwam, als zijnde "het resultaat van creatieve arbeid". Daarbij werd beslissende waarde toegekend aan het feit, dat nieuwe woorden uitsluitend worden opgenomen, indien zij voldoen aan de "door de samenstellers ontwikkelde eigen selectiecriteria". Het overnemen van de trefwoorden in Romme's voor kruiswoordpuzzelaars bedoelde computerbestand was volgens de vice-president aan te merken als ongeoorloofde verveelvoudiging, ook al was de alfabetische rangschikking van de trefwoorden in Romme's bestand goeddeels verdwenen.

Voorts is in de Nederlandse Jurisprudentie een aantal rechterlijke uitspraken te vinden waarbij aan feitenverzamelingen auteursrechtelijke bescherming werd toegekend zonder dat de rechter zich daarbij (uitdrukkelijk) heeft beroepen op de bescherming die de wetgever aan "alle geschriften" heeft verleend. Het betrof hier in chronologische volgorde een effectenkoerslijst¹⁸⁷, een adresboek¹⁸⁸ en een telegraafcodeboek.¹⁸⁹

Vermelding verdient tevens een aantal uitspraken over de bescherming van aardrijkskundige kaarten.¹⁹⁰ In alle gevallen werd auteursrecht op de kaarten in

185. Hof Arnhem 10 november 1984, te kennen uit HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Decca); zie ook de noot van E.J. Dommering, *Computerrecht* 1984-1985, nr. 4, p.34-37.

186. Pres Rb Utrecht 17 augustus 1989, nog niet gepubliceerd (Van Dale/Romme).

187. Hof Amsterdam 15 juni 1917, W 10163 (koerslijst effecten).

188. Pres Rb Amsterdam 8 maart 1923, W 11046 (adresboek).

189. Rb Rotterdam 30 juni 1927, NJ 1927, 977 (telegraafcodeboek).

190. Rb Amsterdam 26 januari 1914, NJ 1914, 599 (stadsplattegrond); Rb Leeuwarden 2 november 1916, NJ 1917, 1096 (kaart voor scheepvaart en watersport); Pres Rb Den Bosch 16 februari 1976, BIE 1977, 259 (plattegronden van vakantie-oorden); Kg Amsterdam 26 april 1985, BIE 1986, 196 (stadsplattegrond); Rb Roermond 14 juli 1988, IER 1989, 68 (Cito-plan).

kwestie aangenomen; aan een onderzoek naar beschermde en niet-beschermde elementen is geen der betrokken instanties echter toegekomen.¹⁹¹

Geen auteursrechtelijke bescherming gunde de Rechtbank Rotterdam aan Keesings couponregister. De rechtbank overwoog, dat gedaagde "door het veelelvoudigen enkel van eenige uit [eisers couponregister] gelezen berichten in haar eigen register van blauwe kaarten [...] juist die oorspronkelijke manier van verwerking niet [had] overgenomen".¹⁹² In enkele gevallen werd voorts bescherming verleend op grond van het *mededingingsrecht* (art. 1401 BW).¹⁹³

GESCHRIFTENBESCHERMING

In een aanzienlijk groter aantal gevallen hebben Nederlandse gegevensverzamelaars geprofiteerd van de geschriftenbescherming. In 1891 verleende de Hoge Raad bescherming aan een *feestwijzer*¹⁹⁴ (een agenda van festiviteiten), in 1895 aan een *predikbeurtenlijst*¹⁹⁵ (een programma van godsdienstoefeningen). Geen van beide drukwerken kon aanspraak maken op het predikaat "oorspronkelijk" in auteursrechtelijke zin. De Hoge Raad meende echter in de Auteurswet van 1881 te kunnen lezen, dat op *ieder* geschrift, hoe gering ook de letterkundige of wetenschappelijke waarde, auteursrecht rustte.

Deze arresten betekenden ten opzichte van de wet van 1817 een principiële verruiming. Object van bescherming onder de oude wet waren "letterwerken"; de in 1881 geïntroduceerde term "geschriften" was, volgens de Hoge Raad, een ruimer begrip. Nog in een ander opzicht hield de wet van 1881 een versterking in van de positie van de feitenverzamelaar. Volgens art. 5 van de oude wet rustte geen "regt van copij" op "gewone tijdwijzers en almanaken".¹⁹⁶ Op deze wettelijke beperking van het copijrecht werd door Televisier in 1965 vergeefs een beroep gedaan.¹⁹⁷

Feestwijzers en predikbeurtenlijsten waren in het fin de siècle bijzonder populaire voorwerpen van nadruk, evenals schouwburgprogramma's, zo blijkt uit de overvloedige lagere rechtspraak terzake. De geraadpleegde instanties verleenden in de meeste gevallen bescherming aan de drukkers van deze geschriften.¹⁹⁸

191. Zie over de bescherming van aardrijkskundige kaarten Van Lingen, p.52-53; Verkade/Spoor, p.71-72; Gerbrandy, p.94-95 en uitvoerig Quaedyvlieg, p.63-67.

192. Rb Rotterdam 28 november 1935, NJ 1936, 368 (Keesings couponregister).

193. Zie o.m. Pres Rb Haarlem 23 december 1960, BIE 1962, 26 (stratenboekje) en Pres Rb Amsterdam 25 juni 1981, BIE 1983, 147 (de Piraat).

194. HR 21 november 1892, W 6274.

195. HR 29 april 1895, W 6647.

196. Wet van 25 januari 1817, Stb. no. 5, gecit. in Het letterkundig eigendomsregt in Nederland - Weiten, traktaten, rechtspraak. Gebr. Belinfante, 's-Gravenhage 1865, p.28.

197. HR 25 juni 1965 no. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II).

198. Inzake een tijdwijzer: Rb Groningen 30 december 1894, Belinfante, p.99. Inzake predikbeurtenlijsten: Rb Amsterdam 10 februari 1888, Belinfante, p.132; Hof 's-Gravenhage 24 december 1891, Belinfante, p.138. Inzake schouwburgprogramma's: Rb Amsterdam, 3 januari 1910, Belinfante, p.103; Hof Amsterdam 14 februari 1913, NJ 1913, 1107. Het Amsterdamse Hof verleende in dit arrest een bijzonder ruime bescherming aan de uitgever van het programma van de Amsterdamse Stadsschouwburg. Het verweer van gedaagde dat hij niet aan het geschrift ontleend had, maar het programma had opgetekend tijdens de première van het toneelstuk in kwestie (het onvergelykelijke "Rosmersholm"), werd door het Hof terzijde geschoven, overwegende dat "niet bewezen hoeft te worden het bezigen van het geschrift, waarvan auteursrecht bestaat, als model, teneinde dit letterlijk na te drukken, waar het hier geldt de inbreuk op het auteursrecht, bestaande in het door den druk gemeen maken van een geschrift met denzelfden inhoud als dat waarvan auteursrecht bestaat". Een waarachtig *informatiemonopolie* derhalve!

De negentiende-eeuwse feestwijzer- en predikbeurtenjurisprudentie is wettelijk vastgelegd in de Auteurswet 1912, die in art. 10 lid 1 sub 1 - in afwijking van art. 2 Berner Conventie - auteursrechtelijke bescherming belooft aan "alle andere geschriften". Onder uitdrukkelijke verwijzing naar de tekst en de geschiedenis van de nieuwe wet verleende de Haagse Rechtbank reeds in 1913 bescherming aan een tabellarisch overzicht van de uitslagen van de verkiezingen voor de Tweede Kamer. De Rechtbank overwoog, "dat de Auteurswet 1912 in stellige en duidelijke bewoordingen erkent auteursrecht op *elk* geschrift, terwijl de wet wel verre van hiermede nieuwe banen te betreden, slechts uitdrukkelijk heeft bekrachtigd wat in verband met de jurisprudentie onder de oude wet reeds geldend recht was".¹⁹⁹

Eveneens als "geschriften" beschermd werden nadien (opnieuw) een predikbeurtenblad²⁰⁰, een prijscourant²⁰¹, een telefoongids²⁰², een prijsvraag²⁰³, een puzzle²⁰⁴, de spelregels en het spelbord van "Monopoly"²⁰⁵, een adresboek²⁰⁶, een tabellenboek ter berekening van het vetgehalte van melk²⁰⁷, een "vastenkaart" bestemd voor de jeugd ter stimulering van het misbezoek tijdens de vastentijd²⁰⁸, afbeeldingen van parketvloerpatronen²⁰⁹, Top 40-lijsten²¹⁰, spelregels²¹¹ en gebruiksaanwijzingen²¹².

In dezelfde lijn ligt een lange reeks uitspraken inzake *radioprogramma's* (lijsten van radioprogrammagegevens), te beginnen met een tweetal vonnissen van de Amsterdamse Rechtbank uit 1934 inzake "De Aethergids"²¹³ resp. "Rusland van heden"²¹⁴, spoedig gevolgd door het arrest van het Hof Amsterdam inzake "De Humorist"²¹⁵ en het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden inzake het "Nieuwsblad van Friesland"²¹⁶. De omroepverenigingen werden in deze zaken - met één uitzondering - steeds in het gelijk gesteld. Vermeldenswaard is in dit verband de overweging van het Amsterdamse Hof, dat "met de uit-

199. Rb 's-Gravenhage (strafkamer) 22 mei 1913, NJ 1913, 1212 (verkiezingstabel).

200. Kg Hilversum 27 april 1915, W 10202 (predikbeurtenblad Hilversum).

201. Rb Amsterdam 14 januari 1934, NJ 1934, 254 (Osram/Mercantilo).

202. HR 1 november 1937, NJ 1937, 1092 (Telefoongids Brummen); zie *infra* p.111.

203. Pres Rb Rotterdam 26 augustus 1937, NJ 1938, 70 (prijsvraag).

204. Rb Amsterdam 3 december 1940, NJ 1940, 1073 (puzzel).

205. Pres Rb Dordrecht 13 mei 1942, NJ 1943, 31 (Monopoly).

206. Pres Rb Arnhem 15 januari 1947, NJ 1947, 474 (adresboek Arnhem). De rechter benadrukte echter, dat de geschriftenbescherming geen monopolie verschaft ten aanzien van het door de opschriftsteller behandelde onderwerp, i.c. de uitgave van een adresboek voor Arnhem e.o. De uitgave van gedaagdes adresboek was daarom niet in strijd met eisers auteursrecht op een vijf jaar eerder verschenen gelijksoortige uitgave.

207. Pres Zwolle 15 maart 1948, NJ 1949, 55 (tabellenboek).

208. Pres Rb Alkmaar 16 februari 1956, NJ 1956, 635 (vastenkaarten). De President overweegt echter "dat bij dergelijk voor het gebruik van schoolkinderen bestemd drukwerk, dat kerkbezoek wil stimuleren door een kalender waarin het bezoek behoort te worden aangetekend, immers in het algemeen voorop moet worden gesteld, dat auteursrecht nimmer de betekenis kan hebben, dat daardoor (zoals bij octrooirecht) het, aan het in de handel brengen voorafgaand, er toe aanleiding gevende denkbeeld van een dergelijke kalender beschermd zou worden, doch de bescherming slechts toekomt aan inhoud en vorm van het geschrift, zodat irrelevant is of eiser [...] al of niet 'uitvinder' van de bedoelde kaart is".

209. Pres Rb Breda 6 mei 1958, NJ 1958, 576 (parketvloeren).

210. Pres Rb Amsterdam 10 februari 1977, Auteursrecht 1977, 66 (Nederlandse Top 40 I). Geen inbreuk constateerde Hof Arnhem 17 september 1979, BIE 1980, 53 (Nederlandse Top 40 II); het stond gedaagde vrij in haar eigen hitlijsten de corresponderende noteringen uit de Nederlandse Top 40 over te nemen. Vgl. daarentegen *West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc.*, 799 F.2d 1219 (8th Cir. 1986), waarover *infra* noot 298.

211. Pres Rb Assen 25 juli 1978, BIE 1979, 161 (Valkuil).

212. Rb Amsterdam 3 juni 1981, BIE 1984, 325 (dievenklauwen).

213. Rb Amsterdam 10 september 1934, NJ 1935, 797; Van Vollenhoven, p.13-14.

214. Rb Amsterdam 4 oktober 1934, NJ 1935, 801; Van Vollenhoven p.14-15.

215. Hof Amsterdam 16 mei 1935, NJ 1936, 923; Van Vollenhoven, p.15-16.

216. Rb Leeuwarden 16 september 1937, NJ 1939, 81; Van Vollenhoven p.19-20.

breiding tot 'alle andere geschriften' juist mede werd beoogd programma's onder de bescherming der Auteurswet te doen vallen". De enige vooroorlogse uitzondering betrof het arrest van het Hof 's-Gravenhage uit 1935 inzake de "Haagsche Telefoon-Radiogids". Onder verwijzing naar art. 15 Aw oordeelde het Hof, dat de programma's uit de omroepgidsen (als zijnde in tijdschriften of nieuwsbladen verschenen artikelen) vrij mochten worden overgenomen, aangezien in de omroepgidsen terzake geen voorbehoud was gemaakt.²¹⁷

HET TELEFOONGIDSARREST

De belangrijkste uitspraak van voor de oorlog is het Telefoongidsarrest van de Hoge Raad (strafkamer) uit 1937.²¹⁸ Volgens de rechter in eerste aanleg, de Rechtbank Zutphen, leverde het tenlastegelegde feit (nadruk van de gids van het rijkstelefoonnet Brummen) geen inbreuk op auteursrecht op, aangezien "een gids van een lokaal rijkstelefoonnet, slechts bevattende een opsomming van namen, adressen en telefoonnummers, niet kan gerekend worden te zijn een product van geestelijke arbeid...".²¹⁹ Het Gerechtshof Arnhem dacht hier echter anders over en overwoog:

"dat toch art. 10 der Auteurswet 1912 sub 1 inhoudt, dat die wet onder werken van letterkunde, wetenschap of kunst, verstaat: boeken, brochures, nieuwsbladen, tijdschriften en alle andere geschriften en de duidelijke strekking van dit wetsvoorschrift niet is om eenige voorwerpen te noemen, welke, indien zij letterkundige, wetenschappelijke of kunstwaarde bezitten, objecten van auteursrecht zullen zijn, maar om alle geschriften, onverschillig hun waarde op letterkundig, wetenschappelijk of kunstgebied eens voor al te plaatsen in de groep van voorwerpen, welke volgens het bepaalde bij art. 1 van dezelfde wet, voorwerp van auteursrecht kunnen zijn; dat een telefoongids [...] evenzeer als de met name in voormeld artikel 10 sub 1 genoemde voorwerpen valt onder het begrip geschrift en derhalve volgens de duiding van voormelde wetsbepaling onder het begrip 'werk van letterkunde, wetenschap of kunst'".²²⁰

Advocaat-Generaal Berger, auteur van een uitvoerige conclusie, was het op basis van de wetsgeschiedenis en de letter van de wet eens met de opvatting van het gerechtshof. Tegenover de door eiser tot cassatie opgevoerde critici (m.n. Van Praag en Snijder van Wissenkerke) stelde Berger: "Men moge nu al, met de door den geëerden pleiter aangehaalde schrijvers, dit stelsel betreurden [...] dit verandert niets aan het m.i. niet te loochenen feit, dat dit stelsel in ons positief recht is opgenomen...".²²¹ De Hoge Raad sloot zich aan bij 's Hofs arrest en de opvatting van Berger.²²²

Geheel gerustgesteld was de Staat der Nederlanden, auteursrechthebbende met betrekking tot de door de PTT uitgegeven telefoongidsen, hierdoor echter niet,

217. Hof 's-Gravenhage 28 oktober 1935, NJ 1935, 1651; Van Vollenhoven, p.16-17. Volgens Van Vollenhoven maken de omroepen sedertdien dit voorbehoud. Vgl. Hoge Raad 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radio-programma I): een volledig wekelijks radioprogramma is geen nieuwsbericht. Zie *supra* noot 73.

218. HR 1 november 1937, NJ 1937, 1092 (Telefoongids Brummen); Van Vollenhoven p.20-24.

219. Rb Zutphen 23 oktober 1936, gecit. in concl. AG Berger, NJ 1937, p.1549.

220. Hof Arnhem 3 juni 1937, gecit. in concl. AG Berger, NJ 1937, p.1549.

221. Concl. AG Berger, NJ 1937, p.1549.

222. NJ 1937, p.1551.

zo blijkt uit de Wet van 8 december 1938, Stb. 302, waarbij aan de Telegraaf- en Telefoonwet een nieuw art. 17 bis werd toegevoegd, luidende:

"Het vervaardigen, verspreiden of ter verspreiding in voorraad hebben van lijsten en dergelijke vermeldingen van bij den rijkstelefoondienst, of bij dien van een concessionaris aangesloten, of van andere gegevens betreffende den dienst benevens van nabootsingen, op welke wijze dan ook vervaardigd, van bij een der vorenbedoelde diensten, of bij dien der telegrafien in gebruik zijnde drukwerken, formulieren en bescheiden, anders dan vanwege of met toestemming van den Staat of den concessionaris, is verboden, onverminderd hetgeen terzake van deze voorwerpen in andere wetten is bepaald".²²³

In de Memorie van Toelichting werd deze bepaling gemotiveerd door te wijzen op de oprukkende automatisering van het telefoonverkeer en de daaruit voortvloeiende noodzaak de juiste telefoonnummers te kiezen.²²⁴ Een andere, meer belangrijke reden was, vermoeden wij, van commerciële aard. Abonneegegevens zijn geld waard; het verstrekken van deze gegevens resp. van licenties aan uitgevers van "gele gidsen" vormde - en vormt nog steeds - een bron van neveninkomsten voor de PTT.

Duidelijk blijkt uit de tekst van art. 17 bis T&Twet, dat het strafrechtelijke telefoonboekenmonopolie van de PTT, een niet-auteursrechtelijke regeling "sui generis"²²⁵, aanzienlijk verder ging dan de geschriftenbescherming. Art. 17 bis verbood koudweg *iedere* publikatie van lijsten met abonneegegevens, ongeacht de herkomst van deze informatie. Zelfs indien de gegevens in kwestie geheel op eigen onderzoek waren gebaseerd en er van overname en/of ontlening geen sprake was geweest, werd gehandeld in strijd met art. 17 bis.

Per 1 januari 1988 - met het van kracht worden van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen, die voor de Telegraaf- en Telefoonwet 1904 in de plaats is gekomen - is het strafrechtelijke telefoonboekenmonopolie echter gesneuveld.²²⁶ De verzelfstandigde PTT zal zich verder met de Auteurswet moeten behelpen; of deze voldoende bescherming biedt om "wilde" gidsen te bestrijden, valt te bezien.

DE RADIOPROGRAMMA-ARRESTEN

Het Radioprogramma

Het Telefoongidsarrest vormde de opmaat voor een reeks van vier arresten inzake de bescherming van "radioprogramma's", door de Hoge Raad na de oorlog gewezen. Inzet van het *eerste* Radioprogramma-arrest van 17 april

223. Artikel 17 bis T&Twet had reeds een quasi-auteursrechtelijke voorloper in een K.B. uit 1908. Vgl. Stelling IV bij de dissertatie van De Beaufort: "Het K.B. van 2 Juli 1908, houdende vaststelling van het auteursrecht van de tweemaal per jaar verschijnende Naamlijst voor den Telefoondienst, uitgegeven door het Hoofdbestuur der Posterijen en Telegrafie, Staatsblad no.213, berust op eene onjuiste opvatting van den aard van het auteursrecht".

224. MvT, Bijl. Handelingen TK 1937-1938, nr. 574, nr. 3, S&J nr. 67, 17e druk, p.52-53. Vgl. MvA Wet op de Telecommunicatievoorzieningen, Kamerstukken TK 1987-1988, 20369, nr. 6, p.64.

225. Hirsch Ballin/Rooij, p.7.

226. In art. 8 van het oorspronkelijke wetsvoorstel werd nog een poging gedaan het monopolie - in enigszins gewijzigde bewoordingen - te sauveren. Zie de kritiek in het VV (Kamerstukken TK 1987-1988, 20369, nr. 5, p.22) en het antwoord van de regering (Kamerstukken TK 1987-1988, 20369, nr. 6, p.64-65). Opvallend is, dat in de MvA (p.65) met zoveel woorden wordt gesteld, dat telefoongidsen en andere lijsten van abonnees "geschriften zonder persoonlijk karakter" zijn.

1953²²⁷ was - zeer toepasselijk - de uitgave van "Het Radioprogramma", bevattende de wekelijkse radioprogrammagegevens. Tegen deze uitgave hadden de omroeporganisaties AVRO, NCRV, KRO, VARA en VPRO uiteraard het grootste bezwaar. Het ledenbindende²²⁸ en ledenverwervende karakter van de omroepbladen zou, zo vreesden de omroepen, worden aangetast, indien het omroepbladenmonopolie zou worden prijsgegeven.²²⁹ In overeenstemming met het Telefoongidsarrest oordeelde de Hoge Raad - onder verwijzing naar de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis - dat de wet ook bescherming biedt aan geschriften waarbij naar hun aard geen sprake van scheppende arbeid zal zijn, zoals de radioprogramma's in kwestie.

Explicator

Belangrijker is het *tweede* Radioprogramma-arrest, ook wel Explicator-arrest geheten.²³⁰ Gedagde in kort geding, de NV Explicator, gaf een weekblad uit ("TV. Het onafhankelijke Weekblad voor Kijkers en Luisteraars"), waarin zonder toestemming van de vijf omroeporganisaties de omroepprogrammagegevens ten dele in gewijzigde, ten dele in verkorte vorm waren opgenomen. Explicator verweerde zich o.m. met de stelling, dat de gegevens in "TV" het resultaat waren van eigen nieuwsgaring. Immers, "TV" verscheen steeds enkele dagen eerder dan de omroepgidsen. De gegevens in "TV" waren, zo werd beweerd, gebaseerd op vanwege de omroepen verstrekte persberichten en op gedegen kennis van de zendschema's. De President achtte echter aannemelijk, dat ontleend was aan de zogenaamde "avant-programma's" (voorprogramma's), gestencilde lijsten met programmagegevens, die reeds enkele weken voor verschijning van de omroepbladen binnen de omroep circuleren.

Het vonnis werd in appel bekrachtigd. Het Hof sloot zich aan bij het oordeel van de President, dat de omroepen zich in beginsel konden beroepen op een auteursrecht op de "avant-programma's" (zijnde "andere geschriften" in de zin van art. 10 lid 1 sub 1 Aw). Met betrekking tot de vraag of er inbreuk op dit auteursrecht was gepleegd, meende het Hof dat "de vraag in hoever en waardoor Explicator bekend is, of kon zijn of worden met de inhoud van de geschriften, geen enkele rol speelt...". (r.o. 16). Deze uitdrukkelijke verwerping van het ontleningsvereiste hield in cassatie echter geen stand. Onder verwijzing naar de "copijrechtelijke" voorgeschiedenis van de geschriftenbescherming besliste de Hoge Raad, dat het auteursrecht slechts bescherming bood "tegen het, door ontlening aan het geschrift zelf, 'overnemen' van deszelfs inhoud".

Voorts overwoog de Hoge Raad "dat met name bij geschriften zonder persoonlijk karakter geen auteursrecht kan worden erkend van hem die het werk op schrift heeft gesteld, op den zakelijken inhoud - los van de opschriftstelling - van het geschrift". Dit betekende echter niet, dat bij geschriften zonder persoonlijk karakter de bescherming beperkt zou zijn tot de "schriftelijke vorm".

227. HR 17 april 1953, NJ 1954, 211 (Radioprogramma I).

228. Sedert 1965 heeft de koppeling tussen lidmaatschap en abonnement een wettelijke basis, aanvankelijk in het Radiobesluit 1965 en het in 1965 herziene Televisiebesluit 1956, vanaf 1967 in art. 13 lid 2 sub 8 Omroepwet, vanaf 1988 in art. 14 lid 2 Mediawet.

229. Zie H. Cohen Jehoram, Het omroepbladenmonopolie, AA 28 (1979), p.145-153; F. de Waal, Van auteursrecht tot omroepwet, AA 32 (1983), p.51-56.

230. HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator).

De Hoge Raad overwoog "dat, juist wijl auteursrecht op den inhoud van geschriften zonder persoonlijk karakter als radioprogramma's bestaat enkel omdat - en alleen voorzover - die inhoud in geschrifte is vastgelegd, bij inbreuk op het auteursrecht op zodanige geschriften een scheiding tussen een 'inhoud van een geschrift' die niet beschermd zou zijn, en een 'schriftelijken vorm' die wel bescherming geniet, niet kan worden gemaakt".

De Hoge Raad concludeerde vervolgens, dat "de samenstelling van een geschrift van overeenstemmenden inhoud doch tot stand gebracht op andere wijze dan door ontlening aan het beschermde geschrift" geen inbreuk zou opleveren.²³¹

Hijmans van den Bergh is blijkens zijn noot in de NJ zeer te spreken over de door de Hoge Raad gekozen benadering; hij spreekt van een "fraai arrest". De Hoge Raad heeft het juiste midden weten te vinden tussen een krampachtig vasthouden aan traditionele auteursrechtelijke dogma's en het monopoliseren van feitelijke gegevens. "Indien er in het geheel geen sprake is van artistieke of wetenschappelijke vinding of vormgeving, uit het geschrift blijkend, en indien daarin 'vrije' feitelijke gegevens zijn opgesomd, komt men allicht tot eigenlijk onhoudbare tegenstellingen tussen 'vorm' en 'inhoud' [...] en/of tot een bescherming, welke practisch verworden is tot een bescherming, niet van het geschrift, maar van de opgesomde gegevens, welke nu juist 'vrij' zijn".²³²

Ook Procureur-Generaal Langemeijer wijst in zijn conclusie op de gevaren van monopolisering van informatie. Het gaat niet aan, stelt Langemeijer, "een publikatie-monopolie te scheppen t.a.v. gegevens, die in feite niet geheim zijn, waarvan het ook niet in het algemeen een eis van maatschappelijke wenselijkheid of behoorlijkheid is, dat zij geheim blijven, en die op zichzelf ook niet de uitkomst van enige praestatie van iemand zijn, maar slechts de vastlegging in woorden van een van die vastlegging geheel los staande praestatie, namelijk het bedenken en verwezenlijken van een bepaalde reeks uitzendingen".

Maar waarin zit bij niet-persoonlijke programmageschriften nu precies het beschermde element? Wat zijn - in de bewoordingen van het Hof - de "wezenlijke eigenschappen" van een radioprogramma? Aan deze vraag wijdde het Hof een tweetal zeer interessante overwegingen, die door de Hoge Raad *wel* gesanctioneerd werden. Het Hof overwoog:

"dat bij dergelijke geschriften zonder eigen karakter het enig wezenlijke van het geschrift niet anders is dan dat het een programma is; dat een redelijke opvatting dan meebrengt, dat beschermd wordt geacht het programma als zodanig, bij radio-programma's derhalve de zakelijke mededeling van alle programma-onderdelen, zo nodig met zakelijke bijvermelding van uitvoerenden, sprekers, rolverdeling, plaats van handeling en dergelijke, onder aanduiding van de tijd, waarop deze onderdelen ten gehore zullen worden gebracht; dat radioprogramma's niet bestemd zijn om in volle omvang beluisterd te worden, doch om aan luisteraars een keuze te bieden, zodat de mogelijkheid om een

231. Uiteindelijk trok Explicator in deze procedure aan het langste eind. Na cassatie en terugverwijzing besliste het Hof Arnhem bij arrest van 28 november 1961, NJ 1962, 189, dat niet bewezen is dat Explicator zich aan overneming door ontlening aan de voorprogramma's van de omroepen, zoals door de Hoge Raad bedoeld, heeft schuldig gemaakt.

232. Noot HB bij HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Explicator), p.1106.

keuze te maken wel, daarentegen de chronologische rangschikking niet te beschouwen is als een wezenlijke eigenschap van een radioprogramma...".²³³

Vervolgens concludeerde het Hof "dat de vermelding van enkele uit een grote reeks programma-onderdelen van een radio-programma" geen inbreuk op zou leveren, "de publicatie van zoveel belangrijke onderdelen van het programma, dat gezegd moet worden dat de publicatie een voldoende ruime keuze mogelijk maakt" echter wel.

Betekent dit iets anders dan dat de "wezenlijke eigenschap" van een gegevensverzameling gelegen is in de gebruiksfunctie van de verzameling? Zo ja, ligt hierin dan toch niet besloten, anders dan de Hoge Raad kennelijk beoogt, een *informatiemonopolie*? Immers, de eerste opschriftsteller van een verzameling gegevens wordt hier beloond met een uitsluitend recht dat niet alleen bescherming biedt tegen *klakkeloze* overname (reproductie in ongewijzigde vorm/volgorde), maar ook tegen overname van de gegevens in een *volstrekt gewijzigde volgorde*. Zo beschouwd, gaat de geschriftenbescherming aanzienlijk verder dan het oorspronkelijke copijrecht, dat immers slechts tegen - min of meer ongewijzigde - nadruk bescherming bood.²³⁴

Televizier I

Uit auteursrechtelijk oogpunt niet rechtstreeks van belang is het *derde* Radioprogramma-arrest²³⁵, ook wel *Televizier I* geheten. Na Het Radioprogramma en Explicator was het nu de beurt aan de NV Televizier een weekblad uit te geven, "TeleVizier" geheten (een combinatie van het aloude "TV" en het blad "Vizier"), waarin zonder toestemming van de omroepen de radio- en televisieprogramma's waren opgenomen. En opnieuw lieten de vijf omroepen, ditmaal versterkt met de Stichting Centraal Bureau voor den Omroep in Nederland (CBO), geen juridisch middel onbeproefd het Hilversumse omroepbladenmonopolie te sauveren. De procedure resulteerde in twee arresten van de Hoge Raad, waarvan het eerste de eis in reconventie betrof.

Volgens Televizier handelden de omroepen onrechtmatig door haar de omroepprogramma's niet ter beschikking te stellen, terwijl de buitenlandse bladen (via het CBO) en de dagbladen *wel* van de nodige informatie werden voorzien. Een en ander leverde volgens Televizier ongeoorloofde discriminatie op, alsmede strijd met de vrijheid van nieuwsgaring. De Hoge Raad oordeelde echter,

233. Merkwaardig - maar in het licht van de toenmalige omroepsituatie wellicht verklaarbaar - is het feit dat het Hof de chronologische volgorde van een radioprogramma *niet* als een "wezenlijke eigenschap" wenste op te vatten. Een mogelijke verklaring is te vinden in het beperkte aantal radio- en televisiekanalen dat de omroepconsument in het begin van de jaren zestig ter beschikking stond. Een rubrieksgewijs geordende programmagids, zoals de uitgave van Explicator, was toentertijd nog praktisch bruikbaar; tegenwoordig zou een dergelijke gids nog maar nauwelijks te hanteren zijn.

234. Vgl. noot E.D. Hirsch Ballin bij het Explicatorarrest, AA 10 (1960-161), p.184; "Door [...] te overwegen dat aan de opsteller van dergelijke, een eigen karakter missende, geschriften geen verder reikende bescherming toekomt dan tegen het door ontlening aan het geschrift zelf overnemen van deszelfs inhoud, is het door de P.-G. gesignaleerde gevaar van het scheppen van een publikatie-monopolie t.a.v. zekere feitelijke stof bezworen. De bescherming overschrijdt niet de grens van een beveiligd zijn tegen dit 'overnemen', d.w.z. het verplaatsen van iets wat al eerder aldus op schrift was gesteld. [...] Een dergelijk tot zich trekken echter van iets wat reeds elders was vastgelegd, sluit een 'gewijzigd' overnemen als ene *contradictio in adjecta* zonder meer uit". Hirsch Ballin verzuimt echter te constateren, dat de Hoge Raad, door de overwegingen van het Hof over de "wezenlijke eigenschappen van een radioprogramma" te sanctioneren, een dergelijk "gewijzigd" overnemen juist wel binnen de sfeer van de geschriftenbescherming heeft gebracht.

235. HR 25 juni 1965 no. 9836, NJ 1966, 115 (Televizier I).

dat de omroepen voor de beweerde ongelijke behandeling goede gronden hadden, aangezien - zoals het Hof feitelijk had vastgesteld - de omroepen van Televisier wél, van de dagbladen en buitenlandse bladen daarentegen géén concurrentie te vrezen hadden. Ook het beroep op de garingsvrijheid leverde Televisier niets op. Uit art. 7 GW c.q. art. 10 EVRM vloeit niet voort "een verplichting [...] om de inlichtingen waarover men beschikt, aan derden te verstrekken". Zie verder p.158-159 *infra*.

Televisier II

De eis in conventie resulteerde uiteindelijk in het *vierde* Radioprogramma-arrest, ook wel *Televisier II* genoemd²³⁶, dat alleen al door zijn buitengewone omvang (veertien pagina's Nederlandse Jurisprudentie, exclusief conclusie en noot) historisch genoemd mag worden. In zijn arrest ging de Hoge Raad verder op de in Explicator ingeslagen weg, het creëren van een afzonderlijk quasi-auteursrechtelijk regime voor geschriften zonder eigen persoonlijk karakter. De gecompliceerde feiten in deze zaak maken het arrest echter moeilijk leesbaar.

Complicerende factor was met name de rol van de Stichting CBO, die in opdracht van de omroepen verantwoordelijk was voor de samenstelling en verzending (in gestencilde vorm) van de verkort vertaalde "buitenlandprogramma's" naar buitenlandse bladen en zusteromroepen. Vermoed werd, dat Televisier haar gegevens aan deze geschriften ontleende. Centraal stonden daarom twee vragen. Zijn deze "buitenlandprogramma's" beschermd? Zo ja, wie is dan rechthebbende?

De Hoge Raad beantwoordde beide vragen, kort samengevat, als volgt. Vooropgesteld werd, dat de wetgever met het codificeren van de geschriftenbescherming niet bedoeld kon hebben dat die wetbepalingen die betrekking hebben op het "scheppend" karakter van het auteursrechtelijke object ("werken" in enge zin derhalve) tevens zonder meer van toepassing zouden zijn op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter. Object, inhoud en omvang van de geschriftenbescherming dienden derhalve nader te worden ingevuld, uitgaande van de strekking van elke bepaling.²³⁷

Wat het *object* betreft, overwoog de Hoge Raad, opnieuw onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, dat het auteursrecht op niet-persoonlijke geschriften bedoeld is om uitsluitend aan de maker van het geschrift het voordeel van het openbaar maken ervan te doen toekomen. Daarom valt aan te nemen, aldus de Hoge Raad, "dat de wet op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter slechts dan auteursrecht verleent, indien zij zijn openbaar gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden". Daarvan is ook sprake, indien het geschrift in kwestie bestemd is voor publikatie in het buitenland.

Wat de *inhoud* betreft, overwoog de Hoge Raad, dat aan de "maker" van een niet-persoonlijk geschrift "geen auteursrecht toekomt op een door een nieuwe opschriftstelling tot stand gekomen werk waarvan de inhoud wel is ontleend aan dat geschrift - en dat dientengevolge wellicht inbreuk maakt op het auteursrecht op dat geschrift - maar dat niet als een eenvoudige herhaling van de opschriftstelling van dat geschrift is te beschouwen; dat om dezelfde

236. HR 25 juni 1965 no. 9843, NJ 1966, 116 (Televisier II).

237. Zie noot L. Wichers Hoeth bij HR 25 juni 1965 nr. 9843 (Televisier II), in 2000 Weken rechtspraak, feestbundel Wijkerheld Bisdorff, Zwolle 1978, p.92-94.

reden inbreuk op het auteursrecht op door zodanige nieuwe opschriftstelling tot stand gekomen werk geen inbreuk op het auteursrecht op het oorspronkelijke geschrift vormt".

Deze overweging is voor een goed begrip van de geschriftenbescherming belangrijk. In wezen zegt de Hoge Raad, dat de geschriftenbescherming bij iedere niet-letterlijke reproductie (geen "eenvoudige herhaling") opnieuw ontstaat. Door iedere nieuwe fixatie van informatie, mits geen pure reproductie, wordt een nieuw recht gevestigd, waarop geen onderliggende rechten van een vorige "opschriftsteller" rusten. Dit is ook logisch; de geschriftenbescherming kent geen corpus mysticum dat, geabstraheerd van een corpus mechanicum, kan "meereizen" met iedere nieuwe verveelvoudiging.

In een "niet-eenvoudige" herhaling leeft het recht van de eerste opschriftsteller niet voort. Desalniettemin is de niet-eenvoudige herhaling op zichzelf potentieel inbreukmakend. Inbreuk op het auteursrecht op de niet-eenvoudige herhaling levert echter geen schending op van de rechten van de eerste opschriftsteller. Als wij de Hoge Raad goed begrijpen, biedt de geschriftenbescherming méér dan alleen "syntactische" bescherming. De geschriftenbescherming reikt verder dan alleen de op schrift gestelde *tekens*; ook de "inhoud" wordt in zekere zin gemonopoliseerd. Het monopolie is echter uiterst beperkt; het recht is "uitgeput", zodra de syntactische orde verstoord is. Tegelijkertijd ontstaat bij de nieuwe "opschriftsteller" een nieuw recht.

In casu betekende een en ander, dat de omroepen zich geen rechthebbenden mochten noemen ten aanzien van de door het CBO - op basis van de door de omroepen aangeleverde gegevens samengestelde - buitenlandprogramma's, zelfs al zijn deze laatste daarvan een (potentieel inbreukmakende) "bewerking".

Met betrekking tot de *omvang* van de geschriftenbescherming bevat het arrest eveneens enkele belangwekkende overwegingen. Zo besliste de Hoge Raad dat de in *Explicator* geponeerde ontleningseis in zoverre gerelativeerd moet worden, dat ook overneming langs niet-rechtstreekse weg, "zoals door middel van voorlezing van de inhoud door derden of ontlening aan de inhoud van een door derden vervaardigd afschrift van het geschrift", inbreuk kan opleveren. Voorts oordeelde de Hoge Raad dat de geschriftenbescherming de opschriftsteller ook bescherming biedt tegen vertaling ("zelfs als deze vertaling niet is een woordelijke of letterlijke") en niet-ingrijpende bewerkingen ("dus ook wanneer de overneming niet geheel of grotendeels woordelijk of letterlijk is en zij weglatingen of toevoegingen bevat").

De Hoge Raad concludeerde uiteindelijk, dat het Hof terecht had overwogen dat het handelen van Televisier ten opzichte van het CBO (maar niet tegenover de omroepen) inbreukmakend kon zijn. Of dit daadwerkelijk het geval was, moest blijken uit de ter zake door de feitenrechter opgelegde bewijsopdracht. Het CBO zou moeten bewijzen, dat Televisier de programmeergegevens direct of indirect aan de buitenlandprogramma's had ontleend. En dat leek geen eenvoudige opgave.

Tot voltooiing van de procedure is het echter niet gekomen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Omroepwet in 1967 kwam Televisier tot een akkoord met een van de eisende partijen, de AVRO. Televisier werd AVRO-

Televizier; de Televizier-abonnees gingen (na ondertekening van een "positieve wilsverklaring") verder door het leven als AVRO-leden.²³⁸

Aanleiding tot de capitulatie van Televizier was art. 22 van de nieuwe wet, dat aan alle rechtsonzekerheid met betrekking tot de bescherming van omroep-programma's een einde zou maken.²³⁹ Het artikel, zoals het uiteindelijk na zeer veel parlementair debat aanvaard werd, behelsde een omkering van de bewijslast ten gunste van de omroeporganisaties. Uitgevers van met Hilversum concurrerende omroepgidsen moesten voortaan bewijzen, dat de programmagegevens in kwestie *niet direct of indirect* aan Hilversumse bronnen waren ontleend. Zij moesten, kortom, hun bronnen noemen en die zouden, zoals inderdaad gebleken is, wel snel opdagen.²⁴⁰

Nog in een ander opzicht gingen de omroeporganisaties er door art. 22 Omroepwet op vooruit. Was volgens de Hoge Raad de geschriftenbescherming alleen van toepassing op geschriften die bestemd zijn om openbaar gemaakt te worden, in art. 22 was deze nadere beperking geheel verdwenen. De versterkte bescherming die deze bepaling de omroepbladen zou bieden, gold volgens de wettekst "*enig* geschrift, inhoudende programma- opgaven voor radio- of televisieuitzendingen...". Ook *niet* voor het publiek bestemde "avant-programma's" waren voortaan beschermd.

Art. 22 Omroepwet heeft de omroeporganisaties gedurende vele jaren goede diensten bewezen. Nieuwe pogingen het omroepbladenmonopolie te breken, zoals door de Piraat²⁴¹, het Nieuwsblad van het Noorden²⁴², de Weekendkrant²⁴³, de Schorpioen²⁴⁴ en het Algemeen Dagblad²⁴⁵, hebben de omroepen telkens gemakkelijk weten te doorstaan. Geen wonder dat het artikel in de Mediawet, die op 1 januari 1988 voor de Omroepwet in de plaats is gekomen, is geprolongeed.²⁴⁶

238. Voorts bracht Televizier de leden in van de door haar ondersteunde omroepvereniging in spe. de RTN. Zie Verhoeve (volgende noot), p.265.

239. Zie over de geschiedenis van art. 22 Omroepwet: Dr J. Verhoeve, De auteursrechtelijke bepalingen in de Omroepwet, in Met eerbiedigende werking, feestbundel Hijmans van den Bergh, Deventer 1971, p.253. Schr. merkt terecht op, "dat in Nederland omroepaangelegenheden veelal door de bril van de affecten en niet door die van de rede worden gezien..." (p.254). Zie voorts L. van Vollenhoven, Das niederländische Rundfunkgesetz 1967 in urheberrechtlicher Sicht, UFITA 1971, Bd. 60, p.127; alsmede (anecdotisch) R.F.J.H. van Rooij, in Een spoor in wetgeving en beleid, liber amicorum Dr J. Verhoeve, 's-Gravenhage 1984, p.97.

240. Zie Van Rooij, a.w., p.103.

241. Pres Rb Amsterdam 25 juni 1981, Auteursrecht 1981, 84.

242. Hof Leeuwarden 19 januari 1983, Auteursrecht 1983, 33 (Nieuwsblad van het Noorden).

243. Pres Rb Amsterdam 3 juni 1982, RvdW/KG 1982, 98.

244. Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 1983, BIE 1984, 148.

245. Pres Rb Amsterdam 26 mei 1983, KG 1983, 186.

246. Art. 59 Mediawet luidt als volgt: "Als inbreuk op het auteursrecht op enig geschrift inhoudende opgaven van uit te zenden omroepprogramma's, vervaardigd door of in opdracht van omroepverenigingen [...] wordt voor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid mede beschouwd het veeleelvoudigen of openbaar maken van lijsten of andere opgaven van die programma's [...], tenzij wordt bewezen dat de gegevens in die lijsten of andere opgaven niet direct of indirect zijn ontleend aan enig geschrift als bedoeld in de aanhef van dit artikel".

Zoals in Nederland het vraagstuk van de bescherming van feitenverzamelingen ten onder dreigt te gaan in het rumoer over de geschriftenbescherming, zo wordt in Duitsland dit probleem volledig overschaduwed door de kwestie van de "kleine Münze". Wetenschappelijke beschouwingen die specifiek aan de bescherming van feitelijke gegevens zijn gewijd, zijn in Duitsland dan ook uitermate dun gezaaid. Doordat het auteursrechtelijke kleingeld in Duitsland als een samenhangende categorie wordt behandeld, plegen zeer heterogene producten over een kam geschoren te worden. Telefoonboeken, reclameteksten, kookrecepten, studentenliederen, formulieren, tabellen, zelfs rekenlineaals en strippenkaarten worden tot de "kleine Münze" gerekend. Het spreekt vanzelf, dat deze benadering het probleem in kwestie versluiert.

Ook in de Duitse auteurswet hebben feitenverzamelingen geen eigen plaats gekregen. Wel kent het UrhG in art. 4 een afzonderlijke werkcategorie *Sammelwerke* (verzamelwerken): "Sammlungen von Werken oder anderen Beiträgen, die durch Auslese oder Anordnung eine persönliche geistige Schöpfung sind (Sammelwerke), werden unbeschadet des Urheberrechts an den aufgenommenen Werken wie selbständige Werke geschützt".²⁴⁷ In de toelichting wordt opgemerkt: "Neben Lexika und Enzyklopädien können somit auch Anthologien, Kochbücher, Adressbücher und dgl. als 'Sammelwerke' geschützt sein, sofern die Auslese oder Anordnung der Beiträge, die selbst keine Werke zu sein brauchen, eine schöpferische Leistung darstellt".²⁴⁸

In de literatuur wordt echter meestal aangenomen, dat verzamelingen die uit louter feitelijke gegevens bestaan, niet tot de "Sammelwerke" gerekend moeten worden, maar tot de "gewone" werken van art. 2 UrhG, in het bijzonder tot de categorie "Schriftwerke" of "Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art". Wel kan, stelt Loewenheim, het criterium "Auslese oder Anordnung" van art. 4 UrhG indirect een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of een feitenverzameling een schepping is.²⁴⁹

Of een feitenverzameling als een Schriftwerk, dan wel een Darstellung moet worden aangemerkt, hangt af van de wijze van presentatie. Is de vormgeving in overwegende mate grafisch, zoals bij topografische kaarten²⁵⁰ en sommige tabellen, dan is er sprake van een Darstellung. Indien het gebruik van taal (cijfers en letters) prevaleert, dan is de feitenverzameling een Schriftwerk.²⁵¹ Het verschil tussen Schriftwerk en Darstellung is juridisch relevant; het Bundesgerichtshof aanvaardt gemakkelijker bescherming voor geschriften dan voor andere werksoorten. Wij beperken ons in dit verband zoveel mogelijk tot de geschriften.

Duitse jurisprudentie over de bescherming van feitenverzamelingen is in ruime mate beschikbaar. Een uitspraak over een nagedrukt adresboek van het Reichsgericht uit 1888, geciteerd door Thoms²⁵², zet de toon voor talloze arresten van

247. Vgl. art. 10 lid 2 Aw.

248. Gecit. bij Runge, p.507. M. Hackemann, Urheberrechtlicher Schutz von Datenbanken - rechtsvergleichend und nach internationalem Recht, ZUM 1987, p.269, 270, rekent *databanken* eveneens tot de categorie "Sammelwerke".

249. Schricker/Loewenheim, p.165, 167.

250. Vgl. BGH 3 juli 1964, GRUR 1965, 45 ("Stadtplan"); BGH 20 november 1986, ZUM 1987, 335 ("Werbepläne"); BGH 2 juli 1987, ZUM 1987, 634 ("Topografische Landeskarten").

251. Schricker/Loewenheim, p.148.

252. RG 2 januari 1888, gecit. bij Thoms, p.58-59.

het Reichsgericht en het Bundesgerichtshof. Daarbij wordt duidelijk, dat het Reichsgericht met een geringe mate van individualiteit genoeg neemt. Volgens het Reichsgericht was het adresboek in kwestie "insoweit, als es sich als ein Produkt einer, wenn auch geringen, individuellen geistigen Arbeit seines Urhebers darstellt" auteursrechtelijk beschermd. "Es kann nämlich, obwohl die in demselben behandelten allgemein bekannten tatsächlichen Verhältnisse, wie z.B. die Nummern der Häuser, die Namen der Personen, selbstverständlich nicht als geistiges Produkt des Verfassers zu betrachten sind, doch der sonstige Inhalt, sowie Sammlung, Einteilung und Anordnung des Stoffes auf einer individuellen geistigen Thätigkeit des Urhebers beruhen".

Het behoeft niet te verbazen, dat m.n. Kohler zich met het arrest van het Reichsgericht niet bijzonder ingenomen betoont. Volgens Kohler zijn de indeling en de vormgeving van een adresboek inderdaad beschermd, niet echter, zoals het Reichsgericht stelt, de *verzameling* van feiten: "die Sammlung des Stoffes, auch die mühsame, berechtigt nicht zum Autorschutze".²⁵³

Het Reichsgericht houdt echter vast aan de drieëenheid "Sammlung, Einteilung und Anordnung", een formule die in talloze latere uitspraken van Reichsgericht en Bundesgerichtshof zal worden herhaald en uiteindelijk ook in de literatuur wordt aanvaard.²⁵⁴ Het Reichsgericht verleent in de loop der tijden auteursrechtelijke bescherming voor een prijslijst (in 1906), een adresboek (1908), een catalogus (1911), een telefoongids (1925), nog een adresboek (1927), een rekentabel (1928), opnieuw een telefoongids (1928) en alweer een adresboek (1932).²⁵⁵

Zo ver als de Hoge Raad, die aan *alle* geschriften ingevolge de Auteurswet bescherming toekent, gaat de hoogste Duitse rechter echter niet. In 1906 en 1907 weigert het Reichsgericht tot tweemaal toe bescherming aan *showburgprogramma's*.²⁵⁶ Een overweging uit het arrest van 1907 maakt duidelijk, dat het Reichsgericht zich niet aan geschriftenbescherming wenst te bezondigen: "Die rein objektive Ankündigung bestimmter Daten, ohne jedes individuelles Gepräge, wie sie die Theaterzettel in der Regel darstellen, kann [...] als ein zu schützendes Schriftwerk im Sinne des Urheberrechtsgesetzes nicht erscheinen".²⁵⁷

Evenmin object van auteursrecht acht het Reichsgericht in 1933 een *omroepprogramma*. Het auteursrecht beschermt geen "Organisationsarbeit", aldus het Reichsgericht, ook al vergt de samenstelling van een omroepprogramma voor een hele week een aanzienlijke hoeveelheid geestelijke arbeid. Waar het om gaat is of het *resultaat in schriftelijke vorm* van deze arbeid als Schriftwerk kan worden aangemerkt. Het Reichsgericht meent van niet, omdat de schriftelijke vorm als zodanig geen persoonlijk stempel draagt. Het programma bestaat slechts uit namen, titels en trefwoorden zonder zinsbouw. Ook de chronologische rangschikking van het programma en de selectie van de programma-onderdelen kunnen niet tot auteursrecht leiden, want deze zijn "eine bereits gegebene Tatsache", zo stelt het Reichsgericht. De indeling van het

253. J. Kohler, *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*, Mannheim 1892, p.22.

254. Vgl. Ulmer, p.122, over "Sammelwerke": de individualiteit is niet slechts gelegen in ordening en indeling, maar ook in "auf geistige Arbeit beruhende Sammlung und Auswahl". Dit betekent, aldus Ulmer, dat overname *in andere volgorde* inbreuk kan opleveren.

255. Thoms, p.101-110.

256. RG 27 november 1906, DdA 1907, 49; RG 16 juni 1907, DdA 1908, 151.

257. RG 19 juli 1907, gecit. bij Rehbinden, p.31, 40; vgl. Prandl, p.18.

programma is "nach seinem bereits feststehenden zeitlichen Ablauf unter Voranstellung des für alle Tage Gemeinsamen so völlig selbstverständlich, naheliegend und mechanisch, dass sie des Eigenpersönlichen, Schöpferischen gänzlich entbehre".²⁵⁸ Een beroep op het UWG wordt evenmin gehonoreerd.²⁵⁹

Niettemin blijkt uit een aantal arresten, dat het Reichsgericht bereid is het auteursrecht onder omstandigheden zeer ruim op feitenverzamelingen toe te passen. Zo acht het Reichsgericht in 1908 het aanbrengen van een alfabetische rangschikking voldoende voor bescherming van een adresboek.²⁶⁰ In 1927 wordt het officiële adresboek van Wiesbaden e.o. als Schriftwerk beschermbaar geoordeeld. Het Reichsgericht is van oordeel, dat zich "das schaffende Wirken im Sinne des Urheberrechtsschutzes selbst für ein Einwohner-Adressbuch in blosser Formgebung, in der Sammlung, Einteilung und Anordnung vorhandenen und allgemein bekannten Stoffes" kan manifesteren.²⁶¹

Een jaar later spreekt het Reichsgericht zich uit over een *rekentabel*. Het Reichsgericht stelt voorop dat scheppingen met een praktisch doel niet van bescherming als Schriftwerk zijn uitgesloten. Na een grondige analyse van het wezen van de rekentabel en een vergelijking met oudere tabellen verklaart het Reichsgericht eisers "Universalrechner" tegen gedaagdes "Rekord-Rechner" beschermd, opnieuw onder verwijzing naar de "Sammlung, Einteilung und Anordnung" van reeds bekende stof.²⁶²

In 1932 eist het Reichsgericht met betrekking tot *adresboeken* in het algemeen "eine gewisse, sei es auch geringe, geistige Tätigkeit, die sich mindestens durch selbständige Arbeitsleistung im Sammeln, Ordnen u. Einteilen des Stoffes kennzeichnet".²⁶³ Met betrekking tot het adresboek van de stad Bremen was aan deze eis voldaan. De "geistige Tätigkeit" bestond in casu uit het verzamelen, indelen, ordenen, opsporen, bijwerken en corrigeren van naam- en adresgegevens. Terecht merkt Thoms naar aanleiding van deze uitspraak op, dat het Reichsgericht hier bescherming aan "die Vorarbeit" verleent²⁶⁴; bescherming van bloed, zweet en tranen derhalve.

258. RG 18 maart 1933, GRUR 1933, p.424, 425, 426 ("Rundfunkprogramm"); vgl. Rehinder, p.41. Om vergelijkbare redenen weigert het RG in 1934 bescherming te verlenen aan een "Rennvoraussage"; Thoms, p.109. Zie ook E.D. Hirsch Ballin, Pseudo-auteursrechtelijke programmasbescherming, NJB 1966, p.710 over de bescherming van omroepprogramma's in Nazi-Duitsland.

259. Zie echter BGH 27 april 1958, GRUR 1958, 549 ("Box-Programmhefte"); de uitgave van een programma door een ander dan de organisator van de bokswedstrijden werd in casu in strijd met art. 1 UWG bevonden, aangezien "es sich bei dem Programmgeschäft um ein zwangsläufiges Nebengeschäft des Veranstalters handelt". Anders BGH 19 december 1961, NJW 1962, 629 ("Fussball-Programmhefte"). Zie de kritiek van Prantl, p.89-97.

260. Thoms, p.103.

261. RG 16 maart 1927, gecit. bij Runge, p.507.

262. RG 30 juni 1928, GRUR 1928, 718, 719 ("Universal-Rechner").

263. RG 27 februari 1932, GRUR 1932, 742, 743 ("Bremer Adressbuch").

264. Thoms, p.108.

Betrekkelijk gering, in vergelijking met de periode voor de Tweede Wereldoorlog, is het aantal relevante arresten van het Bundesgerichtshof. In 1961 buigt het Hof zich over de officiële *telefoongids* van Bremen, uitgegeven door de Bundespost. Een uitgever had hieruit ongeveer drieduizend vermeldingen overgenomen ten behoeve van een met reclame verluchte zakengids voor de stadswijk Bremen-Noord. Een erg fraai arrest levert het hieruit voortvloeiende geschil helaas niet op. Het Bundesgerichtshof omzeilt de vraag of het telefoonboek van Bremen voorwerp van auteursrecht is, maar volstaat met de vaststelling dat er in casu van toelaatbare "freie Benützung" sprake kon zijn geweest:

"Die blosse auszugsweise Übernahme von Namen, Adressen und Telefonnummern aus einer anderen Quelle kann aber selbst dadurch, dass diese Quelle bereits eine alphabetische Namensfolge aufweist, nicht zu einer Urheberrechtsverletzung werden". De overgenomen drieduizend vermeldingen vormden tezamen geen als zodanig beschermd "Werkteil". Volgens het Bundesgerichtshof is de telefoongids Bremen slechts gebruikt als bron van (een groot aantal) "Einzelinformationen", die niet bijeengehouden worden "durch das einigende Band eines besonderen Ordnungssystems".²⁶⁵

Uit het arrest valt af te leiden, dat het Bundesgerichtshof alleen een bijzondere rangschikking van feiten beschermbaar acht. Men kan zich afvragen - het Bundesgerichtshof laat dit in het midden - of de telefoongids Bremen van eiser wel aan deze maatstaf voldeed. De prestatie van het verzamelen als zodanig wordt schijnbaar niet beschermd.²⁶⁶ Het Bundesgerichtshof neemt hiermee, zo lijkt het, impliciet afstand van enige vooroorlogse uitspraken van het Reichsgericht. In een kritisch commentaar op het arrest suggereert Runge, dat er van het auteursrecht op telefoongidsen op deze manier weinig overblijft: "Wenn man überhaupt den urheberrechtlichen Schutz der Fernsprechbücher als möglich bejahen will, dann muss man auch die Ausplünderung dieser Adressenfundgrube für bestimmte Sonderzwecke als unzulässig behandeln".²⁶⁷

Interessant is een uitspraak van het Bundesgerichtshof uit 1964 met betrekking tot een *aardrijkskundige kaart*.²⁶⁸ De kaart werd weliswaar auteursrechtelijke bescherming toegedacht, maar deze bescherming strekte zich volgens het Hof niet uit tot de rechtstreeks uit landmeting verkregen gegevens. "Soweit die Gegenstände der Darstellung auf einer Karte unmittelbar auf der Bodenvermessung und ihren Ergebnissen beruhen - z.B. Länder, Flüsse, Gebirge, Bauten, Strassenzüge - ist die blosse Wiedergabe dieser Gegenstände in einer anderen Karte zulässig. [...] Schutzzfähig ist dagegen die Darstellungsart als solche gegen eine Wiedergabe, soweit sie als formgebende kartographische

265. BGH 23 juni 1961, GRUR 1961, 631, 633 ("Fernsprechbuch"). Vgl. OLG Düsseldorf 26 augustus 1955, GRUR 1956, 431, 432. Het verzamelen van feitelijke gegevens over bedrijven die in financiële problemen zijn geraakt, was volgens het OLG op zichzelf "kein Ergebnis einer eigentümlichen geistigen Tätigkeit des Verfassers. Die schöpferische geistige Leistung liegt vielmehr in dem Zusammentragen und -stellen, in der Anordnung und der Auswertung dieser Tatsachen".

266. Ook een beroep op het mededingingsrecht (art. 1 UWG) bood de Bundespost geen soelaas. Terecht, meent annotator Kleine, GRUR 1961, p.635: "Die Ersparung von Mühen und Kosten bei der Adressenermittlung allein kann nicht ausreichend sein, um die Wiedergabe des bekannten Materials unsittlich zu machen".

267. Runge, p.505. Zie ook *infra* p.124-125.

268. BGH 3 juli 1964, GRUR 1965, 45 ("Stadtplan").

Leistung über die blosser Mitteilung der geographischen Tatsachen hinausgeht".²⁶⁹

Het duurt tot 1979 voordat het Bundesgerichtshof zich opnieuw met de bescherming van feitelijke gegevens moet inlaten. De lagere rechtspraak uit de tussenliggende periode is betrekkelijk terughoudend. In 1968 weigert het OLG Hamburg een *luchtdienstregeling* auteursrechtelijk te beschermen, omdat het "Luftkursbuch" in kwestie alfabetisch naar plaats van bestemming was gerangschikt en zich daardoor onvoldoende onderscheidde van reeds bestaande dienstregelingen.²⁷⁰

Vermelding verdient voorts het oordeel van het OLG Hamburg van 1977 inzake de overname van feitelijke gegevens uit een *tijdschriftartikel* (in *Die Zeit*) over grondspeculatie, waarin vele jaren van moeizame research gestoken waren. Gedaagde (redacteur van *Die Zeit*) had in zijn bestseller over "Die Reichen und die Superreichen von Deutschland" diverse voorbeelden van grondspeculatie uit eisers artikel overgenomen. Het OLG wijst de eis af, overwegende dat gedaagde slechts afzonderlijke feiten had overgenomen. Het OLG voegt hier aan toe: "Auch wenn die Kl. schwierige Recherchen durchgeführt haben will [...], vermag dies eine Urheberrechtsschutzfähigkeit der Zusammenstellung nicht zu begründen; denn die für Schaffung eines Werkes aufgewandte Mühe und Arbeit sind für einen Urheberrechtsschutz unerheblich. Die persönliche geistige Schöpfung muss sich aus dem Werk selbst ergeben".²⁷¹

Twee jaar later blijkt ook het Bundesgerichtshof weinig te voelen voor een auteursrecht op bloed, zweet en tranen. In de zaak "Monumenta Germaniae Historica"²⁷² buigt het Bundesgerichtshof zich over de vraag of het *register* bij een wetenschappelijke uitgave van middeleeuwse teksten auteursrechtelijke bescherming verdient. Het Bundesgerichtshof stelt voorop: "Eine blosser Zusammenstellung einzelner Fakten in einem Register genügt [...] zur Begründung der Urheberrechtsschutzfähigkeit allein auch dann nicht, wenn dies mit grosser Mühe und erheblichem Zeitaufwand verbunden ist". Desalniettemin komt het Bundesgerichtshof tot de conclusie dat het register wel degelijk auteursrechtelijk beschermd kan zijn, omdat "sich die Anordnung und Darbietung als eine schöpferische Leistung darstellt". Het register is niet zomaar een feitenverzameling, maar berust op een creatieve *Konzeption*. Ook de "Sammlung, Anordnung und Darbietung" van de wetenschappelijke commentaren bij de (niet-beschermden) teksten verdienen volgens het Hof bescherming.

In 1981 spreekt het Bundesgerichtshof zich uit over een verzameling *toetsvragen* behorende bij een medisch zakboek. Onder verwijzing naar zijn uitspraak in "Staatsexamenarbeit"²⁷³ stelt het Bundesgerichtshof voorop, dat een bescheiden mate van "geistige Tätigkeit" genoeg kan zijn. De wetenschappelijke "Lehre" dient in elk geval vrij en voor iedereen toegankelijk te zijn. Auteursrechtelijke bescherming verdient alleen de concrete vormgeving van de vragenverzameling, waarvan "die Auswahl und Gliederung des Stoffs" een

269. In gelijke zin Ulmer, p.139 en Hubmann, p.106.

270. OLG Hamburg 4 april 1968, UFITA 1968, Bd. 51, 383 ("Flugpläne"); Schraube, p.135.

271. OLG Hamburg 15 december 1977, GRUR 1978, 307, 308 ("Artikelübernahme").

272. BGH 7 december 1979, GRUR 1980, 227, 231 ("Monumenta Germaniae Historica"); zie G.Schulze, p.256, 276-277.

273. Vgl. BGH 21 november 1980, GRUR 1981, 352 ("Staatsexamenarbeit").

wezenlijk element vormen. Anders dan het OLG Karlsruhe oordeelt het Bundesgerichtshof, dat de gemaakte *keuze uit de inhoud* de vragenverzameling kon doen uitstijgen boven "eine bloss mechanische und routinemässige Zusammenstellung vorgegebener Fakten in Frageform [...]".²⁷⁴

In 1987, tenslotte, gaat het om de bescherming van "Warenzeichenlexika"²⁷⁵ (*merkengidsen*), waarin de voor Duitsland geldige merkdepots op alfabetische volgorde in tabelvorm zijn opgenomen. Het Bundesgerichtshof stelt voorop dat de gegevens als zodanig gemeengoed zijn en slechts in de manier waarop ze zijn geselecteerd, samengesteld en gerangschikt auteursrechtelijk relevant kunnen zijn. Anders dan het OLG München acht het Bundesgerichtshof de "Konzeption der Informationsauswahl und -vermittlung", een systeem van gecodeerde verwijzingen naar officiële merkenbladen, waarbij verouderde of overbodige referenties worden geëcarteerd, in beginsel *wel* beschermbaar. Volgens het OLG was deze "Konzeption" slechts een abstract idee en dus geen object van auteursrecht. Onder verwijzing naar "Monumenta Germaniae Historica" overweegt het Bundesgerichtshof daarentegen, dat de "Konzeption" een concrete uitdrukking in het werk kan hebben gekregen. "Sie hat ihren - möglicherweise schöpferischen - Niederschlag in der Art der Materialauswahl, -einteilung und -anordnung der in den Warenzeichenlexika enthaltenen Rechtsstandsangaben gefunden. Diese konkrete Werkgestaltung mit einem konkreten Inhalt ist in ihrer individuellen Formgebung einem Urheberrechtsschutz grundsätzlich zugänglich".

De zaak wordt terugverwezen met de uitdrukkelijke opdracht aan het Oberlandesgericht de merkengids in kwestie te vergelijken met eerder bekende gidsen teneinde na te gaan of deze individuele trekken vertoont. Deze individualiteit, zo waarschuwt het Bundesgerichtshof onder verwijzing naar "Inkasso-Programm"²⁷⁶, moet uitgaan boven de creatie van een "Durchschnittsgestalter". Immers, "das rein Handwerksmässige, die mechanisch-technische Aneinanderreihung und Zusammenfügung des Informationsmaterials liegen ausserhalb jeder Schutzfähigkeit. [...] An der Eigentümlichkeit könnte es fehlen, wenn praktisch kein individueller Gestaltungsspielraum verbliebe; das heisst, wenn die Auswahl und Anordnung des dargebotenen Stoffs durch zwingende Kriterien - z.B. eindeutige praktische Bedürfnisse - weitgehend vorgezeichnet wäre".

Met toepassing van het doorsnee-criterium weigert het OLG Hamburg in 1988 bescherming te verlenen aan een *gele gids*.²⁷⁷ De alfabetische en branchegewijze indeling van de gids (het "Ordnungssystem der Nomenklatur") was volgens het OLG geen schepping. "Die bei der konkreten Gestaltung notwendige geistige Leistung stellt eine reine Fleissarbeit dar, die darin besteht, die benötigten, begrifflich vorgegebenen Branchen [...] nach praktischen Bedürfnissen herauszufiltern und in alphabetischer Reihenfolge aneinanderzureihen und die für notwendig gehaltenen Querverweisungen festzulegen. Es genügt nicht, dass das mit grosser Mühe und erheblichem, langjährigem Zeitaufwand verbunden war..."

274. BGH 27 februari 1981, GRUR 1981, 520, 521, 522 ("Fragensammlung").

275. BGH 12 maart 1987, ZUM 1987, 525 ("Warenzeichenlexika").

276. BGH 9 mei 1985, GRUR 1985, 1041 ("Inkasso-Programm").

277. OLG Hamburg 14 april 1988, ZUM 1989, 43 ("Gelbe Seiten").

Deze uitspraak staat in contrast met de opvattingen van Loewenheim, die waarschuwt voor onderschatting van het telefoonboek. Het maken van telefoonboeken en gele gidsen is heden ten dage "eine hochdifferenzierte Angelegenheit", waarbij talrijke individuele creatieve beslissingen moeten worden genomen, zoals het bepalen van hoofd- en nevenvermeldingen, de manier van verwijzen, indeling van wijken, afwisseling met advertenties etc. Loewenheim concludeert dan ook, dat auteursrechtelijke bescherming voor dergelijke gidsen zekere op haar plaats is.²⁷⁸

278. Schricker/Loewenheim, p.120. In gelijke zin Runge, p.505.

III.3.3 Verenigde Staten

Hoewel rechters en schrijvers in de Verenigde Staten het er over eens zijn, dat feitelijke gegevens *per se* ("disparate facts") geen bescherming van de Copyright Act genieten, zijn de meningen ernstig verdeeld, waar het de bescherming van verzamelingen van feitelijke gegevens betreft. Over deze kwestie woedt sinds enkele jaren zelfs een ware rechtsgeleerde polemiek, die doorwerkt in de onderling sterk afwijkende uitspraken van de diverse courts of appeal.

Over een ding bestaat geen verschil van mening. Evenals in Nederland en Duitsland wordt de bescherming van feitenverzamelingen door vriend en vijand een vreemde eend in de auteursrechtelijke bijt bevonden. Zo stelt Denicola: "Indeed, the very vocabulary of copyright law is ill suited to analyzing property rights in works of non-fiction".²⁷⁹ Begrippen als originaliteit en creativiteit passen, zo stelt Denicola, beter bij Macbeth dan bij het telefoonboek van Manhattan.

De tekst van de Copyright Act biedt op het eerste gezicht alle ruimte voor de bescherming van telefoonboeken, adresgidsen en andere "compilations of facts". In art. 103 [a] USCA worden "compilations" met zoveel woorden als "subject matter of copyright" aangewezen. Een "compilation" wordt in art. 101 gedefinieerd als "a work formed by the collection and assembling of pre-existing materials or of data that are selected, co-ordinated, or arranged in such a way that the resulting work as a whole constitutes an original work of authorship".²⁸⁰ Tot de "compilations" behoren, naar men aanneemt, ook *databases* e.d.²⁸¹

De wetgever heeft echter niet aangegeven onder welke omstandigheden een feitencompilatie "origineel" te noemen is. Duidelijk is wel dat het eenvoudige overschrijven van gegevens die tot het "public domain" behoren, niet met copyright beloond wordt.²⁸² Voorts blijkt uit de wetsgeschiedenis, dat de wetgever geen breuk heeft gewild met de jurisprudentie die zich op basis van de Copyright Act van 1909 gevormd heeft.²⁸³ Onder de oude wet werden in navolging van nog oudere (Engelse) precedents "directories, gazetteers, and other compilations" uitdrukkelijk beschermd.

279. Denicola, p.516. In gelijke zin *National Business Lists v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 552 F.Supp. 89, 92 (N.D.Ill. 1982); vgl. ook *Eckes v. Card Prices Update*, 736 F.2d 859, 863 (2d Cir. 1984): "Copyright law and compilations are uneasy bedfellows..."

280. Tot de categorie "compilations" behoren zowel verzamelingen van niet-beschermd elementen als "collective works" (verzamelwerken). Voor alle duidelijkheid bepaalt art. 103 (b), dat het auteursrecht op een "compilation" geen betrekking heeft op "pre-existing material".

281. Nimmer, § 2.04[C], noot 19. Vgl. *Koontz v. Jaffarian*, 787 F.2d 906 (4th Cir. 1986).

282. Aldus art. 202.1 (a) van de Copyright Office Regulations. "Works consisting entirely of information that is common property containing no original authorship such as, for example [...] lists or tables taken from public documents or other common sources" worden niet beschermd.

283. House Report, gecit. in *Hutchinson Telephone Co. v. Frontier Directory Co. of Minnesota, Inc.*, 770 F.2d 128 (8th Cir. 1985): "The term 'literary work' does not connote any criterion of literary merit or qualitative value: it includes catalogs, directories and similar factual, reference or instructional works and compilations of data". Het Court of Appeals concludeert: "It thus appears that Congress intended that directories be copyrightable, thereby ratifying an unbroken line of cases holding telephone directories to be copyrightable". Vgl. *National Business Lists v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 552 F.Supp. 89 (N.D.Ill. 1982): "While protection of the fruit of a compiler's labor may be a doctrine in search of conceptual underpinnings, it was established law long before the statute was enacted".

Relevante jurisprudentie is in overstelpende mate beschikbaar. Op basis van de oude Copyright Act is door diverse courts of appeal bescherming toegekend aan een telefoonboek²⁸⁴, een merkenboek²⁸⁵, een restaurantgids²⁸⁶, rekenkundige tabellen²⁸⁷, een zakengids²⁸⁸, et cetera. Een analyse van deze oude rechtspraak toont aan, dat in deze gevallen niet zozeer bescherming werd toegekend aan enige vorm van "creatief" verzamelen, maar aan de hoeveelheid arbeid die in de compilatie was gestoken. Aldus zeer nadrukkelijk de uitspraak van het Court of Appeals (2d Circuit) in de zaak *Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co.* uit 1922²⁸⁹:

"The right to copyright a book upon which one has expended labor in its preparation does not depend upon whether the materials which he has collected consist or not of matters which are publici juris, or whether such materials show literary skill or originality, either in thought or in language, or anything more than industrious collection. The man who goes through the streets of a town and puts down the names of each of the inhabitants, with their occupations and their street numbers, acquires material of which he is the author".

Dezelfde gedachte is terug te vinden in het arrest uit 1937 van het Court of Appeals (9th Circuit) inzake *Leon v. Pacific Telephone and Telegraph Co.*. Gedaagde in eerste instantie Leon was uitgever van een "omgekeerd" telefoonboek, dat wil zeggen een lijst van telefoonnummers die niet (alfabetisch) op naam, maar (numeriek) op telefoonnummer waren gerangschikt. De gegevens die in het telefoonboek van Leon waren opgenomen, waren integraal ontleend aan het officiële telefoonboek van Pacific T&T; alleen de volgorde was veranderd. Het Hof was van oordeel, dat de inspanningen van Pacific T&T auteursrechtelijke bescherming verdienden.²⁹⁰

"It is obvious [...] that the business of getting out a directory is an expensive, complicated, well-organized endeavor, requiring skill, ingenuity, and original research. Unless the product of such activity is by its very nature not subject to copyright, plaintiff's directories are certainly entitled to copyright protection [...]".

Van meer recente datum (1977) is het arrest van het Court of Appeals (7th Circuit) in *Schroeder v. William Morrow and Co.* inzake de bescherming van een zakengids. Het Hof oordeelde, dat de "industrious collection" van namen en adressen die tot het publieke domein behoren met copyright beloond moest worden.²⁹¹

284. *Leon v. Pacific Telephone & Telegraph Co.*, 91 F.2d 484 (9th Cir. 1937).

285. *Jeweler's Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co.*, 281 F. 83 (2nd Cir. 1922).

286. *Adventures in Good Eating, Inc. v. Best Places to Eat, Inc.*, 131 F.2d 809 (7th Cir. 1942).

287. *Flick-Reedy Corp. v. Hydrolite Manufacturing Co.*, 146 USPQ 694 (7th Cir. 1965).

288. *Schroeder et al. v. William Morrow and Co. et al.*, 198 USPQ 143 (7th Cir. 1977).

289. Zie noot 285 *supra*.

290. Zie noot 284 *supra*.

291. Zie noot 288 *supra*.

De Amerikaanse rechtsleer heeft met deze, zogenoemde "directory cases" altijd enigszins in haar maag gezeten.²⁹² De opvatting dat het plengen van voldoende bloed, zweet en tranen met auteursrecht dient te worden beloond, strookt niet met de leer van Nimmer, die behalve "originality" (d.w.z. "independent effort") ook enige mate van creativiteit verlangt. Volgens Nimmer dient het beschermde aspect van een feitenverzameling veeleer gezocht te worden in de wijze waarop de gegevens in de verzameling zijn gerangschikt (het "arrangement") en/of in de selectie van feiten.²⁹³

Deze benadering is duidelijk herkenbaar in de uitspraak van het Court of Appeals (2nd Circuit) in *Financial Information, Inc. v. Moody's Investors Service, Inc.* met betrekking tot de bescherming van op indexkaarten gedrukte lijsten van uitgelote obligaties. Volgens het Hof had de rechtbank (die met toepassing van de "labor theory" bescherming had verleend) verzuimd te onderzoeken of de gegevens op de kaarten van eiser "involved a modicum of selection, coordination, or arrangement".²⁹⁴

De rangschikking speelde eveneens een belangrijke rol in *Worth v. Selchow & Righter*.²⁹⁵ Eisers "Super Trivia Encyclopedia" (in twee delen) bleek, zo werd door gedaagden niet ontkend, als bron te hebben gefungeerd voor de vragen van het beruchte gezelschapsspel "Trivial Pursuit". Het Hof (9th Circuit) oordeelde echter, dat van inbreuk op auteursrecht geen sprake kon zijn, aangezien in eisers encyclopedie de feitelijke gegevens in alfabetische volgorde waren gerangschikt, terwijl deze in Trivial Pursuit willekeurig over de afzonderlijke spelkaarten waren verdeeld.

De selectie van feiten was doorslaggevend in de uitspraak van het Court of Appeals (2nd Circuit) inzake *Eckes v. Card Prices Update*. In casu werd auteursrechtelijke bescherming aanvaard voor een catalogus van "baseball cards", omdat de makers "selection, creativity and judgment" aan de dag hadden gelegd bij het compileren van vijfduizend extra begerenswaardige "premium cards".²⁹⁶

292. Zie ook § II.5.3 *supra*.

293. Nimmer, § 2.04[B], in gelijke zin Patry, p.16-17.

294. *Financial Information, Inc. v. Moody's Investors Service, Inc.*, 751 F.2d 501, 507 (2nd Cir. 1984). Na terugverwijzing kwam de rechtbank tot de vaststelling dat de "bond cards" in kwestie niet aan deze eis voldeden; dit feitelijke oordeel werd in hoger beroep bevestigd: 808 F.2d 204 (2nd Cir. 1986). Vgl. ook *Southern Bell Telephone & Telegraph Co. v. Associated Telephone Directory Publishers*, 756 F.2d 801 (11th Cir. 1985): "[A] telephone directory compilation whose components are comprised exclusively of information in the public domain can be protected [...] only as to the selection and arrangement of the compilation [...] and not as to the preexisting information".

295. *Worth v. Selchow & Righter Co.*, 827 F.2d 569 (9th Cir. 1987).

296. *Eckes v. Card Prices Update*, 736 F.2d 859 (2nd Cir. 1984). Zie de kritiek van Patry, p.28: selectie alleen is niet voldoende om een compilatie beschermd te doen zijn.

Slechts een kleine, maar dappere minderheid van de Amerikaanse schrijvers heeft zich voorstander betoond van de "sweat of the brow" leer, die ook wel "labor theory" of "industrious collection doctrine" wordt genoemd. Deze minderheid wordt aangevoerd door Denicola. Terecht constateert Denicola, dat de rangschikkingsleer in de praktijk belangrijke hiaten vertoont. De rangschikking van gegevens in een feitenverzameling voldoet, zelfs naar Amerikaanse maatstaven gerekend, maar zelden aan enige eis van creativiteit. In de meeste gevallen is de rangschikking alfabetisch of numeriek en in zoverre volstrekt bepaald door de functie die de feitenverzameling heeft te vervullen. Dikwijls komt zij zelfs geheel automatisch tot stand, door middel van een computer en een sorteerprogramma.²⁹⁷ In een dergelijk geval is de rangschikking van de gegevens juist het element dat *geen* bescherming verdient.

Bovendien, zo constateert Denicola, is een auteursrecht gebaseerd op originele rangschikking uitermate zwak.²⁹⁸ "The arrangement formulation [...] is dangerously limited. At face value the rationale indicates that the entire substance of a compilation can be pirated as long as the arrangement of data is not substantially copied. At its extreme it would permit a defendant to choose at random bit after bit of data from an alphabetical directory and then simply rearrange the resulting miscellany into the desired scheme. [...] If the arrangement of data is the single protectable element, there has clearly been no infringement".²⁹⁹

Omdat uit de wetsgeschiedenis duidelijk blijkt dat de meeste feitenverzamelingen wel degelijk auteursrechtelijke bescherming verdienen, concludeert Denicola tot verwerping van de "arrangement formulation". In plaats daarvan pleit Denicola een ruim copyright op (de inhoud van) feitenverzamelingen, dat van geval tot geval met behulp van de "fair use" regeling aan de eisen van een vrij informatieverkeer kan worden aangepast.³⁰⁰

Enkele recente uitspraken doen vermoeden, dat de "sweat of the brow doctrine" met betrekking tot feitencompilaties terrein aan het terugwinnen is. De geringe mogelijkheden van (aanvullende) bescherming via het "statelijke" mededingingsrecht spelen hierbij ongetwijfeld een rol; zie *supra* p.59. Zo oor-

297. Zie M. Oberman, Copyright protection for computer-produced directories, ASCAP Copyright Law Symposium, Vol. 22 (1977), p.1-52. Volgens Oberman ontbreekt bij feitencompilaties die met behulp van computers worden gemaakt de voor de "labor theory" noodzakelijke menselijke inspanning.

298. Onder omstandigheden kan een origineel "arrangement" echter wel degelijk een sterke bescherming opleveren, zo blijkt uit *West Publishing Co. v. Mead Data Central, Inc.*, 799 F.2d 1219 (8th Cir. 1986). In casu oordeelde het Hof, dat de *paginanummers* van West's "law reporters" (die door Mead Data in haar LEXIS juridische databank waren gebruikt) een wezenlijk aspect van het "arrangement" uitmaakten en dus beschermd waren. Overigens was het Hof wel van mening, dat "two always comes after one, and no one can copyright the mere sequence of Arabic numbers". Zie G. Vandenbergh, Rechtsinformatica kruist informatierecht, Computerrecht 1984-1985 nr. 7, p.67-68; uitvoerig en zeer kritisch D. Kemp, Copyright protection for law reporter page numbers: the realization of the protectionist thread in fact works; *West Publishing Co. v. Mead Data Central*, Software Law Journal, Vol. 2 (1988), p.125-165.

299. Denicola, p.527-528. De casus in de hiervoor genoemde zaak-Leon (noot 284) illustreert dit. Het enige dat Leon niet had overgenomen was de oorspronkelijke rangschikking, het "arrangement". Vgl. *National Business Lists, Inc. v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 552 F.Supp. 89 (N.D.Ill. 1982); de overname in gewijzigde volgorde van gegevens uit een "credit reference book" in een databank werd inbreukmakend geoordeeld.

300. Denicola ziet echter over het hoofd, dat de *selectie* van feiten wel een sterke bescherming kan bieden. Dit element blijft bij "bit-after-bit" ontleiding of na "reshuffling" door een computer immers intact; vgl. de zaak Van Dale/Romme, *supra* p.108. Zie echter *Worth v. Selchow & Righter Co. et al.*, 827 F.2d 569 (9th Cir. 1987); het auteursrecht op eisers geselecteerde feiten (een encyclopedie met wetenswaardigheden) bood geen bescherming tegen gedaagdes eigen selectie uit deze feiten.

deelde het District Court in *National Business Lists v. Dun & Bradstreet, Inc.*: "The compiler's contribution to knowledge normally is the collection of the information, not its arrangement. If his protection is limited solely to the form of expression, the economic incentives underlying the copyright laws are largely swept away".³⁰¹

Vermelding verdient tevens de uitspraak van het Court of Appeals (7th Circuit) in *Rockford Map Publishers, Inc. v. Directory Service Co. of Colorado, Inc.*: "The second compiler must assemble the material as if there had never been a first compilation...".³⁰² Wel erkende het Hof, dat de tweede verzamelaar het recht heeft de eerste compilatie voor verificatiedoeleinden te gebruiken. Dit "right to check back" betekent echter niet, dat met de eerste compilatie mag worden begonnen.³⁰³

Tenslotte valt te wijzen op een nieuwe generatie "directory cases", waaruit blijkt dat de inspanningsleer springlevend is. Het aantal uitspraken waarin op grond van bloed, zweet en tranen bescherming is verleend aan de producenten van telefoonboeken, is in de jaren tachtig exponentieel gestegen.³⁰⁴

WERKEN VAN "NON-FICTION"

Denicola wijst voorts op een merkwaardige inconsistentie in de Amerikaanse jurisprudentie. Als het garen van feitelijke gegevens in een eenvoudige feitenverzameling al tot auteursrecht op de verzamelde gegevens kan leiden, dan behoort ook degene die zelfstandig gegaarde gegevens inbedt in een *tekst* (een historische verhandeling bijvoorbeeld) met betrekking tot deze gegevens bescherming te genieten. Denicola constateert echter dat de Amerikaanse rechtspraak regelmatig weigert bescherming toe te kennen aan de gegevens in "non-fiction textual works".

Zo oordeelde het Court of Appeals (2nd Circuit) in de zaak *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, dat de feitelijke gegevens in een biografie over het leven van Howard Hughes niet beschermd waren in verband met "the public benefit in encouraging the development of historical and biographical works and their public distribution".³⁰⁵ Het Hof zag daarbij door de vingers, dat in casu in ruime mate letterlijk ontleend was. Op vergelijkbare gron-

301. *National Business Lists v. Dun & Bradstreet, Inc.*, 552 F.Supp. 89, 92 (N.D.Ill. 1982).

302. *Rockford Map Publishers, Inc. v. Directory Service Co. of Colorado, Inc. c.s.*, 768 F.2d 145 (7th Cir. 1985).

303. Vgl. de overwegingen van het Supreme Court in *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (S.Ct. 1918) over "tips to be investigated"; zie *supra* p.91 en noot 107. Zie tevens Gorman 1963, p.52-54.

304. Zie o.m. *Southern Bell Telephone & Telegraph Co. v. Associated Telephone Directory Publishers*, 756 F.2d 801 (11th Cir. 1985); *Hutchinson Telephone Co. v. Fronteer Directory Co. of Minnesota, Inc.*, 770 F.2d 128 (8th Cir. 1985); *Southwestern Bell Media, Inc. v. Trans World Publishing, Inc.*, 670 F.Supp. 899 (D.Kan. 1987); *Illinois Bell Telephone Co. v. Haines and Co.*, 683 F.Supp. 1204 (N.D.Ill. 1988); *United Telephone Co. of Missouri v. Johnson Publishing Co., Inc.*, 855 F.2d 604 (8th Cir. 1988).

305. *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 307 (2nd Cir. 1966). Pikant detail in deze zaak was, dat zich achter eiser Rosemont de geheimzinnige miljonair himself verborg. Rosemont Enterprises was speciaal opgericht om rechten op tijdschriftartikelen en boeken over Howard Hughes op te kopen, in de hoop hiermee toekomstige publikaties te voorkomen.

den oordeelde het Hof, dat op de feitelijke gegevens in een historisch verslag over de ramp met het luchtschip Hindenburg geen auteursrecht rustte.³⁰⁶

Denicola vindt deze discriminatie van de "schrijvende gegevensverzamelaar" ten opzichte van zijn collega die zich tot het aanmaken van lijsten beperkt, onlogisch en ongerechtvaardigd. "The addition of the requisite number of prepositions, conjunctions, and verbs has had the paradoxical effect of decreasing the scope of protection".³⁰⁷ Denicola pleit derhalve voor verruimde toepassing van de "sweat of the brow doctrine" tot *alle* soorten "non-fiction literary works". "[T]he effort of authorship can be effectively encouraged and rewarded only by linking the existence and extent of protection to the total labor of production. To focus on the superficial form of the final product to the exclusion of the effort expended in collecting the data presented in the work is to ignore the central contribution of the compiler. [...] One promising approach is to find authorship in the act of aggregating isolated pieces of information. The particular collection of data would thus itself be a work of authorship".³⁰⁸

Denicola vindt steun voor zijn opvatting in de uitspraak van het Court of Appeals (7th Circuit) inzake Toksvig v. Bruce Publishing Co.³⁰⁹ De gegevens in de Andersen-biografie van gedaagde waren, zo bleek ter zitting, integraal ontleend aan het werk van historica Toksvig, die haar informatie door zelfstandige research (met behulp van uniek Deens bronnenmateriaal) verkregen had. Volgens het Court of Appeals was hier sprake van inbreuk op auteursrecht, omdat gedaagde onvoldoende onafhankelijk onderzoek gepleegd had. Gedaagde had, zo oordeelde het Hof, de gegevens in kwestie bij de bron moeten halen en zich niet geheel op het werk van Toksvig mogen verlaten.³¹⁰ In wezen verleende het Hof hier bescherming aan de hoeveelheid bloed, zweet en tranen waarmee oorspronkelijke research gepaard gaat; zie *supra* p.99.

Het behoeft niet te verbazen dat met name Nimmer met deze uitspraak niet gelukkig was: "One who explores obscure archives and who finds and brings to the light of public knowledge little-known facts or other public domain materials has undoubtedly performed a socially useful service, but such service in itself does not render the finder an 'author'. Protection for the fruits of such research may in certain circumstances be available under a theory of unfair competition. But to accord copyright protection on this basis alone distorts basic copyright principles in that it creates a monopoly in public do-

306. *Hoehling v. Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 972 (2nd Cir. 1980), waarover kritisch Ginsburg, *passim*, en Patry, p.35. In gelijke zin *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F.2d 1365, 1369 (5th Cir. 1981): "The issue is not whether granting copyright protection to an author's research would be desirable or beneficial, but whether such protection is intended under the copyright law". Vgl. *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (S.D.N.Y.).

307. In gelijke zin Ginsburg, p.649: de uitspraken in *Rosemont* en *Hoehling* "lead to the anomalous conclusion that the more a history book is like a directory, the more protection its exposition of facts may receive".

308. Denicola, p.530.

309. *Toksvig v. Bruce Publishing Co.*, 181 F.2d 664 (7th Cir. 1950); zie ook Taylor, p.47-55.

310. In gelijke zin *Amsterdam v. Triangle Publications, Inc.*, 189 F.2d 104 (3rd Cir. 1951) betreffende een topografische kaart: "[T]he presentation of information available to everybody, such as found on maps, is protected only when the publisher of the map in question obtains originally some of that information by the sweat of his own brow". Vgl. echter *United States v. Hamilton*, 583 F.2d 448 (9th Cir. 1978): "The so-called direct observation rule of *Amsterdam* is squarely before us here, and we decline to follow it". Volgens *Hamilton* kan de originaliteit van een kaart gelegen zijn in de combinatie of rangschikking van bekende en voor de hand liggende feiten.

main materials without the necessary justification for protecting and encouraging the creation of 'writings' by 'authors'".³¹¹

Hierbij sluit aan de overweging van het Court of Appeals (2nd Circuit) in de zaak *Rosemont*: "[W]e [...] cannot subscribe to the view that an author is absolutely precluded from saving time and effort by referring to and relying upon prior published material. [...] It is just such wasted effort that the proscription against the copyright of ideas and facts [...] are designed to prevent".³¹²

In de zaak *Hoehling* gaat het Hof nog een stap verder: "In works devoted to historical subjects, it is our view that a second author may make significant use of prior work, so long as he does not bodily appropriate the expression of another. [...] This principle is justified by the fundamental policy undergirding the copyright laws - the encouragement of contributions to recorded knowledge".³¹³

In deze tamelijk extreme opvatting zijn historische werken derhalve alleen tegen *piraterij*, dat wil zeggen (vrijwel) letterlijke overname van de tekst, beschermd. Nauwelijks verhuuld in beide uitspraken is de gedachte, dat de informatievrijheid in dergelijke gevallen dient te prevaleren, zelfs als de overname in beginsel inbreukmakend is.³¹⁴

De meeste schrijvers bepleiten een middenweg tussen de leer van *Toksvig* (auteursrecht op historische research) en de leer van *Rosemont en Hoehling* (historische research is vrij). Volgens Patry dient *Toksvig* op dogmatische gronden te worden verworpen, want "labor *qua* labor is not subject to copyright protection". Anderzijds behoren "non-fiction narratives" wel degelijk enige inhoudelijke bescherming te genieten, in zoverre dat "the selection, coordination, and arrangement of facts in an original manner, the narration, the explication of critical judgment and theories [...] constitute copyrightable expression".³¹⁵

Volgens Gorman kan de *volgorde* waarin de historicus zijn feitelijke gegevens heeft gerangschikt, indien voldoende bijzonder, op zichzelf beschermd zijn. Maar of de *selectie* van feiten, los van de volgorde, bescherming verdient, laat Gorman in het midden. Gorman wijst in dit verband op een uitspraak van rechter Learned Hand. Deze was van oordeel, dat geschiedenis niets anders *is* dan een selectie van gebeurtenissen; daarom zou op een dergelijke selectie geen auteursrecht kunnen rusten.³¹⁶

Daarentegen meent Ginsburg, dat de selectie van feitelijke gegevens in een geschiedkundig werk juist bij uitstek bescherming verdient. "The author's judgment of what facts are relevant, and the way in which he fits the facts together, form a work which is not 'history' in the Platonic sense, but which unfolds the particular author's view of history".³¹⁷

311. Nimmer, § 3.04.

312. *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 310 (2nd Cir. 1966).

313. *Hoehling v. Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 972, 979 (2nd Cir. 1980); in gelijke zin *Narell v. Freeman*, 872 F.2d 907 (9th Cir. 1989). Vgl. *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp. 120 (S.D.N.Y. 1987): "The law does not recognize private ownership of historical information".

314. Vgl. *New Era Publications International APS v. Henry Holt and Company, Inc.*, 873 F.2d 576 (2nd Cir. 1989). Volgens het Hof waren de uitvoerige citaten uit de "officiële" biografie over Scientology-oprichter Ron Hubbard toelaatbaar. Zie verder *infra* § III.5.5.

315. Patry, p.12.

316. Gorman 1982, p.594-595.

317. Ginsburg, p.660. Zie *supra* p.98.

Helaas heeft het Supreme Court in *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*³¹⁸ (betreffende de overname van gedeelten uit de autobiografie van oud-president Ford) de kans laten liggen zich in deze controverse uit te spreken. Hoewel de feiten in deze zaak zich daar zeer wel voor leenden, beperkt het Hooggerechtshof zich tot de constatering dat "[e]specially in the realm of factual narrative, the law is currently unsettled regarding the ways in which uncopyrightable elements combine with the author's original contributions to form protected expression". Het Supreme Court kon dit vraagstuk laten liggen, doordat in casu in ruime mate *letterlijk* gekopieerd was.

Rechter Brennan gaat in zijn "dissenting opinion" wél op de kwestie in; hij blijkt geen voorstander van de Toksvig-leer: "Were an author able to prevent subsequent authors from [...] using facts contained in his or her work, the creative process would wither and scholars would be forced into unproductive replication of the research of their predecessors [...]. No copyright can be claimed in this information *qua* information".

318. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985).

III.3.4 Evaluatie

Ter afsluiting van deze beschouwing over de bescherming van verzamelingen van feitelijke gegevens trekken wij twee conclusies:

1) Een verzameling van feitelijke gegevens *kan* op grond van de oorspronkelijke rangschikking, de selectie van de gegevens en/of het gehanteerde ontsluitingssysteem beschermd zijn.

2) Auteursrechtelijke bescherming van feitenverzamelingen is zwak en verkeerd gericht. De economische waarde van de verzameling is doorgaans niet gelegen in de wijze waarop de gegevens worden gepresenteerd, maar in de onderliggende "verzamelprestatie". In de jurisprudentie bestaat de neiging het auteursrecht zo ruim uit te leggen, dat ook deze verzamelprestatie beschermd wordt. Een alternatief vormt een auteursrecht op *iedere* vastlegging van feitelijke gegevens, zoals de Nederlandse geschriftenbescherming. Over de beschermingsomvang die de geschriftenbescherming kan bieden, bestaat echter onduidelijkheid.

1) EEN FEITENVERZAMELING KAN EEN "WERK" ZIJN

Hoewel feitelijke gegevens op zichzelf volgens heersende opvattingen geen auteursrechtelijke bescherming wordt gegund, blijken de kansen voor verzamelingen van feitelijke gegevens aanmerkelijk gunstiger te zijn. Oorspronkelijkheid in auteursrechtelijke zin kan, zo blijkt uit de rechtspraak en de literatuur, gelegen zijn in een combinatie van drie elementen: *rangschikking*, *selectie* en *ontsluitingssysteem*.

RANGSCHIKKING

"Klare" oorspronkelijkheid alleen op grond van rangschikking komt in de praktijk maar zelden voor. In veel gevallen is de rangschikking noodzakelijk uitvloeisel van de functie die de feitenverzameling heeft te vervullen en/of van het onderliggende ontsluitingssysteem. Bij een telefoonboek is rangschikking van de abonnees op alfabetische volgorde praktisch onvermijdelijk. Voor een jaartallenboekje is een chronologische presentatie een sine qua non. Een belastingtabel volgt uit de aard der zaak de numerieke volgorde.

Slechts op detailpunten, binnen de kaders van de "vorgegeven" rangschikking, heeft de samensteller enige keuzevrijheid. De maker van een telefoonboek kan personen met dezelfde achternaam rangschikken naar voorletters of naar straatnaam; de Arrondissementsrechtbank kan hij onderbrengen bij de A, de R of zelfs de J (van Justitie). Naarmate dergelijke keuzen gestandaardiseerd worden, verdwijnt ook hier het laatste restje "klare oorspronkelijkheid".³¹⁹ Oorspronkelijkheid in de rangschikking staat op gespannen voet met optimale bruikbaarheid; handig is niet oorspronkelijk.³²⁰

319. Vgl. Gerbrandy, p.68. In wezen gaat het hier om de keuze voor een bepaald ontsluitingssysteem; deze keuze kan op zichzelf oorspronkelijk zijn.

320. Vgl. Dommering 1988, p.65: "mooi is niet oorspronkelijk".

Zuiver oorspronkelijk qua rangschikking is de feitenverzameling die in de volgorde van de gepresenteerde feiten een zelfstandige, oorspronkelijke boodschap verbergt. Een voorbeeld is een lijst van de mooiste doelpunten aller tijden. Veel bescherming biedt een auteursrecht dat louter gebaseerd is op de oorspronkelijke rangschikking van gegevens echter niet. Overname van de gegevens in andere volgorde levert immers geen inbreuk op.

SELECTIE

In de tweede plaats kan de oorspronkelijkheid van een feitenverzameling gelegen zijn in de *selectie* van de gegevens. Ook hier geldt, dat deze in veel gevallen functioneel bepaald is. Een koerslijst van de veertig grootste fondsen is niet oorspronkelijk, maar noodzakelijk gevolg van de beperkte ruimte op de financiële pagina's. Een lijst van veelbelovende fondsen, gebaseerd op het Fingerspitzengefühl van een effectenkenner is dat mogelijk wel. Een lijst met *alle* restaurants in Amsterdam is niet oorspronkelijk³²¹; een gids met "the best places to eat" waarschijnlijk wel.

Auteursrechtelijke bescherming op basis van oorspronkelijke keuze is "manipulatiebestendig" en daardoor, gezien de mogelijkheden van de computer, relatief sterk. De samensteller van een feitenselectie is beschermd tegen iedere overname van gegevens, waarin de oorspronkelijke selectie c.q. oorspronkelijke gedeelten daarvan nog te herkennen zijn.

ONTSLUITINGSSYSTEEM

Eventuele oorspronkelijkheid kan, zo stelt het Duitse Bundesgerichtshof tot tweemaal toe, ook gelegen zijn in de (individuele) "Konzeption" van een feitenverzameling. Deze Konzeption betreft een scala van factoren: rubricering, presentatie, de wijze waarop trefwoorden en lemma's naar elkaar verwijzen, de structuur van een thesaurus, et cetera. Het gaat hier in wezen om de methode, volgens welke de gegevens voor de gebruikers ontsloten worden.³²² Ook de rangschikking van de gegevens vormt hiervan een aspect. Voor de makers van *databanken* zijn beide uitspraken van het Bundesgerichtshof dan ook buitengewoon belangrijk. Zij bieden de producent van databanken aanzienlijk meer houvast dan de "leading cases" op dit gebied inzake Le Monde/Microfor. Uit de arresten van het Franse Cour de Cassation valt niet veel meer af te leiden dan dat een databank een "oeuvre d'information" (en dus een werk) kan zijn.³²³

Wel geldt in dit verband het caveat, dat het Bundesgerichtshof in zijn laatste arrest terzake ("Warenzeichenlexika") de eis stelt van "Überdurchschnittlich-

321. Vgl. G.Schulze, p.275: "Die mit Bienenfleiss erreichte Vollständigkeit ist keine Auswahl".

322. Vgl. Allfeld, p.31: "Stimmt inhaltlich das eine Werk mit dem anderen überein und erschöpft sich bei dem einen Werk die individuelle Geistestätigkeit in der eigentümlichen Methode der Stoffanordnung (wie z.B. einer Adressbuch, bei einem Kursbuch [...]), so ist dieses Werk gegen Übernahme derselben Methode auf das andere Werk allerdings geschützt [...]"

323. Zie noot J. Huët bij Cour de Cassation 30 oktober 1987 (Le Monde/Microfor II), Droit de l'informatique 1988 nr. 1, 35, 41. Zie echter Cour de Cassation 2 mei 1989, D 1989, I.R., p.161: geen bescherming voor een "organigramme" voorstellende de belangrijkste autobobelondernemingen; de verzameling van gegevens is *als zodanig* geen object van auteursrecht.

keit". Een dergelijke voorwaarde is overigens niet onbegrijpelijk. Met betrekking tot de organisatie van een gegevensverzameling spelen dezelfde problemen van "herkenbaarheid" die wij eerder bij het wetenschappelijke werk ontmoetten. Ook hier is het probleem, dat de beschermenswaardige prestatie, i.c. een oorspronkelijke methode van informatie-ontsluiting, in het werk niet of slechts indirect zichtbaar is.³²⁴ De rechter die toch bescherming wenst te verlenen, wordt gedwongen de onderliggende prestatie op enigerlei wijze kwalitatief of kwantitatief te toetsen.

Op vergelijkbare problemen stuiten we bij de dienstregelingen, omroepprogramma's, lesroosters en aanverwante "Anweisungen an dem menschlichen Geist". Mag de creatieve arbeid die aan de totstandkoming van het programma vooraf gaat (de "Vorarbeit") worden meegeteld bij de beoordeling van de oorspronkelijkheid van het *meegedeelde* programma? Is het systeem van het programma beschermde Konzeption of niet-beschermde Vorarbeit? Indien Gerbrandy het spoorboekje auteursrechtelijke bescherming toedenkt, omdat dit "op een doordacht systeem berust" (en "[d]at is creatieve arbeid die respect verdient"³²⁵), zou ook de ontwerper van het omroepprogramma tot maker dienen te worden verheven. Toegegeven: het *op schrift stellen* van het omroepprogramma is, *nadat het programma is ontworpen*, kinderspel ("een aap kan de was doen", meent Gerbrandy). Het ontwerpen van het programma is, uitgaande van de kuren van een klein dozijn zendgemachtigden, te verdelen over drie televisie- en vijf radiozendernetten, echter wel degelijk "creatieve arbeid die respect verdient".

2) AUTEURSRECHT IS VERKEERD GERICHT

Het voorgaande maakt duidelijk, dat er geen scherpe grens getrokken kan worden tussen "zuiver" auteursrecht op feitenverzamelingen en (quasi-)auteursrechtelijke prestatiebescherming van de informatieverzamelaar. De polemieken die met name in de Verenigde Staten worden gevoerd tussen de puristen en de aanhangers van de "sweat of the brow doctrine" dienen dan ook enigszins gerelativeerd te worden. Maar hoe ruim men het auteursrecht ook toepast op gegevensverzamelingen, de *gegevens als zodanig* blijven onbeschermd. In veel gevallen is de bijzondere (economische) waarde van de verzameling juist of zelfs uitsluitend in de gegevens zelf gelegen.

Dit geldt ook voor allerlei gestructureerde gegevensverzamelingen, die wel volgens een bepaald systeem gerangschikt of bewerkt zijn.³²⁶ Naarmate de gebruiker door middel van zijn personal computer een verzameling gegevens zelfstandig kan manipuleren, wordt de ordening die de producent van de gegevensverzameling a priori in de gegevens heeft aangebracht minder belangrijk. De immer toenemende rekenkracht van de computer maakt een in de databank

324. Haberstumpf, p.31-33, 35-39.

325. Gerbrandy, p.206. Zie echter Pfeffer-Gerbrandy, p.53: "Wie een spoorboekje nadrukt, kan moeilijk aan zijn scheppend genie de vrije teugel laten door hier en daar eens een boemeltje later te laten vertrekken of eerder te doen aankomen..."

326. Denicola, p.528: "It is the effort of collecting that must be rewarded in order to preserve incentive and safeguard the author's investment of time and money, not the act of placing Abbott before Baker". Vgl. EC Green Paper, p.207: "[I]t is frequently the raw data itself and the fact that it can be easily retrieved and readily updated, which is of value, rather than the way in which the work was originally written".

ingebouwd netwerk van verwijzingen in wezen overbodig. De gebruiker heeft voldoende aan een verzameling ruwe gegevens, een krachtige computer en een adequaat computerprogramma.³²⁷

Aan verzamelingen van ruwe gegevens kan zelfs een auteursrecht gebaseerd op creatieve Vorarbeit geen bescherming bieden. In de meeste gevallen is het garen van de gegevens in een telefoonboek, een almanak of een databank geen creatieve arbeid, maar een louter organisatorische en/of economische prestatie, die door het traditionele auteursrecht niet met bescherming wordt beloond. De Amerikaanse "sweat of the brow doctrine", zoals die met steun van een rechtsgeleerde minderheid in een aantal Circuits geldend recht is, biedt deze bescherming wel. Hetzelfde geldt in mindere mate voor het Duitse auteursrecht op "kleine Münze". De bloed-zweet-en-tranen-leer richt zich niet, zoals het continentale auteursrecht, primair op de oorspronkelijkheid van de mededeling, maar op de inspanning die daaraan vooraf is gegaan. Zij beoogt bescherming te bieden aan *het werk achter het werk*. Dat neemt niet weg, dat de inspanningsleer qua object aanknoopt bij de mededeling, waarin de inspanning haar neerslag heeft gevonden.

Merkwaardig is, dat deze leer alleen opgeld doet voor *verzamelingen* van gegevens. Uitgaande van de ratio van de inspanningsleer zouden ook "losse" gegevens, waarin de nodige tijd, geld en moeite gestoken zijn, bescherming verdienen. De aanhangers van deze leer vallen hier echter terug op traditionele auteursrechtelijke axioma's: afzonderlijke feitelijke gegevens zijn, evenals ideeën, niet beschermd.

Ook de geschriftenbescherming is, indien het gaat om het beschermen van de "verzamelprestatie", in wezen verkeerd gericht. De geschriftenbescherming is niet primair geïnteresseerd in het bloed, het zweet en de tranen van de informatieproducent; beschermd worden *alle* geschriften. Voor zover de geschriftenbescherming als prestatiebescherming is op te vatten, is het primair de prestatie van het *vastleggen in geschrifte* van de gegaarde informatie die beschermd wordt. De onderliggende verzamelprestatie wordt slechts indirect beschermd.

Inhoud en omvang van de geschriftenbescherming zijn echter nog niet duidelijk door de jurisprudentie geconcretiseerd. Met enige slagen om de arm concluderen wij, dat deze bescherming een sterke en een zwakke kant heeft. Sterk is zij in zoverre dat zij niet alleen beschermt tegen reproductie, maar ook tegen ontlening in (enigszins) gewijzigde vorm. Zwak is zij, omdat haar reikwijdte beperkt is. Zij beschermt, zo lijkt het, niet tegen overname van gegevens door ontlening aan een (tweede) geschrift dat niet als "eenvoudige herhaling" van het eerste is te beschouwen. De geschriftenbescherming is "uitgeput", zodra de syntactische orde eenmaal verstoord is.

327. Men kan zich dan ook afvragen of het veel zin heeft databases uitdrukkelijk in de auteurswetgeving op te nemen, zoals in Japan gebeurd is. Bij wet van 23 mei 1986 is een nieuw art. 12 bis aan de Japanse auteurswet toegevoegd, dat in Engelse vertaling (*The Printed Word*, Copyright 1988, p.81) als volgt luidt:

"(1) Data bases which, by reason of the selection or systematic construction of information contained therein, constitute intellectual creations shall be protected as independent works.

(2) [...]"

Wat de Japanse wetgever onder "data base" verstaat, blijkt uit art. 2 lid 1 ter van de Japanse wet: "data base" means an aggregate of information such as articles, numerals or diagrams, which is systematically constructed so that such information can be searched for with the aid of a computer".

Een sterke bescherming van de verzamelprestatie biedt *onder omstandigheden* het recht inzake de ongeoorloofde mededinging. In de zaak "Informationsdienst" overwoog het Duitse Bundesgerichtshof: "Die Tatsache, dass die Beklagte die Informationen in einer anderen äusseren Anordnung anbietet, steht der Annahme einer identischen Leistungsübernahme nicht entgegen; denn das Leistungsergebnis, auf das es hier entscheidend ankommt, sind Sammlung und *Inhalt* der umfangreichen, detaillierten Spezialinformationen, nicht ihre äussere Darstellungsform".³²⁸ Ook in de Nederlandse en Amerikaanse jurisprudentie zijn beslissingen te vinden waarbij de gegevensverzamelaar via het mededingingsrecht bescherming werd verleend.

ALTERNATIEVE REGIMES

Het wekt, gezien het vorenstaande, geen verwondering dat van verschillende zijden gepleit wordt voor een afzonderlijk beschermingsregime voor gegevensverzamelingen. Zo speelt de Commissie van de Europese Gemeenschappen blijkens haar Groenboek uitdrukkelijk met de gedachte aan sui generis bescherming voor elektronische databanken naar het model van de fonogrammenbescherming.³²⁹ Vergelijkte geluiden zijn te vernemen van de zijde van WIPO en Unesco.³³⁰ Pleidooien voor een afzonderlijke bescherming van gegevensverzamelingen, al dan niet ingebed in een (nabuurrechtelijk) regime van wijdere strekking, zijn wij verder tegengekomen bij Vischer³³¹, G.Schulze³³² en Spoor³³³.

Lucas waarschuwt echter voor wetgeving naar de waan van de dag, zoals die in het informaticarecht helaas niet ongebruikelijk is: "Mais plutôt de résoudre au coup par coup les problèmes posés par les logiciels, les circuits intégrés, les banques de données, les créations automatisées, au risque d'être toujours dépassé par l'évolution des techniques, il serait certainement de meilleure politique de mener une réflexion globale sur les modes de protection des

328. BGH 10 december 1987, AfP 1988, 32, 33, cursivering toegevoegd.

329. EC Green Paper, p.213-214. Zie N. Brouwer en A. Meijboom, Het Europese Groenboek Auteursrecht: in duizelingwekkende vaart naar een richtlijn programmatuurbescherming, Computerrecht 1988, p.179. Vgl. het commentaar van de Studiecommissie Bescherming van computerprogrammatuur en chips van de NVIR, Computerrecht 1989, p.127; de studietoelichting bepleit Europese wetgeving op het gebied van de onrechtelijke mededinging ter bescherming van "investeringen in de productie van gegevensbestanddelen en -verzamelingen".

330. Zie Preparatory Document for and Report of the WIPO/Unesco Committee of Governmental Experts (The Printed Word), Copyright 1988, p.80-82. Zie m.n. de door het gezamenlijke WIPO/Unesco-secretariaat voorgestelde beginselen (PW 17-20). PW 17 luidt als volgt:

"(1) In respect of electronic data bases which are not eligible for copyright protection because of their lack of originality, the granting of a specific protection to data base producers should be considered.

(2) The specific protection mentioned in paragraph (1) should include the exclusive right of data base producers to authorize the reproduction, in any manner or form, of the data bases produced by them or substantial parts thereof".

Het voorgestelde specifieke recht zou tenminste tien jaar moeten duren vanaf het moment dat de database voor het publiek beschikbaar is gemaakt (PW 18). Het recht zou geen afbreuk mogen doen aan de auteursrechtelijke bescherming van werken opgenomen in elektronische databases (PW 20).

331. F. Vischer, Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses, in Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, p.259, 269-270. Vischer bepleit een droit voisin voor "literarischen Erzeugnisse, die sich durch besondere organisatorische und/oder wissenschaftliche Leistungen kennzeichnen, wie Lexika, Register, Wörterbücher, kaufmännische Lehrbücher...".

332. G. Schulze, Sind neue Leistungsschutzrechte erforderlich?, ZUM 1989, p.53, 61.

333. J.H. Spoor, Handelingen NJV 1988, deel 2, p.69.

créations intellectuelles en cette fin de siècle qui voit naître une véritable "industrie de l'information".³³⁴

Wij zijn het hier geheel mee eens.³³⁵ De slechtst denkbare oplossing van deesignaleerde problemen zou zijn het creëren van een sui generis regime voor uitsluitend *electronische* databanken, zoals door de Europese Commissie wordt gepropageerd.³³⁶ Er is onvoldoende reden gegevensverzamelingen die in computers worden opgeslagen anders te behandelen dan andere. Of een bepaalde verzameling gegevens in gedrukte vorm dan wel via een electronische informatiedienst wordt aangeboden mag voor het toepasselijke beschermingsregime geen verschil maken. Daar komt bij, dat het praktisch onmogelijk is tussen electronische en niet-electronische compilaties onderscheid te maken. Is een nieuwsbrief met beurskoersen die met behulp van computers en laserprinters wordt geproduceerd een "papieren" of een electronische uitgave? Vergelijkbare vragen laten zich stellen met betrekking tot edities op "floppy disk", op CD-ROM, et cetera. Zoals wij eerder concludeerden, is wetgeving die aanknoopt bij het technische karakter van het medium willekeurig en achterhaald.

Nieuw zou een nabuurrechtelijk regime ter bescherming van gegevensverzamelingen overigens niet zijn. De auteurswetten van de diverse Skandinavische landen bevatten sinds hun herziening (omstreeks 1960) een bijzonder regime voor catalogi, tabellen en aanverwante werken "waarin een groot aantal gegevens is bijeengebracht".³³⁷ Deze *Katalogregel* is geen auteursrechtelijk regime stricto sensu, maar een vorm van prestatiebescherming.³³⁸ Oorspronkelijkheid in auteursrechtelijke zin wordt niet vereist. Anders dan in het Skandinavische auteursrecht normaal is, kan een rechtspersoon "rechtstreeks" (originair) recht hebbende worden.³³⁹ Gegevensverzamelingen genieten gedurende tien jaar na publicatie bescherming tegen nadruk.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met de catalogusregel mede beoogd is het "echte" auteursrecht zuiver te houden. De rechter behoeft niet met het oorspronkelijkheidsvereiste te sjoemelen om aan feitenverzamelingen bescherming te verlenen.³⁴⁰ Opponenten van de Nederlandse geschriftenbescherming zouden hier lering uit kunnen trekken!

Over de reikwijdte van de catalogusregel bestaat onduidelijkheid. Volgens Lögdberg moet het in elk geval gaan om informatie van feitelijke aard, niet om "Phantasiegebilden". Eenvoudige feitelijke werken, die niet bestaan uit een groot aantal elementen, vallen niet onder de catalogusregel.³⁴¹

334. Lucas, p.360.

335. Vgl. P.B. Hugenholz, De spin-offs van de Amerikaanse chipswet, AMI 1986, p.36, 38.

336. Met de term "database" doelt de Europese Commissie uitdrukkelijk alleen op gecomputeriseerde gegevensverzamelingen, zo blijkt uit de definitie op p.205 van het EC Green Paper: "The term 'data base' is used in this chapter to mean a collection of information stored and accessed by electronic means".

337. Art. 49 Zweedse auteurswet, art. 49 Deense auteurswet, art. 43 Noorse auteurswet, art. 49 Finse auteurswet. In de Finse versie van de catalogusregel worden ook *programma's* uitdrukkelijk genoemd. Zie Thoms, p.217.

338. Thoms, p.218.

339. A. Lögdberg, Zu den Voraussetzungen des Urheberrechtsschutzes nach schwedischem Recht, insbesondere zur Gestaltungshöhe, GRUR Int 1977, p.255, 257.

340. A. Lögdberg, o.c., GRUR Int 1977, p.257: "Es dürfte also klar sein, dass der Gesetzgeber mit den neuen Regeln über Kataloge, Tabellen usw. verhindern wollte, dass Gerichte aus Billigkeitsgründen Abstriche vom Merkmal der persönlichen Gestaltung als Erfordernis des eigentlichen Urheberrechtsschutzes machen". Volgens Lögdberg impliceert de invoering van de catalogusregel dan ook een verscherping van de auteursrechtelijke oorspronkelijkheidseis.

341. A. Lögdberg, Aktuelle Fragen im schwedischen Urheberrecht, Festschrift für Georg Roeder, Berlin 1973, p.313, 315.

De lege ferenda pleit Lögberg voor uitbreiding van de catalogusregel met andere prestaties waarin een belangrijke hoeveelheid arbeid en/of grote kosten zijn gestoken. Eventueel zou een dergelijk regime naar het voorbeeld van het modellenrecht kunnen worden aangevuld met een vereiste van nieuwheid in combinatie met een registratiesysteem.³⁴²

Een alternatieve oplossing met een zeer ruime "scope" biedt de in 1986 herziene Zwitserse UWG.³⁴³ Volgens art. 5 lid c van deze wet handelt ongeoorloofd hij die "das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet".³⁴⁴ Duidelijk is, dat een verzameling van feitelijke gegevens onder omstandigheden als "marktreifes Arbeitsergebnis" bescherming kan genieten.³⁴⁵ Of overname van gegevens in gewijzigde volgorde overname "als solches" zou opleveren, is niet zeker, maar, uitgaande van de ratio van de wet, wel waarschijnlijk. De Zwitserse wet biedt echter geen bescherming tegen overname anders dan door technische reproductie.

342. Lögberg, GRUR Int 1977, p.260.

343. Zie voor de tekst GRUR Int 1987, p.159-160.

344. Zie A. Troller, Gedanken zur Bedeutung des Leistungsschutzes im Entwurf für ein neues schweizerisches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR Int 1985, p.94.

345. Vgl. het Rapport van de Studiecommissie Uitgeversrecht van de VvA, p.40 c.v.

III.4 Eigendom van informatie

III.4.1 *Théorie des biens informationnels*

Zoveel is duidelijk: het traditionele auteursrecht beschermt niet *alle* informatie. Onbeschermd blijven "ruwe" gegevens, niet-oorspronkelijke gegevensverzamelingen, dito know-how, "naakte" ideeën en andere "créations intellectuelles abstraites".³⁴⁶ Enkele Franse schrijvers zien hier een leemte in het recht; zij pleiten daarom voor een algemene "eigendom van informatie", analoog aan het traditionele eigendomsrecht op materiële goederen.

Deze "théorie des biens informationnels", zoals verwoord door haar voorname pleitbezorger Catala,³⁴⁷ komt ongeveer op het volgende neer. Zij begint met de constatering, dat informatie dikwijls een grote economische waarde vertegenwoordigt. Vervolgens wordt opgemerkt, dat informatie een immaterieel karakter heeft en dat wij informatie en drager van elkaar gescheiden moeten zien. Daarna wordt gesteld, dat informatie en informatieproducent ("auteur") door een natuurlijke bezitsrelatie met elkaar verbonden zijn: de informatie "est reliée à son auteur par une relation juridique de possédant à possédé".³⁴⁸ Hieruit volgt, dat informatie een "goed" is, dat zich voor "toeëigening" in beginsel zeer wel leent; Catala wijst in dit verband op het auteursrecht en het octrooi-recht. Maar niet ieder "bien informationnel" is voorwerp van auteursrecht of octrooi-recht. Er blijft een hoeveelheid belangrijke informatie onbeschermd. Catala noemt in het bijzonder databanken, computerprogramma's³⁴⁹ en know-how. We moeten dus, zo meent Catala, de blik verruimen.³⁵⁰ Daartoe dient zijn "theorie".

Wat daarvan precies de inhoud is - naast hetgeen hierboven is weergegeven - blijft echter onduidelijk. Uit zijn "Ebauche"³⁵¹ krijgt men de stellige indruk, dat hij, uitgaande van het o.i. twijfelachtige (natuurrechtelijke) beginsel dat iedere economische waarde een eigendomsrecht rechtvaardigt, een ongeclausuleerd *eigendomsrecht op informatie* postuleert. In latere publikaties neemt Catala de nodige reserves in acht. Het zou wellicht een goed idee zijn, meent hij, te overwegen voor *alle* (al dan niet door octrooi-recht of auteursrecht beschermde) informatie een algemeen "régime primaire" in het leven te roepen.³⁵² Een dergelijk regime zou in het verlengde kunnen liggen van het mededingingsrecht c.q. het recht inzake ongegronde verrijking.³⁵³ Aard, omvang, inhoud en duur van het door Catala gepropageerde recht blijven echter in het vage.

346. Zie Lucas, diss.

347. Catala 1984; Catala 1985; P. Catala, La production juridique des productions immatérielles, in Chamoux, p.84-92. Zie ook M.-P. Lucas de Leyssac, Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens? Recueil Dalloz Sirey, 1985, Chroniques IX, p.43.

348. M.-P. Lucas de Leyssac, o.c., p.46.

349. Inmiddels is de gesignaleerde "leemte" met betrekking tot computerprogramma's goeddeels gedicht door de Franse wet van 3 juli 1985 tot wijziging van de Auteurswet. Computerprogramma's worden voortaan expressis verbis auteursrechtelijk beschermd.

350. Catala 1985, p.98: "Or, le besoin existe aujourd'hui d'acquérir des vues plus globales".

351. Catala 1984.

352. P. Catala, in Chamoux, p.91-92.

353. Catala 1985, p.110-111.

De theorie van Catala heeft in Frankrijk de nodige kritiek geoogst. Zo constateert Vivant, dat de idee van een "bien informationnel" allerm minst nieuw is. "Or il faut le dire avec fermeté: toutes les propriétés intellectuelles que connaît notre droit reposent sur la reconnaissance du bien-information, qu'il s'agisse de brevets, de marques, de dessins ou de modèles, d'obtentions végétales ou de droit d'auteur".³⁵⁴

Prüm heeft bezwaren tegen de natuurrechtelijke grondslag van Catala's theorie. "La propriété incorporelle n'est pas naturelle, elle a donc besoin d'une définition légale. Le recours à la notion de 'bien juridique' ne justifie pas en soi l'expression d'un droit réel sur les informations". Voorts wijst Prüm op het probleem, dat in geval van een recht op *alle* informatie de "eigenaar" moeilijk kan worden geïdentificeerd. "La naissance d'un droit réel sur une information suppose que l'on puisse identifier son auteur. [...] Seule l'expression formelle, qui porte sur elle les marques de la personnalité de son auteur, semble satisfaire à cette exigence".³⁵⁵

Overtuigend is de kritiek van Lucas. Het bestaande stelsel van intellectuele eigendom vormt volgens Lucas een uitzondering op het beginsel dat ideeën vrij zijn.³⁵⁶ De theorie van de informatie-goederen ondermijnt dit systeem:

"Attribuer un monopole sur n'importe quelle information sans poser la moindre condition de nouveauté ou d'originalité retire à l'évidence tout intérêt aux droits privatifs existants. Qui demandera un brevet, qui invoquera le bénéfice du droit d'auteur, s'il a l'assurance d'être titulaire en toute hypothèse d'un droit de propriété sur l'information dont il a la maîtrise?"³⁵⁷

De werkelijke vraag, zo concludeert Lucas, is niet of informatie van nature een immaterieel goed is, maar *onder welke voorwaarden* zij het kan worden.³⁵⁸ Lucas is overigens niet afkerig van een niet-auteursrechtelijke oplossing. Over de inhoud van zijn "derde weg" wil Lucas echter weinig kwijt. Het accent zou niet zozeer op de bescherming van creatieve arbeid moeten liggen, als wel op de bescherming van *investeringen*. Het stellen van een eis van oorspronkelijkheid zou, hiervan uitgaande, te streng zijn. Daarentegen zou de beschermingsomvang beperkt dienen te blijven.³⁵⁹

Zeer kritisch over de theorie van Catala is Verkade. De idee van eigendom op informatie "is als een olifant, die dendert door de porseleinkast van het uiterst subtiële systeem van welbewust wettelijk geregelde, beperkte intellectuele eigendomsrechten. [...] Zo'n eigendom van zakelijke gegevens leidt tot onmogelijke resultaten, waarbij vrij onderwijs, een vrije wetenschapsbeoefening en een vrije persvoorziening niet mogelijk zouden zijn".³⁶⁰

354. M. Vivant, A propos des "biens informationnels", J.C.P., édition Entreprise 1984, 14200; vgl. Lamy, nr. 1479.

355. A. Prüm, Information, donnée et droit continental, in *Engelse vertaling verschenen in Freedom of Data Flows*, p.27-37.

356. Lucas, p.356.

357. Lucas, p.357.

358. Lucas, p.360. Vgl. R. van Liefland, Handelingen NJV 1988, deel 2, p.64: "Bij de bescherming van gegevens is wellicht niet eens zozeer de vraag, of gegevens 'goederen' zijn als alle andere, maar veeleer hoe wij het eigenlijke rechtsgoed, die betrekking tussen persoon en goed, moeten omschrijven om dan de vereiste bescherming daarop te kunnen afstemmen en afbakenen, om zo de rechtsorde te behoeden voor overdaad en misschien willekeur".

359. Lucas, p.360-361. Vgl. P. Catala, in Chamoux, p.160.

360. Verkade, preadvies, p.40.

In wezen is de theorie van de informatie-goederen een variant op de negentiende-eeuwse theorieën inzake de "letterkundige eigendom" van Fichte en Hegel. Deze zijn reeds door De Beaufort in 1909 en zijn tijdgenoten overtuigend bestreden.³⁶¹ De pleitbezorgers van de leer van de letterkundige eigendom halen rechtskarakter en rechtsgrond door elkaar, wanneer zij van intellectuele eigendom een vorm van "gewone" eigendom proberen te maken, zo meent De Beaufort.³⁶² Hij concludeert:

"Letterkundige of geestelijke eigendom moet dus, wil men niet tot ongerijmde gevolgtrekkingen komen, worden opgevat in den zin van: uitsluitend recht op het geestesproduct. Indien er niet meer dan dit mee wordt bedoeld en indien men zich niet tot verdere analogieën met den eigendom op stoffelijke goederen laat verleiden, kan de uitdrukking geen kwaad. Doch daarmee is ook alles gezegd".³⁶³

III.4.2 Property rights in information

Ook in de Anglo-Amerikaanse literatuur komen wij pleidooien tegen voor een "property right in information". Zo stelt Libling: "Any expenditure of mental or physical effort, as a result of which there is created an entity, whether tangible or intangible, vests in the person who brought the entity into being, a proprietary right to the commercial exploitation of that entity, which right is separate and independent from the ownership of that entity".³⁶⁴

De grondslag van dit recht is volgens Libling gelegen in *causation* ("veroorzaking"). Ieder produktief handelen behoort met een exploitatierecht beloond te worden; de leer van Libling is in wezen, evenals die van Catala, een natuurrechtelijke theorie. Met betrekking tot immateriële goederen leidt deze tot een algemeen (ongeschreven) *common law* recht van intellectuele eigendom.

Verwijzingen naar "property rights" komt Libling tegen in een groot aantal Engelse, Amerikaanse en Australische uitspraken betreffende de bescherming van know-how, bedrijfsgeheimen, goodwill, handelsnamen et cetera. Illustratief is de uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof in de zaak *International News Service v. Associated Press*.³⁶⁵ Volgens het Supreme Court moesten de nieuwsberichten in casu beschouwd worden als "quasi-property". Libling voert verder enige oude Engelse jurisprudentie ten tonele. Interessant is het oordeel van rechter Sterling in de zaak *Exchange Telegraph Co. v. Central News Ltd.* (uit 1897), betreffende de "diefstal" van cricketuitslagen. "By the expenditure of labour and money the plaintiffs had acquired this information, and it was in their hands valuable property in this sense - that persons to whom it was not known were willing to pay, and did pay, money to acquire it".³⁶⁶

Revolutionair is de opvatting van Libling in wezen niet. Zijn beschouwingen dienen in hun juiste, Anglo-Amerikaanse (c.q. Anglo-Australische) context geplaatst te worden. In het Anglo-Amerikaanse recht is "property" een bijzon-

361. De Beaufort, diss., p.108-118; Grosheide, p.152-155.

362. De Beaufort, diss., p.116; Grosheide, p.121-123.

363. De Beaufort, diss., p.117.

364. Libling, p.104; vgl. Grosheide, p.231.

365. Zie p.90 *supra*.

366. Libling, p.109.

der ruim, in wezen para-juridisch begrip. "Property right" betekent weinig anders dan *vermogensrecht*. Het gaat daarbij dikwijls, zo blijkt ook uit de door Libling aangehaalde voorbeelden, om rechten die langs de weg van het (common law) mededingingsrecht beschermd worden. Dergelijke "property rights" mogen met het civielrechtelijke eigendomsbegrip beslist niet over één kam geschoren worden.

III.4.3 Economische aspecten

Sterke argumenten van *economische* aard tegen een "eigendom van informatie" komen wij tegen bij Grant Hammond en Mackaay. Vanuit een economisch gezichtspunt past informatie niet of nauwelijks in het klassieke eigendomsconcept, zo wordt gesteld. Informatie vertoont de kenmerken van een goed, een collectief goed, een kapitaalgoed en een hulpbron.³⁶⁷ Een complicerende factor vormt vooral het immateriële karakter van het "produkt" in kwestie. Toepassing van klassieke economische beginselen, die geënt zijn op een economie van goederen en diensten, wordt daardoor problematisch. Fysieke eigendom van informatie is onmogelijk. Informatie "slijt" niet door gebruik; soms wordt informatie door gebruik niet minder, maar zelfs méér waard. Informatie kan "verkocht" worden zonder dat de aanbieder het verkochte kwijt raakt.³⁶⁸ Sommige informatie is niet bestand tegen "prior inspection" door geïnteresseerde consumenten³⁶⁹; men denke aan het dilemma van de free-lance "nieuwtesjager". Ook hier speelt het probleem, dat informatie als "produkt" dikwijls nauwelijks te individualiseren is, waardoor het moeilijk, zo niet onmogelijk wordt een exclusief recht op informatie te handhaven.

Mackaay concludeert dan ook: "All in all, property rights in information are not always feasible and are usually imperfect in comparison to those which exist in most physical commodities. It would seem that property rights are most nearly viable with respect to information which is extensive and complex or highly individualised to the prospective purchaser".³⁷⁰

Uitgangspunt dient te zijn, aldus Mackaay, dat informatie vrij kan circuleren. "Eigendomsrechten in informatie dienen slechts bij wijze van uitzondering te worden toegekend en alleen voor zover nodig om het scheppen en in omloop brengen van informatie rendabel te maken".³⁷¹ Mackaay wijst in dit verband op het "cumulatief karakter" van informatie: kennis stapelt zich op kennis. Een eigendomsrechtelijk "informatierecht" zou er toe leiden, dat de erfenamen van Leonardo da Vinci de technische vooruitgang zouden kunnen frustreren. Bovendien zou de cumulatie van rechthebbenden in een administratieve nachtmerrie resulteren.³⁷²

367. Grant Hammond, *passim*; E. Mackaay, *Economics of information and law*, diss. Amsterdam, Montreal 1980, p.121-126.

368. Grant Hammond, p.54-55.

369. E. Mackaay, a.w., p.122.

370. E. Mackaay, t.a.p.

371. Mackaay, p.15.

372. Mackaay, p.12-16; vgl. ook E. Mackaay, *Les biens informationnels: le droit de suite dans les idées?*, in Chamoux, p.26-46.

Mackaay staat overigens niet afwijzend tegenover een "informatierecht" van beperkte duur. Hoe een dergelijk recht er uit zou moeten zien, valt in verband met de nieuwigheid van de informatietechniek vooralsnog niet te zeggen. Hij pleit daarom voor "sociale experimentatie" op het gebied van het contractenrecht. Uit de contractuele praktijk zouden nieuwe juridische normen kunnen ontstaan.³⁷³

Volgens Grant Hammond vraagt het post-industriële tijdperk om een nieuw, aan de informatiemaatschappij aangepast eigendomsconcept. Daarbij zou minder dan thans de nadruk moeten liggen op exclusiviteit. Het creëren van exclusieve rechten naar analogie van de klassieke eigendom acht Grant Hammond gevaarlijk en contra-productief. Eigendom van informatie getuigt van "an attitude obsessed with creating 'things' around which 'rules' can be hung".³⁷⁴ Een dergelijke notie staat op gespannen voet met moderne opvattingen over de relativisering van het eigendomsbegrip.³⁷⁵

In de beschouwingen van Mackaay en Grant Hammond herkennen wij de *economic analysis of law* benadering, waarin economische modellen worden gehanteerd teneinde het recht op zijn "efficiency" te toetsen. Daarbij spelen rationele overwegingen een belangrijke, morele en filosofische argumenten daarentegen een geringe rol. Nadere bestudering van het stelsel van intellectuele eigendom vanuit dit perspectief zou o.i. blikverruimend kunnen werken.³⁷⁶ Helaas is de economische analyse van het recht in Europa, en in Nederland in het bijzonder, nog niet tot volle wasdom gekomen.

373. Mackaay wijst in dit verband op het softwarelicentiecontract. Inderdaad een uitstekend voorbeeld; de restrictieve bepalingen in deze contracten met betrekking tot het kopiëren voor eigen gebruik keren terug in recente wetgeving op dit gebied. Zie bijv. het oorspronkelijke wetsvoorstel 19921 tot wijziging van de Auteurswet (Kamerstukken TK, 1987-1988, 19921, nr. 2).

374. Grant Hammond, p.69.

375. Grant Hammond, p.70.

376. Vgl. S. Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, Harvard Law Review, Vol. 84 (1970), p.281; E.W. Kitch, *The law and economics of rights in valuable information*, Journal of Legal Studies, Vol. 9 (1980), p.683; Grosheide, p.133-136; R. Coote en Th. Ulen, *Law and Economics*, Glenview, Ill. 1988, p.135-149; M. Lehmann, *Property and Intellectual Property - Property Rights as Restrictions on Competition in Furtherance of Competition*, IIC 1989, p.1.

III.4.4 Diefstal van informatie

De theorie van de informatie-goederen heeft met name onder de beoefenaren van het strafrecht de nodige weerklink gevonden. Zo wordt zowel in Frankrijk als in Nederland door een aantal schrijvers de stelling verdedigd dat de bepalingen van het gemene strafrecht, met name de artikelen inzake diefstal en verduistering, zonder meer toegepast kunnen worden op het ongeoorloofd ontlenen of kopiëren van informatie. Deze schrijvers worden in hun opvattingen gesteund door enkele arresten, gewezen door Nederlandse en Belgische gerechtshoven.

Centraal in de Nederlandse versie van deze opvatting staat de interpretatie van de begrippen "goed", "wegnemen" resp. "zich toeëigenen" in de zin van artt. 310 en 321 WvS. Volgens een arrest van het Arnhemse Hof³⁷⁷ leverde het ongeoorloofd kopiëren van computerprogramma's en -gegevens door de houder van de dragers (enige "disc-packs") een geval op van "verduistering van computergegevens". Het Hof overwoog hierbij onder meer "dat de onderhavige computergegevens het karakter dragen van overdraagbaarheid, reproduceerbaarheid en beschikbaarheid, terwijl zij bovendien economisch waardeerbaar zijn; [...] dat het aan verdachte verweten overnemen van computergegevens heeft geleid tot vermogensvermeerdering van verdachte ten laste van [gelaedeerde] en tot het over die overgenomen gegevens als heer en meester kunnen beschikken door verdachte". In een later gewezen arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen³⁷⁸ werd een eenvoudig geval van ongeoorloofd kopiëren van computersoftware op vergelijkbare gronden aangemerkt als "diefstal van computergegevens".

Beide arresten hebben in de Nederlandse en Vlaamse rechtsleer tegengestelde reacties opgeroepen. Volgens Smits³⁷⁹ is door het Gerechtshof Arnhem een belangrijke stap gezet in de richting van een solide strafrechtelijke bescherming van computerprogrammatuur en -gegevens. Verstraeten³⁸⁰ spreekt naar aanleiding van het Antwerpse arrest zelfs van een "revolutie in het strafrecht". De meest grondige en uitvoerige verdediging van deze jurisprudentie is van de hand van Vellinga-Schootstra.³⁸¹

Volgens Vellinga-Schootstra is het strafrechtelijke "goed" een ruim begrip. Het gaat in artt. 310 en 321 WvS om "een goed met voor het individu enige waarde, in welk vlak deze dan ook moge liggen".³⁸² Evenals het Arnhemse Hof baseert zij zich hierbij op het beroemde Electriciteitsarrest van de Hoge Raad³⁸³, waarin het aftappen van electriciteit werd aangemerkt als diefstal, dat

377. Hof Arnhem 27 oktober 1983, NJ 1984, 80.

378. Hof Antwerpen 13 december 1984, Computerrecht 1986, 42 m.n. G. Vandenbergh; vgl. ook Hof van Beroep Brussel 5 december 1986, Computerrecht 1987, 36 m.n. De Schutter.

379. Noot J.M. Smits bij Hof Arnhem 27 oktober 1983, Computerrecht 1984-1985, nr. 1, p.33.

380. R. Verstraeten, Diefstal van computergegevens: een revolutie in het strafrecht?, Rechtskundig Weekblad 1985-1986, p.216.

381. Zie ook Lucas de Leyssac, o.c., voor een vergelijkbaar betoog volgens Frans strafrecht. Een meer genuanceerde benadering treffen wij aan bij P. van Schelven, Bescherming van software in juridisch perspectief, Lelystad 1986, p.54-59.

382. Vellinga-Schootstra, p.149. Vgl. ook Van Schelven, a.w., p.55 met verwijzing naar Van Oosten, De strafrechtelijke bescherming van het vermogen, Tijdschrift voor Strafrecht 1950, p.202: de term goed duidt op het "nuttige, waardevolle en bruikbare".

383. HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

wil zeggen het "wegnemen" van "eenig goed". Beslissend voor de Hoge Raad was het *zelfstandig bestaan* van electriciteit. Volgens Vellinga-Schootstra laten de overwegingen van het arrest alle ruimte om gegevens als "goed" in de zin van het Wetboek van Strafrecht te beschouwen.³⁸⁴

De voor de hand liggende tegenwerping, dat er met betrekking tot (immateriële) gegevens toch bezwaarlijk sprake kan zijn van "wegnemen" c.q. "zich toeëigenen", maakt op Vellinga-Schootstra geen indruk. Zij ziet, uitgaande van het Electriciteitsarrest, geen reden om vast te houden aan een "materialistisch substantieel goedsbegrip".³⁸⁵ Een zodanig extensieve wetsuitleg is volgens Vellinga-Schootstra niet in strijd met het legaliteitsbeginsel. Onder verwijzing naar Taverne's annotatie bij het Electriciteitsarrest stelt zij, dat de regel dat gegevens niet mogen worden gestolen in voldoende mate is "ingebod in het zedelijk bewustzijn".³⁸⁶ Volgens Vellinga-Schootstra zal "de vraag of het kopiëren van gegevens - los van de optelsom van de verschillende bestanddelen - een geval van diefstal oplevert, door vele leken met 'ja' [...] worden beantwoord".³⁸⁷

De Nederlandse c.q. Vlaamse rechtsleer staat in meerderheid sterk afwijzend tegenover de Arnhemse en Antwerpse arresten.³⁸⁸ In de eerste plaats valt op de door beide hoven gepleegde strafrechtelijke analyse nogal wat af te dingen. Beide colleges lijken over het hoofd te zien dat computergegevens in feite ontastbare (immateriële) goederen zijn met een *ubiquitair* ("multiple") karakter, die daarom bezwaarlijk als "goederen" die iemand zich kan "toeëigenen" c.q. "wegnemen" zijn aan te merken. De "eigenaar" van de gegevens verliest niet de beschikkingsmacht, maar hooguit de *exclusiviteit*.

De beweerde analogie met het Electriciteitsarrest gaat om tenminste twee redenen niet op. Daar was nog sprake van een object met fysische eigenschappen (electriciteit).³⁸⁹ Hier hadden alleen de *dragers* van het gestolen goed (de "disc-packs" in kwestie) een materieel karakter. Maar om verduistering of diefstal van deze informatiedragers ging het in casu niet. Hoe het Arnhemse Hof dan ook kon concluderen, dat verdachte "als heer en meester over de gegevens kon beschikken" is ons een raadsel, tenzij moet worden aangenomen dat de beschikkingsmacht waar het Hof op doelt geen exclusief karakter behoeft te hebben. De analogie is bovendien misplaatst, omdat beide gevallen, economisch beschouwd, niet vergelijkbaar zijn. Bij het Electriciteitsarrest ging

384. Vellinga-Schootstra, p.154.

385. Taverne, gecit. bij Vellinga-Schootstra, p.154.

386. Vellinga-Schootstra, p.155.

387. Vellinga-Schootstra, p.169. Deze verwijzing naar het "gezonde verstand" is typerend voor de opvatting van Vellinga-Schootstra. Het "jatten" van gegevens is voor de "gewone burger" een vorm van diefstal. Juristen die zich hiertegen verzetten maken zich schuldig aan "juristerij"; zij vergroten de kloof tussen strafrecht en burger. De opvatting van Vellinga-Schootstra is o.i. in zijn consequenties uiterst bedenkelijk.

388. Vandenbergh, p.157-159; Computercriminaliteit, p.37-39; G. Vandenbergh, Computerrecht 1986, p.44; D.W.F. Verkade, Juridische bescherming van programmatuur, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1986, p.89; Hugenholtz/Spoor, p.28; Verkade, preadvies, p.39-41; Dommering 1988, p.67; H. Cohen Jehoram, Herovering van koloniaal bezit, NJB 1988, p.784; G.J.M. Corstens, Gegevensbescherming en straf- en strafprocesrecht, NJB 1988, p.793-794; H. Franken, Handelingen NJV 1988, deel 2, p.9-12; M.S. Groenhuijsen, Handelingen NJV 1988, deel 2, p.21-23; H.W.K. Kaspersen, Handelingen NJV 1988, deel 2, p.28-33 met vermelding van curieuze jurisprudentie. Zie ook J. Michael, Data and Information in Common Law, in Freedom of Data Flows, p.25-26. Vgl. Hooggerechtshof Canada 26 mei 1988 (Regina v. Stewart), [1988] 1 R.C.S. 963.

389. Vandenbergh, p.158.

het, zoals Dommering terecht opmerkt³⁹⁰, in wezen om de diefstal van een dienst; in de Arnhemse zaak ging het om het ongeoorloofd kopiëren van informatie.

Van meer fundamentele betekenis is het volgende bezwaar. De theorie van Vellinga-Schootstra, die het begrip "goed" in wezen oprekt tot "belang", heeft uiteindelijk tot gevolg dat iedere aantasting van belangen als diefstal of verduistering kan worden aangemerkt. Op deze wijze zou het strafrecht in de artt. 310 en 321 WvS een pendant krijgen van het open stelsel van art. 1401 BW.³⁹¹ Iedere onrechtmatige daad zou een strafbaar feit opleveren!³⁹² De opvatting van Vellinga-Schootstra c.s. is wel degelijk radicaal in strijd met het legaliteitsbeginsel.³⁹³

Voorts zou hiermee de weg vrij worden gemaakt voor een open stelsel van ongeschreven intellectuele eigendom op strafrechtelijke grondslag. De bezwaren die hiervoor tegen de leer-Catala werden aangevoerd, kunnen hier als ingelast worden beschouwd.³⁹⁴ Het bestaande, uitgebalanceerde stelsel van intellectuele eigendom zou in ernstige mate worden ondergraven.³⁹⁵

Vandenberghe wijst er bovendien op dat de Hoge Raad in het Electriciteits-arrest met zoveel woorden heeft gesteld, dat het diefstal-artikel niet mag worden toegepast op "rechten of geestesprodukten, zoals bijvoorbeeld het auteursrecht of een octrooi".³⁹⁶ Daarvoor zijn immers speciale wetten in het leven geroepen, zoals de Auteurswet.

Vellinga-Schootstra is van deze rechtssystematische argumenten echter niet onder de indruk. Samenloop tussen auteursrecht en strafrecht doet zich, stelt zij, alleen in sommige gevallen voor. "Waar het auteursrecht in de regel betrekking heeft op de 'toegevoegde waarde' van gegevens - de originele, crea-

390. Dommering 1988, p.67.

391. Het verbaast dan ook niet dat voorstanders van prestatiebescherming via het ongeschreven *civiele* recht steun zoeken in de leer van Vellinga-Schootstra; zie Th.C.J.A. van Engelen, *Handelingen NJV* 1988, deel 2, p.33-34. Weinig consequent toont Van Engelen zich echter, waar hij elders (p.35) stelt, dat het civielrechtelijke stelsel van intellectuele eigendomsrechten gekenmerkt wordt door een "zeer uitgebalanceerde beschermingsomvang", en waarschuwt voor het ontbreken daarvan in het door Vellinga-Schootstra verdedigde strafrechtelijke regime. Deze kritiek is op zichzelf terecht; Van Engelen ziet echter over het hoofd, dat het ongeschreven *civiele* recht evenmin een "zeer uitgebalanceerde beschermingsomvang" kent.

392. Dommering 1988, p.67, spreekt van een "onrechtmatige daad insluipend door een strafrechtelijke achterdeur". Vgl. G. Vandenberghe, *Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht!*, noot bij Hof van Beroep Antwerpen 13 december 1984, *Computerrecht* 1986, p.44: "Diefstal van economische waarde, dat opent interessante perspectieven!". Vandenberghe noemt enige voorbeelden van deze diefstal "nieuwe stijl": het lezen en uit het hoofd leren van een (geheime) klantenlijst, het fotokopiëren van een tekst, het uitvoeren van een bedrijfsbezetting. Een en ander toont volgens Vandenberghe *ex absurdo* aan dat het Hof van Beroep Antwerpen i.c. te ver is gegaan.

393. Vgl. M.S. Groenhuijsen, *Handelingen NJV* 1988, deel 2, p.21-23; H. Franken, *Handelingen NJV* 1988, deel 2, p.12.

394. Vgl. Van Schelven, a.w., p.56: "Het gaat niet aan, zo kan worden gesteld, dat het commune strafrecht met een zekere lompheid de strafbepalingen in de sfeer van het intellectueel eigendomsrecht doorkruist." Vergelijkbare bezwaren kunnen worden aangevoerd tegen enkele bijzondere strafrechtelijke regelingen ter bescherming van informatie, die wij aantreffen in enkele buitenlandse wetten op het gebied van de *computer-criminaliteit*. Als voorbeeld moge dienen de strafwetgeving van Virginia (V.S.): "Computer time or services or data processing services or information or data stored in connection therewith is hereby defined to be property which may be the subject of larceny". Zie voor buitenlandse wetgeving inzake computercriminaliteit Lamy, nrs. 2478-2514; H.W.K. Kaspersen, *Computerrecht* 1987, p.173-183; *Computercriminaliteit*, Bijl. E.

395. Vandenberghe, p.158: "Op het gebied van de intellectuele creaties kan van diefstal, of verduistering, geen sprake zijn. Het tegengestelde zou elke betekenis aan de intellectuele rechten ontnemen. [...] Het tegengestelde kent een bescherming toe in *perpetuum* zowel als *erga omnes*, zonder dat nieuwheid, originaliteit of uitvindingshoogte zijn vereist [...]"

396. Vandenberghe, p.158.

tieve schepping - beschermt de strafwet de gegevens 'an sich'".³⁹⁷ Bezwaarlijk acht zij een incidenteel geval van samenloop bovendien niet. Het onbevoegd kopiëren van een manuscript vijftig jaar na de dood van de auteur is, hoewel auteursrechtelijk toegelaten, wel degelijk diefstal in de zin van art. 310 WvS. "Begrijp ik de auteursrechtelijke deskundigen goed, dan is dit een bezwaar. Maar waarom eigenlijk?"³⁹⁸

Uiteindelijk valt er qua praktisch resultaat met de theorie van Vellinga-Schootstra, zelfs voor "auteursrechtelijke deskundigen", best te leven. Haar opvatting, dat gegevens strafrechtelijk beschermd zijn, heeft geen betrekking op *gepubliceerde* gegevens, zo lezen wij halverwege haar preadvies ineens. "De gegevens zijn dan niet meer vatbaar voor diefstal omdat iedereen deze toch al heeft. [...] Gegevens die de betrokkene 'voor zich zelf houdt' [...] zijn wél vatbaar voor diefstal".³⁹⁹

Ervan uitgaande, dat haar theorie beperkt blijft tot niet openbaar gemaakte informatie zou de geconstateerde samenloop met het auteursrecht minder problematisch zijn. De wettelijke beperkingen van het auteursrecht betreffen immers in hoofdzaak rechtmatig openbaar gemaakte informatie.⁴⁰⁰ Zo beschouwd, impliceert de theorie van Vellinga-Schootstra niet meer dan een strafrechtelijk *prioriteitsrecht*. Daar is, afgezien van de gememoreerde dogmatische en rechts-systematische tegenwerpingen, inderdaad weinig bezwaar tegen.⁴⁰¹

397. Vellinga-Schootstra, p.160.

398. Vellinga-Schootstra, p.161-162.

399. Vellinga-Schootstra, p.163-164.

400. Een uitzondering vormen de artt. 16a, 16b en 17 Aw, die - althans volgens een letterlijke interpretatie - ook het overnemen van *niet* openbaar gemaakte werken geoorloofd verklaren.

401. Th.C.J.A. Van Engelen, *Handelingen NJV 1988*, deel 2, p.36.

III.5 Auteursrecht versus informatievrijheid

III.5.1 Inleiding

Men behoeft geen rechten gestudeerd te hebben om in te zien, dat er tussen het auteursrecht en de informatievrijheid een zekere spanning bestaat. De Auteurswet kent de auteursrechthebbende met betrekking tot de communicatie van zijn werk een beperkt monopolie toe. De informatievrijheid⁴⁰² garandeert de "vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven" (art. 10 EVRM). Ervan uitgaande, dat ieder werk bestaat uit "inlichtingen of denkbeelden", is er op het eerste gezicht zelfs sprake van een regelrecht conflict. Dit geldt a fortiori voor de produkten van de geest die wij in dit boek centraal stellen: feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen. Over dit conflict handelt deze paragraaf.

Dat auteursrecht en informatievrijheid onder omstandigheden *kunnen* conflicteren, wordt in de Amerikaanse literatuur sedert het begin van de jaren zeventig⁴⁰³ vrij algemeen aanvaard; hierover bestaat uitvoerige jurisprudentie en literatuur.⁴⁰⁴ Daarentegen wordt in Europa opvallend weinig aandacht besteed aan deze kwestie⁴⁰⁵; relevante jurisprudentie is navenant schaars. Dit gebrek aan Europese belangstelling hangt, zo vermoeden wij, samen met de natuurrechtelijke mystiek die het auteursrecht van het continent nog steeds omgeeft. Wel wordt onder de vlag van de "wettelijke beperkingen" aan het grondrecht dikwijls enige lippendienst bewezen. Verder wordt het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid meestal over het hoofd gezien, gebagatelliseerd of eenvoudig ontkend.

Voor het ontkennen wordt gebruik gemaakt van drie verschillende redeneringen. De eerste zijn wij eerder in dit boek reeds meermaals tegengekomen: het auteursrecht beschermt alleen de *vorm*, niet de *inhoud* van een werk. De tweede is: met de informatievrijheid is via de wettelijke beperkingen van het auteursrecht al voldoende rekening gehouden. En de derde: auteursrecht en informatievrijheid *dienen hetzelfde doel*. De eerste twee argumenten komen wij elders in deze paragraaf nog tegen. Op het derde argument gaan wij hier nader in.

De "uitingsvrijheidargumentatie" (de term is van Grosheide⁴⁰⁶) is ongetwijfeld de sterkste van de drie. Zij is afkomstig uit de Amerikaanse rechtsleer en onlangs nog helder verwoord door het Supreme Court: "In our haste to disseminate news, it should not be forgotten that the Framers intended copyright

402. Het begrip informatievrijheid wordt in dit boek in zijn meest ruime betekenis gebruikt. Het omvat de uitingstvrijheid, de vrijheid door te geven en de ontvangstvrijheid. G.A.I. Schuijt, *Werkers van het Woord*, Deventer 1987, p.33-42, hanteert hiervoor de term "communicatievrijheid".

403. Sobel; Nimmer 1970; P. Goldstein, *Copyright and the First Amendment*, *Columbia Law Review*, Vol. 70 (1970), p.983. Nimmer spreekt in 1970 nog van een "hidden conflict" en een "largely ignored paradox". Daarvan is 20 jaar na dato in de V.S. beslist geen sprake meer.

404. Zie voor een uitstekend overzicht van de gevoerde discussie de beschouwing van Swanson.

405. Een uitzondering vormt hier te lande vooral H. Cohen Jehoram. Zie o.m. *Auteursrecht contra vrijheid van meningsuiting?*, *NJB* 1974, p.1393; *The freedom of expression in copyright and media law*, *GRUR Int* 1983, p.385; *Freedom of expression in copyright law*, *EIPR* 1984, p.3.

406. Grosheide, p.139-143.

itself to be the engine of free expression. By establishing a marketable right to the use of one's expression, copyright supplies the economic incentive to create and disseminate ideas. [...] The 'harvest of knowledge' contemplated by the First Amendment is furthered by copyright incentives which cultivate 'original works that provide the seed and substance of this harvest'".⁴⁰⁷

Het argument komt er op neer, dat er zonder auteursrecht geen auteurs zouden zijn, dus ook geen uitingen om via de uitingsvrijheid te beschermen. In de woorden van Verkade/Spoor: "Wie het auteursrecht eenzijdig wil beperken in het belang van de 'free flow of information' dreigt de spreekwoordelijke tak af te zagen waarop hij zelf zit".⁴⁰⁸ In een variant op het uitingsvrijheid-argument wordt ook de overheid betrokken. De redenering luidt dan, dat het auteursrecht de auteur de mogelijkheid biedt *onafhankelijk* van de overheid of enig ander maecenaat zijn scheppingen aan de man te brengen.⁴⁰⁹

Hiertegen kan worden aangevoerd, dat het uitingsvrijheidargument uitgaat van een onbewezen stelling. Dat er zonder auteursrecht minder "uitingen" geproduceerd zouden worden, lijkt niet onwaarschijnlijk, maar is bij gebrek aan wetenschappelijk onderbouwd bewijs voorsnog niet meer dan een vermoeden. Ten aanzien van wetenschappelijke werken uit de beta-wereld geldt zij, zo zagen wij eerder, in elk geval niet. Daar zijn het de auteurs die, onder gelijktijdige overdracht van hun auteursrecht, de uitgevers moeten *betalen*. Ook in andere "branches" staat de heilzaamheid van het auteursrechtelijke systeem als economische "incentive" ter discussie.⁴¹⁰

Van meer fundamentele betekenis is de volgende tegenwerping. Het uitingsvrijheidargument gaat er van uit, dat auteursrecht en uitingsvrijheid tezamen een hoger doel dienen en wel het bevorderen van kennis, cultuur en een welvoorzien "marketplace of ideas".⁴¹¹ Dit is naar onze mening een riskante redenering. Het gaat o.i. niet aan beperkingen van de informatievrijheid met een beroep op deze vrijheid te legitimeren.⁴¹² Het uitingsvrijheidargument is in wezen even dubieus als de "institutionele" interpretatie van de uitingsvrijheid, volgens welke uit het grondrecht een opdracht aan de overheid voortvloeit om een mediabeleid te voeren, dat gepaard kan gaan met *beperkingen* van het vrijheidsrecht.

Het potentiële conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid is in art. 27 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens op heldere wijze tot uitdrukking gebracht. Het tweede lid verklaart het auteursrecht tot *mensenrecht*.⁴¹³ "Een ieder heeft recht op de bescherming van de geestelijke en materiële belangen voortvloeiend uit een wetenschappelijk, letterkundig of artistiek

407. *Harper & Row, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985). Met "Framers" wordt bedoeld: de ontwerpers van de Amerikaanse Constitutie.

408. Verkade/Spoor, p.6.

409. H. Cohen Jehoram, *Kernpunten van intellectuele eigendom en mediarecht*, Zwolle 1984, p.25.

410. Vgl. S. Breyer, *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*, Harvard Law Review, Vol. 84 (1970), p.281.

411. D. Ladd, *The harm of the concept of harm in copyright*, Auteursrecht 1984, p.3, 5: "The marketplace of ideas which the First Amendment nurtures is [...] essentially a *copyright marketplace*". Vgl. art. 227 van de Nederlandse Grondwet 1815, gecit. bij Boon, p.8: "Het is aan elk geoorloofd om zijne gedachten en gevoelens door de drukpers als een doelmatig middel tot uitbreiding van kennis en voortgang van verlichting te openbaren, zonder eenig voorafgaand verlof daartoe noodig te hebben [...]".

412. In gelijke zin Grosheide, p.143 en Van Lingén 1986, p.67.

413. Zie F. Klaver, *Het auteursrecht is ook een mensenrecht*, Auteursrecht 1982, p.125; Van Lingén 1986, p.66.

werk dat hij heeft voortgebracht". Het derde lid bepaalt daarentegen: "Een ieder heeft het recht, vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap, te genieten van kunst en deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan".⁴¹⁴

Het auteursrecht moge een mensenrecht zijn, zijn antithese is dat ook. Beide mensenrechten zullen met elkaar verzoend moeten worden. Er zal een balans moeten worden gevonden tussen het auteursrecht en de informatievrijheid.⁴¹⁵

III.5.2 Aard van het conflict

Het is op het eerste gezicht aantrekkelijk het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid te beschrijven als een conflict tussen *particulier* auteursbelang en *algemeen* maatschappelijk belang. Door het probleem aldus te stellen wordt echter over het hoofd gezien dat het auteursrecht niet slechts een (collectief) privébelang dient, maar ook - en vooral - een algemeen belang. De maatschappelijke ratio van het auteursrecht komt goed tot uitdrukking in de Copyright Clause van de Amerikaanse Constitutie: "...to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries".

Bovendien: het ene algemene belang is het andere niet. Niet iedere claim op beperking van het auteursrecht "in het algemeen belang" dient even zwaar te wegen. Argumenten die uiteindelijk zijn terug te brengen op de tekorten van 's Rijks schatkist verdienen minder waardering dan argumenten die verwijzen naar het belang van bepaalde informatie voor de politieke besluitvorming.⁴¹⁶ Zo suggereert Peters, dat een auteursrecht op uitingen die het karakter hebben van "public speech" (informatie die voor de publieke meningsvorming belangrijk is) eerder conflicteert met de informatievrijheid dan auteursrechtelijke bescherming van uitingen "without redeeming social importance".⁴¹⁷ Peters verwijst in dit verband naar art. 15 Aw (oud), dat een uitzondering bevatte voor "artikelen politieke geschilpunten betreffende".⁴¹⁸ Een ander voorbeeld biedt art. 11 Aw: wetten en besluiten afkomstig van de overheid zijn vrij van auteursrecht.

Tevens kan men zich afvragen of "economische" algemene belangen even zwaar dienen te wegen als "ideële". Hierover kan verschillend worden gedacht; naar onze mening gaan economische en ideële vrijheden hand in hand. Voor een bloeiende "marketplace of ideas" is een vrije markt voor ideeën zowel als voor aardappelen een sine qua non.

Voorts zij herhaald, dat de perceptie van het algemeen belang per "branche" sterk verschilt. Wat in de ene branche een (vrij) "idee" zou zijn, is in de andere een beschermenswaardige "uiting". Daarmee is niet gezegd, dat

414. Van gelijke strekking zijn de onderdelen a en b van art. 15 lid 1 Verdrag van New York, waarover Klaver, t.a.p. Vgl. ook art. 5 lid 1 en lid 3 GG.

415. Ploman/Clark Hamilton, p.39

416. Zie bijv. D. Voorhoof, De vrijheid van expressie en informatie en het publikatieverbod van de resultaten van opiniepeilingen in pre-electorale periodes, AMI 1986, p.134.

417. Peters, p.171 e.v. onder verwijzing naar Meiklejohn.

418. Peters, p.4.

branche-opvattingen voor het bepalen van de balans waarnaar wij hier op zoek zijn per se beslissend zouden moeten zijn.⁴¹⁹ Wel menen wij, dat zij richtinggevend kunnen zijn en dat gewaakt moet worden voor dogmatisme. Rigide uniformiteit bij de toepassing van auteursrechtelijke criteria leidt, rechtswetenschappelijk gezien, wellicht tot fraaie resultaten, niet echter tot een bevredigend compromis tussen auteursbelang en informatievrijheid.

Omgekeerd geldt, dat niet ieder auteursbelang even "belangrijk" is. Een beroep op het persoonlijkheidsrechtelijke droit de divulgation (recht van eerste openbaarmaking) weegt o.i. zwaarder dan het inroepen van een ongelimiteerd exploitatierecht. Ongeautoriseerde publikatie van niet eerder verschenen werk is, zolang de auteur in leven is, afgezien van eventuele procesrechtelijke plichten, alleen in zeer uitzonderlijke gevallen met een beroep op enig algemeen belang te rechtvaardigen, tenzij de "auteur" in kwestie met een overheidstaak belast is.⁴²⁰ Hier vindt de informatievrijheid zijn limiet in een ander, minstens gelijkwaardig vrijheidsrecht, het recht op *privacy*.⁴²¹ Wie de "steen der wijzen" (de echte dan) gevonden heeft, maar zijn vinding om wat voor reden dan ook niet aan de openbaarheid wenst prijs te geven, dient niet aan een huiszoeking te worden onderworpen. Op dit punt toont het uitingsvrijheidargument zijn eigenlijke kracht. De vrijheid te spreken impliceert een recht te zwijgen. Een algemeen *recht op informatie* wordt dan ook niet in de informatievrijheid gelezen; zie *infra* p.158.

Een complicerende factor vormt, ten slotte, het feit dat het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid in de praktijk dikwijls het karakter heeft van een belangenconflict *tussen particulieren*. Beide partijen kunnen particuliere én algemene belangen aanvoeren. Het gaat hier normaliter niet om een klassiek geval van gesmoorde uitingsvrijheid met de overheid in de dubbelrol van "big brother" en "bad guy"⁴²², maar om een conflict met een "horizontale" dimensie: het subjectief recht van de ene burger tegenover de informatievrijheid van de ander.⁴²³

Het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid biedt met dat al voldoende stof voor diverse proefschriften. In het kader van dit boek zullen wij ons moeten beperken. Voor een economische analyse van deze kwestie biedt dit boek niet de ruimte. Evenmin wordt uitvoerig stilgestaan bij de relatie tussen het auteursrecht en de "economische" informatievrijheid, zoals die voortvloeit uit de door het EEG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van goederen en diensten. Voor het nationale resp. Europese kartelrecht, dat met de onderhavige kwestie

419. Vgl. HR 8 januari 1960, NJ 1960, 415 (Scrabble); HR 27 juni 1986, NJ 1987 (Decca).

420. Aldus J. van der Hoeven, *Handelingen NJV* 1969, deel 1, tweede stuk, p.91-97. Vgl. art. 2 lid 3 Aw: het auteursrecht op niet-openbaar gemaakte werken is niet vatbaar voor beslag.

421. Vgl. F.W. Grosheide, *Vrije of gebonden nieuwsgaring? Overpeinzingen langs de lijn*, NJB 1978, p.493, 497-498; zie ook Barendt, p.64, 112.

422. Voor zover de overheid tevens "auteur" is, is er wél sprake van "verticaliteit". Zie A. Backx, *Wet Openbaarheid van Bestuur en Auteurswet*, AMI 1988, p.30. Men kan, in dit licht gezien, de nodige vraagtekens plaatsen bij de "privatisering" van het beheer c.q. de exploitatie van gegevens afkomstig van de overheid. Naar onze mening kan onder omstandigheden een recht op informatie ook tegen particuliere exploitanten van overheidsinformatie worden ingeroepen.

423. Zie over het troebele leerstuk van de horizontale werking van grondrechten M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle 1989, p.166-192.

eveneens nauw verband houdt, geldt hetzelfde. Wel wordt *infra* (p.165) kort ingegaan op een recente beschikking van de Europese Commissie (E.G.).

Wij zullen ons in deze paragraaf hoofdzakelijk beperken tot de relatie tussen het auteursrecht en de "klassieke" informatievrijheid. Daarbij zal onze aandacht, zoals steeds in dit hoofdstuk, primair uitgaan naar "feitelijke" werken. Juist in deze categorie zal zich, zo mag worden verwacht, het conflict tussen informatiemonopolie en informatievrijheid het duidelijkst manifesteren.

III.5.3 Informatievrijheid

Het grondrecht op informatievrijheid is in verschillende internationale verdragen en verklaringen neergelegd. Een prominente bepaling in dit verband is art. 10 van het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), waarvan de eerste twee zinnen als volgt luiden:

"Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen".

Daarnaast valt met name te wijzen op het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).⁴²⁴ Art. 19 van dit verdrag garandeert onder meer "de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te garen, te ontvangen en door te geven ongeacht grenzen". Dit "garingsrecht" ontbreekt in het Europese Verdrag; voor het overige zijn art. 19 IVBPR en art. 10 EVRM materieel nauw verwant.⁴²⁵

Beide verdragen hebben in de meeste staten die ze hebben geratificeerd, waaronder Nederland en West-Duitsland, rechtstreekse werking.⁴²⁶ In West-Duitsland staan beide verdragen volgens de heersende leer tenminste op gelijke hoogte met de bondswetten.⁴²⁷ In Nederland prevaleren de verdragsbepalingen boven wet en Grondwet.

NEDERLAND

Op nationaal niveau is de informatievrijheid geheel of gedeeltelijk geregeld in de diverse grondwetten. Art. 7 lid 1 van de Nederlandse Grondwet waarborgt de vrijheid van drukpers, dat wil zeggen de vrijheid "door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet". Eenzelfde, zij het op een enkel punt beperkte, vrijheid schept het derde

424. Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, Trb 1969, 99. Andere belangrijke instrumenten zijn art. 19 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en de Slorakte van Helsinki. Zie Advies Commissie-Boukema over het doorgifteverbod van bepaalde op Nederland gerichte buitenlandse omroepprogramma's tegen het licht van grondwettelijke bepalingen en internationale verdragen, Rijswijk 1982, p.32-36.

425. Nog in een ander opzicht heeft art. 19 IVBPR "meerwaarde": het schept een ongeclausuleerde vrijheid een mening te koesteren. Zie Boon, p.40.

426. Boukema, p.230-231.

427. Boukema, p.233.

lid voor uitingen via andere media.⁴²⁸ Ten aanzien van radio en televisie is het grondrecht beperkt tot een censuurverbod (art. 7 lid 2 GW). De informatievrijheid komt niet met zoveel woorden in de Grondwet voor. Een ruime interpretatie van het grondwetsartikel brengt echter mee, dat behalve het recht "gedachten en gevoelens" te uiten, ook het doorgeven en het ontvangen (het "garen" daaronder begrepen) beschermd worden.⁴²⁹ Een "recht op informatie" jegens de overheid, dan wel jegens derden wordt in art. 7 GW echter niet gelezen.⁴³⁰

Maar wat zijn eigenlijk *gedachten en gevoelens*? Vallen hieronder ook mededelingen van feitelijke aard? Over deze vraag is lang gestreden.⁴³¹ Volgens Boukema dient bij het bepalen van het object van de uitingsvrijheid tussen mening en feitelijke mededeling geen onderscheid gemaakt te worden. Hij voert voor deze stelling enkele overtuigende argumenten aan. In de eerste plaats wijst hij er op, dat een scheiding tussen meningsuiting en feitelijke mededeling nauwelijks gemaakt kan worden, "met name omdat ook het weergeven van feiten een meningsuiting kan inhouden".⁴³² In de tweede plaats stelt Boukema, dat het kennismaken van feitelijke mededelingen voor het vormen van een mening essentieel is. Bovendien: "het zou in flagrante strijd zijn met het wezen van een vrije pers, als de vrijheid mededelingen te doen van feitelijke aard niet onder de vrijheid van drukpers gerangschikt zou worden".⁴³³ Onder "gedachten of gevoelens" behoort derhalve ook "nieuws" in journalistieke zin te worden verstaan.⁴³⁴

Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft Boukema van de ontwerpers van het nieuwe art. 7 gelijk gekregen. In de Memorie van Antwoord (TK) verklaart de regering "dat het enkele feit, dat het openbaren van gedachten in het geven van inlichtingen bestaat, niet tot gevolg kan hebben dat art. 7 Grondwet [...] niet van toepassing zou zijn".⁴³⁵ De grondwettelijke uitingsvrijheid strekt zich echter niet uit tot feitelijke informatie die het karakter heeft van reclame. "Handelsreclame" wordt in art. 7 lid 4 met zoveel woorden buiten het bereik van het grondwetsartikel geplaatst.⁴³⁶ Daarmee is tevens, zo constateert Boon, het voornaamste argument om het begrip "gedachten en gevoelens" eng uit te leggen komen te vervallen.⁴³⁷

428. Voor deze andere media geldt het verbod op "voorafgaand verlof" slechts "wegens de inhoud" van de uiting. Aan de wijze waarop van het medium gebruik mag worden gemaakt, kunnen derhalve wel eisen worden gesteld.

429. Boukema, p.176. In de MvA II bij art. 7 (nieuw) wordt uitdrukkelijk erkend dat het "doorgeven van informatie" tot de drukpersvrijheid behoort.

430. HR 25 juni 1965, NJ 1966, 115 (Televizier I); HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (NOS/KNVB). Zie J.M. de Meij, *Vrijheid van informatie in Nederland*, i&i 1987, nr. 2, p.27.

431. J.M. de Meij, *De nieuwe media en artikel 7 van de Grondwet*, Auteursrecht 1985, p.99.

432. Boukema, p.114.

433. Boukema, p.115; in gelijke zin Hirsch Ballin/Rooij, p.14.

434. Hirsch Ballin/Rooij, p.15. Anders nog HR 23 juni 1902, W 7820.

435. Kamerstukken TK 1976-1977, 13872, nr. 7, p.26; J.M. de Meij, *Overheid en uitingsvrijheid*, 's-Gravenhage 1982, p.24. Met betrekking tot feitelijke mededelingen op produkten houdt de Regering een slag om de arm; toepassing van het grondwetsartikel op dergelijke informatie zou "oneigenlijk" zijn. De regering denkt hierbij aan informatie over "de samenstelling van waren of van farmaceutische produkten op de verpakking ervan".

436. Zie echter HR 11 december 1987, AMI 1988, 37 m.n. A.W. Hins (VEA/De Staat). Zie voorts J.J.C. Kabel, *Uitingsvrijheid en absolute beperkingen op handelsreclame*, Deventer 1981.

437. Boon, p.24.

In de Duitse Bondsrepubliek is de informatievrijheid neergelegd in art. 5 van het Grundgesetz (GG).⁴³⁸ Naast een algemeen recht op meningsuiting en -verspreiding en een censuurverbod bevat het artikel afzonderlijke waarborgen voor persvrijheid, omroepvrijheid en "filmvrijheid". Het artikel schept tevens het recht "sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten". Dit recht - in de woorden van Boukema een "informatierecht" - omvat een *passief* recht inlichtingen te ontvangen en een *actief* garingsrecht. Onder "Informationen" vallen zowel feiten als meningen. Het recht is echter beperkt tot informatie uit *algemeen toegankelijke bronnen*.⁴³⁹ Algemeen toegankelijk is een informatiebron, als zij "technisch geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, d.h. einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen", aldus het Bundesverfassungsgericht.⁴⁴⁰ Als zodanig kan in beginsel ieder gepubliceerd geschrift, waarop auteursrecht rust, worden beschouwd.

Het garingsrecht kan tegen de overheid en tegen particuliere derden worden ingeroepen; in zoverre is er sprake van horizontale werking.⁴⁴¹ Er wordt echter geen recht verschaft "om in de privésfeer van de enkeling binnen te dringen teneinde zich op deze wijze inlichtingen (bv. bedrijfsresultaten) te verschaffen".⁴⁴² Het garingsrecht omvat evenmin een recht op inzage in niet-openbare overheidsinformatie.⁴⁴³ Een Wet Openbaarheid van Bestuur bestaat in de Bondsrepubliek dan ook niet. Wel kennen de perswetten van de diverse bondstaten aan persorganen een beperkt recht op informatie jegens de overheid toe.

Omstreden is of feitelijke mededelingen onder de uitsingsvrijheid *stricto sensu* (art. 5 lid 1 eerste zin GG) vallen. Volgens sommige opvattingen omvat "Meinung" wel het menen en geloven, niet echter het weten.⁴⁴⁴ Von Münch ziet daarentegen niet in waarom meer objectieve mededelingen minder bescherming zouden genieten dan meer subjectieve; hij meent dan ook dat feitelijke mededelingen zonder meer beschermd zijn.⁴⁴⁵ Blijkens de jurisprudentie worden dergelijke mededelingen in elk geval beschermd, als zij met waardeoordelen onverbrekkelijk verbonden zijn en het meningselement domineert.⁴⁴⁶ Een even-

438. Art. 5 GG luidt als volgt:

1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äussern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

2) Die Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

439. Löffler/Ricker, p.41-42; Von Münch, p.271; P. Badura, Das Recht auf freie Kurzberichterstattung, ZUM 1989, p.317, 323.

440. Von Münch, p.271.

441. Volgens Löffler/Ricker, p.42, geldt dit vooral "für solche privaten *Exklusivverträge*, durch die Informationen unterbunden werden, an denen ein legitimes Interesse der Öffentlichkeit besteht und die normalerweise allgemein zugänglich sind". Zie Prantl, p.118 e.v. Vermeldenswaardig is in dit verband het besluit van de staatssecretaris van Onderwijs, Kunsten en Wetenschappen (Stict 29 september 1959) tot vernietiging van een besluit van de NTS (voorloper van de NOS), waardoor een exclusief recht tot het maken van foto's in de studio's aan het ANP was toegekend; zie Hirsch Ballin/Rooij, p.16.

442. Boukema, p.42; Von Münch, p.273.

443. Von Münch, p.272. Volgens Von Münch, p.277, kan een recht op overheidsinformatie wel op de persvrijheid gebaseerd worden; zie ook Barendt, p.111.

444. Boukema, p.37.

445. Von Münch, p.267.

446. Boukema, p.37-40; Van Rijn, p.125-128; Löffler/Ricker, p.43-44.

tuele leemte op dit punt wordt echter grotendeels gecompenseerd, doordat de persvrijheid en de vrijheid van "Berichterstattung" via omroep en film afzonderlijk (in art. 5 lid 1 tweede zin GG) gewaarborgd zijn.⁴⁴⁷ Dat de persvrijheid ook de mededeling van feiten omvat, staat buiten kijf.⁴⁴⁸

ARTIKEL 10 EVRM

De informatievrijheid, zoals neergelegd in art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR, dient ruim te worden uitgelegd. Volgens Hirsch Ballin/Rooij moet aan het begrip inlichtingen "in het licht van de moderne communicatiepraktijk de ruimst denkbare inhoud worden gegeven".⁴⁴⁹ Een zeer geleerde, maar te enge visie op de begrippen "inlichtingen" en "denkbeelden" in de zin van art. 10 EVRM treffen wij aan in de conclusie van AG Van Oosten bij het Bidprentjesarrest.⁴⁵⁰ Volgens Van Oosten is een bidprentje (zijnde een "opwekking tot devotie") geen daad van voorlichting, dus geen "inlichting". Volgens Van Oosten hebben we hier evenmin te doen met het uiten van een "denkbeeld". Denkbeeld duidt immers "op die verstandelijke activiteit van de mens, welke [...] bestaat in de vereniging van voorstellingen in het menselijk bewustzijn [...]". Van een "mening" is ook al geen sprake, omdat "menen" (volgens de Duitse filosoof Wundt) te definiëren is als "ein objectives Fürwahrhalten, dem die Sicherheit der Ueberzeugung fehlt [...]". Als wij het goed zien, wil Van Oosten geen bescherming voor "Anweisungen an dem menschlichen Geist". De opvatting van Van Oosten ("rationalistische dikdoenerij" volgens Boon⁴⁵¹) wordt in het Bidprentjesarrest niet overgenomen door de Hoge Raad. De Hoge Raad laat de vraag of een bidprentje een meningsuiting is nadrukkelijk in het midden.

Het begrip "inlichtingen" (in de Engelse versie "information", in de Franse "informations") omvat in ieder geval de mededeling van feiten en nieuws⁴⁵², kennis en wetenschap.⁴⁵³ Ook reclame-uitingen vallen in beginsel onder het begrip inlichtingen.⁴⁵⁴ Volgens Van der Hoeven omvat het begrip tevens alle "meningen". De vraag is echter of meningen meer bescherming verdienen dan overige mededelingen. Van der Hoeven meent van wel. "Dit hangt samen met het feit, dat de 'eigen mening' in beginsel ter beschikking staat van de enkeling zelf, terwijl andere informatie (daaronder ook begrepen anderer mening of denkbeelden) zeer wel ter uitsluitende beschikking van anderen kan staan en dan *niet* vrij kan worden doorgegeven, wanneer hetzij op grond van een on-

447. Boukema, p.116.

448. Löffler/Ricker, p.44; Von Münch, p.274.

449. Hirsch Ballin/Rooij, p.15.

450. Concl. AG Van Oosten bij HR 18 april 1961, NJ 1961, 273 m.n. B.V.A.R. (Bidprentjes).

451. Boon, p.37.

452. Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 6 juli 1976, NJ 1978, 237 (Geïllustreerde Pers), r.o. 81: "...information includes the expression of facts and of news".

453. H.F. van Panhuys, Het verdrag van Rome, de reclame en de commerciële televisie (OTEM-uitgave 1962), p.5: "information" in de zin van art. 10 EVRM betekent "objective knowledge of facts".

454. Volgens HR 13 februari 1987, NJ 1987, 899 (tandprotheticus) strekt de bescherming van art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR zich *in beginsel* uit tot reclame-uitingen. Vgl. Van Panhuys, t.a.p. en concl. AG Kist bij HR 18 januari 1972, NJ 1972, 137, AA 22, 104 (Huilkar). Volgens de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens geniet commerciële informatie een *heperkte* mate van bescherming. Zie J.J.C. Kabel, Televisiereclame en de Europese Conventie, NJB 1985, p.437-443. Het Europese Hof heeft zich op dit punt nog niet willen uitspreken. Zie Europese Hof voor de Rechten van de Mens 25 maart 1985, NJ 1987, 900 (Barthold).

derliggende rechtsverhouding, hetzij om andere redenen het doorgeven van die informatie voor degene die erover beschikt onrechtmatig zou zijn". Kortom: "eigen meningen" kunnen niet gemonopoliseerd worden, andere informatie wél.⁴⁵⁵

Niet als inlichtingen in de zin van art. 10 EVRM beschermd achtte de Hoge Raad (in het tweede Televisier-arrest) een geheel wekelijks radioprogramma.⁴⁵⁶ De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (inzake De Geïllustreerde Pers vs. Nederland) oordeelde daarentegen "that the lists of programme data in question constitute 'information', as opposed to 'opinions' or 'idées' within the meaning of Art. 10 of the Convention".⁴⁵⁷

Een originele visie op het begrip "inlichtingen" in de zin van artt. 10 EVRM en 19 IVBPR treffen wij aan in het algemeen gedeelte van de NJV-pleadviezen inzake "Gegevensbescherming" (1988). Volgens de pleadviseurs zien beide verdragsbepalingen "op de meningsvorming en hebben derhalve betrekking op de mens". Gegevens die deel uitmaken van een computerprogramma zijn, zo menen de pleadviseurs, niet tot de mens gericht "en bevatten niet direkt inlichtingen die van belang kunnen zijn voor zijn meningsvorming". Wij herkennen hier de *inverse* van de leer van Vandenbergh.⁴⁵⁸

Art. 10 EVRM schept geen recht op informatie resp. een plicht inlichtingen te verstrekken, zo bepaalde de Hoge Raad in het eerste Televisier-arrest. De Hoge Raad overwoog "dat het dan ook [...] aan een ieder vrijstaat om hetgeen hem bekend is al dan niet aan anderen door te geven".⁴⁵⁹

Dit oordeel werd bevestigd in de zaak NOS/KNVB, waar de vrijheid "voetbalflitsen" te verzorgen in het geding was. De NOS ondersteunde haar claim om zonder vergoeding reportages in de stadions van de bij de KNVB aangesloten voetbalclubs te verzorgen met een beroep op het "recht van vrije nieuwsgaring" ex art. 7 GW, art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR resp. art. 1401 BW. De Hoge Raad overwoog echter, dat "uitgangspunt moet zijn dat de voormelde artikelen naar hun strekking en geschiedenis geen aanknopingspunt bieden voor de opvatting dat degene die aan de nieuws verzamelende media gegevens onthoudt, reeds daardoor in strijd met die artikelen zou handelen".⁴⁶⁰

Zoals Korthals Altes constateert, zet de Hoge Raad de deur naar een "recht van vrije nieuwsgaring" toch nog op een kiertje door aan het slot van zijn arrest, in een weinig helder terzijde, te suggereren dat het de NOS wél is toegestaan zonder vergoeding uitzendingen te doen, voor zover het betreft "het enkele informeren van het publiek of het berichten van het verloop van een wedstrijd achteraf".⁴⁶¹ Uit de eerder aangehaalde overweging van de Hoge

455. J. van der Hoeven, *Handelingen NJV 1969*, deel I, tweede stuk, p.79-81. Vgl. Sobel, p.72.

456. HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 (Televisier II), waarover kritisch Hirsch Ballin/Rooij, p.15-16.

457. Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 6 juli 1976, NJ 1978, 237. AA 28 (1979), p.145-153 m.n. Cohen Jehoram (De Geïllustreerde Pers vs. Nederland), r.o. 81. Zie *infra*, p.163.

458. *Handelingen NJV 1988*, deel I, p.24; zie ook *Computercriminaliteit*, p.47-48.

459. Volgens de Hoge Raad zou dit ook gelden voor overheidslichamen. Hierover wordt echter verschillend gedacht; zie Van Dijk/Van Hoof, p.359-360 en de aldaar geciteerde Resolutie van de Raad van Europa. Wat Nederland betreft, is de vraag of in art. 10 EVRM een recht op informatie jegens de overheid gelezen kan worden sedert de invoering van de Wet Openbaarheid van Bestuur minder actueel geworden.

460. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (NOS/KNVB); AMI 1988, 32 m.n. G.A.I. Schuijt. Zie W.F. Korthals Altes, *KNVB versus NOS: een pyrrhusoverwinning voor de voetbalbond*, NJB 1988, p.891. Zie over deze zaak voorts P.J.W. de Brauw e.a., *Vrije Nieuwsgaring, Rapport op verzoek van het Bestuur Betaald Voetbal KNVB*, uitg. KNVB 1975; H.Th.J.F. van Maarseveen en W.J. Slagter, *Omroep en voetbal, Advies uitgebracht aan de Raad van Beheer van de NOS*; F.W. Grosheide, *Vrije of gebonden nieuwsgaring? Overpeinzingen langs de lijn*, NJB 1978, p.493.

461. Korthals Altes, a.w., p.893-894.

Raad concludeert Korthals Altes, dat dit recht *niet* gebaseerd kan zijn op een van de aangehaalde artikelen. Korthals Altes vermoedt, dat de Hoge Raad hier het oog heeft op een *ongeschreven* beperking van het eigendomsrecht van de stadioneigenaar.

Volgens Schuijt zou de Hoge Raad hier wel eens *horizontale werking* van de vrijheid van nieuwsgaring bedoeld kunnen hebben.⁴⁶² Naar onze mening kan het obiter dictum van de Hoge Raad, in het licht van het arrest van het Hof Amsterdam, ook anders worden uitgelegd. Aangezien de voetbalclubs de schrijvende en fotograferende pers wél (gratis) toelaten, zou het uitsluiten van de NOS, voor zover haar activiteiten met die van de schrijvende pers vergelijkbaar zijn, op een onrechtmatige *boycot* neerkomen.

VERENIGDE STATEN

In de Verenigde Staten is de informatievrijheid neergelegd in het Eerste Amendement op de Constitutie: "Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press". Tot deze vrijheid wordt ook de ontvangstvrijheid ("right to hear") gerekend.⁴⁶³ Een "right to be informed" kan uit het First Amendment echter niet worden afgeleid.⁴⁶⁴

Dat "speech" ook feitelijke mededelingen omvat, is noch in de jurisprudentie noch in de literatuur een punt van discussie (geweest). Daartoe bestaat ook weinig aanleiding, nu in de tekst van het Eerste Amendement van inlichtingen en/of denkbeelden geen sprake is. Nimmer constateert dan ook: "The language of the First Amendment does not limit its protection to speech which is original with the speaker".⁴⁶⁵

De indruk bestaat veeleer, dat feitelijke informatie in beginsel *beter* beschermd wordt dan opiniërende mededelingen. Een van belangrijkste rationes van de Amerikaanse uitingsvrijheid is immers het streven naar *waarheid*.⁴⁶⁶ Onder de bescherming van het First Amendment valt ook "commercial speech" (reclame-uitingen), zij het dat de mate van bescherming geringer is dan voor politieke uitingen.⁴⁶⁷

462. AMI 1988, p.35.

463. Barendt, p.82, 109-110.

464. L.R. BeVier, *An Informed Public, an Informing Press: The Search for a Constitutional Principle*, California Law Review, Vol. 68 (1980), p.482 e.v. Zie ook Barendt, p.107 e.v.

465. Nimmer 1970, p.256.

466. Chafee, p.33: "The true meaning of freedom of speech seems to be this. One of the most important purposes of society and government is the discovery and spread of truth on subjects of general concern". De waarheidsargumentatie wordt doorgaans toegeschreven aan John Stuart Mill; zie Barendt, p.8-14.

467. Barendt, p.54-59.

III.5.4 Auteursrecht contra informatievrijheid

In hoeverre kan het auteursrecht aan de informatievrijheid worden getoetst? Volgens art. 7 GW geldt de uitsingsvrijheid "behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet".⁴⁶⁸ Voorts geldt art. 120 GW; toetsing van wetten aan de Grondwet is de rechter niet toegestaan. Een eventueel conflict tussen de bepalingen van de Auteurswet en de grondwettelijke informatievrijheid blijft in Nederland derhalve, op het eerste gezicht bezien, zonder directe consequenties.

Rechterlijke toetsing van wetten aan de Duitse Grondwet is, anders dan in Nederland, in beginsel mogelijk. Het Duitse grondwetsartikel laat echter ruimte voor afwijking bij wet; het grondrecht vindt zijn beperking "in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze" (art. 5 lid 2 GG).⁴⁶⁹ Deze beperking is niet absoluut; volgens de door het Bundesverfassungsgericht ontwikkelde "Wechselwirkungslehre" dienen algemene wetten die de uitsingsvrijheid beperken in het licht van het grondrecht geïnterpreteerd te worden.⁴⁷⁰ Bovendien verbiedt art. 19 lid 2 GG, dat een grondrecht in zijn "Wesensgehalt" wordt aangetast.⁴⁷¹ Daardoor ontstaat toch enige ruimte voor *ongeschreven* wettelijke beperkingen op het auteursrecht in verband met de informatievrijheid. In de Duitse jurisprudentie zijn inderdaad enkele uitspraken in deze geest te vinden.⁴⁷² Ook het ongeclausuleerde art. 5 lid 3 GG ("Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei") zou wellicht een beperking van het auteursrecht onder bijzondere omstandigheden kunnen rechtvaardigen.⁴⁷³

Omgekeerd kan een door de informatievrijheid geïndiceerde wettelijke beperking van het auteursrecht niet zonder meer met een beroep op het (in art. 14 lid 1 GG) grondwettelijk gewaarborgde eigendomsrecht worden bestreden. Hoewel de vermogensrechtelijke bevoegdheden van het auteursrecht in beginsel door de "Eigentumsgarantie" bestreken worden, komen deze bevoegdheden de auteur *a priori* slechts toe binnen de door de wetgever getrokken grenzen. Eigendom is immers "sozialgebunden".⁴⁷⁴ Dat de inhoud van het auteursrechtelijke exploitatierecht geformuleerd is als een alomvattend uitsluitend recht, waarop beperkingen zijn aangebracht, is, zo stelt het Bundesverfassungsgericht, primair een kwestie van *wetgevingstechniek*.⁴⁷⁵ Het is, hiervan uitgaande, niet juist iedere wettelijke beperking van het auteursrecht te beschouwen als "inbreuk" op de grondrechtelijke (intellectuele) eigendom.

In de Verenigde Staten staan het auteursrecht en de uitsingsvrijheid als twee volwaardige grondrechten tegenover elkaar. Het auteursrecht heeft zijn eigen

468. Onder "wet" in art. 7 GW moet worden verstaan wet in *formele* zin, aldus HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (Tilburg).

469. Over het begrip "allgemeine Gesetze" bestaat grote onduidelijkheid. Volgens Löffler/Ricker, p.60 "entfällt der Charakter des allgemeinen Gesetzes, wenn das alleinige oder mit massgebliche Ziel der Gesetzesbestimmung auf die Beschränkung der Informationsfreiheit [...] gerichtet ist". Zie Von Münch, p.287-304.

470. Bundesverfassungsgericht 15 januari 1958, GRUR 1958, 254 ("Lüth"); Zie Von Münch, p.303.

471. Löffler/Ricker, p.37, 57-61.

472. Zie Löffler 1980, p.205.

473. Maar ook de vrijheid van wetenschap en kunst is niet onbeperkt; zie Van Rijn, p.173 en Hubmann p.77. Omgekeerd kan art. 5 lid 3 GG onder bepaalde omstandigheden een auteursrechtelijke claim ondersteunen en wel "wenn die wirtschaftliche Auswertung des Werkes durch ein Gesetz derart beschränkt würde, dass die freie künstlerische Betätigung praktisch nicht mehr möglich wäre", aldus Bundesverfassungsgericht 7 juli 1971, GRUR 1972, 481 ("Kirchen- und Schulgebrauch"); Schrickler/Melichar, p.619.

474. Zie art. 14 lid 2 GG.

475. Bundesverfassungsgericht 25 oktober 1978, GRUR 1980, 44 ("Kirchenmusik").

constitutionele basis in de eerder geciteerde *Copyright Clause* (art. I onderdeel 8 van de Constitutie). De uitingsvrijheid is niet geregeld in de Constitutie zelf, maar in het Eerste Amendement. Enigszins provocerend oppert Nimmer, dat volgens een letterlijke interpretatie de uitingsvrijheid voorrang heeft. Immers, een amendement is een amendement "and hence supersedes anything inconsistent with it which may be found in the main body of the Constitution".⁴⁷⁶

Algemeen (en ook door Nimmer) wordt aangenomen, dat beide grondrechten met elkaar in balans gebracht moeten worden. Een eerste aanknopingspunt voor een compromis biedt de ratio van het Amerikaanse auteursrecht, zoals die in de *Copyright Clause* verankerd is: "to promote the progress of science and useful arts". Bij deze rechtsgrond knoopt aan de hiervoor besproken uitingsvrijheidargumentatie. Hierbij zij aangetekend, dat met de term "science" vermoedelijk niet bedoeld wordt op "wetenschap", maar op "letterkunde".⁴⁷⁷ De oplossing van het conflict ligt volgens de meeste schrijvers echter niet in de tekst van de Constitutie, maar in de beperkingen die in het object van auteursrecht zijn "ingebouwd". Het Amerikaanse auteursrecht beschermt, zo blijkt uit rechtspraak en literatuur, niet de idee, maar slechts de uitdrukking ("expression") daarvan. Voorts biedt het "fair use" regime de nodige ruimte voor beperkingen in het belang van de informatievrijheid; zie *infra*, p.169-170.

BEPERKING VAN DE INFORMATIEVRIJHEID

De informatievrijheid van art. 10 EVRM is niet onbeperkt, zo blijkt uit het tweede lid: "Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien, en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van [...] de bescherming van [...] de rechten van anderen [...]".

Ervan uitgaande dat het auteursrecht bij eerste benadering een beperking op de informatievrijheid oplevert, die bij wet is voorzien, rijzen hier twee vragen:

1) Wat is bedoeld met "rechten van anderen"?

2) Zijn de beperkingen die de auteurswetgeving oplegt aan de informatievrijheid "in een democratische samenleving nodig" in het belang van de bescherming van deze rechten?⁴⁷⁸

De eerste vraag wordt door Boukema als volgt beantwoord. "Met de 'rechten van anderen' in artikel 10 (2) kunnen slechts de rechten die uit het Verdrag zelf voortvloeien bedoeld zijn: dat de vrijheidsrechten zouden moeten wijken voor elk ander willekeurig subjectief recht, is met de zin van het Verdrag in strijd".⁴⁷⁹ In deze visie zouden auteursrechtelijke belangen geen beperking op de informatievrijheid kunnen rechtvaardigen, tenzij wij zouden aannemen dat het auteursrecht in art. 8 EVRM (recht op bescherming van de per-

476. Nimmer 1970, p.257.

477. Nimmer, § 1.03.

478. De democratie-eis komt niet voor in art. 19 lid 3 IVBPR. De informatievrijheid van het tweede lid kan "aan bepaalde beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij de wet worden voorzien en nodig zijn:

a. in het belang van de rechten of de goede naam van anderen;

b. in het belang van de nationale veiligheid of ter bescherming van de openbare orde, de volksgezondheid of de goede zeden".

479. Boukema, p.258.

soonlijke levenssfeer) en/of art. 1 van het Eerste Protocol bij de Conventie (eigendomswaarborg) gegrond is.

De opvatting van Boukema dient echter te worden verworpen. Boukema ziet over het hoofd, dat de formulering van art. 10 lid 2 EVRM allern minst voorrang verleent aan "elk ander willekeurig subjectief recht". Op grond van de noodzakelijkheidseis zijn willekeurige wettelijke beperkingen immers niet toegelaten. Wel heeft Boukema o.i. gelijk wanneer hij het begrip "rechten van anderen" beperkt tot *subjectieve* rechten. Deze beperkingsgrond mag niet gebruikt worden als alibi voor de verwezenlijking van allerlei politieke agenda's, zoals een "recht op een pluriforme omroep", een "recht op een schoon milieu" e.d. Bovendien spreekt uit Boukema's argumentatie het op zichzelf juiste standpunt, dat beperkingen van de informatievrijheid *beperkt* dienen te worden uitgelegd. De formulering van de noodzakelijkheidstoets bevat echter reeds voldoende garanties voor een enge uitleg; er is geen reden om het begrip "rechten van anderen" nader te beperken. Bedoeld is: subjectieve rechten van anderen. Daartoe kunnen uiteraard ook auteursrechten worden gerekend.⁴⁸⁰

Dan de tweede vraag: zijn de beperkingen die de auteurswetgeving oplegt aan de informatievrijheid "in een democratische samenleving nodig" in het belang van de bescherming van deze rechten? Deze eis van noodzakelijkheid belast de nationale wetgever, indien letterlijk geïnterpreteerd, met een zware, zo niet onmogelijke bewijsopdracht. Voor iedere rechtspolitieke keuze zijn immers talloze alternatieven denkbaar. Geen van de beschikbare alternatieven is op zichzelf beschouwd "noodzakelijk". Door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is het noodzakelijkheids criterium dan ook enigszins afgezwakt. Staten genieten bij het bepalen van de noodzakelijkheid een zekere beleidsvrijheid ("margin of appreciation").⁴⁸¹ Een beperking is "nodig in een democratische samenleving", indien deze beantwoordt aan een *dringende maatschappelijke behoefte en evenredig is aan het wettig nagestreefde doel*.⁴⁸²

Ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten "van anderen" is deze toets door het Hof nimmer in praktijk gebracht. Ook uit de jurisprudentie en literatuur blijkt niet of en in hoeverre zodanige toetsing inderdaad zou moeten plaatsvinden. Cohen Jehoram twijfelt er, zonder motivering, niet aan dat het "echte" auteursrecht de toets kan doorstaan. Of dit ook geldt voor het "pseudo-auteursrecht" op programmegegevens (art. 22 Omroepwet, thans art. 59 Mediawet) is volgens Cohen Jehoram een "kwestie van appreciatie".⁴⁸³

480. Aldus zonder motivering Hof 's-Gravenhage inzake Televisier II, r.o. 62, te kennen uit HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 (Televisier II), p.177; in gelijke zin, eveneens zonder motivering, Hof Leeuwarden 19 januari 1983, Auteursrecht/AMR 1983 (NOS/Nieuwsblad van het Noorden), p.33, 34. Vgl. de conclusie van AG Minkenhof bij HR 25 juni 1965, NJ 1966, 115 (Televisier I), p.169: "Het auteursrecht van de een kan dus het recht van de ander tot het ontvangen en doorgeven van inlichtingen beperken, ook volgens het verdrag zelf". Uit HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 (Televisier II) blijkt dat de Hoge Raad een conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid niet in het algemeen wil uitsluiten. De Hoge Raad besliste dat "tussen de regeling van de Auteurswet 1912 en art. 10 van het Verdrag [...] in ieder geval wat de onderhavige zaak betreft, geen strijd bestaat". Zie H. Drion, Het rechterlijk verbod en de vrijheid van meningsuiting, in: Op de grenzen van komend recht (Beekhuisbundel), Deventer/ Zwolle 1967, p.101 (noot 1) en H. Cohen Jehoram, Auteursrecht contra vrijheid van meningsuiting, NJB 1974, p.1404.

481. Deze marge is blijkens de uitspraken van de Commissie en het Hof variabel. Zie Van Dijk/Van Hoof, p.492-517.

482. Europese Hof voor de Rechten van de Mens 7 december 1976, NJ 1978, 236 (Handyside) en 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.n. E.A. Alkema (Sunday Times).

483. H. Cohen Jehoram, Auteursrecht contra vrijheid van meningsuiting?, NJB 1974, p.1404-1405.

Het Europese Hof heeft zich over het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid, laat staan over de eventuele "noodzakelijkheid" van het auteursrecht, nog nimmer uitgesproken. De Europese *Commissie* voor de Rechten van de Mens heeft zich in 1976 wél over het probleem gebogen. In de zaak *Geïllustreerde Pers NV tegen de Staat der Nederlanden* ging het - alweer - om het omroepbladenmonopolie.⁴⁸⁴ Volgens de *Geïllustreerde Pers* was de door art. 22 Omroepwet⁴⁸⁵ versterkte auteursrechtelijke bescherming van (niet-persoonlijke) programmageschriften in strijd met art. 10 EVRM. Aan toetsing van de eventuele "noodzakelijkheid" van deze beperking kwam de Commissie echter niet toe. Volgens de Commissie was er van strijd met de in het eerste lid gewaarborgde informatievrijheid, in het bijzonder "the freedom to impart information", in het geheel geen sprake. Weliswaar waren de programma's in kwestie "information" in de zin van het verdragsartikel, maar met deze gegevens was iets bijzonders aan de hand:

"In the first place, such lists of programme data are not simple facts, or news in the proper sense of the word. They are rather a compilation of facts and they are news in the sense that they provide an orientation guide for television viewers or radio listeners. [...] The characteristic feature of such information is that it can only be produced and provided by the broadcasting organisations being charged with the production of the programmes themselves [...]. The Commission considers that the freedom under Art. 10 to impart information of the kind described above is only granted to the person or body who produces, provides or organises it. In other words, the freedom to impart such information is limited to information produced, provided or organised by the person claiming that freedom, being the author, the originator or otherwise the intellectual owner of the information concerned. It follows that any right which the applicant company itself may have under Art. 10 of the Convention has not been interfered with where it is prevented from publishing information not yet in its possession".

In de tweede plaats oordeelde de Commissie, dat het gewraakte monopolie op programmegegevens geen bedreiging vormde voor "the free flow of such information to the public in general". Immers, het publiek kon zich via een keur aan omroepbladen informeren. Financiële belangen van uitgevers vinden in art. 10 EVRM geen bescherming, zo meende de Commissie.⁴⁸⁶ Een en ander leidde tot de conclusie dat de gewraakte wetsbepalingen niet in strijd waren met de informatievrijheid in de zin van art. 10 lid 1 EVRM; de noodzakelijkheidstoets van het tweede lid behoefde niet te worden uitgevoerd.

484. Een eerdere klacht bij de Commissie, op 17 december 1965 ingediend door N.V. Televisier naar aanleiding van de uitkomst van de Televisier-arresten, werd na de "fusie" tussen Televisier en AVRO ingetrokken. Het dossier is integraal afgedrukt bij Van Vollenhoven, p.120-144.

485. Deze bepaling (thans art. 59 Mediawet) luidde als volgt: "Als inbreuk op het auteursrecht op enig geschrift, inhoudende programma-opgaven voor radio- of televisie-uitzendingen, vervaardigd door of in opdracht van omroeporganisaties, aspirant-omroeporganisaties, de [Nederlandse Omroep] Stichting of enige andere instelling die zendtijd heeft verkregen, wordt voor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid mede beschouwd het veeleelvoudigen of openbaar maken van lijsten of andere opgaven van die programma's anders dan vanwege of met toestemming van de Stichting, tenzij bewezen wordt dat de gegevens in die lijsten of andere opgaven niet direct of indirect zijn ontleend aan enig geschrift als bedoeld in de aanhef van dit artikel".

486. Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 6 juli 1976, NJ 1978, 237, AA 28 (1979), p.145-153 m.n. H. Cohen Jehoram.

Impliciet valt in de beslissing van de Commissie te lezen, dat de (commerciële) "handel in informatie" in mindere mate beschermd wordt dan de uiting van "meningen". In zoverre is deze beslissing verwant aan de jurisprudentie van de Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot reclame-uitingen.⁴⁸⁷

Van belang lijkt verder de overweging van de Commissie, dat de informatie in kwestie *uitsluitend* door de omroepen *kan* worden geproduceerd. Men zou hierin - met enige goede wil - de juridische erkenning van een "natuurlijk" informatiemonopolie kunnen lezen. Wie als enige bepaalde informatie kan produceren, handelt niet in strijd met de informatievrijheid door deze informatie exclusief te exploiteren, mits het publiek maar de mogelijkheid gegund wordt zich te informeren. "De vrijheid om 'inlichtingen of denkbeelden te ontvangen' wordt niet aangetast wanneer men, om geïnformeerd te worden, is aangewezen op één bepaalde bron", zo concludeert Gerbrandy.⁴⁸⁸

In wezen zegt de Commissie, dat het recht van intellectuele eigendom op de inlichtingen in kwestie *immuun* is voor beperkingen op grond van het tweede lid. De intellectuele eigendom wordt hier *a priori boven* de informatievrijheid geplaatst. Aan de ratio, de aard en/of de inhoud van het recht worden geen eisen gesteld. Dit is o.i. fundamenteel in strijd met het systeem van art. 10 EVRM.⁴⁸⁹

Vast staat wel, dat de uitspraak niet van toepassing is op "ideas" ("denkbeelden") in de zin van art. 10 lid 1 EVRM; deze mogen dus ongeacht de bron vrij worden geuit. Volgens Van Dijk/Van Hoof is het onderscheid tussen "information" en "ideas" dat de Commissie aanbrengt "geforceerd; het vindt geen steun in de tekst van artikel 10".⁴⁹⁰

De Commissie stelt overigens voorop dat de programma's in kwestie geen "simple facts" of "news in the proper sense of the word" zijn, maar "compilations of facts". Het lijkt dan ook juist de reikwijdte van de uitspraak verder te beperken tot *feitenverzamelingen*, wellicht zelfs tot programma's per se. Men mag in de uitspraak van de Commissie o.i. geen vrijbrief lezen voor allerhande exclusieve nieuwscontracten, waardoor belangrijke nieuwsfeiten gemonopoliseerd worden.

Merkwaardig is de overweging van de Commissie aangaande het publiceren van "information not yet in its possession". Terecht stelt Cohen Jehoram, dat het om dergelijke informatie in casu niet ging. Klager De Geïllustreerde Pers claimde geen "recht op informatie"; de gegevens in kwestie waren immers (door publikatie in de officiële omroepbladen) *openbaar*.⁴⁹¹

487. Zie o.m. Europese Hof voor de Rechten van de Mens 28 maart 1985, NJ 1987, 900 (Barthold), waarover J.J.C. Kabel, Van dominees en dierenartsen: rechtsaspecten van het reclamerecht, IER 1985, p.2. Vgl. Barendt, p.62.

488. Gerbrandy, p.6, onder verwijzing naar HR 25 juni 1965 nr. 9836, NJ 1966, 115 (Televisier I).

489. Vgl. Van Dijk/Van Hoof, p.358: de Commissie ziet "ten onrechte geheel voorbij aan de woorden 'to receive [...] information' [in het eerste lid]. Deze woorden geven aan dat het ontlenen van informatie aan welke bron dan ook in beginsel vrij dient te zijn, zij het dat ingevolge lid 2 beperkingen kunnen worden gesteld".

490. Van Dijk/Van Hoof, p.358.

491. H. Cohen Jehoram, Het omroepbladenmonopolie, AA 28 (1979), p.153.

Zeer interessant is de beschikking van de *Brusselse* Europese Commissie (van de Europese Gemeenschappen) in de zaak Magill TV Guide.⁴⁹² Inzet van deze zaak was opnieuw de verstrekking van omroepprogrammegevens, meer in het bijzonder de weekoverzichten van radio- en televisieprogramma's van de Britse omroeporganisaties BBC en ITV, alsmede de Ierse RTE. Magill TV Guide Ltd. wilde, als eerste op de Britse eilanden, een omroepgids uitgeven, waarin de programma's van alle Britse en Ierse omroeporganisaties zouden worden opgenomen, maar kreeg van de drie genoemde publieke omroepen, die elk hun eigen weekoverzichten in hun eigen omroepbladen exclusief verspreiden, geen licenties. Deze weigering was volgens de Europese Commissie te kwalificeren als *misbruik van machtspositie* in de zin van art. 86 EEG. Immers, "door beperking van hun licentiebeleid, die beoogt de productie en verkoop van alomvattende tv-gidsen te voorkomen, wordt de mededinging [...] ten nadele van de consument beperkt". De Commissie was van oordeel dat de drie publieke omroepen hun auteursrecht gebruikten "op een wijze die buiten de sfeer van het specifieke voorwerp van dit intellectuele eigendomsrecht valt". Op grond van deze en andere overwegingen bepaalde de Commissie, dat de drie omroepen aan elkaar en aan derden hun programmaoverzichten ter beschikking dienen te stellen, eventueel tegen een billijke vergoeding.

Of en in hoeverre de beschikking in de zaak Magill, die ten tijde van het afsluiten van dit boek nog onder de Europese rechter verkeerde, consequenties heeft voor de Nederlandse situatie is moeilijk te voorspellen. Indien de Commissie zich beperkt had tot het vaststellen van misbruik ex art. 86 EEG, zou de conclusie kunnen zijn, dat zij voor Nederland geen gevolgen heeft. Immers, in Nederland zijn "alomvattende" gidsen in ruime mate beschikbaar. De verwijzing naar het "specifieke voorwerp" doet echter vermoeden, dat de beschikking wijdere implicaties heeft.⁴⁹³ Wij vermoeden, dat de Commissie met deze overweging een schot voor de boeg van de diverse nationale omroepbladen-monopolisten heeft gelost. Het wachten is op de eerste, in Luxemburg gedrukte, "alomvattende" Europese omroepgidsen.

III.5.5 Beperkingen van het auteursrecht

Eerder werd geconstateerd, dat in de auteursrechtelijke literatuur dikwijls wordt ontkend, dat er van een conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid sprake zou zijn. Immers, zo wordt gesteld, het compromis tussen auteursbelang en algemeen belang is reeds in het auteursrechtelijk systeem geïncorporeerd. Dit compromis zou zich moeten manifesteren in een aantal belangrijke concessies aan de informatievrijheid.

492. Beschikking van de Europese Commissie van 21 december 1988, Publikatieblad EG 78/43 (Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE), gedeeltelijk geschorst door Pres Hof EG 11 mei 1989. Vgl. Pres Rb Groningen 22 januari 1982, Auteursrecht 1982, 33, vernietigd Hof Leeuwarden 19 januari 1983, Auteursrecht 1983, 33 (Nieuwsblad van het Noorden).

493. Vgl. Hof van Justitie EG 8 juni 1971 m.n. H. Cohen Jehoram (DGG/Metro), Ars Aequi-bundel, p.89, r.o. II.

De eerste concessie zou zijn gelegen in "het wezen van het werk". Het auteursrechtelijke werk omvat, zo wordt wel beweerd, uit de aard der zaak geen informatie die vrij moet blijven. In het auteursrechtelijke werkbegrip en met name in het adagium dat het auteursrecht slechts de "vorm", niet de "inhoud" van het werk beschermt, zou de informatievrijheid reeds zijn ingecalculeerd. Voorwerp van informatievrijheid zijn denkbeelden en inlichtingen; het auteursrecht beschermt slechts de creatieve vorm die door de auteur aan zijn denkbeelden en inlichtingen gegeven wordt. Monopolie en vrijheid zijn complementair, sluiten perfect op elkaar aan.

Voor deze opvatting is veel te zeggen; zij is dogmatisch aantrekkelijk en maakt een ingewikkeld stelsel van wettelijke beperkingen ten gunste van de informatievrijheid overbodig. Vooral in de Verenigde Staten wordt zij enthousiast beleden. In art. 102 (b) USCA worden ideeën, tezamen met iedere "procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery", zelfs met zoveel woorden van bescherming uitgesloten. Nimmer ziet in de *idea-expression dichotomy* de "definitional balance" waarnaar wij hier op zoek zijn.⁴⁹⁴

De opvatting van Nimmer c.s. komt fraai tot uitdrukking in *Miller v. Universal City Studios, Inc.* "The line drawn between uncopyrightable facts and copyrightable expression of facts serves an important function in copyright law. It provides a means of balancing the public's interest in stimulating creative activity, as embodied in the Copyright Clause, against the public's need for unrestrained access to information".⁴⁹⁵

Sluitstuk van deze opvatting is de *doctrine of merger*; er ontstaat geen auteursrecht, indien iedere keuzevrijheid ontbreekt, zodat idee en uiting onverbrekkelijk met elkaar verbonden zijn.⁴⁹⁶ "We cannot recognize copyright as a game of chess in which the public can be checkmated".⁴⁹⁷

Ook in de continentale rechtsleer komen wij nog geregeld verwijzingen tegen naar de vorm die wel, de inhoud die daarentegen niet beschermd zou zijn. Beschermd zijn slechts de "franje", de "toeters en bellen" en de "krulletjes", niet de harde kern van het werk. Het auteursrecht beschermt slechts *redundante* (overtollige) informatie, niet de essentie van de boodschap. Wij constateerden eerder echter al, dat deze theorie de nodige gebreken vertoont. In de eerste plaats leerde de informatietheorie, dat tussen vorm en inhoud in wezen geen onderscheid gemaakt kan worden. In de tweede plaats leerde een analyse van het oorspronkelijkheidsbegrip en de daaraan inherente eis van keuzevrijheid, dat iedere grens tussen idee/inhoud en uiting/vorm in wezen *arbitrair* is. "It all depends on what you mean by ideas". Wat voor de een "vorgegeven" kennis is, is voor de ander een originele uiting. Wat in het ene werk een "nackte Fabel" is, is in het andere aspect van de "innere Form". De *idea-expression dichotomy* is, zo moeten wij wel concluderen, eerder symptoom

494. In gelijke zin het Supreme Court inzake *Harper & Row, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985) onder verwijzing naar het Court of Appeals (2nd Cir.).

495. *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F.2d 1365, 1372 (5th Cir. 1981).

496. Nimmer, *Freedom of Speech*, New York (losbl.), § 2.05[C] spreekt van "the wedding of expression and idea".

497. *Morissev v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675 (1st Cir. 1967).

dan oplossing van het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid. Een "definitional balance" biedt zij allerminst.

ALGEMENE BEPERKINGEN

Het voorgaande neemt niet weg, dat in het auteursrechtelijke systeem wel degelijk enige belangrijke concessies aan de informatievrijheid zijn gedaan. Het conflict tussen auteursrecht en informatievrijheid wordt verregaand gemitigeerd door in de *inhoud* van het auteursrecht zekere beperkingen aan te brengen. Deze beperkingen zijn ten dele wetstechnisch van aard. Zij bestaan enerzijds in algemene beperkingen van de auteursrechtelijke exploitatierechten, anderzijds in een stelsel van specifieke wettelijke beperkingen.

Een belangrijke algemene beperking vormt het vereiste van *ontlening*. Zoals *supra* (p.28-29) verdedigd, levert de creatie van een werk dat identiek is aan een reeds bestaand werk geen inbreuk op auteursrecht op, indien het latere werk niet aan het eerdere ontleend is. Het auteursrecht schept geen monopolie in eigenlijke zin, zolang de gegevens in kwestie tegelijkertijd uit een andere bron beschikbaar zijn. Het belang van deze beperking wordt groter naarmate het auteursrechtelijke domein wordt uitgebreid met relatief eenvoudige mededelingen. *Het ontleningsvereiste vormt een belangrijke concessie aan de uitingsvrijheid.*

Het gevaar van monopolievorming geldt in het bijzonder informatie die voor het eerst wordt vastgelegd: mededelingen van wetenschappelijke ontdekkingen en andere "primeurs" derhalve. De auteur in kwestie kan verhinderen, dat er secundaire, van zijn informatie afgeleide, bronnen ontstaan.

Een tweede beperking is gelegen in het feit dat onder de auteursrechtelijke exploitatierechten geen *gebruiksrecht* wordt begrepen. Het auteursrecht conflicteert daarom niet met het recht een mening te koesteren of met de ontvangstvrijheid. Het kennismaken van informatie (lezen, luisteren, televisie kijken) is immers geen auteursrechtelijk relevante handeling.

Een derde beperking vloeit voort uit de zogenaamde uitputtingsleer (wij zouden liever spreken van uitputtingsregel). Deze houdt in, dat exemplaren die met toestemming van de rechthebbende in het verkeer zijn gebracht, verder vrij verhandeld mogen worden. De uitputtingsregel is een belangrijke concessie aan de vrijheid "door te geven".

Een vierde beperking is gelegen in de *duur* van het auteursrecht. Na de dood van de auteur en het verstrijken van een periode waarin eventuele nazaten voldoende aan hun trekken zijn gekomen, prevaleert de informatievrijheid boven de particuliere belangen van de erfgenamen. De beperkte duur van het auteursrecht brengt tot uitdrukking dat op den duur iedere schepping "in die Geistesgeschiede eingebettet ist".⁴⁹⁸ De beperkte duur van het auteursrecht is eveneens te beschouwen als een concessie aan de vrijheid "door te geven".

498. Vischer, p.6.

Voorts bevatten de diverse nationale auteurswetten (alsmede de Berner Conventie) een lappendeken van specifieke wettelijke beperkingen ten gunste van de informatievrijheid. In enkele gevallen worden complete categorieën van werken vrij van auteursrecht verklaard. Dit is met name het geval voor wetten, rechterlijke uitspraken e.d. (art. 11 Aw, art. 5 lid 1 UrhG) en - in principe - uitgaven van de overheid (art. 15b Aw, art. 5 lid 2 UrhG, art. 105 USCA).

De meeste wettelijke beperkingen zijn echter te beschouwen als wettelijke licenties. Dergelijke licenties bestaan onder meer voor:

- de reproductie voor eigen oefening, studie of gebruik (artt. 16b en 17 Aw; artt. 53-56 UrhG);
- het perscitaat en ander gebruik door pers en omroep (artt. 15 en 16a Aw, artt. 48, 49, 50 en 55 UrhG);⁴⁹⁹
- het citaatrecht (art. 15a Aw, art. 51 UrhG);
- het gebruik voor educatieve doeleinden (artt. 12 lid 5 en 16 Aw, artt. 46 en 47 UrhG).

Volgens Löffler komt het stelsel van wettelijke beperkingen echter in onvoldoende mate aan het grondrecht van informatievrijheid tegemoet. De belangrijkste wettelijke beperkingen zijn, zo stelt hij, veel te eng geformuleerd. Zo heeft Löffler grote moeite met de beperking van het perscitaat tot "aktuelle Tagesfragen". En de geringe ruimte die het algemeen citaatrecht (art. 51 UrhG) biedt, "erschwert die für eine demokratische Gesellschaft unentbehrliche Form einer freien, mit Dokumenten belegten geistigen und politischen Auseinandersetzung und Meinungsbildung".⁵⁰⁰

Ook het Nederlandse stelsel van wettelijke beperkingen bevat een aantal belangrijke leemtes. Zo ontbreekt om onbegrijpelijke redenen een regeling van het kunstcitaat.⁵⁰¹ Een aantal sprekende voorbeelden van het tekort schieten van het wettelijke stelsel treffen wij aan bij Verkade/Spoor.⁵⁰² Deze leemten hangen samen met het incidentele karakter van het stelsel van wettelijke beperkingen; de meeste beperkingen zijn het resultaat van "lobbying". Niet valt uit te sluiten, dat in een of meer van de genoemde gevallen de rechter onder verwijzing naar art. 10 EVRM (onderdelen van) de Nederlandse Auteurswet buiten werking zou stellen. Dit risico zou beperkt kunnen worden door drastische verbetering van het bestaande stelsel of door invoering van een algemeen fair use regime naar Amerikaans model.⁵⁰³

499. Vgl. Hirsch Ballin/Rooij, p.10 (in verband met art. 15 Aw): "Reeds de wetgever van 1912 heeft derhalve de belangrijke informatieve rol van de pers erkend en wat men thans noemt 'the free flow of information' willen respecteren en stimuleren". Zie ook Peters, p.4.

500. Löffler 1980, p.205.

501. Volgens de MvA II bij art. 15a (nieuw) Auteurswet, S&J nr. 75, 12e druk, p.128, zou een algemeen citaatrecht "te ver gaan en de positie van de auteur te zeer verzwakken".

502. Verkade/Spoor, p.145.

503. Zie Verkade/Spoor, p.145.

In de Amerikaanse auteurswet zijn de voornaamste beperkingen verenigd in één bepaling (art. 107 USCA):

"[...] the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies [...] for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. [...]"

Maar niet ieder gebruik voor een van de genoemde doeleinden is "fair". Of er in een bepaald geval sprake is van fair use moet worden bepaald aan de hand van een viertal factoren, die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld en door de federale wetgever van 1976 in art. 107 USCA zijn vastgelegd:

- "(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for value of the copyrighted work".

De fair use regeling biedt de Amerikaanse rechter grote vrijheid bij het vinden van een balans tussen particulier auteursbelang en algemeen belang. Er zijn echter, zo meent Nimmer, nog situaties denkbaar, waarin het auteursrecht moet wijken voor de uitingsvrijheid zonder dat de "idea/expression dichotomy" of de fair use regeling hierin voorziet. Een dergelijk geval doet zich z.i. voor bij foto's met grote nieuws waarde.⁵⁰⁴ Hier heeft de "expression" van het werk een zelfstandige betekenis voor de informatievrijheid. Het algemeen belang eist niet alleen vrije toegang tot de idee, maar ook (en met name) tot de "expression" van het werk. Van "fair use" is in zo'n geval doorgaans geen sprake. Immers, de "marketability" van het werk (de vierde fair use factor) kan door publikatie zonder toestemming van de rechthebbende ernstig worden aangetast.⁵⁰⁵

Sporen van een "First Amendment privilege" zijn te vinden in diverse uitspraken van Amerikaanse rechters. Een voorbeeld is de eerder genoemde uitspraak van het Court of Appeals (2nd Circuit) inzake *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.* met als inzet een biografie van Howard Hughes. Het Court of Appeals overwoog onder meer: "Everyone will agree that at some point the public interest in obtaining information becomes dominant over the individual's desire for privacy. [...] Thus, in balancing the equities at this time in our opinion, the public interest should prevail over the possible damage to the copyright owner".⁵⁰⁶

Het Supreme Court lijkt echter weinig voor een "First Amendment privilege" te voelen. In *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises* oordeel-

504. Nimmer 1970, p.272, noemt als voorbeeld de foto's van het bloedbad bij My Lai, die grote gevolgen hadden voor de Amerikaanse Vietnampolitiek. "No amount of words describing the 'idea' of the massacre could substitute for the public insight gained through the photographs".

505. Nimmer 1970, p.275-276, waarschuwt daarom voor verwarring van "fair use" en "First Amendment privilege".

506. *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 309 (2nd Cir. 1966); vgl. *Time, Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y.) inzake de "Zapruder film" met unieke beelden van de moord op Kennedy, waarover Nimmer 1970, p.276-278. Zie voor uitvoerige kritiek op beide uitspraken het artikel van Sobel.

de het Hooggerechtshof: "The fact that the words the author [ex-president Ford] has chosen to clothe his narrative may of themselves be 'newsworthy' is not an independent justification for unauthorized copying of the author's expression prior to publication".⁵⁰⁷ De combinatie van idea/expression dichotomy en fair use bood volgens het Supreme Court voldoende garanties voor de informatievrijheid.⁵⁰⁸

III.5.6 Conclusie

Wij hebben gezien, dat er een potentieel conflict bestaat tussen het auteursrecht met betrekking tot feitelijke informatie en de informatievrijheid. Dit conflict kan niet worden "weggepoetst" door te verwijzen naar de vorm die wel en de inhoud die niet door het auteursrecht zou worden beschermd. Dié redenering, wij herhalen het nog eens, is ondeugdelijk.

Evenmin valt het conflict te loochenen door te stellen, dat de informatievrijheid niet ziet op *feitelijke* informatie. Wij zagen dat dergelijk informatie wel degelijk, zij het met enige moeite, onder de "scope" valt van de informatievrijheid. Het is in dit verband merkwaardig te constateren, dat de verbanning van feitelijke informatie uit het auteursrechtelijke domein algemeen gemotiveerd wordt met een beroep op de informatievrijheid. De informatievrijheid lijkt deze bannelingen echter slechts met tegenzin te willen opnemen. Ten onrechte: tussen feitelijke informatie en "meningen" kan, zo hebben wij eerder geconstateerd, geen wezenlijk onderscheid worden gemaakt. Iedere feitelijke mededeling is in wezen een "mening" over een aspect van de werkelijkheid.

Intussen zijn de parallellen tussen het auteursrecht en de informatievrijheid op dit punt frappant. Voor de bescherming door het auteursrecht van het auteursrechtelijk werk blijken dezelfde argumenten te worden gehanteerd als voor de bescherming door de uitingsvrijheid van "meningen". In beide gevallen blijkt de persoonlijke band tussen "uiter" en "uiting" beslissend. Duidelijk is, dat het auteursrechtelijke persoonlijkheidsrecht en de vrijheid van meningsuiting (in enge zin) symptomen zijn van een *algemeen* persoonlijkheidsrecht.

Tevens kunnen wij concluderen, dat het stelsel van wettelijke beperkingen aan een dringende en algehele revisie toe is. Bij het ontwerpen van nieuwe beperkingen zou, veel meer dan nu het geval is, rekening gehouden moeten worden met "branche-opvattingen". Wij moeten af van de gedachte, dat ieder werk gelijke behandeling verdient. Een voor de wetgever aantrekkelijk alternatief biedt de Amerikaanse fair use regeling. Bij de uitleg en toepassing van een dergelijke regeling zou de informatievrijheid als toetssteen kunnen dienen.

Door aanpassing van het stelsel van wettelijke beperkingen kan worden voorkomen, dat de Nederlandse rechter voor de noodzaak komt te staan auteursrechtelijke aanspraken aan art. 10 EVRM ("horizontaal") te toetsen. Mocht hij dat toch willen doen, dan heeft hij, bij ontstentenis van een adequaat stelsel van wettelijke beperkingen, een mogelijk aanknopingspunt in de Duitse "Wechselwirkungslehre". De informatievrijheid zou in dat geval bij de toepassing van de Auteurswet kunnen fungeren als interpretatief beginsel.

507. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985).

508. Zie de analyse van Swanson.

HOOFDSTUK IV: CONCLUSIE

IV.1 Samenvatting

Ter afsluiting van dit boek laten wij onze voornaamste bevindingen nog eens de revue passeren.

In Hoofdstuk I stond centraal een begrip dat in de auteursrechtelijke literatuur en elders in het recht dikwijls gebruikt, maar slechts zelden goed omschreven wordt: *informatie*. Bij onze poging in deze leemte te voorzien zijn wij te rade gegaan bij enkele niet-juridische disciplines, in het bijzonder de semiotiek en de communicatiewetenschap. Geconstateerd werd, dat het begrip informatie vele betekenissen heeft, maar ook weer niet zo veel, dat het begrip bij onze auteursrechtelijke beschouwingen onbruikbaar zou zijn.

Integendeel, het informatiebegrip blijkt voor de aard en de inhoud van het auteursrechtelijke werkbegrip in hoge mate relevant te zijn. Dat is de conclusie die wij in het tweede hoofdstuk van dit boek getrokken hebben en tevens, zo moge duidelijk zijn, de centrale these van dit boek. *Object van auteursrechtelijke bescherming is informatie*. Geconcludeerd werd, dat de meest wezenlijke elementen van het werkbegrip (immaterieel karakter, geestelijk produkt, vormgeving, oorspronkelijkheid, keuzevrijheid) niet voortvloeien uit het "wezen van het werk", maar symptomen zijn van het "informationele" karakter van het auteursrechtelijke object. Daarbij viel op, dat het auteursrecht nu eens aanknoopt bij het syntactische aspect (de ordening van tekens), dan weer bij het semantische aspect (de "inhoud"). Of er in een bepaald geval sprake is van een werk in auteursrechtelijke zin wordt uiteindelijk op het pragmatische niveau beslist. Iedere auteursrechtstheorie impliceert een al dan niet verkapt pragmatisch waarde-oordeel.

De enige kwalificatie die *niet* per se inherent is aan het informatiebegrip blijkt de eis te zijn, dat het auteursrechtelijke werk een produkt is van menselijke activiteit. Te voorzien valt echter, dat dit criterium in de nabije toekomst, naarmate informatieverwerkende machines een zekere "creatieve" autonomie zullen verkrijgen, zal worden gereduceerd tot de eis, dat een menselijk subject als verantwoordelijke *organisator* kan worden aangewezen.

Voorafgaande aan onze "auteursrechtelijke informatietheorie" hebben wij, eveneens in Hoofdstuk II, enige bestaande theorieën over het werkbegrip geanalyseerd. Geconcludeerd werd, dat de leer van het subjectieve werk van Quaadvlieg nauw aansluit bij de klassieke opvattingen van Kohler, De Beaufort en Troller. Zowel de klassieke als de neo-klassieke leer van Quaadvlieg stelt de *doelloosheid* van de schepping centraal. In wezen wordt het auteursrechtelijk object zodoende beperkt tot uitingen van *kunst*.

Wij menen, dat dergelijke voorstellen tot "purificatie" van het auteursrecht geen navolging verdienen.¹ Door de Auteurswet voor werken van kunst te reserveren, wordt het auteursrecht gereduceerd tot een marginaal verschijnsel. Legitieme aanspraken op bescherming van "nuttige" informatie zouden niet meer door het auteursrecht kunnen worden gehonoreerd. Het bestaande stelsel van intellectuele eigendomsrechten zou hierdoor zwaar onder druk komen te staan. Naast de Auteurswet zou een groot aantal "naburechtelijke" en/of sui generis wetten geschapen moeten worden, tenzij wij zouden kiezen voor een algemeen mededingingsrechtelijk regime naar Zwitsers model. Naar onze mening ligt het meer voor de hand het bestaande auteursrechtelijke stelsel, dat bruikbaar is gebleken voor de bescherming van kunstwerken én voor computerprogrammatuur, als uitgangspunt te nemen voor een systeem van informatiebescherming dat beantwoordt aan de eisen van de informatiemaatschappij.

Vervolgens hebben wij de blik gericht op een tweetal meer moderne theorieën, die met elkaar gemeen hebben dat zij de strekking hebben het werkbegrip van esthetische connotaties te ontdoen, te *objectiveren*. Volgens de leer van Kummer dient deze objectivering in eerste instantie het voortbrengsel zelf te betreffen; hij hanteert hiervoor het criterium "statistische uniciteit", in wezen een eis van objectieve nieuwigheid. Volgens de "leer van de oorspronkelijke keuze" wordt daarentegen niet het resultaat van de schepping, maar de scheppingsdaad geobjectiveerd. Indien de auteur in spe uit een voldoende aantal min of meer equivalente alternatieven heeft kunnen kiezen, is er sprake van een werk.

Beide theorieën vertonen, zo werd geconstateerd, enige gebreken. Kummers criterium getuigt van een verkeerd begrip van de waarschijnlijkheidsleer; "uniek" is niet "statistisch". Voorts bleek, dat Kummer zijn pogingen tot objectivering niet konsekwent weet vol te houden. De verleiding om over werken van moderne kunst een waarde-oordeel uit te spreken, blijkt onweerstaanbaar.

Ook de leer van de keuzevrijheid is niet werkelijk objectief. Door de "voor de hand liggende" keuze van bescherming uit te sluiten, wordt het subjectieve element via een achterdeur weer ingevoerd. Bovendien gaat deze leer er ten onrechte van uit, dat de "set" van alternatieven waaruit gekozen wordt, gegeven is. Ook hier wijst de informatietheorie ons de weg. Of een maker in vrijheid heeft gekozen, is niet afhankelijk van de toepasselijke *code* en het daarbij behorende *repertorium*. Het bepalen van de aanwezige "Gestaltungsspielraum" is uiteindelijk, zo concludeerden wij, een kwestie van rechtspolitiek, waarbij naast branche-opvattingen overwegingen van algemeen maatschappelijk, economisch en cultureel belang een overheersende rol spelen.

Duidelijk bleek uit Hoofdstuk II, dat het door de Duitse rechtsleer gepropageerde "einheitliche Werkbegriff" in de jurisprudentie niet bestaat. Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten kennen - ieder land op zijn eigen wijze - afzonderlijke auteursrechtelijke regimes voor "kleine Münze", waarvoor een verlaagd auteursrechtelijk tarief lijkt te gelden. Zowel in Duitsland als in Amerika vertoont de kleingeldjurisprudentie de kenmerken van (mededingingsrechtelijke) "Leistungsschutz". Persoonlijk karakter of creativiteit wordt nauwelijks geëist; voldoende is een zekere mate van *onderscheidend vermogen* (Duitsland) resp. een zekere mate van *inspanning* (Verenigde Staten).

1. Zie F. Vischer, *Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses*, Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, p.259 e.v.

Nog verder gaat de Nederlandse geschriftenbescherming, die in het geheel geen horizontale ondergrens schijnt te kennen, afgezien van de eis dat het geschrift op zichzelf geen zuivere kopie ("eenvoudige herhaling") is van een eerder bestaand geschrift. De geschriftenbescherming is daarmee nauw verwant aan het fonogrammenrecht en het Duitse nabuurrecht op "Lichtbilder" en "Laufbilder" met dien verstande, dat zij beperkt is tot voor publikatie bestemde, gefixeerde alfanumerieke gegevens. Tegenover de ruime "scope" van de geschriftenbescherming staat een beschermingsomvang, die - als wij het goed zien - zeer beperkt is. Doordat de geschriftenbescherming aanknoopt bij het syntactische niveau is zij "uitgeput", zodra eenmaal de syntactische orde verstoord is.

In Hoofdstuk III hebben wij onderzocht hoe het auteursrecht zich gedraagt ten opzichte van *feitelijke* informatie. Geconstateerd werd, dat de rechtsleer en de rechtspraak auteursrechtelijke bescherming van "losse" feitelijke gegevens, al dan niet in de vorm van nieuwsberichten of wetenschappelijke onderzoeksresultaten, vrijwel unaniem onmogelijk achten. Wij constateerden tevens, dat de argumenten die deze communis opinio moeten ondersteunen onvoldoende en dikwijls onjuist zijn.

Voor zover deze argumenten neerkomen op de bewering dat het auteursrecht slechts de vorm, niet de inhoud van het werk beschermt, zijn zij in elk geval ondeugdelijk. Zoals onze informatietheoretische beschouwingen lieten zien, is ieder onderscheid tussen vorm en inhoud in zekere zin willekeurig. Tussen beschermde "vorm" en niet-beschermde "inhoud" verloopt geen natuurlijke grens. Iedere inhoud is tevens vorm; ieder voortbrengsel van de menselijke geest kan zowel specifiek als generiek worden omschreven. Voor het vorm/inhoud criterium geldt hetzelfde als voor de eis van keuzevrijheid; toepassing ervan is in wezen verkapte rechtspolitiek. Een bepaalde *klasse* van mededelingen wordt tot "inhoud" bestempeld en zodoende buiten het auteursrecht geplaatst. Een voorbeeld biedt de wijze waarop verzamelingen van wetenschappelijke onderzoeksresultaten door het auteursrecht worden "gediscrimineerd" ten opzichte van andere, meer commercieel georiënteerde feitenverzamelingen.

Voorts wordt in de rechtsleer en de rechtspraak onvoldoende onderscheid gemaakt tussen de mededeling van een feit en de feitelijke buitenwereld. Object van auteursrecht is alleen de *mededeling*; op feiten kan, indien deze los van de taal al zouden bestaan, nimmer auteursrecht rusten. Eveneens onjuist is de opvatting, dat feitelijke informatie "in de natuur verborgen" is en derhalve slechts "ontdekt" (niet "geschapen") behoeft te worden. Deze opvatting miskent de wetenschappelijke methodologie en getuigt van gebrek aan inzicht in de moderne kennistheorie. Wij sluiten ons daarom aan bij de minderheidsopvatting die de oorspronkelijkheid van het wetenschappelijk werk primair in de gepresenteerde theorieën en andere onderzoeksresultaten (de "inhoud" derhalve) zoekt.

Maar ook deze, door ons moderne leer genoemde opvatting bevat een zwakke plek. De creativiteit van de wetenschappelijk onderzoeker is in het verslag van het onderzoeksresultaat dikwijls niet of slechts impliciet kenbaar. Het auteursrecht knoopt echter niet aan bij de geleverde "Vorarbeit", maar bij de mededeling daarvan (het onderzoeksverslag). In extremis is niet alleen de kenbare (uiterlijke) creativiteit in het verslag verdwenen, maar ontbreekt iedere mogelijkheid het wetenschappelijk werk te identificeren.

Het manco van de moderne leer komt derhalve neer op het ontbreken van rechtszekerheid. Volgens traditionele opvattingen is de hand van de maker op enigerlei wijze zichtbaar in de vormgeving van het object van bescherming. Het werk draagt het "persoonlijk stempel" van de maker. In het rechtsverkeer fungeert dit persoonlijk stempel in zekere zin als "naamplaatje". Het persoonlijk stempel identificeert het werk, geeft *publiciteit* aan het makerschap, legitimeert bij eerste benadering de rechthebbende. Dit in het auteursrecht ingebouwde legitimatiesysteem speelt een belangrijke rol in het rechtsverkeer. Zoals bij roerende goederen bezit naar eigendom verwijst, verwijst de individualiteit van het werk naar makerschap. Om deze reden kan in het klassieke auteursrechtelijke systeem van een registratiestelsel worden afgezien.

In een auteursrecht op "losse" feitelijke gegevens wordt de band tussen de maker en zijn werk echter doorgesneden. De auteur is, doordat zijn eventuele onderzoekscreativiteit is "weggerationaliseerd", niet meer automatisch gelegitimeerd. Hij zal daarom in de praktijk grote moeite ondervinden bij het bewijs van zijn makerschap. Het is, in dit licht bezien, niet verwonderlijk dat in landen waar aan het werkbegrip relatief lichte eisen worden gesteld (m.n. de Verenigde Staten) een registratiestelsel bestaat. Het probleem van de moderne leer zou eveneens door invoering van een dergelijk stelsel kunnen worden opgelost. Wij zagen, dat in de wereld van de beta-wetenschappen de facto reeds een dergelijk systeem fungeert.

Met betrekking tot nieuwsberichten spelen ten dele dezelfde, ten dele andere problemen. Het legitimatieprobleem geldt hier a fortiori; de produkten van de "niewwtjesjager" zijn qua mededeling bij uitstek eenvoudig en dus moeilijk te identificeren. Daarnaast doet zich het probleem voor, dat het auteursrecht voor de bescherming van nieuwsberichten in wezen ongeschikt is. De meerwaarde van het nieuwsbericht in vergelijking met andere feitelijke informatie is zijn *nieuwswaarde*. Deze nieuwswaarde is echter niet een rechtsgoed, dat door het auteursrecht op adequate wijze kan worden beschermd. De producent van het nieuwsbericht is niet gebaat bij een monopolie ter lengte van 50 jaar na de dood van de niewwtjesjager, maar verlangt veeleer een beperkte mededingingsrechtelijke bescherming. De Duitse jurisprudentie op basis van het UWG geeft wat dat betreft het goede voorbeeld. Niet iedere overname van nieuwsberichten of andere feitelijke gegevens is verboden, maar systematische piraterij, waardoor de *voorsprong* in de mededinging verloren gaat zonder dat de informatieproducent de kans gehad heeft zijn investeringen te "amortiseren", is onrechtmatig. Deze voorsprong is voor de producent van nieuwsberichten essentieel; zij vertegenwoordigt bij uitstek de waarde van zijn produkt.

Voorts concludeerden wij, dat de regeling van art. 15 Aw c.q. art. 49 UrhG, die verschil maakt tussen "nieuwsmedia" en andere media, op den duur niet gehandhaafd kan worden. Door de proliferatie van nieuwe media en de daarmee gepaard gaande segmentering van het publiek zal een onderscheid tussen "nieuwsberichten" en andere feitelijke gegevens op langere termijn niet meer gemaakt kunnen worden.

Anders dan "losse" feitelijke gegevens lijken *verzamelingen* van feitelijke gegevens op het eerste gezicht vrij probleemloos voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. De noodzakelijke oorspronkelijkheid kan, zo blijkt uit de literatuur en de rechtspraak, gelegen zijn in de rangschikking en/of de selectie van de gegevens, alsmede in het ontsluitingssysteem. Maar

deze schijn bedriegt. Een auteursrecht gebaseerd op oorspronkelijke rangschikking komt in de praktijk maar zelden voor; de wijze van rangschikking is in de meeste gevallen gestandaardiseerd of functioneel bepaald. Bovendien zagen wij, dat een dergelijk auteursrecht niet of nauwelijks bescherming biedt tegen overname van gegevens in andere volgorde en dus uiterst zwak is. Beter bestand tegen "manipulatie" is een auteursrecht gebaseerd op oorspronkelijke selectie. Maar ook hiervoor geldt, dat deze in veel gevallen "vorgegeven" zal zijn.

Auteursrechtelijke bescherming op basis van een oorspronkelijk ontsluitingssysteem blijkt eveneens maar beperkt soelaas te bieden. Het systeem, de ordening en de structuur die door de producent a priori in de gegevensverzameling zijn aangebracht, worden minder belangrijk naarmate de gebruikers met behulp van krachtige computers en databaseprogrammatuur de gegevens zelfstandig kunnen manipuleren. Op den duur zal de gebruiker, uitgaande van verzamelingen van "ruwe", niet eerder geïnterpreteerde gegevens, zijn eigen informatie creëren. Henry spreekt in dit verband van de terugkeer naar "the medieval practice of custom-tailored publishing".²

De "inhoud", die van oudsher indirect kon profiteren van het auteursrecht op de "vorm", is onder invloed van de informatietechniek deze bescherming kwijtgeraakt. De "ruwe" gegevens, die de eigenlijke economische waarde van de gegevensverzameling vertegenwoordigen, kunnen als zodanig niet door het traditionele auteursrecht worden beschermd. Wel blijken de Amerikaanse inspanningsleer en in mindere mate de Duitse kleine Münze-bescherming te voorzien in bescherming van de onderliggende organisatorische en/of economische prestatie. Voorts beschermt de Nederlandse Auteurswet *iedere vastlegging* van gegevens in geschrifte; de inhoud van de geschriftenbescherming is echter, zoals wij gezien hebben, beperkt.

Vervolgens hebben wij enkele alternatieve regimes bekeken. Het Scandinavische catalogusrecht lijkt, met name voor diegenen die het "echte" auteursrecht van mededingingsrechtelijke smetten vrij willen maken, een aantrekkelijke optie. Daarentegen verdienen de plannen van de Europese Commissie voor een nabuurrechtelijk regime, uitsluitend voor de producenten van *electronische* databanken, geen navolging. Er is geen reden gegevensverzamelingen, opgeslagen in computergeheugen, beter of anders te beschermen dan andere verzamelingen. Bovendien is een onderscheid tussen "papieren" en "electronische" databanken onhanteerbaar en achterhaald.

Nog minder enthousiast zijn wij over Catala's leer van de informatiegoederen, die - bij gebrek aan "checks and balances" - het bestaande stelsel van intellectuele eigendomsrechten ernstig dreigt te ontwrichten. Hetzelfde geldt voor verwante opvattingen in de sfeer van het strafrecht.

Hoofdstuk III werd besloten met een beschouwing over de spanning tussen auteursrecht en informatievrijheid, een conflict dat - zo constateerden wij - in de Europese literatuur onvoldoende onderkend wordt. De bekende tegenwerping, dat de informatievrijheid reeds in voldoende mate in het auteursrechtelijk systeem is "ingebouwd", is ondeugdelijk, voor zover zij gebaseerd is op het "wezen van het werk" en meer in het bijzonder op het onderscheid tussen

2. Henry, p. 117.

beschermd "vorm" en niet-beschermd "inhoud". Dit onderscheid, zo werd eerder geconcludeerd, is in wezen willekeurig. De balans met de informatievrijheid zal op andere wijze dienen te geschieden.

Wij constateerden echter, dat het bestaande stelsel van wettelijke beperkingen in onvoldoende mate aan de informatievrijheid tegemoet komt. Dit stelsel is, zo menen wij, aan dringende en algehele revisie toe. Daarbij zou, veel meer dan nu het geval is, rekening gehouden moeten worden met het feit, dat de getolereerde ontleningsvrijheid per "branche" sterk verschillend is. Een pragmatisch en flexibel alternatief voor een dergelijk stelsel biedt een fair use regeling naar Amerikaans model.

IV.2 Slotbeschouwing

Als ons in de loop van dit onderzoek één ding duidelijk is geworden, dan is het dit: het is zinloos de grenzen van het auteursrechtelijke object te zoeken in het "wezen van het werk". Een "natuurlijke" horizontale ondergrens gebaseerd op de ontologie van het werkbegrip bestaat niet. Evenmin bestaan "natuurlijke" verticale grenzen op basis van een "Oberbegriff" letterkunde en kunst. Wat resteert is het besef, dat het auteursrechtelijke werk het karakter heeft van door mensen voortgebrachte *informatie*.

Betekent dit nu, dat *alle* informatie van menselijke herkomst object is van auteursrecht? Ja en neen. Ja, in zoverre dat het trekken van een verticale grens tussen "culturele" informatie en (niet door het auteursrecht te beschermen) "technische" of "wetenschappelijke" informatie onmogelijk en ongerechtvaardigd is. Onmogelijk, omdat cultuur, wetenschap en techniek geen van elkaar te isoleren fenomenen zijn, maar - integendeel - geheel verstrengeld. Ongerechtvaardigd, omdat de rationes van het auteursrecht in beginsel evenzeer gelden voor culturele als voor technische of wetenschappelijke informatie. Om het Amerikaanse Hooggerechtshof nogmaals aan te halen: "It is fundamentally at odds with the scheme of copyright to accord lesser rights in those works that are of greatest importance to the public. Such a notion ignores the major premise of copyright and injures author and public alike."³ De bekende tegenwerping, dat het auteursrecht door overschrijding van zijn "natuurlijke" grens in het vaarwater van het octrooirecht geraakt - ten detrimente van de "vrijheid van kopie" - overtuigt niet. Deze opvatting miskent het feit, dat de *inhoud* van beide rechten aanmerkelijk verschilt. Het auteursrecht beschermt de mededeling, het octrooirecht de toepassing van informatie.

Dit betekent niet, dat alle informatie over één auteursrechtelijke kam geschoren dient te worden. Zoals eerder gesteld, variëren de "Gestaltungsspielraum" en de daarmee onverbrekkelijk verbonden ontleningsvrijheid per branche. In de ene sector van de informatie-industrie wordt een auteursrechtelijk monopolie gemakkelijker aanvaard dan in de andere.

Het trekken van een horizontale (beneden)grens is in principe wél mogelijk. Zoals informatie via de informatietheorie meetbaar te maken is, kan ook het

3. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (S.Ct. 1985).

werkbegrip in zekere zin gekwantificeerd worden. De eis van "Gestaltungshöhe" uit de Duitse rechtsleer is een voorbeeld van zo'n kwantitatieve ondergrens. Alleen werken waarin een zeker kwantum aan creativiteit is geïnvesteerd, zouden dan de bescherming van het auteursrecht genieten. Banale of triviale mededelingen zouden niet beschermd zijn.

Vóór een kwantitatieve ondergrens zijn goede argumenten aan te voeren. Het sterkste argument is ongetwijfeld het beroep op de (ideële) informatievrijheid en de (economische) "vrijheid van kopie". Met recht kan gesteld worden, dat in een liberale westerse samenleving de informatievrijheid (de "vrijheid van kopie" daaronder begrepen) *regel* dient te zijn, het scheppen van exclusieve rechten van intellectuele eigendom *uitzondering*. Het gaat niet aan, zo zou men voorts kunnen aanvoeren, om rechten te creëren die niet worden gehandhaafd en waaraan geen reële behoefte bestaat. In geval van een drempelloos auteursrecht levert iedere letter op papier en ieder gesproken woord zijn "auteur" in eerste instantie een "auteursrecht" op, dat - als wij de duur ongewijzigd zouden laten - voortduurt tot vijftig jaar post mortem auctoris.

Daar staat tegenover, dat het bepalen van een minimum aan scheppingshoogte in wezen willekeurig is; een *beetje* informatie is óók informatie. Bovendien is een auteursrecht op voor de hand liggende mededelingen uitermate zwak. Hier geldt het adagium *easy to copyright, difficult to infringe*; Gorman spreekt in dit verband van een "thin copyright".⁴ Schending van auteursrecht op banale mededelingen zal in de praktijk zeer moeilijk, zo niet onmogelijk te bewijzen zijn. De rechthebbende zal moeten aantonen, dat ontleend is aan *zijn* mededeling. Waar het gaat om mededelingen die in feite voor het oprapen liggen, is een dergelijke bewijsopdracht een probatio diabolica, tenzij de gegevens in kwestie bewijsrechtelijk "beveiligd" zijn door toevoeging van redundante informatie (een overbodig krulletje) of een opzettelijke fout.⁵ Dit geldt a fortiori voor mededelingen die *gekopieerd* zijn; zelfs de minimale Anglo-Amerikaanse originaliteitseis ("not copied") kan in wezen gemist worden. Wij concludeerden eerder: het ontleningsvereiste vormt een belangrijke concessie aan de informatievrijheid.

Een en ander betekent niet, dat er geen gevaar voor schadelijke informatie-monopolies zou bestaan. Dit gevaar bestaat vooral met betrekking tot informatie die *voor het eerst* wordt vastgelegd. De "auteur" van dergelijke informatie kan op basis van zijn auteursrecht verhinderen, dat er secundaire, van zijn informatie afgeleide bronnen ("second sources") ontstaan. Derden worden gedwongen de informatie in kwestie *zelfstandig* opnieuw te creëren dan wel te "ontdekken", bijvoorbeeld door terug te gaan naar de bronnen van de eerste auteur.

Met betrekking tot "primeurs" en "exclusives" over gebeurtenissen waarvan onbelemmerde en onmiddellijke kennisneming in het algemeen belang geboden is (bijvoorbeeld politieke affaires) kan men stellen, dat dergelijke informatie-monopolies maatschappelijk onwenselijk zijn. Ook ten aanzien van andere categorieën "originele" informatie kan verdedigd worden, dat zij na publikatie algemeen toegankelijk dienen te zijn. Men denke aan technische protocollen en normen, technische vindingen, belangrijke wetenschappelijke ontdekkingen enzovoorts.

4. Gorman 1982, p.575.

5. Dommering 1988, p.66.

De gevaren van dergelijke informatiemonopolies mogen niet onderschat worden. Het is echter een illusie te veronderstellen, dat deze monopolies a priori worden uitgebannen door het hanteren van een uniform werkbegrip, al dan niet met eis van scheppings- of prestatiehoogte. Zoals Grosheides beschouwingen overtuigend hebben aangetoond, vormt een qua object en inhoud uniform auteursrecht een miskenning van de pluriformiteit van de informatiesamenleving.⁶ Het is beter de rechtspolitieke beslissingen die met deze pluriformiteit verband houden niet te verhullen, maar zichtbaar te maken in een gedifferentieerd stelsel van wettelijke beperkingen, eventueel in de vorm van een flexibel geformuleerde fair use regeling.

Interessant, maar o.i. nog te rigide, zijn de voorstellen van de Office of Technology Assessment van het Amerikaanse Congres (OTA) om te komen tot een *driedelig* auteursrechtelijk systeem met afzonderlijke regimes voor *works of art*, *works of fact* en *works of function*. "Traditional limitations on rights, such as fair use, could be adapted to fit the particular nature of the type of work in question: for works of art, fair use might resemble its present form; fair use in works of fact might be limited according to the social utility of permitting non-proprieters to copy or publish the work; and for works of function, fair use might be shaped to meet the particular requirements of reverse engineering. Durational provisions could also be designed to reflect the economic lifetime of the particular type of information product."⁷

Bij het ontwerpen van een gedifferentieerd auteursrechtelijk stelsel zou rekening gehouden moeten worden met de resultaten van (nog te verrichten) rechtseconomisch onderzoek naar de effecten van "eigendomsrechten" op informatie.⁸ Denkbaar is, dat uit dergelijk onderzoek zal blijken dat voor informatie als *produktiemiddel* (elementaire kennis, technische vindingen, basisgegevens) en informatie als *produkt* (telefoonboeken, computerprogramma's, et cetera) verschillende regimes dienen te gelden.

In afwachting van de toekomstige herstructurering van het auteursrecht en het daarmee ten nauwste verband houdende mededingingsrecht dient de geschriftenbescherming, als zijnde een vorm van informatiebescherming "op maat" avant la lettre, gehandhaafd te worden. Men gooit zijn oude schoenen niet weg voor men nieuwe heeft gekocht. En voor men zeker weet, dat ze goed passen.

6. Grosheide, p. 302-307.

7. OTA, p.93.

8. OTA, p.273-274; zie ook F.W. Grosheide, Handelingen NIV 1988, deel 2, p.72-76.

SUMMARY

Copyright in Information

Protection of factual data and data compilations in the Netherlands, Germany and the United States.

This book is about the interrelationship between copyright law and information. According to one of the so-called maxims of copyright law, information as such is outside the scope of copyright. The purpose of this study is to examine this maxim critically by applying the concept of information, as it has been developed in semiotics and information theory, to the doctrine of copyright law. In doing so, the main focus is on the protection of works of fact, such as news reports, scientific works and compilations of factual data. From this perspective, the copyright laws of the Netherlands, Germany and the United States are examined and compared. In addition, frequent reference is made to French and Swiss legal doctrine.

The first chapter of this book concerns the concept of information, a word all too often used, but rarely properly understood by copyright scholars. Basically, information can be defined as any message that reduces the uncertainty of its receiver. The amount of information communicated may be described as its "surprise value". Thus, information is, at first glance, a relative and subjective notion, dependent on the receiver's prior knowledge. However, by adding a standardized code (rules regarding possible messages) and a well-defined repertory (set of possible messages) information may become a more or less objective concept.

Drawing from semiotics (the theory of signs), three aspects of information are distinguished. The syntactical aspect regards the way in which a message (e.g. letters or words) is configured, following the rules prescribed by the applicable language system. The semantical aspect deals with the relationship between the message and the object to which it refers; semantical information concerns the "meaning" of the message. The pragmatological aspect focusses on the effect of the information on the outside world (the recipients of the message). Pragmatological information includes both the syntactical and the semantical aspect, but adds an aspect of "value".

In Chapter II an attempt is made to link the concept of information to the subject matter of copyright. First, drawing from (mainly continental European) copyright doctrine and case law, an inventory is made of the elements constituting a protected "work of literature, science and art". Following this, a critical analysis is presented of various prevailing theories on the essence of the "work" concept.

According to Quaedyvlieg's thesis, only creations which are tested against their authors' subjective criteria (taste, personal judgment) are protected by copyright. Thus, all elements having a technical or otherwise useful effect would remain unprotected. Consequently, the subject matter of copyright would be limited to "useless" creations, in other words to works of art proper. For this reason Quaedyvlieg's theory, which is basically a restatement of the

classical copyright theories of Kohler and Troller, is rejected. Limiting copyright protection to works of art would severely compromise the existing system of intellectual property law. A multitude of special legislative schemes granting so-called neighboring rights would have to be designed to protect all categories of useful creations which are, at present, protected by copyright law.

Next, two theories claiming an "objective" work concept are discussed. According to Kummer, the essence of the protected work is in its "individuality", which is to be decided *prima facie* by Kummer's criterion of "statistical uniqueness". According to Kummer, an intellectual production is protected, if it is "statistically" impossible for it to be independently produced in identical form. However, upon critical examination this theory proves to be flawed in several ways. In the first place, it is not "objective" at all. Trivial productions, even though "statistically unique", are not considered by Kummer to be worthy of copyright protection. Secondly, the notion of "statistical uniqueness" is imprecise; "uniqueness" does not combine well with the adjective "statistical".

The focus of the other "objective" theory is not on the *production*, but on the act of *producing* the work. If an author has enough *freedom of choice*, the ensuing result is considered a protected work. The author's freedom may be limited by various external factors: technical requirements, functional limitations, economical considerations, the laws of nature and logic, et cetera. Even though this theory appears attractive, at second glance it lacks objectivity as well. The "freedom of choice" doctrine equally rejects trivial productions, on the grounds that a trivial choice is, in fact, no choice at all. Also, this doctrine does not take into account the fact that the assessment of the author's freedom of choice in a given situation is, in itself, to a certain extent *subjective*.

In practice, the chooser's level of freedom is determined by the applicable "code". This code is different in each sector of the information industry. Thus, in the world of art a higher level of creative freedom is accepted than in the world of science. Therefore, in the latter world copyright protection is more difficult to obtain than in the former. Consequently, it is not realistic to maintain a uniform concept of originality. Indeed, the borderline between unprotected "ideas" and protected "expression" is ultimately drawn on the basis of various social, cultural, economical and technological considerations. In other words, defining the subject matter of copyright law is, to a large extent, a question of information policy.

Next, an overview is presented of the protection of trivial works (in German terminology "kleine Münze", i.e. "small change") in the Netherlands, Germany and the United States. Contrary to prevailing copyright doctrine, case law in each country appears to be rather generous in granting copyright protection. In the United States, in many cases protection is expressly granted to the author's "sweat of the brow". In Germany "kleine Münze" traditionally enjoy a rather "cheap" copyright. Here too, the rationale seems to be the protection of the author's industry, rather than his creativity. An even "easier" copyright can be obtained in the Netherlands. According to the Dutch High Court, copyright protection is to be granted to *every* production in written form, provided it is intended for publication. However, this so-called copyright in "non-personal"

writings appears to be a rather "thin" one. Once the syntactic order of a writing is disturbed by re-arranging the information in a different configuration, the copyright in the writing is "exhausted".

In the final section of Chapter II an analogy is drawn between the work of authorship concept and the concept of information. On the basis of this analysis, it is proposed the subject matter of copyright is, in essence, information. Symptoms of the "informational" nature of the work concept are abundant. Works of authorship are immaterial, intellectual productions; they need to be expressed to acquire protection; they are supposed to be either novel or original.

All these elements are typical not only of the work of authorship, but also of the information concept. However, copyright law proves to be inconsistent in the ways it adheres to the information product. In the case of wholesale reproduction (piracy), copyright protection is concentrated on the syntactical level, i.e. the configuration of signs. In the case of plagiarism, the essential element seems to be the semantical aspect (the "meaning" of the work). In considering the originality of a work, various pragmatical aspects are considered, s.a. the "esthetics" of the work.

Applying semiotics and information theory to copyright law adds to the impression that the idea/expression dichotomy is a fallacy. Content is inextricably linked to external "form" (expression). Even the most abstract ideas need expression to be communicated. No natural borderlines divide the domain of copyright and the public domain. The various tests developed in American case law and doctrine ("abstractions test", "patterns test") to distinguish idea from expression are flawed. Any intellectual production can be described both in generic (abstract) terms, and in specific terms. The idea/expression dichotomy is, in fact, no more than a slogan to indicate that not all information is to be protected by copyright.

In Chapter III the question is addressed to what extent copyright law can protect *factual* information, such as "disparate" facts, news items, scientific research data and compilations of facts. It is argued, the underpinnings of the prevailing doctrine which denies copyright protection to factual information are weak. The generally accepted belief that factual information is "discovered", not "created" is at odds with scientific methodology. Scientific discoveries and theories should, in principle, qualify as copyrightable subject matter, on the grounds that they are products of "creative" labor.

However, copyright protection for scientific research is by no means a perfect solution. Especially in the exact sciences, much of the researcher's creativity is lost in the way his or her results are presented to the scientific community. Scientific papers rarely reflect the creative processes which gave birth to the reported theories and data. Due to this lack of *manifest* originality, scientists' copyrights are difficult to enforce. It is suggested a registration system might provide legal security, if necessary.

With respect to news reports, it becomes clear that the copyright system is not at all suitable for the protection of this type of information. The essence of a news report, its "news value", does not fit well into the scheme of literary property. News producers are not interested in obtaining a monopoly lasting

for over half a century. Their principle needs are legal safeguards to secure priority and limited exclusivity. To this end, a protection scheme based on the law of unfair competition seems to be more adequate.

Another emerging problem in this field is the vagueness of the notion of "news reports". Due, in part, to the advances in information technology, the information market is becoming more and more segmented. Traditional mass media are giving way to information services targeted at various special interest groups. Consequently, a legal distinction between "news reports" and other factual information will be difficult to maintain.

At first glance, *compilations* of factual data appear to be safely protected by copyright law. According to prevailing doctrine and case law, the originality required can be found in (a combination of) three elements: the arrangement, the selection and the structure of the data compiled. However, upon critical examination, copyright in compilations of facts is weak and misdirected. Due to the proliferation of information technology, the value of a data compilation is, increasingly, in the data as such, rather than in the way they are presented. The computer revolution has brought vast information processing powers to the information users. Consumers equipped with powerful computers and intelligent database software are able to do their own editing, sorting and structuring to fit their specific information needs.

Eventually, all the end users will need are "raw" data: unedited, unstructured, unorganized data relevant to a certain topic. Raw data are rapidly becoming the most valuable commodity in our modern-day "information society". However, according to traditional doctrine, data per se are outside the scope of copyright. In this respect, the (Anglo-)American "sweat of the brow" doctrine seems to be more adequate, its rationale being the amount of labour invested in the act of collecting the data. The same may be said, to a lesser extent, of the German "kleine Münze" doctrine. Producers of compilations of data are probably best off with the Dutch copyright in "unpersonal" writings. As an alternative the Scandinavian "catalogue rule", which grants a right of limited duration to compilers of information, merits attention. Solutions based on the application of general concepts of criminal law, such as the "information theft" doctrine, which has some supporters in the Netherlands and Belgium, are rejected. Equating information with "goods" poses a threat to the very essence of intellectual property law.

In its 1988 Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, the Commission of the European Communities has suggested that copyright law may be inadequate for data base producers. According to the Commission, data base producers should be granted a so-called neighboring right. The ideas of the Commission deserve serious discussion. However, in one important aspect they are mistaken. If there are valid reasons for protecting "unoriginal" electronic data bases, the same reasons apply to data compilations *not* contained in a computer system. Also, it would seem to be impossible to make a viable legal distinction between "electronic" and "hard-copy" information.

Of course, there are certain dangers and disadvantages connected to a copyright in factual information. These are discussed in the final section of this book, which is devoted to the conflict between copyright law and the "free flow of information". This conflict is largely ignored in European copyright

doctrine. In the United States, by contrast, much has been written and litigated on this subject. In both continents the prevailing view is that the idea/expression dichotomy provides a "definitional" balance between the two opposing legal interests. This view, as we have stated before, is basically unsound.

Other legal means are required to create an equilibrium between the copyright monopoly and the freedom of expression and information. It is argued, the European system of statutory limitations of copyright is inadequate in this respect. It is suggested, this system should be revised to reconcile in a more consistent manner the various countervailing interests at stake. Also, a new scheme of limitations should take into account the fact that the "codes" of creativity are different in each branch of the information industry. Obviously, to achieve this, a very flexible legal instrument is needed. Perhaps such an instrument could be modeled on the American *fair use* doctrine.

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Advocaat-Generaal
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
AMI	Informatierecht/AMI
art(t).	artikel(en)
Aw	Auteurswet 1912
a.w.	aangehaald werk
BC	Berner Conventie
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof (Duitsland)
BIE	Bijblad bij de Industriële Eigendom
BIRPI	Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle
BRD	Bondsrepubliek Duitsland
BW	Burgerlijk Wetboek
Bijl.	Bijlage
Cir.	Circuit
concl.	conclusie
D	Dalloz
DdA	Le Droit d'Auteur
diss.	dissertatie
ed.	editor (redacteur)
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen
EIPR	European Intellectual Property Review
EK	Eerste Kamer
EVRM	Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en
de	fundamentele vrijheden
F.	Federal
F.2d	Federal Second
F.Supp.	Federal Supplement
Fr.	Frans
gecit.	geciteerd
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil
GW	Grondwet
Hof	Gerechtshof
Hof EG	Hof van Justitie EG
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IER	Intellectuele Eigendom en Reclamerecht
i&i	Informatie en Informatiebeleid
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
ISO	International Standards Organization
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
J.	Justice
JCP	Juris-classeur périodique
jrg.	jaargang
KB	Koninklijk Besluit
Kg	Kantongerecht
KUG	Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LG	Landgericht
losbl.	losbladige

LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
m.n.	met name of met noot van
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nr.	nummer
NvW	Nota van Wijzigingen
o.c.	opere citato
o.i.	onzes inziens
OLG	Oberlandesgericht
OTA	Office of Technology Assessment (U.S. Congress)
PTCJ	BNA's Patent, Trademark and Copyright Law Journal
Pres	President
Rb	Arrondissementsrechtbank
red.	redacteur
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROM	read-only memory
RvdW	Rechtspraak van de Week
S.Ct.	Supreme Court
Schulze	E. Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht
S&J	editie Schuurman en Jordens
Stb	Staatsblad
Stcrt	Staatscourant
t.a.p.	te aangehaalde plaatse
TK	Tweede Kamer
Trb	Tractatenblad
T&Twet	Telegraaf- en Telefoonwet 1904
t.w.	te weten
UAC	Universele Auteursrecht Conventie
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz (Duitse Bondsrepubliek)
U.S.	United States
USCA	United States Copyright Act
USPQ	United States Patents Quarterly
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
vgl.	vergelijk
Vol.	Volume
VV	Voorlopig Verslag
vs.	versus
VvA	Vereniging voor Auteursrecht
W	Weekblad van het Recht
WIPO	World Intellectual Property Organization
WLR	Weekly Law Reports
WOB	Wet Openbaarheid van Bestuur
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt (Notariaat) en Registratie
WTV	Wet op de telecommunicatievoorzieningen
WvS	Wetboek van Strafrecht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Allfeld	Ph. Allfeld, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst. Kommentar, tweede druk, München 1928
Altenpohl	M. Altenpohl, Der urheberrechtliche Schutz von Forschungsergebnissen, Bern 1987
Ars Aequi-bundel	Jurisprudentie en annotaties intellectuele eigendom Ars Aequi 1954-1988, Nijmegen 1988
Barendt	E. Barendt, Freedom of Speech, Oxford 1989
De Beaufort	H.L. de Beaufort, Auteursrecht, Zwolle 1932
De Beaufort, diss.	H.L. de Beaufort, Het auteursrecht in het Nederlandse en het internationale recht, Utrecht 1909
Beier/Straus	F.-K. Beier en J. Straus, Der Schutz wissenschaftlicher Forschungsergebnisse, Weinheim 1982
Belinfante	J.E. Belinfante, De Wet van 28 Juni 1881 (Stbl.no.124) tot regeling van het Auteursrecht: literatuur en rechtspraak 1882-1910, 's-Gravenhage 1910
Boon	P.J. Boon, Zonder voorafgaand verlot. De vrijheid van meningsuiting in het Nederlandse recht, vierde druk, Nijmegen 1988
Boukema	P.J. Boukema, Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland. Een rechtsvergelijkende studie, Amsterdam 1966
Bull	H.P. Bull, De fundamentele problemen van het informatierecht, Zwolle 1985
Campbell	J. Campbell, Grammatical Man. Information, Entropy, Language and Life, Middlesex 1984
Catala 1984	P. Catala, Ebauche d'une théorie juridique de l'information, Recueil Dalloz Sirey 1984, Chroniques XVII, p.97-104
Catala 1985	P. Catala, La "propriété" de l'information, Mélanges Raynaud 1985, p.95-112

- Chafee Z. Chafee Jr., Free Speech in the United States, derde druk, Cambridge, Mass. 1946
- Chamoux J.-P. Chamoux (red.), L'appropriation de l'information, Parijs 1986
- Cherry C. Cherry, On Human Communication. A review, a Survey and a Criticism, derde druk, Cambridge, Mass./Londen 1978
- Computer-criminaliteit Informatietechniek en Strafrecht. Rapport van de Commissie Computercriminaliteit, 's-Gravenhage 1987
- Denicola R.C. Denicola, Copyright in Collections of Facts: A Theory for the Protection of Nonfiction Literary Works, Columbia Law Review, Vol.81 (1981), p.516-542
- Desbois H. Desbois, Le droit d'auteur en France, derde druk, Parijs 1978
- Dietz A. Dietz, Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1977
- Dommering 1986 E.J. Dommering, Vormen handelingen en arbeid een 'werk'?, AMI 1986, p.72-76
- Dommering 1988 E.J. Dommering, Gegevensbescherming. Bespreking van de vier preadviezen voor de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging 1988, Computerrecht 1988, p.62-68
- Van Dijk/
Van Hoof P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, De Europese Conventie in theorie en praktijk, tweede druk, Nijmegen 1982
- EC Green Paper Commission of the European Communities, Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology. Copyright issues Requiring Immediate Action, COM (88) 172 final, Brussel 1988
- Van Engelen Th.C.J.A. van Engelen, De geschriftenbescherming in de Auteurswet en de bescherming van daarmee op één lijn te stellen prestaties, BIE 1987, p.243-253
- Fauconnier G. Fauconnier, Algemene communicatietheorie, Leiden/Antwerpen 1986
- Freedom of Data
Flows P. Hansen e.a., Freedom of Data Flows and EEC Law, Deventer/Boston 1988
- Von Gamm O.-F. Frhr.v.Gamm, Urheberrechtsgesetz. Kommentar, München 1968
- Gerbrandy Kort commentaar op de Auteurswet 1912, Arnhem 1988
- Ginsburg J.C. Ginsburg, Sabotaging and Reconstructing History: a comment on the scope of copyright protection in works of history after *Hoehling v. Universal City Studios*, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Vol. 29 (1982), p.647-673
- Girth P. Girth, Individualität und Zufall im Urheberrecht, Berlin 1974

- Gorman 1963 R.A. Gorman, Copyright Protection for the Collection and Representation of Facts, ASCAP Copyright Law Symposium, Vol.12 (1963), p.30-75
- Gorman 1982 R.A. Gorman, Fact or Fancy? The Implications for Copyright, Journal of the Copyright Society of the U.S.A., Vol. 29 (1982), p.560-610
- Grant Hammond R. Grant Hammond, Quantum Physics, Econometric Models and Property Rights to Information, McGill Law Journal, Vol. 27 (1981), p.47-72
- Grosheide F.W. Grosheide, Auteursrecht op maat, Deventer 1986
- Haberstumpf H. Haberstumpf, Zur Individualität wissenschaftlicher Sprachwerke, Freiburg 1982
- Henry N. Henry, Copyright. Information Technology. Public Policy, Part I, New York 1975
- Hirsch Ballin/
Rooij E.D. Hirsch Ballin en M. Rooij, De artikelen 22 en 23 van het ontwerp-Omroepwet. Advies aan N.V. Televisier, Leiden 1966
- Hopkins D.B. Hopkins, Ideas, their time has come: an argument and a proposal for copyrighting ideas, Albany Law Review, Vol. 46 (1982), p.443-473
- Hubmann H. Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, zesde druk, München 1987
- Hubmann 1957 H. Hubmann, Der Rechtsschutz der Idee, UFITA 1957, Bd. 24, p.1-15
- Hugenholtz P.B. Hugenholtz, Auteursrecht en information retrieval. Verveelvoudiging en openbaarmaking in het computertijdperk, Deventer 1982
- Hugenholtz/Spoor P.B. Hugenholtz en J.H. Spoor, Auteursrecht op software, Amsterdam 1987
- Huydecoper J.L.R.A. Huydecoper, Originaliteit of inventiviteit? Het technisch effect in het auteursrecht, BIE 1987, p.106-112
- Jackson B.S. Jackson, Semiotics and Legal Theory, Londen/New York 1987
- Jones R.H. Jones, Is there a property interest in scientific research data?, High Technology Law Journal, Vol. 1 (1986), p.447-482
- Kaplan B. Kaplan, An Unhurried View of Copyright, New York/Londen 1967
- Kohler J. Kohler, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, Jena 1880
- Kummer M. Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk, Bern 1968
- Lamy M. Vivant (red.), Lamy droit de l'informatique (met losbl. aanvullingen), Parijs

- Libling D.F. Libling, The concept of property: property in intangibles, *The Law Quarterly Review*, Vol. 94 (1978), p.103-119
- Libott R.Y. Libott, Round the Prickly Pear: The Idea-Expression Fallacy in a Mass Communications World, *ASCAP Copyright Law Symposium*, Vol. 16 (1968), p.30-80
- Van Lingen N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1983
- Van Lingen 1986 N. van Lingen, *Ontwikkelingen in het auteursrecht*, in E.C.M. Jurgens en N. van Lingen, *Omroeprecht en auteursrecht. Nieuwe ontwikkelingen in informatie- en communicatierecht*, Zwolle 1986
- Löffler/Ricker M. Löffler en R. Ricker, *Handbuch des Presserechts*, tweede druk, München 1986
- Löffler 1980 M. Löffler, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, *NJW* 1980, p.201-205
- Lucas A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, Parijs 1987
- Lucas, diss. A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, Parijs 1975
- De Meij J.M. de Meij, *Uitingsvrijheid*, Amsterdam 1989
- Mackaay E. Mackaay, De hersenschim als rustig bezit. Moet alle informatie voorwerp van eigendom zijn?, *Computerrecht* 1984-1985, nr. 6, p.12-16
- Möhring Ph. Möhring, Der Schutz wissenschaftlicher Ausgaben im Urheberrecht, in *Homo Creator*, Festschrift für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, p.153-166
- Von Münch I. Von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, München 1985
- Nauta D. Nauta, *The meaning of information*, diss. Leiden, Den Haag/Parijs 1970
- Nimmer M.B. Nimmer, *Nimmer on Copyright* (losbl.), New York
- Nimmer 1970 M.B. Nimmer, Copyright vs. the First Amendment, *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, Vol. 17 (1970), p.255-279
- Nöth W. Nöth, *Handbuch der Semiotik*, Stuttgart 1985
- OTA U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information*, Washington D.C. 1986
- Patry Copyright in Collections of Facts: a Reply, *Communications and the Law*, Vol. 6 (1984), nr. 5, p.11-42
- Peters J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen 1981
- Van Peursen c.s. C.A. van Peursen, C.P. Bertels en D. Nauta, *Informatie*, tweede druk, Utrecht/Antwerpen 1984

Pinner	H. Dawid (red.), Pinner's World Unfair Competition Law, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1978
Plander	H. Plander, Wissenschaftliche Erkenntnisse und Urheberrecht an wissenschaftlichen Werken. Ein Beitrag zum urheberrechtlichen Ideenschutz, UFITA 1976, Bd. 76, p.25-73
Ploman/Clark Hamilton	E.W. Ploman en L. Clark Hamilton, Copyright. Intellectual Property in the Information Age, Londen 1980
Popper	K.R. Popper, The Logic of Scientific Discovery, zevende druk, Londen 1974
Van Praag	L.G. van Praag, De Auteurswet 1912 en haar verband tot de Herzene Berner Conventie, Rotterdam 1912
Prantl	H. Prantl, Die journalistische Information zwischen Ausschlussrecht und Gemeinfreiheit, Bielefeld 1983
Quaadvlieg	A.A. Quaadvlieg, Auteursrecht op techniek. De auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur, Zwolle 1987
Rau	G. Rau, Antikunst und Urheberrecht. Überlegungen zum urheberrechtlichen Werkbegriff, Berlin 1978
Razi	Razi G.-M., Le droit sur les nouvelles. Agences d'informations. Entreprises de presse, Parijs 1952
Rehbinder	M. Rehbinder, Rechtsfragen zum Theaterprogramm, UFITA 1973, Bd. 67, p.31-56
Reimer	D. Reimer, Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, GRUR 1980, p.572-582
Ricketson	S. Ricketson, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, Londen 1987
Runge	K. Runge, Schutz von Fernsprech- und Adressbüchern, GRUR 1962, p.504-507
Russell	B. Russell, Problemen der filosofie, Meppel/Amsterdam 1980
Van Rijn	A.B. van Rijn, De functie van de vrijheid van meningsuiting in beide Duitse staten, diss. Maastricht, Zwolle 1985
Schmieder	H.-H. Schmieder, Ist die "kleine Münze" des Urheberrechts nach dem neuen Gesetz ungültig?, GRUR 1968, p.79-81
Schraube	C. Schraube, Der Schutz der "Kleinen Münze" im Urheberrecht, UFITA 1971, Bd. 61, p.127-147
Schricker	G. Schricker in G. Schricker (red.), Urheberrecht. Kommentar, München 1987
Schricker/ Gerstenberg	E. Gerstenberg in G. Schricker (red.), Urheberrecht. Kommentar, München 1987
Schricker/ Loewenheim	U. Loewenheim in G. Schricker (red.), Urheberrecht. Kommentar, München 1987

Schricker/ Melichar	F. Melichar <i>in</i> G. Schricker (red.), Urheberrecht. Kommentar, München 1987
G.Schulze	G. Schulze, Die kleine Münze und ihr Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, Freiburg 1983
Sobel	L.S. Sobel, Copyright and the First Amendment: A Gathering Storm?, ASCAP Copyright Law Symposium, Vol. 19 (1971), p.43-80
Snijder van Wissenkerke	F.W.J.G. Snijder van Wissenkerke, Het auteursrecht in Nederland, Gouda 1913
Stewart	S.M. Stewart, International copyright and neighbouring rights, Londen 1983
Strömholm 1989	S. Strömholm, Was bleibt vom Erbe übrig? Überlegungen zur Entwicklung des heutigen Urheberrechts, GRUR Int 1989, p.15-23
Swanson	J.L. Swanson, Copyright Versus the First Amendment: Forecasting an End to the Storm, <i>in</i> J.D. Viera, R. Thorne (red.), 1988 Entertainment, Publishing and the Arts Handbook, New York 1988, p.3-39
Taylor	J.A. Taylor, The Uncopyrightability of Historical Matter: Protecting Form over Substance and Fiction over Fact, ASCAP Copyright Law Symposium, Vol.30 (1983). p.33-70
Thoms	F. Thoms, Der urheberrechtliche Schutz der kleinen Münze, München 1980
Troller	A. Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. I, derde druk, Basel/Frankfurt am Main 1983
Ulmer	E. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, derde druk, Berlijn/Heidelberg/New York 1980
Vandenberghe	G. Vandenberghe, Bescherming van computersoftware, Antwerpen 1984
Vellinga-Schootstra	F. Vellinga-Schootstra, Gegevensbescherming en strafrecht, <i>in</i> Gegevensbescherming, Handelingen NJV 1988, deel 1, p.139-182
Verkade/Spoor	D.W.F. Verkade en J.H. Spoor, Auteursrecht, Deventer 1985
Verkade, preadvies	D.W.F. Verkade, Gegevensbescherming en privaatrecht, <i>in</i> Gegevensbescherming, Handelingen NJV 1988, deel 1, p.33-91
Vischer	F. Vischer, Monopol und Freiheit in Wissenschaft und Kunst, Basel 1980
Van Vollenhoven	L. van Vollenhoven, De zaak TeleVizier, Deventer 1970
Wijnstroom/ Peremans	J.J. Wijnstroom & J.L.A. Peremans, Het auteursrecht, Zwolle 1930

TREFWOORDENREGISTER

De cijfers verwijzen naar de paginanummers.

- Aardrijkskundige kaart
 - zie* Topografische kaart
- Abstractions test 74
- Actualiteit 81
- Adresboek 52, 108, 110, 119, 121, 135
- Algoritme 19
- Almanak 45
- Antikunst 34
- Anweisung an den menschlichen Geist
 - 19, 25, 33, 136
- Archief 131
- Artificiële intelligentie 22
- Auteursrecht op maat 47, 51, 180
- Autobiografie 132
- Autoplagaat 28

- Banale liederen 55
- Beperkingen *zie* Wettelijke beperkingen
- Bestemming 25-26
- Betekenaar 5
- Betekende 5
- Betekenis 5, 8
- Beurskoers 75, 108, 135
- Bibliotheken 3
- Bidprentje 157
- Bien informationnel 141-142
- Biografie 130, 132
- Bit 8
- Boodschap 6
- Boycot 159
- Brieven 55
- Broncode 18-19, 24

- Catalogus 120, 139
- Catalogusregel 139, 140
- Causation 143
- Chips 32, 91
- Citaatrecht 168
- Code 5, 8, 64, 66
- Codeboek 108
- Communicatie 4, 6
- Communicatie met de mens, gericht op
 - 18-19, 158
- Communicatietheorie 7
- Communicatievrijheid
 - zie* Informatievrijheid
- Compilation of facts
 - zie* Feitenverzameling
- Complexiteit 7, 36, 62-63
- Compositie 25
- Computer, invloed van de 2-3, 15
- Computer-output 22
- Computercreatie 21-22, 129
- Computercriminaliteit 93, 148
- Computergegevens 145-146
- Computerprogramma 9, 17, 18-19, 24,
 - 31-32, 33, 38, 40, 50, 51, 55, 56, 57,
 - 141, 145, 146, 158
- Computerrecht 22
- Concreet object 21, 61
- Connotatie 5
- Context 64, 79
- Conversie 58
- Copijrecht 41-48, 109, 113
- Copyright Clause 72, 152, 161
- Corpus mysticum/mechanicum 23
- Couponregister 109
- Creativiteit 7, 26-27, 29-32, 37, 39, 58
- Cricketslagen 143
- Crisis in het auteursrecht 15
- Culturele informatie 19

- Data sheets 108
- Data *zie* Gegevens
- Databank 2-3, 57, 81, 119, 126, 135,
 - 137, 138
 - naburig recht op 138-139
- Database *zie* Databank
- Denkbeelden 157
- Denotatie 5
- Denotatum 5, 9
- Derde weg 142
- Designatum 5
- Diefstal van electriciteit 146-147
- Diefstal van informatie 145-149
- Dienstregeling 136
- Doel *zie* Doelloosheid
- Doelloosheid 25-26, 31-32, 65, 74
- Domein van auteursrecht
 - zie* Verticale grens
- Doppelschöpfung 29, 36, 58
- Downloading 3
- Droit de divulgation
 - zie* Prioriteitsrecht
- Drukkersprivilege 44
- Duur 168

- Economic analysis of law 144-145,
 - 151, 178
- Educatieve doeleinden 168
- Eigen karakter 26-27
- Eigen gebruik 168
- Eigendom van informatie 141-149
 - diefstal van informatie 145-149
 - economische aspecten 144-145
 - property rights in information 143-144
 - théorie des biens informationnels 141-142
- Eigendomsgarantie 160, 162
- Electriciteit, diefstal van 146-147

- Entropie 6
- Esthetisch effect 23, 25, 30, 65
- Europees recht 165
- Exclusiviteitscontract 156, 165
- Expressie 21, 24-25, 62-63, 70, 79
 - zie ook* Vorm en inhoud
- Fact work 70
- Fair use 169-170
- Falsifieerbaarheid 78, 104-105
- Feestwijzer 43-45, 109
- Feit 69-70
- Feitelijke gegevens
 - economische waarde 3-4
 - en informatievrijheid 155, 156, 157-158, 159, 164-165
 - en keuzevrijheid 78-79
 - en Vorgegevenheit 76-77
 - en waarheid/objectiviteit 77-78
 - en algemeen belang 72-73, 152-153, 160-171
 - kwetsbaarheid 3
 - "losse" 71-105, 136-137
 - nieuwe 76, 80-106
 - "ruwe" 136-137
 - verzameling van
 - zie* Feitenverzameling
 - zijn geen scheppingen 75-77
 - zijn gemeengoed 72, 124, 131
- Feitenverzameling 107-140
 - alternatieve regimes 138-140
 - Duitsland 119-125
 - Nederland 107-118
 - Verenigde Staten 126-133
- First Amendment privilege 170
- Fonogrammenrecht 46
- Formulier 18
- Free flow of information
 - zie* Informatievrijheid
- Garingsrecht 154, 155, 156, 158-159
- Gebruiksaanwijzingen 110
- Gebruiksrecht 167
- Gebruiksvoorwerp 25-26
- Gedachten en gevoelens 155
- Geest 69
- Geestelijk produkt 22-23, 61-62
- Gegevens 9-11
 - feitelijke
 - zie* Feitelijke gegevens
 - juridisch begrip 10, 11
 - verzameling van
 - zie* Feitenverzameling
- Gegevensverzameling
 - zie* Feitenverzameling
- Geistig-ästhetische Wirkung 18, 22-23
- Gele gids 40, 124
 - zie ook* Telefoonboek
- Geluiden 46
- Geschiedkundig werk 98, 102, 130-133
- Geschriftenbescherming 41-51, 109-118
 - en andere media 50
 - en computerprogramma's 50-51
 - en nieuwsberichten 84-85
 - en ontlening 117
 - en mededingingsrecht 45-46
 - handhaven 178
 - inhoud 47-48, 116-117
 - object 46, 116
 - omvang 117, 137-138
 - ondergrens 49
 - ratio 46
 - reappraisal 51
 - rechtskarakter 45-48
 - subject 47, 117
 - uitputting van 117
 - van niet-openbare informatie 49
 - wetsgeschiedenis 43-45
- Gestaltungshöhe 27-28, 52-56, 64
 - zie ook* Überdurchschnittlichkeit
- Gestaltungsspielraum
 - zie* Keuzevrijheid
- Goedsbegrip, strafrechtelijk 142, 146-147
- Grammatica 7, 8
- Handboek 32
- Handel in informatie 3, 5, 164
- Handelsreclame 155, 157, 164
- Handgreifliche Individualität 35
- Handhaving en detectie 3
- Herhaalbaarheid 24-25
- Horizontale grens 27, 179
- Horizontale werking 153, 156, 159
- Horrorfilm 32
- Icoon 5, 65
- Idea/expression dichotomy
 - zie* Vorm en inhoud
- Ideeënleer 76
- Immaterialgut 20
- Immaterieel produkt 20, 61
- Index 128
- Individualiteit 26-27, 34-36
- Industriële vormgeving 31-33
- Informatierecht 138
- Informatie
 - als "resource" 4, 144, 178
 - als "commodity" 4, 144, 178
 - als Oberbegriff 20
 - auteursrecht op *passim*
 - culturele 19, 178
 - definitie 6, 8-9, 10
 - een goed?
 - zie* Goedsbegrip, Informatiegoed
 - eigendom van
 - zie* Eigendom van informatie
 - feitelijke
 - zie* Feitelijke gegevens
 - immaterieel produkt 20
 - is selectief 8
 - juridisch begrip 9, 11

- kwantificering van 7-8
- pragmatische 8-9
- semantische 8-9
- syntactische 8-9
- transmissionele 8
- vrijheid van
 - zie Informatievrijheid
- Informatiedienst 94
- Informatiegoed 20, 141-142
- Informatiemaatschappij 2-3
- Informatierecht 1, 11
- Informatietechniek 2-3, 15, 32, 33
- Informatietheorie 7-8
 - en statistische Eenmaligheid 36
 - en werkbegrip 60-67
- Informatieverzorger 3
- Informatievrijheid 4, 150-170
 - auteursrecht contra 160-165
 - beperkingen op 161-165
 - denkbeelden/meningen 157, 164
 - Duitsland 156-157
 - en rechten van anderen 161-162
 - Europees Verdrag 157-159
 - gegevens 158
 - inlichtingen 157-158, 163, 164
 - Nederland 154-155
 - noodzakelijkheidstoets 161-163
 - reportages 158
 - Verenigde Staten 159
- Informatiewaarde 6, 8
- Ingrediënten 58-59
- Inlichtingen en denkbeelden 157-158
- Innerlijke vorm 24-25
- Inspanningsleer
 - zie Prestatiebescherming
- Intentionaliteit 62
- Interceptie 23, 88
- Inventiviteit 31
- Kartelrecht 165-166
- Kennistheorie 69, 70
- Keuzevrijheid 35, 36-40
 - beperkingen van 37-38
 - en sociale gebondenheid 40
 - en Zielsetzung 39
 - en informatiebegrip 63-65
 - kritiek 38-40
 - relatie met mededingingsrecht 38
 - verband met creativiteit 37
- Kitsch 33
- Kleine Münze 27-28, 52-57
 - beschermingsduur 54, 55
 - discussies van 1965 53-54
 - en naburig recht 55-56, 138
 - en UWG 56-57
 - na 1965 55-56, 122-125
 - oude rechtspraak 52-53, 119-121
- Kookboek 119
- Kookrecept 33, 52
- Korte zinnen 58, 59
- Kunstcitaat 169
- Kunstercriticus, rechter als 33, 36
- Kunstvrijheid
 - zie Vrijheid van wetenschap en kunst
- Kunstwaarde 33
- Kunstwerk 25, 29-32, 65
- Kunstzinnigheid 26, 30-31
- Laufbilder, recht op 46
- Leer van de oorspronkelijke
 - keuze zie Keuzevrijheid
- Leistungshöhe 46, 48, 56
- Lesrooster 136
- Letterkunde, wetenschap en kunst 18-20
- Letterkundige eigendom 143
- Letterwerk 42, 109
- Lichtbilder, recht op 46
- Linguïstiek 5
- Literary work 57
- Logaritmentafel 76
- Look and feel 40
- Luchtdienstregeling 123
- Manipulatie 3
 - zie ook Rangschikking
- Margin of appreciation 162
- Mathematische informatietheorie
 - zie Informatietheorie
- Mededingingsrecht 38
 - Amerikaans 59, 90-92
 - Duits 56-57, 92-93, 100, 138
 - Europees 165-166
 - Nederlands 92, 109
 - Zwitsers 140
- Mediawet zie Omroepwet
- Medium 5-6
- Menselijke activiteit 21-22, 61
- Mensenrecht 151-152
- Merkengids 124, 127
- Meteorologische gegevens 23
- Minimal art 34
- Misbruik van machtspositie 165
- Moderne kunst 33, 34
- Monopolieleer 28-29
- News values 86
- Niet-openbare informatie 49, 148-149
- Niet-technische vinding 33
- Nieuwheid 28-29, 58, 63-64, 80-82
- Nieuwsberichten 80-92
 - definitie 80-82, 93-94
 - de lege ferenda 93-95
 - en bronvermelding 89, 90, 91
 - en geschriftenbescherming 84-85
 - en informatievrijheid 152, 155, 158-159, 165
 - en mededingingsrecht 89, 90-93
 - geen auteursrecht op 82-83
 - is reactualiseerbaar 81
 - kwetsbaarheid van 86-87
 - naburig recht op 86-90

- niet openbaargemaakte 86
- overnemen van 83-84
- Nieuws waarde 80
- Non-fiction 130-133
- Oberbegriff 18-20, 178
- Object code 18-19, 24, 34
- Objectieve trekken 77-78, 79
- Objets trouvés 22
- Octrooirecht 38-39
- Oliver doctrine 78
- Omroepbladenmonopolie 12, 113, 118, 163-165
- Omroepprogramma 43, 48, 49, 53, 110-111, 112-118, 120-121, 136, 158, 163-165
 - rangschikking van 114-115
- Omroepwet 118, 163
- Onderzoekresultaten
 - zie* Wetenschappelijk onderzoek
- Ontdekkersdiploma 101
- Ontdekkerseer 106
- Ontdekking
 - zie* Wetenschappelijk onderzoek
- Ontlening 167, 177
- Ontleningsleer 28-29
- Ontsluitingssysteem 124, 135-136
- Ontvanger *zie* Waarnemer
- Oorspronkelijkheid *passim*
- Openbaarheid van bestuur 153, 156, 158
- Originaliteit (Originality) 26-27, 57-58
- Overheidsinformatie 153, 156, 158, 168
- Paginanummers 129
- Parketvloerpatronen 110
- Patterns test 39, 74-75
- Perscitaat 168
- Persönliche geistige Schöpfung 53
- Persoonlijk karakter 26-27
- Persoonlijk stempel 26-27, 29
- Persoonsgegevens 10
- Persvrijheid
 - zie* Informatievrijheid
- Piraterij 3, 62, 132
- Plagiaat 63
- Plattegrond 108
- Pluriform auteursrecht 180
- Postzegelverzameling 25
- Pragmatiek 8-9
 - en vorm 63
 - en oorspronkelijkheid 64
- Predikbeurtenlijst 43-44, 109, 110
- Preemption 59
- Presentatieleer 22, 62
- Prestatiebescherming 38, 46, 55-57, 59, 114, 123, 127, 129-131, 136, 137, 140, 142, 143, 147
- Prijslijst 52, 110, 120
- Prijsvraag 110
- Primeur 180

- Prioriteitsrecht 49, 149, 153, 171
- Programma 121
 - zie ook* Omroepprogramma
- Programma-criterium 23, 24
- Property rights in information 143-144
- Public speech 152
- Puzzle 108, 110
- Radioprogramma *zie* Omroepprogramma
- Rangschikking 114-115, 122, 128-129, 132, 134-135, 136-137
 - alfabetische 121, 124, 127, 129, 134, 136
 - chronologische 115, 120-121, 134
 - numerieke 127, 134
- Recht op informatie 153, 158, 159, 165
- Reclame *zie* Handelsreclame
- Redundantie 7, 179
 - zie ook* Doelloosheid
- Referent 5
- Referentie 5
- Register 123
- Rekenkundige individualiteit 35
- Rekenlineaal 54
- Rekentabel 52, 120, 121, 127
- Remote sensing 23
- Renprognose 53, 121
- Repertorium 5, 8
- Research
 - zie* Wetenschappelijk onderzoek
- Restaurantgids 127, 135
- Rittenkaart 54
- Ruis 7
- Ruwe gegevens 136-137
- Schepping *passim*
- Scheppingshoogte
 - zie* Gestaltungshöhe
- Schouwburgprogramma 43-44, 109, 120
- Schriftträger 56
- Schriftwerk 52-55, 119-121
- Science 161
- Selectie van gegevens 123, 128, 129, 132, 135
- Semafoor 3
- Semantiek 8-9
 - en vorm 63
 - en oorspronkelijkheid 63
 - en nieuwigheid 63-64
- Semiosis 5
- Semiotiek 5
- Sense data 69
- Signaal 6, 10
- Signaalbescherming 23, 62
- Significant 5
- Signifié 5
- Skandinavisch auteursrecht 139-140
- Skill and labour 51, 59
- Smaaktest 31-32, 78

- Smartlap 32
- Softwarelicentie 145
- Specifieke voorwerp 165
- Spelling 7
- Spelregels 110
- Spoorboekje 18, 48, 136
- Sportwedstrijd 23, 24, 62
- Sprachwerk 53-54, 56
- Statistische Eenmaligheid 34-36, 63
- Stijl 7, 21, 28, 40
- Strafrechtelijk goedsbegrip 145-148
- Strafrechtelijke bescherming 49, 145-149
- Stratenboek 109
- Subjectieve trekken 77-78
- Sui generis bescherming 34, 139
- Sweat of the brow doctrine
 zie Prestatiebescherming
- Symbool 5
- Syntaxis 8-9
 - en vorm 62-63
 - en oorspronkelijkheid 63
 - en nieuwhoud 63
 - en geschriftenbescherming 117
- Taalregels 7
- Taalteken 5
- Tabellenboek 110
- Tarieflijst 42
- Techniek 31-32
- Technisch effect 38
- Technische gebondenheid 37-40
- Technische normen 180
- Technische tekening 55
- Technologie 2
- Teken 5-6, 70
 - kunstmatig 5
 - natuurlijk 5, 62
- Tekendragers *zie* Medium
- Tekenfrequentie 7-8
- Tekenleer *zie* Semiotiek
- Tekenvoorraad
 zie Repertorium
- Telecommunicatiegeheim 23, 49
- Telecommunicatietechniek 2-3
- Telecommunicatie, definitie van 10
- Telefoonboek 40, 43, 48, 52, 59, 111-112, 120, 122, 124, 126, 127, 128, 130
- Telefoonboekenmonopolie 111-112
- Telegraaf 87
- Telemetrie 22
- Théorie des biens informationnels 141-143
- Theorie van het subjectieve werk 31-32
- Thin copyright 177
- Tips to be investigated 91
- Tijdschriftartikel 123
- Tijdwijzer 45, 109
- Toegepaste kunst 53
- Toetsing aan de grondwet 160
- Toneelwerk 39
- Top 40-lijst 110
- Topografische kaart 108, 119, 122, 131
- Trefwoorden 108
- Treinkaartje 18
- Triviale werken 41-59
- Turing's man 23
- Überdurchschnittlichkeit 28, 54, 55, 124, 135-136
 zie ook Gestaltungshöhe
- Ubiquitariteit 20, 147
- Uiterlijke vorm 24-25
- Uitgave, wetenschappelijke 102
- Uitgeversrecht 47, 51
- Uitholling van het auteursrecht 55
- Uiting *zie* Expressie
- Uitingsvrijheid
 zie Informatievrijheid
 - institutionele interpretatie 151
- Uitingsvrijheidargumentatie 150-151, 161, 171
- Uitputtingsregel 168
- Unicité, statistische
 zie Statistische Eenmaligheid
- Unicité, relatieve 36
- Uniform werkbegrip 54, 178
- Useful article doctrine 32-33
- UWG 56-57, 92-93
- Vastenkaart 110
- Vastlegging, eis van 24
- Verduistering van informatie 145-149
- Verkiezingsuitslagen 94, 110
- Verticale grens 18-20
- Verzamelwerk 119, 120, 126
- Voetbalflitsen 158-159
- Volgorde *zie* Rangschikking
- Vorarbeit 103-105, 121, 136, 137
- Vorgegevenheid, leer van de 76-77, 98, 102-103
- Vorm *zie* Expressie
- Vorm en inhoud 2, 3, 21, 24-25, 39-40, 62-63, 73-75, 82, 96-98, 166-167
 - pragmatische 63
 - semantische 63
 - syntactische 62-63
- Vragen 55, 77, 123
- Vrijheid van informatie
 zie Informatievrijheid
- Vrijheid van kopie 38, 40, 177
- Vrijheid van meningsuiting
 zie Informatievrijheid
- Vrijheid van wetenschap en kunst 151-152, 160, 176
- Waarde-oordeel 34-36
 zie ook Pragmatiek
- Waarheid 77-78, 159
- Waarnemer 6, 8, 9, 10, 11
 - en werkbegrip 66
- Waarschijnlijkheidsleer 7

Wechselwirkungslehre 160, 171
 Weersatelliet 23
 Werkbegrip
 - concreet object *zie aldaar*
 - doel en functie 25-26, 31-33, 178
zie ook doelloosheid
 - en kunst 29, 32
 - expressie, vorm *zie* Expressie
 - geestelijk produkt *zie aldaar*
 - Gestaltungshöhe *zie aldaar*
 - immaterieel produkt *zie aldaar*
 - letterkunde, wetenschap en kunst
 18-20
 - nieuwhed *zie aldaar*
 - objectivering van 33-40
 - oorspronkelijkheid, individualiteit
 26-27 en *passim*
 - produkt van menselijke activiteit
 21-22, 61
 - wettelijke 16-18
zie ook Doelloosheid, Keuzevrijheid
 Werkelijkheid 69-70
 Wet van 1817 42
 Wet van 1881 44-45
 Wetenschap, werk van 17
zie ook Wetenschappelijk onderzoek
 Wetenschappelijk onderzoek 55, 56,
 96-106, 123, 130-133
 - en bronvermelding 100
 - en eer 106
 - en mededingingsrecht 100
 - rechtszekerheid 104-105
 - en Vorarbeit 103-105
 - is creatief 97-98, 103
 - is niet beschermd 96-97, 102-103
 - registratie van 101, 105
 Wetenschappelijke uitgave 102
 Wetsvoorstel 19921 50-51
 Wettelijke bepalingen 166-170
 - algemene 167-168
 - fair use 169-170
 - ongeschreven 160
 - specifieke 168-169
 Woordenboek 108
 Works of art 178
 Works of fact 70, 178
 Works of function 178

 Zakengids 127
 Zielsetzung 39, 79

TITELS VERSCHENEN BINNEN DE AAA-SERIE

- Andriessen, L. en Schönberger, E. *The Apollonian Clockwork*, 2005 (ISBN 90 5356 856 5)
- Appel, R. en Muysken, P. *Language Contact and Bilingualism*, 2005 (ISBN 90 5356 857 3)
- Bal, M. *Reading Rembrandt*, 2005 (ISBN 90 5356 858 1)
- Bennis, H. *Gaps and Dummies*, 2005 (ISBN 90 5356 859 x)
- Blom, H. *De muiterij op De Zeven Provinciën*, 2005 (ISBN 90 5356 844 1)
- Dehue, T. *De regels van het vak*, 2005 (ISBN 90 5356 845 x)
- Engbersen, G. *Publieke bijstandsgeheimen*, 2005 (ISBN 90 5356 852 2)
- Engbersen, G.; Schuyt, K.; Timmer, J. en Waarden, F. van *Cultures of Unemployment*, 2005 (ISBN 90 5356 846 8)
- Goedegebuure, J. *De schrift herschreven*, 2005 (ISBN 90 5356 847 6)
- Goedegebuure, J. *De veelervige rok*, 2005 (ISBN 90 5356 848 4)
- Hugenholtz, B. *Auteursrecht op informatie*, 2005 (ISBN 90 5356 849 2)
- Idema, H. en Haft, L. *Chinese letterkunde*, 2005 (ISBN 90 5356 842 5)
- Janssens, J. *De middeleeuwen zijn anders*, 2005 (ISBN 90 5356 850 6)
- Kohnstamm, D. *Ik ben ik*, 2005 (ISBN 90 5356 853 0)
- Komter, A. *Omstreden gelijkheid*, 2005 (ISBN 90 5356 854 9)
- Meijer, M. *In tekst gevat*, 2005 (ISBN 90 5356 855 7)
- Oostindie, G. *Ethnicity in the Caribbean*, 2005 (ISBN 90 5356 851 4)
- Pinkster, H. *On Latin Adverbs*, 2005 (ISBN 90 5356 843 3)
- Tilburg, M. van en Vingerhoets, A. *Psychological Aspects of Geographical Moves*, 2005 (ISBN 90 5356 860 3)