

VU Research Portal

Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?

Senftleben, M.R.F.; Kerk, Maximilian; Buiten, Miriam; Heine, Klaus; Lachman, Nandenie

published in

Auteurs-, media- & informatierecht
2017

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Senftleben, M. R. F., Kerk, M., Buiten, M., Heine, K., & Lachman, N. (2017). Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector? *Auteurs-, media- & informatierecht*, 2017(1), 5-15.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



tijdschrift voor auteurs-,
media- en informatierecht

2017

JRG 41

NR 01

Een uitgeversrecht voor
pluriforme media

M.M.M. van Eechoud

Nieuwe rechten voor
nieuwe businessmodellen
in de uitgeefsector

M.R.F. Senftleben, M. Kerk, M. Buiten, K. Heine
& N. Lachman

Recht op eigen taart

D.J.G. Visser

JURISPRUDENTIE

Nr. 9 • Hof Amsterdam
18 oktober 2016
ZIGGO en RODAP/LIRA

m.nt. J.J.C. Kabel

RECHTSPRAAK IN
HET KORT

ACTUALITEITEN

AGENDA

JAAROVERZICHT

2015 & 2016

JURISPRUDENTIE

Nr. 10 • HvJ EU
15 september 2016
McFadden

m.nt. P. Teunissen

AMI wordt in opdracht van de Vereniging voor Auteursrecht (VvA) uitgegeven door deLex bv (www.delex.nl) en verschijnt zes maal per jaar.

Redactie

De redactie bestaat uit: mr. M.R. de Zwaan (voorzitter), prof. mr. M.M.M. van Eechoud, dr. S.J. van Gompel, prof. mr. J.J.C. Kabel, mr. K.J. Koelman, mr. N. van Lingen, mr. S.C. van Loon, mr. C.B. van der Net, prof. dr. M.R.F. Sentleben.

Eindredactie

C.A. Zuidema

Redactieadres

Claudia Zuidema, czuidema@delex.nl
Barbara Strozilaan 101, 1083 HN Amsterdam

Uitgever

deLex bv, www.delex.nl, Mr. C.A. Zuidema, czuidema@delex.nl

Basisontwerp

Mart. Warmerdam Design

Opmaak

az grafisch serviceburo bv, Den Haag, www.az-gsb.nl

Vereniging voor Auteursrecht (VvA)

Bij het lidmaatschap van de Vereniging voor Auteursrecht is het abonnement op AMI inbegrepen. Lidmaatschapskosten (per jaar): € 143,00 voor gewone leden, € 378,00 voor rechtspersonen en € 77,00 voor studentleden. Secretariaat: Postbus 3080, 2130 KB Hoofddorp, tel: 023 - 799 7507, fax: 023 - 799 7706, e-mail: secretariaat@verenigingvoorauteursrecht.nl

Abonnementsprijs

€ 105,- per jaar, excl. BTW incl. verzendkosten. Studenten genieten 20% korting. Prijs losse nummers: € 17,50.

Nieuwe abonnementen

Een abonnement loopt per kalenderjaar. Reeds verschenen nummers worden nagestuurd.

Beëindiging abonnement

Abonnementen kunnen alleen schriftelijk, tot uiterlijk 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

Adreswijziging

Bij wijziging van tenaamstelling, e-mailadres en/of adres graag een bericht met de gewijzigde gegevens naar het secretariaat van de Vereniging voor Auteursrecht (secretariaat@verenigingvoorauteursrecht.nl) en naar service@delex.nl

Citeertitel

AMI 2015/2, ...
ISSN 0920-3745

Auteursrecht

Voor zover het maken van kopieën uit deze opgave is toegestaan op grond van artikelen 16h t/m 16m Auteurswet j^o Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3060, 2130 KB) of contact op te nemen met de uitgever voor het treffen van een rechtstreekse regeling in de zin van art. 16l, vijfde lid, Auteurswet.

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.



tijdschrift voor auteurs-,
media- en informatierecht

INHOUD



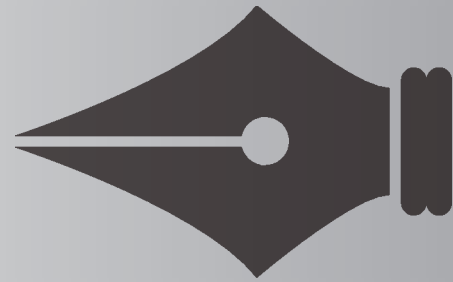
TEN GELEIDE

- 102 Copyright Reform: too little too slow!
M.R. de Zwaan
- 112 Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector
M.R.F. Sentleben, M. Kerk, M. Buiten, K. Heine & N. Lachman
- 120 Een uitgeversrecht voor pluriforme media
M.M.M. van Eechoud
- 125 Recht op eigen taart
D.J.G. Visser
- 131 JURISPRUDENTIE
Nr. 9 • Hof Amsterdam / 18 oktober 2016
ZIGGO en RODAP/LIRA
m.nt. J.J.C. Kabel
- 137 JURISPRUDENTIE
Nr. 10 • HvJ EU / 15 september 2016
McFadden
m.nt. P. Teunissen
- 141 RECHTSPRAAK IN HET KORT
- 147 ACTUALITEITEN
- 148 JAAROVERZICHT 2015 & 2016

Ten geleide

Marcel de Zwaan

Mr. M.R. de Zwaan is redacteur van dit blad en advocaat bij Bremer & De Zwaan



Copyright Reform: too little too slow!

Afgelopen najaar presenteerde de Europese Commissie haar plannen voor de verdere modernisering van het Europese auteursrecht. De “copyright reform” heeft sindsdien de spreekwoordelijke pennen flink in beroering gebracht.¹

Wie niets begrijpt van de discrepantie tussen de in ronkende bewoordingen tot uitdrukking gebrachte pretenties in Brusselse documenten om het Europese auteursrecht ‘digitale samenleving bestendig’ te maken en de realiteit van de voorstellen waarmee de Commissie vervolgens komt en die even willekeurig, summier als gefragmenteerd zijn, die vindt steun en troost, althans wijze woorden, in de onlangs gepubliceerde opinie van de European Copyright Society.² Deze opinie, afgegeven door wetenschappers die tot de top van de Europese auteursrechtgeleerden behoren, verdient het om zoveel mogelijk aandacht te krijgen.³ Ik licht een paar fundamentele kritiekpunten op de ontwerprijtlijn eruit.

Allereerst het onvoldoende rapportcijfer dat door de wetenschappers wordt uitgedeeld: Despite its ambitious overarching goal and key objectives, as stated (inter alia) in the preamble of the proposed DSM Directive, the Commission’s reform package does not seem to reflect an overall vision of the future of EU copyright law, and fails to deliver on its promise of wholesale copyright reform. Dat de Commissie niet ‘delivert’ komt tot uitdrukking in het ontbreken van de bezinning over en pogingen tot reparatie van de inherente onvolkomenheden bij de ontwikkeling van een omvattend en functionerend Europees auteursrecht. Zo signaleert de Society: The proposed Directive also avoids addressing the proper scope of the economic rights that were harmonized in the Information Society Directive of 2001. In recent decisions of the CJEU, the rights of reproduction, of communication to the public and of distribution have been interpreted in ways that have further complicated the acquis and have left commentators and stakeholders unhappy and confused. There is now an urgent need for legal certainty on these crucial notions and for the scope of these rights to be brought more closely in line with

economic and technological realities. Inderdaad unhappy and confused, zitten we nu met die soms onbegrijpelijke en moeilijk toepasbare uitspraken, terwijl wij vroeger nog konden gniffelen om de burens die leden onder de soms onnavolgbare arresten van het Europese Hof in het aanpalende merkenrecht. Niet alleen de ontbrekende oplossing van de moeilijkheden die zijn veroorzaakt door de uitspraken van het Hof is een fundamenteel punt van kritiek, een minstens even verstrekkende als terechte aanklacht tegen de tekortschietende voorstellen is ook het nalaten van een algehele herziening of codificatie van het Europese auteursrecht. The current copyright acquis already comprises no fewer than ten directives. These directives paint a fragmented picture of copyright law in the EU, with different and sometimes contradictory provisions. Instead of a revision of the existing framework that could have taken the form of a comprehensive revision or codification of the existing legislation, the Commission has chosen to propose two additional directives and two new regulations. Een derde en laatste fundamenteel kritiekpunt dat hier verdient om herhaald te worden, is het niet oplossen van de disharmonisatie door de onzalige introductie in de Infosoc richtlijn 2001 van de optelling van alle in de EU aanwezige wettelijke beperkingen en deze als optionele beperkingen aan te bieden aan de lidstaten ter implementatie naar keuze. De Commissie komt in het huidige voorstel wel met enkele verplicht te implementeren beperkingen, doet alsof zij daarmee de moeilijkheden oplost, maar laat zonder verklaring na waarom de verplichtstelling van tal van voor de informatievrijheid fundamentele excepties niet verplicht worden voorgeschreven. The introduction of mandatory exceptions would also, clearly, contribute to the Digital Single Market for creative content that the Commission has set as its ultimate goal. At the same time, the Commission’s shift towards mandatory exceptions raises the

¹ Zie onder meer M.R.F. Senftleben, ‘Copyright Reform, GS Media and Innovation Climate in the EU – Euphonious Chord or Dissonant Cacophony?’, AMI 2016/5, p. 130 en J.R. Spauwen, ‘Copyright Reform: Richtlijnvoorstel inzake auteursrechten in de Digital Singel Market’, AMI 2016/5, p. 126.

² <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/>

[ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf](#)

³ The European Copyright Society is in 2012 opgericht door Professor Lionel Bently (University of Cambridge (U.K.)), Professor Séverine Dusollier (University of Namur), Professor Reto M. Hilty (Max Planck Institute for Innovation and Competition, München), Professor Bernt Hugenholtz (UvA) en Christophe Geiger (University of Strasbourg).

question why many other exceptions that equally deserve universal implementation across the EU, such as those for the purposes of quotation and criticism, parody and personal use, should remain optional. The introduction of only a handful of mandatory exceptions, while the extensive ‘shopping list’ of art. 5(2) and (3) of the Information Society Directive is left intact, will do little for the Digital Single Market.

De gerenommeerde wetenschappers van de European Copyright Society weten natuurlijk ook dat de Unie geen laboratorium of studeerkamer is en dat wij het moeten doen met de voorstellen van de Commissie, hoe pretentius en gebrekkig we ze ook mogen vinden. Wij laten ons daarbij niet uit het veld slaan en besteden in dit nummer met verdubbelde inzet – het betreft zowel een dubbel- als een themanummer – en in een geheel vernieuwde vormgeving door grafisch ontwerper Mart. Warmerdam, aandacht aan de ontwerprichtlijn.

De focus is in dit dubbelnummer gericht op één specifiek onderdeel van de plannen van de Europese Commissie: het naburig recht voor uitgevers van perspublicaties. Artikel 11 van de ontwerp Richtlijn Auteursrechten in de Digitale Eengemaakte Markt (“DSM (Digital Single Market)-Richtlijn”)⁴ luidt als volgt:

Artikel 11 – Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen

1. De lidstaten verlenen uitgevers van perspublicaties de in artikel 2 en artikel 3, lid 2, van Richtlijn 2001/29/EG bedoelde rechten voor het digitale gebruik van hun perspublicaties.
2. De in lid 1 bedoelde rechten doen niet af en zijn op geenlei wijze van invloed op rechten waarin de wetgeving van de Unie voorziet voor auteurs en andere rechthebbenden ten aanzien van werken en andere materialen die in een perspublicatie zijn opgenomen. Deze rechten kunnen niet worden tegengeworpen aan deze auteurs en andere rechthebbenden en kunnen hen in het bijzonder niet het recht ontnemen om hun werken en andere materialen te exploiteren onafhankelijk van de perspublicatie waarin zij zijn opgenomen.
3. De artikelen 5 tot en met 8 van Richtlijn 2001/29/EG en Richtlijn 2012/28/EU zijn van overeenkomstige toepassing op de in lid 1 bedoelde rechten.
4. De in lid 1 bedoelde rechten vervallen 20 jaar na het verschijnen van de perspublicatie. Deze termijn wordt berekend vanaf de eerste dag van januari van het jaar volgend op de datum van publicatie.

Dit voorgenomen exclusieve recht verleent uitgevers van “perspublicaties” een naburig recht met een duur van 20 jaar voor wat betreft het digitale gebruik van die publicaties. Het is tot stand gekomen na een (korte) publieke consultatie,

waarbij uitgevers (onder meer) hadden aangegeven problemen te ervaren bij online licentieverlening.⁵ De Copyright Society dacht er het hare van en signaleert de onaanvaardbaarheid van een ontbrekende wetenschappelijk onderbouwde basis voor de introductie van dit nieuwe recht: While the Commission’s proposals generally conform to the – now standard – legislative procedure of consultation, impact assessment and proposed legislation, we are disappointed to see that the proposals are not grounded in any solid scientific (in particular, economic) evidence. This is the case, in particular, for the proposed neighbouring right for news publishers, which was not included in the general consultation round of 2014-2015, but became the subject of a separate – rather hasty – consultation process in 2016. Given that the proposal would lead to a completely new type of intellectual property right with obvious impact on the digital single market, we find it hard to comprehend why the Commission has elected not to engage in, or commission, any scientific studies on the economic rationale and possible impact of such a new right.

Het zal u niet verbazen dat de Copyright Society niet alleen over het ontbreken van een wetenschappelijke onderbouwing, maar ook kritisch is over het voorgestelde recht zelf wanneer zij concludeert: In sum, we believe the proposed measure will not in any way benefit the newspaper industry and will detract from other potentially more effective ways of promoting high-quality newspaper journalism and newspaper publishing, such as tax privileges. In aanvulling daarop signaleer ik de in het voorstel en haar toelichting ontbrekende aandacht en remedie voor de bedrijfstak in de nieuwsgaring, die al vele jaren in zwaar weer verkeert, te weten de persbureaus. Zij delven de grondstoffen en vervaardigen de halffabricaten (de nieuwsfeiten en de nieuwsberichten in woord en beeld) die vanwege hun nieuwswaarde en hun bondigheid, in de digitale samenleving de meest aantrekkelijke en meest eenvoudige ‘overnameprooi’ zijn.

In dit thema- en dubbelnummer AMI 2016-6/2017-1 vindt u drie bijdragen waarin dit artikel uit de ontwerp DSM-Richtlijn eveneens met de nodige kritische aandacht wordt besproken. Elk van die bijdragen belicht de materie vanuit een andere invalshoek. Martin Senftleben et al. concluderen op basis van een economische benadering dat de nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector niet nopen tot een nieuw naburig recht; Mireille van Eechoud is kritisch over de verhouding met de vrijheid van meningsuiting en Dirk Visser vraagt zich af of het voorgestelde naburige recht uitgevers wel iets oplevert. De ontwerp DSM-Richtlijn wordt “begin 2017”^[6] besproken door het Europees Parlement en de Raad. Gezien de overwegend kritische ontvangst van het voorstel zal de Europese wetgever wellicht nog eens bij zichzelf te rade gaan alvorens artikel 11 DSM-Richtlijn ongewijzigd te handhaven.

4 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake Auteursrechten in de Digitale Eengemaakte Markt, COM (2016) 593 def.

5 http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/

2016-37/synopsis_report_-_publishers_-_final_17048.pdf

6 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/modernisation-eu-copyright-rules>

Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?

Martin Senftleben^a, Maximilian Kerk^b, Miriam Buiten^c, Klaus Heine^d, Nandenie Lachman^e

Europese Commissie stelt voor om persuitgevers een eigen naburig recht voor het digitale gebruik van hun publicaties toe te kennen.¹ Maar hoe verhoudt een potentieel nieuw naburig recht voor persuitgevers zich tot nieuwe businessmodellen? Zou de introductie van een nieuw recht de overstap naar nieuwe businessmodellen kunnen bevorderen? Zo ja, dan valt niet in te zien waarom dit recht niet ook aan andere uitgevers zou moeten toekomen. Zo niet, dan rijst de vraag of het voorgestelde nieuwe recht wel een goed idee is.

De volgende bespreking geeft antwoord op deze vragen. Op basis van een economische analyse van centrale kenmerken van nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector wordt duidelijk in welke beschermingsbehoeften moderne auteursrechtelijke wetgeving op het terrein van uitgeversrechten dient te voorzien. Uit de bespreking zal blijken dat een nieuw naburig recht nauwelijks in staat is om de transitie naar nieuwe businessmodellen te bevorderen.

Inleiding

In de digitale omgeving voeren zoekmachines en content aggregators steeds meer functies uit die te maken hebben met het verstrekken van gegevens en informatie. Deze spelers hebben met specifieke technische expertise een sterke marktpositie verworven. Om deze concurrentie het hoofd te bieden, zijn uitgevers genoodzaakt nieuwe businessmodellen te ontwikkelen.² Het concurrentievoordeel dat voor uitgevers te behalen valt, ligt in het gebruik van hun bijzondere inhoudelijke expertise. Uitgevers behoren tot de groep van dienstverleners die nieuws, feiten en andere bronnen van kennis kunnen integreren in een complex informatieproduct dat voor lezers toegevoegde waarde heeft. Het bundelen en verrijken van informatie en data was eeuwen lang de functie van een uitgever.

Met betrekking tot nieuwe businessmodellen rijst de vraag of exclusieve rechten op individuele literaire en artistieke werken, zoals het voorgestelde nieuwe naburige recht voor persuitgevers,³ nog steeds kan worden beschouwd als een onmisbare stimulans voor het aanmoedigen van de daarvoor

nodige investeringen. Zoals uit de volgende economische analyse zal blijken, zijn nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector niet primair gebaseerd op de commercialisering van individuele werken, maar op de exploitatie van complexe informatieproducten die diverse informatiebronnen onderling verbinden en daardoor toegevoegde waarde creëren.

Schaalvoordelen en netwerkeffecten

Net als andere industrieën streeft de uitgeverij naar het creëren van waarde en het genereren van inkomen. In grote lijnen betekent het 'creëren van waarde' dat een klant een product of dienst herkent als een tussenproduct of als een goed voor consumptie. Men kan denken aan een wetenschappelijk artikel dat waardevolle informatie bevat voor het verbeteren van een machine, lesmateriaal voor scholen of een roman die een spannende leeservaring biedt. Een uitgever die op zoek is naar het creëren van waarde voor een klant zal dus dergelijke waardevolle producten of diensten moeten kunnen identificeren en ontwikkelen. Hierdoor zal de klant de waarde inzien en het product of dienst herkennen.

a Martin Senftleben is hoogleraar Intellectuele eigendom aan de Vrije Universiteit Amsterdam, advocaat te Den Haag en redacteur van dit blad.
 b Maximilian Kerk is promovendus aan het Rotterdam Institute of Law and Economics aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.
 c Miriam Buiten is promovenda aan het Rotterdam Institute of Law and Economics aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.
 d Klaus Heine is hoogleraar Rechtseconomie en Jean Monnet Chair of Economic Analysis of European Law aan de Erasmus Universiteit

Rotterdam.

e Nandenie Lachman is afgestudeerd in het Internet-, IE- en ICT-recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Europese Commissie, 14 september 2016, *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt*, Doc. COM(2016) 593 final, artikel 11 lid 1.

2 Zie in dit opzicht ook de bijdragen van Van Eechoud en Visser elders in dit nummer.

3 Europese Commissie, supra noot 1, artikel 11 lid 1.

Niettemin kan het creëren van waarde ook in enge zin worden opgevat. Vanuit het perspectief van de uitgever kan het simpelweg het creëren van winst betekenen, die de uitgever in staat stelt aandeelhouders en kredietgevers als investeerders aan te trekken. Om winst te maken moet een uitgever in staat zijn om controle te krijgen over de marktomstandigheden. Dit kan een uitgever bewerkstelligen door een uniek product of een unieke dienst te ontwikkelen die toegevoegde waarde creëert voor de klant. Dit zal de uitgever in staat stellen om goederen of diensten boven zijn productiekosten te verkopen.⁴ De winst kan ook het gevolg zijn van het strategisch gebruik van kennis over de technologische randvoorwaarden van de uitgeverij. Zo kan een uitgever die erin slaagt om de kosten voor het publiceren laag te houden, winst genereren.

Succesvolle uitgevers zijn zowel ondernemers die waardevolle producten voor klanten voortbrengen als managers die de kosten laag houden. Het is de moeite waard om na te denken over het aspect van kostenreductie tegen de achtergrond van de technologische ontwrichting die voortvloeit uit de digitale revolutie.⁵ Het laag houden van de kosten heeft in grote lijnen te maken met de notie van zogenaamde 'subadditieve kostenfuncties'. Sub-additiviteit betekent dat kostenvoordelen het gevolg zijn van een groter markt-aandeel, grotere output, grotere synergie door middel van verschillende marketingactiviteiten of een complementair productportfolio.⁶ In dit verband heeft een belangrijke verschuiving plaatsgevonden als gevolg van de opkomst van digitale technologie. Terwijl de aanbodzijde een centrale plaats inneemt in de analoge wereld, heeft de digitale omgeving de vraagzijde in beeld gebracht.

Het pre-digitale tijdperk: Focus op de aanbodzijde

In het pre-digitale tijdperk van de uitgeverij werd het maken van winst via kostenbesparingen vooral bepaald door schaalvoordelen: hoe groter de uitvoer van een printopdracht, hoe goedkoper de kosten per eenheid. Daarom geldt bij een printopdracht dat hoe beter een uitgever de massaverkoop kan berekenen, des te goedkoper de productie op de drukpers en des te hoger de winst is. Daarom is het van doorslaggevend belang dat de uitgever voldoende expertise heeft om te bepalen voor welke auteurs en/of producten het rendabel is om een grote oplage te hebben. De relatie tussen de uitgever en de drukker bepaalde voorheen de productie-

kosten en winstmarge. Tegen deze achtergrond komt het niet als een verrassing dat kranten vaak hun eigen drukmachines hadden waardoor zij konden bezuinigen op de productiekosten. Vanwege deze eigendomsstructuur en de schaalvoordelen bij het productieproces, was de dreiging van nieuwe toetreders in het pre-digitale tijdperk relatief klein.

Met betrekking tot drukwerk, zoals kranten, boeken, educatief materiaal, wetenschappelijke tijdschriften etc. is de volgende strategische kwestie in het verleden een terugkerend probleem geweest: de uitgever bepaalt op basis van zijn expertise welke producten (auteurs) op de markt verkocht kunnen worden. Tevens bepaalt de uitgever op basis van zijn deskundigheid over de oplage van boeken. De beslissing omtrent de oplage is niet alleen risicovol, maar ook bepalend voor de mogelijke winstmarge die door middel van schaalvoordelen bij de drukpers kan worden gerealiseerd. Als gevolg hiervan ontstonden in het pre-digitale tijdperk veel problemen bij de selectieprocedure van auteurs en producten, alsmede bij de daarop afgestemde contractuele relatie met de drukker. Om dit contractuele probleem met drukkers op te lossen werden uitgevers – met name kranten – vaak zelf eigenaar van drukmachines.

Op een abstracter analytisch niveau zou men kunnen zeggen dat de businessmodellen van de uitgeverijsector in het pre-digitale tijdperk voornamelijk door de aanbodzijde werden gestuurd. De focus op de aanbodzijde was een voorwaarde voor het creëren van waarde voor klanten en het genereren van duurzame winstmarges.

Het digitale tijdperk: Focus op de vraagzijde

Na de digitalisering werd de noodzaak van het selecteren van auteurs en de verlaging van de drukkosten minder cruciaal. De subadditiviteit van de kosten in de uitgeverij rust niet langer op de hardcopy drukker. Deze verschuiving is vooral het gevolg van twee ontwikkelingen.

Aan de ene kant zijn gedurende het afgelopen decennium nieuwe printtechnologieën beschikbaar geworden, in het bijzonder het drukken op aanvraag (*printing on demand*). Dit betekent dat een boek niet wordt afgedrukt totdat de uitgever een opdracht van een klant ontvangt. Bij drukken op aanvraag kunnen kleine oplages worden afgedrukt tegen redelijke kosten. Drukken op aanvraag is mogelijk door nieuwe

5 Ten behoeve van de volgende analyse kan een ontwrichtende innovatie worden beschouwd als een innovatie die producten creëert die 'aanzienlijk goedkoper, eenvoudiger, kleiner en vaak handiger in gebruik zijn.' Zie Christensen, C. (1997). *The Innovator's Dilemma*. Harvard Business School Press, Boston, xv; Danneels, E. (2006). Dialogue on the Effects of Disruptive Technology on Firms and Industries. *Journal of Product Innovation Management* 23 (1), 2–4; Walsh S.T., B.A. Kirchoff, and S. Newbert (2002). Differentiating market strategies for disruptive technologies. *IEEE Transactions on Engineering Management* 49 (4), 341–351; Christensen, C. M. and Bower, J. L. (1995). Disruptive technologies: catching the wave. *Harvard Business Review* 73 (1), 43–53; Yu, D. and Hang, C. C. (2010). A Reflective Review of Disruptive Innovation Theory. *International Journal of Management Reviews* 12 (4), 435–452. Een technologie wordt alleen geacht ontwrichtend te zijn indien deze

een zeer groot deel van de markt veroverd. Zie Govindarajan, V. and Kopalle, P. K. (2006). The Usefulness of Measuring Disruptiveness of Innovations Ex Post in Making Ex Ante Predictions. *Journal of Product Innovation Management* 23 (1), 12–18; Slater, S. F. and Mohr, J. J. (2006). Successful Development and Commercialization of Technological Innovation: Insights Based on Strategy Type. *Journal of Product Innovation Management* 23 (1), 26–33. In de praktijk is een nieuwe technologie daarom op zichzelf vaak niet ontwrichtend. Deze wordt pas ontwrichtend wanneer een manier wordt gevonden om de technologie op grote schaal beschikbaar te stellen tegen lage kosten. 6 Voor een overzicht zie Joskow, P. (2007). Regulation of Natural Monopoly. In A.M. Polinsky and S. Shavell (Eds.) *Handbook of Law and Economics*, Volume 2, 1227–1348. North Holland, Amsterdam.

digitale printtechnologie die de kosten per eenheid van de boekdrukkunst aanzienlijk heeft verminderd. Offsetdruk impliceert grote schaalvoordelen, maar digitaal printen zorgt ervoor dat boeken worden afgedrukt tegen lage kosten in kleine hoeveelheden. Dit heeft ertoe geleid dat de subadditiviteit van de kosten minder belangrijk is geworden: in plaats van de vraag of een boek wel of niet wordt gepubliceerd, is nu de relevante vraag of het boek offset of digitaal wordt geprint. Dit is afhankelijk van het aantal kopieën dat men verwacht te verkopen. Gezien de schaalvoordelen die betrokken zijn bij offset drukwerk, is offset voordeliger voor grote hoeveelheden. Het verschil is dat boeken die in het pre-digitale tijdperk vanwege de hoge drukkosten niet zouden zijn gepubliceerd, nu winstgevend kunnen zijn als ze op aanvraag worden afgedrukt.

Naast het verlagen van de minimale oplage waarvoor het afdrukken van een boek nog winstgevend is, zorgt drukken op aanvraag ook voor lage opslagkosten voor boekhandels en voorkomt het de verspilling van onverkochte voorraad. Met het verlagen van de kosten en risico's van het publiceren van een boek en het elimineren van de speculatieve voorraad heeft drukken op aanvraag het traditionele uitgeverijmodel dat bestond uit de boekdrukkunst en verkoopinspanningen fundamenteel veranderd.⁷

~~Aan de andere kant~~ heeft de digitale technologie geleid tot een omgeving waar de inhoud alleen wordt gedistribueerd in digitale vorm. In dit geval is de drukker overbodig geworden. De afgenomen focus op de aanbodzijde is dus niet alleen het gevolg van nieuwe printtechnologie, die de winstgevende commercialisering van boeken voor een klein publiek mogelijk maakt, maar ook van de veranderde relatie met de drukker, die niet langer centraal hoeft te staan.

Beide ontwikkelingen zorgen ervoor dat de uitgever minder gebonden is aan de *drukpers*, maar nog meer gebonden is aan de tijdige beschikbaarstelling van verschillende inhoud. Over het algemeen kan men zeggen dat de schaalvoordelen bij de uitgeverij nu te vinden zijn in het gebruik van digitale *content platforms*. Hier vindt de winning van winst plaats met behulp van één platform met een breed scala aan inhoud die waarde creëert voor de specifieke gebruikersgemeenschap. In plaats van het concentreren op de factoren aan de aanbodzijde, staat de vraagzijde centraal in de ondernemingsbeslissingen van een uitgever. Welke inhoud voegt waarde toe voor de platformgebruikers? Wat verhoogt de aantrekkelijkheid van het platform als geheel? Welk platformfunctionaliteit is van bijzonder belang voor de doelgroep?

Zodra de initiële investering in de creatie van een digitaal platform is gemaakt, zijn de kosten van het toevoegen van individuele onderdelen - boeken, artikelen, nieuws etc. - vaak te verwaarlozen. De beperkingen bekend uit het analoge ver-

leden – in termen van de magazijn- en boekenplankcapaciteit – zijn niet langer van toepassing in de digitale omgeving. Het kan waardevol zijn om niche publicaties in de digitale voorraad op te nemen, zolang aanvullende informatie en supplementen in het informatiespectrum op het platform worden weergegeven. Het nut en de winstgevendheid van een digitaal informatieplatform zal waarschijnlijk hoger zijn naarmate meer informatie op een gebruiksvriendelijke en gestructureerde manier beschikbaar wordt gesteld. Vandaar dat content aggregatie en de ontwikkeling van een geschikte infrastructuur voor het platform essentieel zijn geworden.

Meer concreet, de verschuiving naar distributie op basis van platforms van geaggregeerde inhoud van de database betekent dat uitgevers een netwerk kunnen beheren dat aantrekkelijk is voor de inzender (auteurs) en klanten. De database genereert winst als het, enerzijds, leveranciers aantrekt omdat het gegevensbestand reeds een groot klantenbestand heeft en anderzijds klanten aantrekt vanwege het grote aantal leveranciers. Het is een zelfversterkend proces waarin een database steeds aantrekkelijker en groter wordt, en daarmee bovendien goedkoper in beheer. Men kan spreken van een netwerkeffect: het wordt aantrekkelijk om bij een netwerk aan te sluiten omdat anderen al bij het netwerk zijn aangesloten.⁸

De inhoud van een distributieplatform kan vele vormen aannemen. Door tijdschriftartikelen en boeken op te nemen met een bijzondere nadruk op de informatiebehoefte van een specifieke gebruikersgemeenschap, kunnen uitgevers bijvoorbeeld toegevoegde waarde creëren voor professionals. Het platform biedt hun de gelegenheid om hun prestaties te verbeteren met behulp van de zoekfunctie en kruisverwijzingen tussen de diverse informatiebronnen die ter beschikking worden gesteld op het platform. Tegelijkertijd kan het platform dienen als een brandpunt van de communicatie met en tussen professionals in een bepaalde sector. Ook dient het als een *informatie forum* waar advertenties voor producten en diensten worden gecombineerd met de aankondiging van nieuws, evenementen en de bespreking van de wijzigingen in de regelgeving.

De creatie van platforms geeft uitgevers de mogelijkheid en ruimte om actief te participeren in de oprichting en verdere ontwikkeling van de informatieverstrekking aan hun klanten. Blogs en inhoudelijke beoordelingen kunnen nuttige hulpmiddelen zijn om feedback te krijgen voor de verdere aanpassing voor het aanbieden van informatie. In het onderwijs en de academische sector kunnen scholen studiemateriaal aanbieden dat veel verder gaat dan het vaste educatieve kader. Zodra educatieve inhoud wordt aangeboden in digitale vorm, kan het de vorm van een interactief platform krijgen waarbij leerlingen en studenten worden betrokken bij de verdere ontwikkeling van de inhoud van het platform.

7 Gallagher, K. (2014). Print-on-Demand: New Models and Value Creation. *Publishing Research Quarterly* 30 (2), 244-248.

8 Farrell, J. and Klemperer, P. (2007). Coordination and lock-in: Competi-

tion with switching costs and network effects. In M. Armstrong and R.H. Porter (Eds.) *Handbook of industrial organization*, Volume 3, 1967-2072 (1974-1976). North Holland, Amsterdam.

Op een platform met digitale inhoud kunnen gegevens over het individuele gebruikerspatroon van klanten worden verzameld. Gedurende de dag kunnen nieuws- en entertainmentberichten worden afgestemd op de inhoudelijke voorkeuren van de lezers. Door middel van het beoordelen van evenementen, kan het potentiële publiek geïnformeerd worden over de ervaringen met eerdere optredens.

Voor een winstgevend businessmodel voor digitale inhoud in de uitgeverijsector is het dus van doorslaggevend belang om een strategie te bedenken die het beschreven zelfversterkend proces te weeg brengt. Hierdoor ontstaat een groeiend netwerk en kan de uitgever zijn investering in de oprichting en onderhoud van het platform terugverdienen. Een content platform met een sterk netwerkeffect biedt de uitgever de mogelijkheid om winst te maken.

Zoals reeds eerder aangegeven, wordt de vraagzijde in deze context belangrijker. Het is onmisbaar voor de groei van een netwerk om zowel klanten als content leveranciers aan te trekken. Deze twee partijen krijgen een steeds groter wordende onderhandelingspositie, hetgeen de uitgever uitdaagt om een soort wedstrijd tussen de twee partijen te creëren. Daarom is het niet meer de succesvolle preselectie van de auteurs en slim onderhandelen met drukkers die de winst garandeert, maar de uitvinding van een succesvolle bedrijfsstrategie om te komen tot een platform dat een netwerkeffect genereert.⁹

Nieuwe businessmodellen

De beschreven ontwrichtende effecten van innovatie in de informatie- en druktechnologie hebben een aanzienlijke invloed gehad op de uitgeverwereld. Wat voorheen van cruciaal belang was, is nu grotendeels achterhaald. Dit brengt met zich mee dat uitgevers soms nieuwe immateriële activa moeten ontwikkelen. Dit is onderdeel van een proces dat Joseph Schumpeter, in 1942, beschreef als 'creatieve destructie'.¹⁰ In plaats van de traditionele afhankelijkheid van een bepaald distributiekanaal trachten uitgevers vandaag de dag gemeenschappen rondom informatieplatforms te creëren. Het is essentieel om de consument content met toegevoegde waarde aan te bieden, die verschilt van de beschikbare gratis informatie.¹¹ In deze context kunnen de aggregatie van content, het creëren van een gemeenschap, maatwerk en het opnemen van door gebruikers gegenereerde content gezien worden als een kansrijke strategie. De taak van de uitgever kan zijn een 360° businessmodel aan te bieden, en de consument langs alle beschikbare informatie te leiden die van bijzonder belang kan zijn voor de betrokken gemeenschap van lezers. Bovendien zullen sterke merken waarschijnlijk blijven bestaan, ook in het digitale tijdperk.

Platforms

Een platform kan worden gedefinieerd als een integrerend hulpmiddel dat meerdere bronnen van informatie ordent en samenbrengt tot één toegangspunt voor de gebruiker. Op het platform vindt communicatie over en weer plaats tussen de verschillende informatiebronnen en ontstaat er een positieve terugkoppeling. Hiermee creëert het platform waarde voor zowel de consument als voor de aanbieder van de content.¹² Een platform kan een gebruiker toegang geven tot informatie in diverse vormen, vanuit verschillende bronnen en auteurs. Op deze manier biedt het platform de gebruiker niet slechts de informatie zelf, maar een extra toegevoegde waarde door het faciliteren van toegang tot de inhoud en door het overzichtelijk ordenen van informatie voor de gebruiker.¹³ Tegen deze achtergrond zijn platforms zeer belangrijk geworden in verschillende segmenten van de uitgeverijmarkt als een middel om toegevoegde waarde te leveren aan de lezers.

Een prominent voorbeeld is de educatieve uitgeverij waarin uitgevers zich hebben getransformeerd van een eenvoudige provider tot een begeleider van het leerproces. De traditionele aanpak in de educatieve uitgeverij sector was om een leerplan te op te stellen en vervolgens boeken, werkboeken en andere materialen te verkopen aan scholen. Door de sterk veranderende markt is de taak van de educatieve uitgeverij veranderd. Voorheen hield de educatieve uitgever zich bezig met de creatie van de inhoud en tegenwoordig met het oprichten van een online-platform dat als basis dient voor diverse leermiddelen en materialen. In deze context is de interactie van de leerlingen met het platform niet alleen waardevol voor de leerlingen, maar ook voor de uitgever die hierdoor de specifieke behoeften van de leerlingen leert kennen. Dit biedt de uitgever de gelegenheid om het leerplatform voortdurend te verbeteren en toe te spitsen op de gebruiker. Leraren dragen hier ook aan bij door de inhoud van de leerstof mede te ontwikkelen. Deze trend weerspiegelt de toegenomen vraag van scholen naar aangepaste leermiddelen, die voortvloeit uit de wens om het onderwijs te verzorgen toegesneden op het individuele kind. Dit betekent dat voor de uitgevers het interactieve platform infrastructuur als geheel het belangrijkste is, en niet de individuele inhoudelijke onderdelen.

Desalniettemin blijft de kwaliteit van de inhoud van groot belang. Gedurende de laatste jaren is er een aanzienlijke stijging te zien van open onderwijsmiddelen en initiatieven waarbij de content door gebruikers wordt gegenereerd, zoals Khan Academy, Listr, Edmodo, Wikiwijsleermiddelenplein en LessonUp.¹⁴ Een groot deel van de inhoud is gratis beschikbaar voor scholen, of tegen lagere kosten dan het les-

9 Jackson, M.O., B.W. Rogers, and Y. Zenou (2016). The economic consequences of social network structure. Forthcoming in the *Journal of Economic Literature*.

10 Schumpeter, J.A. (1942) [1994]. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Routledge, London.

11 Wernerfelt, B. (1984). A Resource-based View of the Firm. *Strategic Management Journal* 5 (2), 171-180.

12 Evans, D.S. and Schmalensee, R. (2007). The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. *Competition Policy International* 3 (1), 151-179.

13 Kogut, B. and Zander, U. (1992). Knowledge of the firm, combinative capabilities, and the replication of technology. *Organization Science* 3 (3), 383-397.

materiaal afkomstig van de educatieve uitgevers. Echter, voor een lesmethode is meer nodig dan alleen een verzameling van inhoud die op interactieve wijze beschikbaar is. Bij het aanbieden van content aan scholen moeten educatieve uitgevers rekening houden met het feit dat bepaalde onderwerpen van het onderwijs in een logische volgorde onderwezen moeten worden. Daarnaast moet het leerproces onderwezen kunnen worden in de beschikbare tijd voor het vak zodat bepaalde, vooraf vastgelegde leerdoelen worden bereikt.¹⁵ In een notendop komt het erop neer dat educatieve uitgevers nog steeds een belangrijke taak hebben. In het bijzonder speelt het vinden van een juiste balans tussen leerprocessen, leermiddelen en leersystemen een centrale rol.

Het maken van de sprong van een traditionele uitgever van educatief lesmateriaal naar een platform provider is echter niet gemakkelijk. Vooral voor kleine spelers vormen de opstartkosten die betrokken zijn bij het draaiende houden van een platform een uitdaging. Ook is er technisch personeel nodig zoals een software-ontwerper die vervolgens geïntegreerd moet worden in de bedrijfscultuur van een uitgever. Uiteindelijk is het in toenemende mate van belang voor educatieve uitgevers om een uitgebreid netwerk en een sterk merk te hebben. Dit maakt dat grote spelers een aanzienlijke kans van slagen ten opzichte van de kleine educatieve uitgevers, die zich daarom mogelijk beter kunnen richten op een nichemarkt.

Een gelijkaardige ontwikkeling heeft plaatsgevonden in het wetenschappelijke publicatiesegment. De verschuiving van de rol van de uitgever kan hier zelfs nog meer 'radicaal' worden beschouwd dan in de educatieve sector. De ontwrichtende ontwikkelingen in de informatietechnologie creëerden de noodzaak voor wetenschappelijke uitgevers om zich te transformeren tot dienstverleners van kennismanagement voor wetenschappers en universiteiten. Voorheen hadden wetenschappelijke uitgevers de taak om het distributiekanaal van wetenschappelijke informatie draaiende te houden. De digitalisering heeft ervoor gezorgd dat wetenschappers voortaan zelf hun artikelen via het internet verspreiden. De overbelasting en overvloed van wetenschappelijke informatie vormde voor wetenschappers een knelpunt. Hierdoor werd de voornaamste taak van de wetenschappelijke uitgever om informatie te structureren en zoekkosten te verminderen. Om dit te bewerkstelligen hebben de meeste wetenschappelijke uitgevers een platform opgericht voor hun lezers dat hen helpt om door het aanbod van wetenschappelijke informatie te navigeren. Voorbeelden hiervan zijn Kluwer's 'Navigator' of Springer's 'SpringerLink', die beide zijn voorzien van een aantal geavanceerde zoekfuncties om gebruikers snel te helpen vinden wat ze zoeken.

Platforms zijn ook steeds belangrijker geworden in het

nieuwssegment. De Persgroep heeft zijn nieuwsplatform 'Topics' gelanceerd, waarop abonnees van een van de kranten van De Persgroep gratis artikelen uit andere titels kunnen lezen. Topics stelt alle artikelen uit de verschillende kranten en tijdschriften uitgegeven door De Persgroep beschikbaar. Een slim computeralgoritme groepeerde de artikelen naar de voorkeuren van de gebruiker. Elke gebruiker krijgt dus een andere selectie van artikelen te zien. Hiermee is Topics een gepersonaliseerd magazine dat aan de vraag naar maatwerk voldoet. Het belangrijkste kenmerk van Topics is om de beschikbare informatie te sorteren en daaruit een relevante selectie te maken voor de consument. Tegelijkertijd biedt een initiatief als Topics meerwaarde aan de abonnees ten opzichte van de krant of het tijdschrift waartoe ze voorheen toegang hadden. Op deze wijze kan een platform de uitgever in staat stellen om een voldoende aantal abonnees aan zich te binden. Topics kan als voorbeeld dienen voor het creëren van een platform in het nieuws segment.

Al deze voorbeelden illustreren dat niet alleen de inhoud zelf, maar ook de wijze waarop het wordt aangeboden de sleutel tot een succesvol businessmodel vormt in de huidige uitgeverijbranche. In diverse segmenten van de uitgeverij hebben uitgevers nu de rol aangenomen van aanbieders van een platform, met een toenemende nadruk op de compilatie en het beheer van de inhoud. Platforms, alsmede de functionaliteit en infrastructuur ervan, zijn een belangrijke troef voor uitgevers geworden die hen kansen biedt voor de ontwikkeling van nieuwe businessmodellen.

Platforms zijn bijzonder relevant in de segmenten waar de lezers kunnen worden geconfronteerd met een overvloed aan informatie of waar het essentieel is dat de informatie kan worden vertrouwd, zoals de educatieve en wetenschappelijke segmenten. Platforms kunnen ook interessant zijn voor lezers die geïnteresseerd zijn in bepaalde informatie of inhoud die ze niet direct kunnen vinden. Spotify, bijvoorbeeld, genereert muzieksuggesties voor luisteraars op basis van geregistreerde muziekkeuzes. Het is onwaarschijnlijk dat de luisteraars alle suggesties zelf zouden kunnen vinden. Eén van de diensten van Spotify is dus om gebruikers te helpen met het vinden van muziek die ze willen beluisteren. Dit concept lijkt ook in het tijdschriftsegment relevant. Blendle en Topics laten bijvoorbeeld zien dat lezers die geïnteresseerd zijn in een breed scala aan onderwerpen in plaats van een specifieke krant, de voorkeur geven aan één toegangspunt om de relevante artikelen te selecteren uit verschillende beschikbare informatiebronnen. Het voordeel is dat bij deze platformen de consument centraal staat en de artikelen op basis van zijn nieuwsbehoefte worden geselecteerd. Zo zal Topics ook lokale informatie aanbieden, zodat de lezer de mogelijkheid heeft om lokaal nieuws te lezen naast het nationale of sport nieuws aangeboden in de nationale krant.¹⁶

14 Frank watching, Emiel Ubink (2016). Gaat open content onze lesmethodes vervangen?, verkrijgbaar op <<http://www.frankwatching.com/archive/2016/01/04/gaat-open-content-onze-lesmethodes-vervangen/>>.

15 Frank watching, ibid.

16 De Volkskrant, Stan Putman (2016b). Abonnees Persgroepkranten krijgen toegang tot alle titels, verkrijgbaar op <<http://www.volkskrant.nl/economie/abonnees-persgroepkranten-krijgen-toegang-tot-alle-titels~a4235408/>>.

Spotify

Ook in de academische, educatieve en professionele tijdschriftensectoren zijn er kansen voor de succesvolle invoering van platformdiensten. Kluwer “Navigator”, bijvoorbeeld, biedt één toegangspunt voor juridische professionals naar juridische tijdschriftartikelen, uitspraken en commentaren. Ten slotte zou in het segment van boekuitgeverijen, voor de marketing, verkoop en levering van E-books een gezamenlijk platform van uitgevers kunnen worden opgericht. In Duitsland hebben bijvoorbeeld de drie grootste boekhandelaren – Thalia, Weltbild en Bertelsmann – een dergelijk platform opgericht rond hun gemeenschappelijke e-reader “Tolino”. In dit geval heeft het platform de functie van een traditionele boekhandel. Samenvattend lijkt de sleutel tot succes van een platform erin te liggen om de beschikbare informatie overzichtelijk te ordenen en op een snelle en begrijpelijke manier aan de klant te presenteren. Daarbij kan gedacht worden aan een koppeling tussen het platform van een uitgever en andere platforms (reisbureaus, bankwezen of retail), die de lezers doorverwijzen naar gepersonaliseerde producten en diensten die zij nuttig vinden.

Communities

In het analoge verleden had het distributiekanaal een prominente rol in het businessmodel van een uitgever. Tegenwoordig is het opbouwen van een netwerk of gemeenschap rondom een informatieplatform of een specifiek product, zoals een tijdschrift, in opkomende mate van fundamenteel belang in de digitale omgeving. Vaar vroeger de focus van een uitgever lag op het drukken van een tijdschrift als zijn

product en de lezer als zijn klant, kan een uitgever zich tegenwoordig beter richten op de ontwikkeling van een gemeenschap en een netwerk rond een tijdschrift, met leden die het tijdschrift (ook) lezen.

Dit netwerk kan kennisuitwisseling tussen de leden van de gemeenschap faciliteren. Tevens kan dit netwerk worden gebruikt om de leden te informeren over de laatste ontwikkelingen. Het tijdschrift is niet langer alleen een product, maar ook een communicatiemiddel. Terwijl abonnees van het blad in staat zijn om de inhoud van het blad elders te verkrijgen, geldt dat niet voor het lidmaatschap. Het lidmaatschap is waardevol omdat het de abonnee met andere partijen verbindt en ervoor zorgt dat de abonnee al het relevante nieuws ontvangt over de groep waarvan hij lid is. In dit verband kan worden gedacht aan vaktijdschriften, maar ook aan tijdschriften die over een specifieke interesse of hobby gaan.

In andere segmenten van de uitgeverijmarkt zijn databases met gedetailleerde klantinformatie een troef geworden. De grote hoeveelheid gratis informatie die beschikbaar is op het internet dwingt uitgevers van kranten om de lezer meer toegespitste informatie aan te bieden, die afhankelijk van het tijdstip van de dag aangepast is aan hun wensen. Informatie over de voorkeuren van klanten maakt het aanbod van gepersonaliseerde diensten mogelijk. Dagbladuitgevers betrekken hun lezers in grote mate bij de inhoud door hen de mogelijkheid te bieden op een artikel te reageren of het te ‘liken’. Op deze manier verplaatsten krantenuitgevers in de richting van de digitale platforms voor hun lezersgemeenschap.

Brands

Met het bouwen van een nauwe relatie met de doelgroep creëert een uitgever niet alleen een netwerk, maar vestigt hij ook een reputatie voor zijn merk. In feite kan het merk zelf de belangrijkste troef van een uitgever zijn om een groep van trouwe lezers te behouden. Denk hierbij aan lifestyle magazines, opiniebladen en tv-gidsen. Een ander voorbeeld is een tijdschrift dat opgericht en vernoemd is naar een beroemdheid. Het behouden van vertrouwen in een merk is steeds moeilijker geworden, doordat jonge generaties snel van voorkeur veranderen en minder loyaal zijn aan een merk. De ontwikkelingen in de informatietechnologie versterken dit effect. De consument kan online gratis artikelen lezen en is hierdoor minder bereid om te betalen voor een tijdschriftabonnement van een bepaald merk.

Merken zijn zeer belangrijk in het tijdschriftensegment, omdat ze zorgen voor klantenbinding. Een merk voegt een specifieke 'smaak' toe aan tijdschriften die nodig is om een op lifestyle gebaseerde gebruikersgemeenschap op te bouwen. Een lifestyle tijdschrift dat wereldwijd onder dezelfde naam opereert, staat uitgever toe om de inhoud te gebruiken op wereldwijde schaal. Dit zorgt op zijn beurt voor bekendheid van het merk en verlaagt de productiekosten. Deze schaalvoordelen zijn niet beschikbaar voor louter lokale merken, die doorgaans moeite hebben om de kosten terug te verdienen op basis van de geringe groep lezers.

De uitgeverijbranche beschouwt het als een grote uitdaging om jonge generaties kennis te laten maken met merken die in het analoge verleden een sterke positie hebben verworven. Jongeren identificeren zich minder met bepaalde tijdschriften dan de vorige generaties dat deden. Om de jongeren te bereiken en aandacht te creëren voor de 'gemeenschap' rond het merk van een tijdschrift, kunnen uitgever gebruik maken van social media, blogs en YouTubekanalen. Dit betekent ook een verschuiving van de nadruk van gedrukte content naar online content en video's. De uitdaging hierbij is om verdienmodellen te vinden om deze nieuwe businessmodellen winstgevend te maken.

In sommige gevallen is het merk bekender dan het blad zelf, bijvoorbeeld bij tv-gidsen of tijdschriften van een bekend persoon. Het merk kan dan de drijvende kracht zijn om het tijdschrift te verkopen – simpelweg als een van de producten van het merk. Tegelijkertijd kan het merk ook worden gebruikt om extra producten of diensten aan te bieden.

Ook in het krantensegment vormen merken een centraal uitgangspunt voor de ontwikkeling van nieuwe businessmodellen, omdat het merk gezag heeft.¹⁷ Consumenten hebben bepaalde verwachtingen op basis van het merk. Elke krant heeft een eigen uitstraling en een bepaalde visie die overeenkomt met de perceptie en de belevingswereld van

de consument.

Merken spelen ook een belangrijke rol in de wetenschappelijke uitgeverij. Een goed gevestigd merk geeft gezag en staat wetenschappelijke uitgever toe om een centrale rol in te nemen bij de beoordeling en validatie van content. Gezien de focus van de academische gemeenschap op peer-reviewed publicaties in vooraanstaande tijdschriften en boekenreeksen van belangrijke wetenschappelijke uitgeverijen, moet de rol van merken niet worden onderschat.

In de markt van boekuitgeverijen, zijn merken op een andere, en veranderende manier belangrijk. Waar uitgever van tijdschriften en kranten steeds meer op hun merk vertrouwen, zijn het in de boekenmarkt niet de uitgever maar de auteurs die het merk worden. Waar de lezer voorheen bekend was met de namen van de belangrijkste uitgever, is de lezer nu bekend met de namen van de topauteurs.¹⁸ In reactie daarop gebruiken uitgever de namen van hun voornaamste schrijvers en breiden het assortiment uit met gerelateerde 'producten' buiten het eigenlijke boek. Topauteurs verschijnen op evenementen, schrijven columns, of ontwikkelen hun 'merk' op andere wijze met extra activiteiten. Anders gezegd, worden topschrijver steeds belangrijker voor een boeken-uitgever. Ook hier kan het een uitdaging voor de uitgever zijn om hier een duurzaam verdienmodel op te baseren, onder meer omdat een auteur, wanneer hij eenmaal bekendheid heeft verworven met behulp van de diensten van de uitgever, relatief eenvoudig op eigen kracht zijn boeken kan laten printen en verkopen.

Beschermingsbehoeften

Met betrekking tot beschermingsbehoeften die voortvloeien uit de beschreven nieuwe businessstrategieën, doet zich een opmerkelijke verschuiving voor. In het analoge verleden van de drukpers lag de nadruk op de bescherming van individuele informatiebronnen waarin de uitgever had geïnvesteerd: een individuele krant, of een individueel boek of tijdschrift-artikel. In de digitale toekomst ligt de focus op content platforms. Voor zover individuele informatiebronnen niet vrij beschikbaar zijn hebben uitgever nog steeds belang bij de bescherming van individuele werken die op een content platform ter beschikking worden gesteld. Cruciaal is echter de bescherming van het platform als zodanig. Een concurrent die onbevoegd enkele boeken of artikelen uit een platform overneemt is nauwelijks in staat om de markt voor het bronplatform te ondermijnen. De overname van individuele bronnen leidt nog niet tot een concurrerend product waarmee de concurrent het bronplatform zou kunnen substitueren.

Daarentegen vormt een concurrent die cruciale kenmerken van een content platform kopieert – de infrastructuur, functionaliteit en een groot deel van de collectie van informatiebronnen – wel een bedreiging. Vandaar dat de transitie naar

¹⁷ De Volkskrant (2016c).

¹⁸ De Volkskrant, Wilma de Rek (2016d). Ik ga nooit meer naar een uit-

gever. URL <<http://www.volkskrant.nl/boeken/-ik-ga-nooit-meer-naar-een-uitgever~a4243695/>>.

content platforms met zich meebrengt dat databankbescherming een steeds belangrijker rol in de uitgeefwereld gaat spelen. Gezien de afhankelijkheid van brands om de aandacht van de consument te trekken en om loyaliteit ten aanzien een online platform te bereiken, zijn naast databankbescherming ook merkbescherming en andere vormen van goodwillbescherming belangrijke instrumenten.

Auteursrecht op individuele werken

Met betrekking tot de traditionele bescherming van individuele literaire en artistieke werken is de situatie minder duidelijk. Het auteursrecht blijft een beslissende factor als het gaat om de regulering van de relatie met individuele auteurs. Om voldoende rechtszekerheid te garanderen omtrent de integratie van het werk van een auteur in een content platform, is het in veel gevallen van belang een exploitatieovereenkomst te sluiten. Het auteursrecht dient als basis voor deze contractuele relatie. De specifieke regels van het auteurscontractenrecht kunnen bijvoorbeeld een doorslaggevende rol spelen.¹⁹

Nieuwe businessmodellen zijn echter doorgaans niet gebaseerd op de vercommercialisering van individuele werken als zodanig. Het individuele werk is slechts een enkele stem in het veel grotere en complexere concert van informatie dat het platform aanbiedt en structureert. Een concurrent die kopieën van een individueel werk maakt, is niet in staat om een zinvol alternatief voor het originele content platform als geheel aan te bieden. Zelfs met het kopiëren van een aantal werken zal substitutie van het originele platform niet mogelijk zijn. In plaats daarvan staan de functionaliteit, de structurering en de infrastructuur van de database centraal. Het kopiëren van kenmerkende functies van het platform vormt een reële bedreiging voor nieuwe businessmodellen.

Aan de primaire beschermingsbehoefte van uitgevers die nieuwe businessmodellen en content platforms ontwikkelen kan dus worden voldaan door auteursrechtelijke bescherming te bieden voor originele verzamelingen van werken en andere materialen. Bovendien biedt het *sui generis* databankenrecht een sterke rechtspositie en voldoende rechtszekerheid voor investeringen in nieuwe businessmodellen met een focus op content platforms. Met betrekking tot de bescherming van merken is het merkenrecht beschikbaar, dat goed ontwikkeld is in de Benelux en de EU.

De overgang naar nieuwe businessmodellen die waarde toevoegen door de integratie van individuele werken in com-

plexe content platforms, heeft dus als gevolg dat de auteursrechtelijke bescherming van individuele literaire of artistieke werken minder belangrijk is geworden. Zodra bedrijven zich richten op de samenvoeging van diverse informatiebronnen op een manier die de bruikbaarheid van de geïntegreerde informatie voor de klant verbetert, is de bescherming van het individuele werk – een boek, tijdschriftartikel of nieuwsbericht – niet langer een primaire zorg. In het licht van sterke databankbescherming op grond van het auteursrecht en het *sui generis* databankrecht, speelt het auteursrecht op een individueel literair en artistiek werk – dat slechts een individuele informatiebron vormt in een complex content platform – een ondergeschikte rol.

Naburige rechten voor uitgevers

Tegen deze achtergrond is het ook een open vraag of de toekenning van een extra naburig recht een stap in de goede richting is. In de communicatie 'Naar een modern, meer Europees kader voor auteursrechten', geeft de Europese Commissie aan dat een goed werkende markt voor auteursrechten alleen mogelijk is als rechthebbenden licenties kunnen verlenen voor het gebruik van hun inhoud en een vergoeding ontvangen, ook voor gebruik van inhoud die online wordt verspreid:

*'De productie van rijke en veelzijdige creatieve inhoud en innovatieve onlinediensten kunnen niet los van elkaar worden gezien. Zowel creatieve inhoud als onlinediensten zijn van belang voor de groei, de werkgelegenheid en het succes van de interneteconomie.'*²⁰

De Commissie gaf ook aan dat in toenemende mate wordt betwijfeld of de huidige EU-regelgeving inzake auteursrechten ervoor zorgt dat:

*'de waarde die wordt gecreëerd door een aantal nieuwe vormen van distributie van online-inhoud rechtvaardig wordt verdeeld, met name indien rechthebbenden de licentievoorwaarden niet zelf kunnen bepalen en zij niet op een billijke manier met potentiële gebruikers kunnen onderhandelen. Deze gang van zaken is niet in overeenstemming met de ambitie van de eengemaakte markt om iedereen kansen te bieden en de waarde van inhoud en van de investeringen in inhoud te onderkennen. Bovendien bestaat er dan geen gelijk speelveld voor de verschillende marktspelers die zijn betrokken bij gelijkwaardige distributievormen.'*²¹

19 Vgl. Terhorst, A.G.I. (2015). Auteurscontractenrecht: er is een wettelijke regeling! AMI 2015, 162; Lenselink, B.J. (2005). *De verlening van exploitatiebevoegdheden in het auteursrecht*. Den Haag: Sdu Uitgevers; Lenselink, B.J. (2013). Auteurscontractenrecht 2.0 – Het wetsvoorstel inzake het auteurscontractenrecht. AMI 2013, 7; Peepkorn, D. (2010). De lange geschiedenis van het auteurscontractenrecht. AMI 2010, 167; Poort, J.P./ & J.J.M. Theeuwes, J.J.M. (2010). Prova d'Orchestra – Een economische analyse van het voorontwerp auteurscontractenrecht. AMI 2010, 137; Senfleben, M.R.F. (2010). Exportschlagert deutsches

Urhebervertragsrecht? Het voorontwerp auteurscontractenrecht in Duits perspectief. AMI 2010, 146; Hugenholtz, P.B./Guibault, L. (2004). *Auteurscontractenrecht: naar een wettelijke regeling?*, Amsterdam: IViR 2004.

20 Europese Commissie, 9 december 2015, *Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a Modern, More European Copyright Framework'*. Doc. COM(2015) 626 final, 11.

21 Europese Commissie, *ibid.*

Hoewel de productie van inhoud en op content gebaseerde online services zeker met elkaar verbonden zijn, roept deze benadering de vraag op of de tweedeling tussen producenten van 'rijke en gevarieerde creatieve inhoud' aan de ene kant, en de aanbieders van 'innovatieve online services' aan de andere kant adequaat de huidige hervormingsprioriteiten in de uitgeverijsector weergeeft. Uitgevers bieden zelf steeds meer innovatieve online platforms aan. In het licht van het beschreven economisch potentieel van de netwerkeffecten die samen komen met het creëren van een platform wordt het ook duidelijk dat deze ontwikkeling een stap in de goede richting is: het is steeds moeilijker om winst te behalen uit de verkoop van individuele werken in de digitale omgeving. Online content platforms met toegevoegde waarde voor de gebruikers worden daarentegen beschouwd als een veelbelovende basis voor het genereren van inkomsten in de sector.

Daarom valt het te betwijfelen of initiatieven tot wijziging van het Europese auteursrechtelijke kader zich moeten richten op de herverdeling van de inkomsten uit innovatieve online diensten, zoals zoekmachine- en content aggregatiediensten, in plaats van op het aanmoedigen van uitgevers om deze innovatieve online diensten zelf te ontwikkelen. Van uitgevers kan worden verwacht dat zij diepgaande kennis van de specifieke informatiebehoeften van verschillende lezersgemeenschappen hebben. Daarnaast kan worden verwacht dat uitgevers langdurige relaties met auteurs hebben die in deze informatiebehoefte kunnen voorzien. Daarom is de uitgeverijsector de aangewezen partij om online content platformen te ontwikkelen – dat wil zeggen content platforms die verder gaan dan bestaande online diensten en nieuwe en innovatieve functies aanbieden.

In plaats van de nadruk te leggen op het potentieel van de uitgeverijsector om te innoveren op het gebied van op maat gemaakte online diensten, ~~focussen de reformplannen van de Europese Commissie echter op~~ een nieuw exclusief recht met betrekking tot de commercialisering van individuele literaire en artistieke werken als zodanig. Artikel 11 lid 1 van het voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt,²² wil uitgevers van perspublicaties een exclusief recht van reproductie en openbaarmaking van het werk in de online omgeving bieden. Deze nieuwe naburige rechten zouden worden toegekend voor een periode van 20 jaar vanaf publicatie. Op basis van een verwijzing naar artikelen 2 en 3 lid 2 van de Auteursrechtlijn, zal dit nieuwe naburige recht aan aanvulling vormen op de exclusieve rechten van individuele auteurs.

Gezien de parallellen tussen de rechten van individuele auteurs en de voorgestelde nieuwe rechten van persuitgevers,

rijst echter de vraag welke toegevoegde waarde de toekenning van extra exclusieve rechten heeft. In de meeste gevallen zullen persuitgevers de auteursrechten van reproductie en openbaarmaking ontvangen op grond van artikel 7 Aw of een schriftelijke overdracht in overeenstemming met artikel 2 lid 3 Aw. In vergelijking met dit mechanisme lijkt de voorgestelde toekenning van aanvullende naburige rechten geen aanzienlijke voordelen te bieden. Daarentegen kan de toekenning van naburige rechten voor uitgevers die in essentie identiek zijn aan de auteursrechten van auteurs leiden tot discussies over de noodzaak van een overdracht van auteursrechten. Indien persuitgevers in overeenstemming met het voorstel van de Commissie hun eigen rechten zouden hebben, kunnen individuele auteurs die bijdragen aan een perspublicatie het gevoel hebben dat er niet langer een noodzaak en rechtvaardiging is voor een overdracht van hun auteursrechten.²³

De in dit artikel besproken businessmodellen tonen aan dat de strategie om inkomsten te genereren uit auteurs- en naburige rechten voor individuele werken, achterhaald is. In vergelijking met het creëren van een online platform, is het versterken van rechten ten aanzien van individuele literaire en artistieke werken moeilijker te realiseren en niet veelbelovend. Desondanks lijkt de aanpak van de Commissie juist dit traditionele model dat gericht is op de exploitatie van individuele werken, te stimuleren. De Commissie spoort uitgevers hiermee niet aan om de focus op de publicatie van individuele werken los te laten en zich te richten op het creëren van een online platform met profitabele netwerkeffecten. In de publieke consultatie 'Over de rol van uitgevers in de auteursrecht-waardeketen en over de panorama-exceptie', vroeg de Europese Commissie

*'whether publishers of newspapers, magazines, books and scientific journals are facing problems in the digital environment as a result of the current copyright legal framework with regard notably to their ability to licence and be paid for online uses of their content... In particular the Commission wants to consult all stakeholders as regards the impact that a possible change in EU law to grant publishers a new neighbouring right would have on them, on the whole publishing value chain, on consumers/citizens and creative industries.'*²⁴

Experimenten met naburige rechten of vergoedingen voor nieuwsuitgevers in Duitsland²⁵ en Spanje²⁶ hebben echter aangetoond dat pogingen om een betalingsverplichting op te leggen voor het gebruik van nieuwsfragmenten op zoekmachines en aggregatiesites onsuccesvol zullen zijn in het genereren van een nieuwe stroom aan inkomsten voor uitgevers.

22 Europese Commissie, supra noot 1.

23 Zie de door D.J.G. Visser, 'Viermaal auteursrecht in de digitale eengemaakte markt', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2016, #, gemaakte kritische opmerkingen.

24 Europese Commissie, 23 maart 2016, *Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain and on the 'Panorama Exception'*,

verkrijgbaar op <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-seeks-views-neighbouring-rights-and-panorama-exception-eu-copyright>, 6.

25 §87f lid 1 Urheberrechtsgesetz.

26 Artikel 32 lid 2 Ley de Propiedad Intelectual.

The screenshot shows the Google News interface. At the top, there's a search bar and navigation options like 'Versie voor Nederland' and 'Modern'. The main content area features a large article about the Council of State's decision on an environmental zone in Utrecht. Below it are smaller articles about the Kremlin and a new coach for ADO Den Haag. On the right, there's a 'Recent' section with a weather forecast for Haarlem.

Google Nieuws

De reden hiervoor is de onderlinge afhankelijkheid van de uitgevers en de zoekmachines. Terwijl zoekmachines en aggregatiesites belang hebben bij het verstrekken van het meest uitgebreide overzicht van beschikbare online content, hebben uitgevers belang bij zoekresultaten die de zichtbaarheid van hun content repertoire verbeteren. Als gevolg van deze onderlinge afhankelijkheid kan de aanspraak op vergoeding op twee manieren worden bekeken. Enerzijds kunnen persuitgevers aanvoeren dat zij recht hebben op een vergoeding omdat zoekmachines gebruik maken van nieuwsfragmenten om vervolgens zoekresultaten te genereren; anderzijds kunnen zoekmachines aanvoeren dat zij recht hebben op een vergoeding omdat zij de aangeboden inhoud van een uitgever onder de aandacht van de internetgebruiker brengen.²⁷

Gezien het belang van uitgevers bij adequate indexering en de weergave van zoekresultaten kan het beschikbaar stellen van artikelen op het internet zonder toegangsbeperkingen worden gezien als een indicatie van impliciete toestemming,

die een beroep op het naburige recht van meet af aan uitsluit.²⁸ In het licht van de wederzijdse afhankelijkheid van belangen en aanspraken aan beide zijden²⁹ is het bovendien denkbaar dat zoekmachines en vergelijkbare diensten ervoor kiezen om het gebruik van nieuwsfragmenten stop te zetten in plaats van een licentievergoeding of een billijke vergoeding te betalen.

In Spanje sloot de nieuwssite van Google zijn activiteiten, nadat een nieuwe wet op 1 januari 2015 het verplicht stelde om te betalen voor het tonen van fragmenten uit nieuwsartikelen. Uit een studie uitgevoerd door NERA Economic Consulting in opdracht van de Spaanse vereniging van uitgevers van periodieke publicaties bleek dat gedurende de eerste drie maanden na de inwerkingtreding van de wet, de website van de krant gemiddeld 6,1% minder vaak bezocht werd.³⁰ De studie toonde ook verschillen in de gevolgen van de wet voor nieuwsuitgevers: terwijl de grote uitgevers werden geconfronteerd met een daling van 5,8%, werden middelgrote uitgevers blootgesteld aan een vermindering van

27 Stieper, M. (2013). Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger nach dem Regierungsentwurf zum 7. UrhRÄndG. *ZUM* 2013, 10-18 (12).

28 In deze zin Bundesgerichtshof 29 April 2010, zaak I ZR 69/08, 11-12, online verkrijgbaar op www.bundesgerichtshof.de, *GRUR* 2010, 628. Stieper, *ibid.*, 16; Peifer, K.-N. (2013). Leistungsschutzrecht für Presseverleger – „Zombie im Paragraphen-Dschungel“ oder Retter in der Not?, *GRUR Prax* 2013, 149-153 (152); Senftleben, M.R.F. (2013). Internet Search Results – A Permissible Quotation?, *RIDA* 235 (2013), 3-11 (59-67).

29 Zie het door Ensthaler, J./Blanz, H. (2012). Leistungsschutzrecht für

Presseverleger – Notwendiger Schutz von Presseverlagen im Internet oder systemwidriger Eingriff in die Informationsfreiheit?, *GRUR* 2012, 1104-1110 (1107-1109), gegeven overzicht.

30 NERA Economic Consulting (2015). *Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual - Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEEPP)*, verkrijgbaar op <<http://www.aepp.com/noticia/2272/actividades/informe-economico-del-impacto-del-nuevo-articulo-32.2-de-la-lpi-nera-para-la-aepp.html>>, 55.

het internetverkeer naar hun websites van 7,1% en de kleine uitgevers hadden te kampen met een daling van 13,5%.³¹ In plaats van extra inkomsten te genereren, leidde de nieuwe Spaanse wet tot minder zoekresultaten voor nieuwsberichten. Gezien de grote gevolgen voor de kleine uitgevers moet ook rekening worden gehouden met het risico van marktconcentratie en het verlies van nieuwsdiversiteit.

In Duitsland is het naburig recht van nieuwsuitgevers geïmplementeerd als een exclusief recht. Nieuwsuitgever kunnen zoekmachines en aggregatiesites verbieden om hun nieuws te kopiëren. Een poging van de Duitse auteursrechtenorganisatie VG Media om deze nieuwe rechten te handhaven had echter een averechts effect op het verkeer naar de websites van de betrokken uitgevers. Volgens een studie van het Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (Bitkom) besloten verschillende zoekmachines, waaronder Google, om als reactie op VG Media's vordering tot betaling van een licentievergoeding de nieuwsfragmenten niet langer weer te geven of het betreffende zoekresultaat volledig te verbergen. Kleine aanbieders van zoekdiensten besloten de service te beperken of volledig af te sluiten.³²

In het debat over naburige rechten voor uitgevers is ook benadrukt dat een brede invulling van het begrip 'zoekmachines en vergelijkbare diensten', die aan vergoeding zijn onderworpen, ook online platforms omvat die ontwikkeld zijn door de uitgevers zelf.³³ Deze opmerking is belangrijk in het kader van nieuwe businessmodellen in de uitgeverijsector. Gezien de overgang naar online platforms als een centraal element van nieuwe businessmodellen kan niet worden uitgesloten dat innovatieve uitgevers belang hebben bij het opnemen van fragmenten en het verwijzen naar informatiebronnen die elders beschikbaar zijn. Vanuit dit perspectief is het voorgestelde naburige recht van persuitgevers problematisch. Als het nieuwe naburige recht ook deze businessmodellen zal betreffen vormt dit een extra hindernis voor uitgevers die een online platform met geavanceerde zoekfuncties willen creëren.

Ontbrekende prikkel voor overstap naar online platform

Gezien de problemen om het auteursrecht op individuele literaire en artistieke werken als effectief handhavingsinstrument te benutten in de digitale omgeving, en gezien de averechtse werking van de pogingen in Duitsland en Spanje om een betalingsverplichting op zoekmachines en aggregatiesites op te leggen, is het twijfelachtig of initiatieven om de auteursrechtelijke bescherming van individuele literaire en artistieke werken in de digitale omgeving uit te breiden tot steun zijn voor de omschakeling van uitgeverijen naar nieuwe

businessmodellen.

In dit opzicht staat de uitgeefsector op een kruispunt. Gelet op nieuwe businessmodellen lijkt het duidelijk dat voor de noodzakelijke aanpassing aan de digitale omgeving, een strategie nodig is die de weg vrij maakt voor de overgang naar online platforms en op platformcreatie gebaseerde concurrentie. Gezien het voorstaande lijkt het initiatief om de bescherming van individuele literaire en artistieke werken te versterken niet nuttig. In plaats van het stimuleren van de overgang naar online platforms, zou de verdere uitbreiding van nabuurrechtelijke bescherming de handhaving van traditionele businessmodellen en de traditionele focus op de exploitatie van individuele werken kunnen ondersteunen. In plaats van het aanmoedigen van uitgevers om over te schakelen op nieuwe businessmodellen, zou het versterken van nabuurrechtelijke bescherming op individuele werken de overgang naar platformcreatie, *community building* en de realisatie van netwerkeffecten in de uitgeefsector kunnen belemmeren en vertragen.³⁴

Als gevolg daarvan zou innovatie zelfs buiten de uitgeefsector kunnen gaan plaatsvinden. Als uitgevers niet zelf de kans grijpen om via de creatie van content platforms nieuwe diensten en meerwaarde voor lezers te ontwikkelen, dan zullen wellicht andere aanbieders van digitale informatiediensten het voortouw nemen. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor de gehele informatiesamenleving. Uitgevers hebben diepgaande kennis van de specifieke informatiebehoeften van verschillende lezersgemeenschappen, en een unieke relatie met auteurs die in deze informatiebehoefte kunnen voorzien. Uitgevers hebben derhalve een sleutelrol in de ontwikkeling van hoogwaardige content platforms en hoogwaardige content aggregatiediensten. Gezien hun specifieke kennis, ervaring en expertise verkeren uitgevers in de positie om de bestaande online infrastructuur van informatieplatformen en -diensten met nieuwe, innovatieve ideeën te verrijken. Ook kunnen uitgevers de beschikbaarheid van informatiebronnen verbeteren en zoekkosten verlagen. Deze belangrijke bijdrage aan de verbetering van de online informatieinfrastructuur stelt uitgevers in staat om de investeringen in de modernisering van de sector en de overgang naar de totstandkoming van de content platformen terug te verdienen. De bijdrage van uitgevers heeft bovendien een toegevoegde waarde voor de samenleving als geheel, want met het toevoegen van hoogwaardige content platforms en aggregatiediensten aan bestaande online diensten kunnen uitgevers de toegang tot informatie en de diversiteit van de inhoud in de digitale omgeving verbeteren.

Tegen deze achtergrond heeft de toekenning van nieuwe naburige rechten met betrekking tot nieuwsfragmenten geen

31 NERA Economic Consulting, *ibid.*

32 Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (Bitkom). *Ancillary Copyright for Publishers - Taking Stock in Germany*. Berlin: Bitkom 2015, verkrijgbaar op <<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Ancillary-Copyright-for-Publishers-Taking-Stock-in-Germany.html>>, 6-7.

33 Xalabarder, R. (2014). *The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government – Its Compliance With International and EU Law. IN3 Working Paper Series*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya 2014, 1-40, verkrijgbaar op <<http://ssrn.com/abstract=2504596>>, 8.

34 Vgl. Peifer, supra noot 28, 150-151.

prioriteit. In plaats daarvan zou het raadzaam zijn om maatregelen te nemen die de uitgeefsector aanspoort over te stappen op content platform creatie, *community building* en de realisatie van netwerkeffecten. De verdere uitbreiding van de auteursrechtelijke bescherming van individuele werken en pogingen om inkomsten te creëren door het opleggen van betalingsverplichtingen aan zoekmachines en aggregatiesites lijken echter niet tot de maatregelen te behoren die uitgevers zouden kunnen aanmoedigen om over te gaan tot de modernisering van de uitgeefsector. Deze maatregelen kunnen zelfs averechts werken, omdat ze moderniseringsstappen zouden kunnen vertragen of zelfs belemmeren.

Conclusie

Nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector verbreden de activiteiten van een uitgever. In plaats van de exploitatie van individuele publicaties, zijn nieuwe businessmodellen gebaseerd op het strategisch inzetten van publicaties om een community te creëren rond het aanbod van informatie. Uitgevers met nieuwe businessmodellen worden media ondernemers met een breed spectrum van activiteiten, gericht op een gebruikersgemeenschap die is opgebouwd rond een bepaald informatieproduct. Het publiceren van een krant, tijdschrift of een boek vormt niet langer een doel op zich, maar is slechts een startpunt voor een veel breder aanbod van producten en diensten.

De overgang naar nieuwe businessmodellen – op basis van content platforms, *community building* en netwerkeffecten

– leidt tot een verschuiving in de behoefte aan juridische bescherming. Zodra een uitgever de creatie van content platforms centraal stelt, vormen individuele werken – nieuwsberichten, tijdschriftartikelen, boeken – slechts kleine informatiebouwstenen die zijn ingebed in de complexe infrastructuur van het platform. In plaats van sterke bescherming van deze individuele informatiebouwstenen staat de bescherming van essentiële kenmerken van het platform als geheel centraal, in het bijzonder bescherming van de onderliggende database met het geheel van informatiebronnen, het zoekalgoritme en andere hulpmiddelen die gebruikersvriendelijkheid verbeteren.

Om deze reden is bescherming van compilaties van werken en andere materialen onder het auteursrecht en *sui generis* databankenrecht essentieel voor nieuwe, op platforms gebaseerde businessmodellen in de uitgeefsector. Daarentegen is het traditionele auteursrecht op individuele literaire en artistieke werken van ondergeschikt belang. Tegen deze achtergrond behoort de verdere uitbreiding van auteurs- en naburrechtelijke bescherming van individuele werken niet tot de maatregelen die in staat zijn om uitgevers aan te moedigen om over te stappen naar platformcreatie en *community building*. Het voorgestelde naburige recht voor persuitgevers zal dus nauwelijks tot nieuwe, innovatieve informatieproducten leiden.

Een uitgeversrecht voor pluriforme media

M.M.M. van Eechoud

Prof. dr. M.M.M. van Eechoud is hoogleraar informatierecht aan het IVIR, Universiteit van Amsterdam.

Volgens de Europese Commissie hebben we een nieuw intellectueel eigendomsrecht nodig op perspublicaties. Dit artikel neemt het belangrijkste argument voor de introductie van zo'n recht kritisch onder de loep: dat het zal bijdragen aan een pluriforme kwaliteitspers. Daarnaast werpt het een blik op de effecten die het nieuwe recht heeft op de positie van makers, met name freelance journalisten en andere auteurs. De conclusie is dat dit onderdeel van de geplande Richtlijn Auteursrecht in de digitale eengemaakte markt ('Adem RI.') terug moet naar de tekentafel, of liever nog de prullenbak in.

Het antwoord van de Europese Commissie op de 'crisis' in de traditionele pers is de introductie van een intellectueel eigendomsrecht voor uitgevers van perspublicaties. Primair zou dat het voortbestaan van een pluriforme kwaliteitspers moeten faciliteren, maar het dient ook om het afsluiten van licenties voor het (digitale) gebruik van de inhoud van periodieken makkelijker te maken.¹ De Europese Commissie volgt het spoor van belangenorganisaties van nieuwsuitgevers, die aangejaagd door grote Duitse mediaconglomeraten als *Springer (Bild, Die Welt)* en *Bertelsmann (Stern)*; ook eigenaar van de grootste tijdschriftuitgever van Europa) recent ook een nieuwe lobbyorganisatie hebben opgezet om voortgang op dit dossier in het Brusselse te bewaken.² De uitgevers benadrukken ook dat ze een eigen recht verdienen waarmee ze een 'fair share' kunnen claimen van de opbrengsten die aanbieders van allerhande diensten genereren dankzij de beschikbaarheid van 'branded' perspublicaties online. Zij hebben blijkens de voor geschiedenis in Duitsland en Spanje daarbij vooral zoekdiensten en aggregators in het vizier.

Hoe zou de introductie van een uitgeversrecht kunnen bijdragen aan het oplossen van de crisis in de traditionele pers? Belangrijker nog, is de inzet van extra intellectuele eigendomsrechten noodzakelijk en gerechtvaardigd met het oog op het waarborgen van de voor democratische samenlevingen zo essentiële functie die een onafhankelijke en pluriforme pers speelt als forum voor publiek debat? Hoe sympathiek die idee ons ook mag voorkomen, de

Europese Commissie heeft op dit vlak wel wat uit te leggen. Om dat inzichtelijk te maken ga ik eerst in op de 'crisis' in de drukpers en de rol die zoekmachines en *content aggregators* (die in veel verschillende smaken bestaan, waarover later meer) daarin spelen. Vervolgens schets ik kort het bereik van het voorgestelde recht en bespreek dat in relatie tot de vrijheid van meningsuiting. De hamvraag is of dit voorstel de toets van artikel 10 EVRM kan doorstaan (en daarmee ook artikel 11 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie respecteert). Het artikel eindigt met een samenvatting van de bevindingen.

De uitdaging voor de pers

Persuitgevers nemen al 20 jaar initiatieven om de overstap te maken van gedrukte kranten en tijdschriften naar een digitaal aanbod. Dat is een iteratief en onzeker proces. De snelheid en effectiviteit waarmee de overstap wordt gemaakt verschilt per uitgever, net als de factoren die succes of falen verklaren. Maar in ieder geval twee fundamentele veranderingen in informatiemarkten zijn voor elke dagblad- en tijdschriftuitgeverij een enorme uitdaging, of het nou gaat om bestaande bedrijven of om nieuwkomers die zich vanaf dag één richten op online informatiediensten. Advertentiemarkten zijn structureel veranderd. Mediaconsumptiepatronen van lezers verschuiven ook. Beide veranderingen vinden hun oorsprong in de opkomst van internet, en dateren dus niet van vandaag of gisteren. Het gevolg is dat uitgevers van traditionele media moeten

1 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt, 14.9.2016, COM(2016)593, ov. 31, 32. Zie ook Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Het bevorderen van

een eerlijke, efficiënte en competitieve Europese op het auteursrecht gebaseerde economie in de digitale eengemaakte markt, COM(2016) 592 final, p. 7.

2 [News Media Europe](#) <>; zie ook <>

opereren in een ander landschap, waar de strijd om de aandacht van consumenten en uitgaven van adverteerders fel is.

Veranderende advertentiemarkten

Oplages van gedrukte dagbladen en tijdschriften dalen al jaren lang. Over de laatste 10 jaar verloren Nederlandse landelijke kranten gemiddeld 28% van hun abonnementsoplage (de losse verkoop daalde nog sterker).³ Bij de gratis dagbladen is die daling overigens veel scherper. Gratis kranten, ooit gezien als bedreiging voor betaalde dagbladen, zijn inmiddels bijna verdwenen, ze bleken vooral met elkaar te concurreren.⁴ Onder andere als gevolg van dalende oplage- en bereikcijfers dalen de print advertentie-inkomsten jaar op jaar. In de VS nog veel erger dan in Europa, en binnen Europa in het ene land weer sterker dan in het andere. Maar dalen doen ze, en dat heeft alles te maken met structurele veranderingen in advertentiemarkten. Voor een deel is de neergang te verklaren uit de financiële crisis van 2008/9. Advertentie-uitgaven aan media zijn van oudsher zeer gevoelig voor neergang in de economie, en zelfs een voorspeller van recessies.⁵ Maar de val in advertentie-inkomsten is ook systematisch, omdat adverteerders veel meer kanalen hebben gekregen, het aanbod van advertentieruimte is geëxplodeerd en er online efficiënter gehandeld kan worden in advertentieruimte (middels *automated trading*). Het gevolg is dat de uitgaven aan gedrukte reclame zijn gekelderd en de prijzen voor onlinereclame zijn gedaald, en dat traditionele persmedia in veel landen niet langer de poortwachter zijn tot de consument.⁶ De omroep heeft de poortwachterfunctie overigens (nog) wel.

De groei van advertentie-uitgaven zit online, en recent met name in de mobiele markt.⁷ De pers haalt met digitale uitgaven wel een deel van die koek binnen, maar andere spelers domineren. Aanbieders van zoekmachines (in Nederland vooral Google) en social media (Facebook) zuigen een aanzienlijk deel van de online inkomsten op.⁸ De grote katernen met personeelsadvertenties en mini-advertenties ('classifieds', zoals de '3-in-1 mini's' en 'Speurders') in kranten zijn vrijwel geheel verdwenen, in plaats daarvan hebben we

banenwebsites en online marktplaatsen. De digitale replica van een krant (e-paper) heeft over het algemeen ook een kleiner bereik dan de papieren versie (die door meerdere mensen gelezen wordt, in familiekring, burens, etc.). Dat drukt de advertentietarieven verder.

Veranderende consumptiepatronen

Dat de pers aan belang heeft ingeboet voor adverteerders hangt ook samen met veranderingen in consumptiepatronen. Steeds meer mensen lezen digitaal en niet langer van papier, en nieuwe generaties besteden hun tijd verhoudingsgewijs meer aan kijken, communiceren (social media, chatten) en gamen, en minder aan lezen.⁹ In Nederland is een generatiekloof zichtbaar bij leesgedrag. De 50+ers lezen vooral nog op papier (kranten, tijdschriften, boeken e.a. print), terwijl jongere groepen grotendeels online lezen. In de leeftijdsgroepen onder de 34 jaar, lezen ongeveer 8 op de 10 personen online.¹⁰ Kijken we specifiek naar kranten en tijdschriften, dan blijkt dat ongeveer de helft van consumenten ouder dan 13 jaar online kranten leest, en ongeveer een kwart digitale tijdschriften.¹¹ Maar het bereik van kranten daalt onder alle leeftijdsgroepen en sterker onder jongeren. Generaties die zijn opgegroeid met digitale bronnen, schakelen niet meer over naar papieren kranten.¹²

Publiekstijdschriften kampen ook al jaren met dalende oplages, in de drie grootste segmenten omroepbladen, vrouwenbladen en roddelbladen. De weinige gedrukte opiniebladen die er nog zijn maken de laatste jaren een vrije val in oplage.¹³

Uit onderzoek naar nieuwsconsumptie blijkt dat wat betreft online bronnen, de websites en apps van kranten wel de belangrijkste bron blijven voor de meeste Nederlandse consumenten die op zoek zijn naar nieuws: vooral Telegraaf (ook eigenaar van nu.nl, de grootste nieuwssite) en Algemeen Dagblad trekken veel publiek, net als websites van omroepen (NOS nieuws, RTL nieuws). Voor veruit de meeste mensen is internet een bron van nieuws: 8 op de 10 halen nieuws van internet; en daarbinnen speelt social

3 Commissariaat voor de Media, 'Mediamonitor – Dagbladen in 2015'. < <http://www.mediamonitor.nl/trends/trends-in-2015>>.

4 'Gratis nieuws niet altijd een succes. Gratis kranten in Nederland'. *Stand van de nieuwsmidia* 2014/12.

5 Robert G. Picard, 'Effects of Recessions on Advertising Expenditures: An Exploratory Study of Economic Downturns in Nine Developed Nations', *Journal of Media Economics* 14, no. 1 (1 January 2001): 1–14, doi:10.1207/S15327736ME1401_01.

6 Voor een analyse van factoren en de transitie naar digitaal aanbod, zie A. Leurdijk, M. Slot & O. Nieuwenhuis, *The Newspaper Industry: Statistical, Ecosystems and Competitiveness Analysis of the Media and Content Industries* (Technical Report). EC Joint Research Centre/TNO 2012. <https://www.tno.nl/media/2819/newspaper_publishing_industry_jrc69881.pdf>; A. Cornia, A. Sehl en R. Kleis Nielsen, *Private Sector Media and Digital News* (Digital News Project 2016). Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism 2016; David A. L. Levy, Rasmus Kleis Nielsen (eds.), *The Changing Business of Journalism and Its Implications for Democracy*. Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism 2010. <<http://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/publication/private-sector-media-and-digital-news>>; Robert G. Picard, Steven

S. Wildman. *Handbook on the Economics of the Media*. Edward Elgar, 2015; John Sinclair, *Advertising, the Media and Globalisation: A World in Motion*. Routledge, 2012.

7 IAB Report Online Advertising Spend - The Netherlands 2015. IAB, Deloitte, 2016. <<http://iab.nl/kennisbank/digitale-advertentiemarkt-tien-jaar-vertienvoudigd-naar-15-miljard-euro/>>

8 De percentages verschillen per land, maar de schatting is dat Google circa 30% en Facebook 10% van de totale digitale advertentie-inkomsten voor hun rekening nemen. Zie Cornia, *supra* noot 3), p. 17.

9 *Mediatijd 2015*, Een nadere blik op het scherm, Spot 2016 < <http://www.mediatijd.nl/>>.

10 *Mediatijd 2015*, 9 *supra*.

11 Commissariaat voor de Media, 'Mediamonitor – Trends in 2015'. < <http://www.mediamonitor.nl/trends/trends-in-2015/#>>.

12 Piet Bakker, 'De opkomst van de generatie 'alles': afscheid van oude media', *Stand van de nieuwsmidia* <>.

13 Commissariaat voor de Media, *Mediamonitor 2015*, ; Piet Bakker, 'Publieksbladen raken uit de gratie', *De Stand van de Nieuwsmidia* 11 mei 2016. < <https://www.svdj.nl/stand-van-de-nieuwsmidia/>>.

media een grote rol (o.a. Facebook, delen via Whatsapp of Twitter).¹⁴

Het gebruik van adblockers is in opkomst, wat voor aanbieders van gratis informatie op het web problematisch is. Consumenten gebruiken ze om diverse redenen. In Nederland zijn de belangrijkste: het staat mensen tegen dat ze gevolgd worden van site naar site (2 op de 3 noemen ad-tracking als reden), bijna de helft heeft genoeg van advertenties (te veel en te afleidend), en bijna 4 op de 10 gebruiken blockers omdat het de laadsnelheid van content verbetert.¹⁵

Impact van zoek- en aggregatiediensten

Informatiedienstaanbieders sturen 'traffic' naar de websites van kranten, en het volume van traffic speelt een belangrijke rol in de aantrekkelijkheid voor adverteerders. Volgens een onderzoek van Deloitte zijn alle 'bezoeken' op de websites van kranten voor ongeveer een derde 'direct': de gebruiker gaat rechtstreeks naar de website door een URL in te geven, bijvoorbeeld via een bookmark. Tweederde van de bezoeken is echter 'referall traffic': de gebruiker komt indirect bij de webpagina, door te klikken op resultaten van zoekmachines, links op Facebook, blogs, sites van nieuwsaggregators en andere diensten zoals Twitter.¹⁶ Dit zijn gemiddelde cijfers voor het VK, Frankrijk, Spanje en Duitsland, maar er is geen reden om aan te nemen dat de situatie in Nederland aanzienlijk anders is. Hoe meer *referral traffic* er is, hoe hoger de webadvertentie-inkomsten voor de krant.

Hoe groot de impact van zoekmachines is blijkt uit het conflict tussen persuitgevers en onder meer Google in Duitsland. Uitgevers eisten een vergoeding voor het weergeven van zoekresultaten die naar perspublicaties linken. Grondslag daarvoor was het in 2013 geïntroduceerde 'snippet recht' voor uitgevers, dat een deel van de uitgevers collectief uitoefende via het door hen opgerichte VG Media. Volgens paragraaf 87f *Urheberrechtsgesetz* kunnen persuitgevers zich verzetten tegen het toegang verlenen tot de inhoud van hun publicaties, als het gaat om een overname van meer dan enkele woorden. Een ruimhartige beperking op dat recht staat iedereen toe om dergelijke toegang te verlenen (paragraaf 87g), maar op die vrijstelling kan geen beroep worden gedaan door (commerciële) aanbieders van zoekdiensten of dienstenaanbieders die op vergelijkbare wijze opereren. Wat dat laatste betekent is overigens onduidelijk; volgens de Duitse MvT¹⁷ vallen er in ieder geval newsaggregatoren onder, die geautomatiseerd overzichten produceren van de headlines van nieuwswebsites.

Als gevolg van het beroep dat uitgevers op de wet deden beperkte Google de weergave tot de koppen van artikelen (websites die helemaal niet gecrawld willen worden kunnen dat al langer aangeven). Voor de grote online webkranten van Springer betekende dat een val van 40% in de verwijzingen via search en 80% via Google News. Gratis toestemming was daarna snel gegeven.¹⁸ Dit incident toont niet alleen de macht van Google op de markt voor zoekdiensten aan, maar ook de symbiotische relatie: zoekdiensten hebben webcontent nodig om naar te verwijzen, webcontent wordt vindbaar, vooral door opname in veelgebruikte zoekmachines.

Een meta-onderzoek van Spaanse onderzoekers in opdracht van Spaanse uitgevers toont ook aan dat aggregatordiensten over het algemeen niet concurreren met de bronnen waarnaar ze verwijzen, maar wel leiden tot extra verkeer (en dus advertentie-inkomsten) voor die bronnen. Het substitutie-effect is volgens de bijeengebrachte studies veel kleiner dan het marktexpansie-effect. Omdat aggregatiesites het bereik verhogen, is het netto-positieve effect het grootst bij relatief onbekende nieuwe 'born digital' publicaties.¹⁹ Het opheffen van Google News in Spanje resulteerde in een afname van webverkeer naar nieuwswebsites van kranten met gemiddeld 6%, terwijl bij kleinere online publicaties de teruggang ruim twee keer zo hoog was. Kleinere aggregators werden opgedoekt. Daarbij ging het niet alleen om diensten die uitsluitend krantenwebsites als bron gebruikten, maar ook om andere diensten zoals NiagaRank die nieuwsmonitoring leverde aan de hand van analyses van social media, en gemengde diensten.²⁰

Uit de jaarlijkse analyses van het Reuters Institute van de universiteit van Oxford blijkt dat elke lidstaat zijn eigen mix heeft van lokale en internationale platforms voor nieuws. Zo heeft Google News een redelijk groot bereik in Portugal (naast het veel grotere door Portugal Telecom gerunde portal SAPO dat de belangrijkste online nieuwsbron is in termen van bereik), maar heeft het een heel klein bereik in het VK. ~~Traditionele scheidslijnen tussen media en diensten vervagen.~~ Het is steeds moeilijker om onderscheid te maken tussen aanbieders, omdat aanbieders functies combineren die voorheen gescheiden waren. Zo zijn 'born digital' traditionele aggregatoren eigen content gaan produceren (Huffington Post, Vice, BuzzFeed, etc.)²¹ en bieden zoek- en mailplatforms nieuws en entertainment aan. Ook ontwikkelen sociale media zoals Facebook en Snapchat diensten aan die het derden – waaronder persmedia – mogelijk maken om direct content te leveren aan gebruikers. Dat doet Snapchat met Discover, en Face-

14 Reuters Digital News Report 2016, Oxford: Reuters Institute for the Study of Journalism 2016, p. 58-59.

15 Reuters Digital News Report 2016, *supra* noot 14, p. 37.

16 Deloitte, *The impact of web traffic on revenues of traditional newspaper publishers. A study for France, Germany, Spain and the UK*, London 2016 (studie in opdracht van Google).

17 Deutscher Bundestag, 17er Wahlperiode, Drucksache 17/11470, p. 6.

18 Reuters

19 NERA, *Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual*,

Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEEPP), Madrid juli 2015.

20 Zie NERA rapport (*supra* noot 19) voor meerdere Spaanse voorbeelden, en voor Duitse voorbeelden: Bitkom, 'Ancillary Copyright for Publishers – Taking Stock in Germany', Berlin 2015. <<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Ancillary-Copyright-for-Publishers-Taking-Stock-in-Germany.html>>.

21 Reuters Digital News Report 2016, *supra* noot 13, p. 90-91.

book met Instant Articles. De idee is dat Facebookgebruikers zo nog meer binnen de ‘walled garden’ blijven. Voor uitgevers lijkt het een Faustiaans pact: een extra kanaal dat vrijwel onmisbaar is om jongere generaties te bereiken, een extra bron van advertentie-inkomsten, maar mogelijk kanibaliserend op eigen outlets (app, website) en onzekerheid of de merkfunctie van een krant of tijdschrift wel gehandhaafd kan blijven.

Het landschap aan aanbieders van informatiediensten is kortom hoogst divers, dynamisch en heeft per lidstaat een andere samenstelling. De afhankelijkheid van online display-advertising inkomsten (m.n. advertenties op websites) verschilt ook per dienst. Een van de redenen waarom aanbieders meer inzetten op betaalde content (via diverse soorten paywalls) is om die afhankelijkheid van advertentie-inkomsten te verminderen. Dat de advertentiemarkt grillig is merkt trouwens ook de muziekindustrie: die ontvangt een deel van de advertentie-inkomsten die YouTube genereert rond de plaatsing (door muzieklabels) van muziekvideo's. Dalende advertentietarieven zetten de inkomsten per video en daarmee de vergoeding onder druk. De muziekindustrie wil dat YouTube meer betaalt, omdat streaming diensten zoals Spotify, AppleMusic en Deezer dat ook doen;²² maar daar komt de afdracht uit (doorgaans 70% van de) groeiende abonnementsinkomsten.

Uitgeversrecht en uitingsvrijheid

Het Adem RI. Voorstel voorziet in een reproductierecht (art. 2 Auteursrechtlijn) en een beschikbaarstellingsrecht (art. 3 Auteursrechtlijn) van 20 jaar voor uitgevers van perspublicaties. De beperkingen die we (gaan) kennen uit het auteursrecht zijn ook op het uitgeversrecht van toepassing. Overweging 33 van het voorstel laat denken dat het begrip perspublicaties ‘alleen betrekking heeft op journalistieke publicaties, uitgegeven door een diensten-aanbieder, die in welke media dan ook periodiek of regelmatig worden bijgewerkt, met de bedoeling te informeren of te vermaken’, en noemt als voorbeelden ‘dag-, week- of maandbladen met een algemene of specifieke inhoud en websites voor nieuws’. Maar de definitie die artikel 2 lid 4 geeft van perspublicatie is veel ruimer²³: het hoeft niet uitsluitend om ‘literaire werken van journalistieke aard’ te gaan, de publicatie kan ook andere ‘werken of materialen’ bevatten. Ook hoeft de inhoud niet noodzakelijkerwijs uit nieuws te bestaan. Perspublicaties zijn kort gezegd verzamelingen van journalistieke werken of stukken (tekst, beeld, audio) van andere aard, die onder één titel verschij-

nen, periodiek of regelmatig geüpdated, met als doel informatie te verstrekken over ‘nieuws of andere onderwerpen’. Daaronder vallen naast kranten dus ook vaktijdschriften, blogs, allerhande websites, nieuwsbrieven en andere publicaties die op enige wijze verband houden met de maatschappelijke actualiteit. Volgens overweging 33 zouden academische en wetenschappelijke periodieken niet onder definitie vallen, maar die beperking is in artikel 2 lid 4 zelf niet te lezen. Wetenschappelijke uitgevers roepen onder-tussen al moord en brand over die uitsluiting, wat van de zijde van de universiteiten weer verbijsterde reacties oproept, gezien de inspanningen om open access voor wetenschappelijke publicaties tot norm te maken.²⁴

Welke publicaties precies beschermd zijn zal vooral afhangen van de vraag of de publicatie overwegend of misschien maar een beetje uit journalistieke ‘werken’ moet bestaan, of misschien zelfs helemaal niet. Aangezien aan het auteursrechtelijk oorspronkelijkheidsvereiste snel is voldaan, zal het vereiste dat de publicatie in ieder geval deels uit literaire werken bestaat – of het nu om een groot of klein aandeel gaat – geen noemenswaardige hindernis voor bescherming zijn. Wat kwalificeert als ‘journalistieke’ inhoud is echter een open vraag, die moeilijk te beantwoorden is zodra we het domein van de traditionele dagbladpers en (opinie)tijdschriften verlaten. Is een door software geproduceerd bericht over de kwartaalcijfers van een beursgenoteerde onderneming (zgn. ‘automated reporting’)²⁵ een journalistiek stuk? Is elke blogpost over een actueel onderwerp een ‘journalistiek’ stuk, of gelden er bepaalde eisen, en welke dan? Er bestaat geen eenduidige definitie van wat ‘journalistiek’ is, en het voorstel geeft geen aanwijzing wat er onder is te verstaan. Het ligt voor de hand dat het begrip (heel) ruim geïnterpreteerd zal worden, zeker als het Hof van Justitie EU aansluiting zoekt bij het begrip journalistiek zoals het dat bij zijn uitleg van artikel 9 van de Richtlijn beschermings persoonsgegevens (95/46/EG) heeft gegeven (dat de speciale positie regelt t.a.v. verwerkingen van persoonsgegevens voor journalistieke doeleinden). Volgens het Hof brengt het belang dat de vrijheid van meningsuiting mee dat het begrip journalistiek ruim geïnterpreteerd moet worden. Het Hof kent dan ook geen doorslaggevend belang toe aan het gebruikte medium (pers, radio en televisie, analogo of elektronisch), aan het bestaan van winstoogmerk of organisatievorm (als mediaonderneming). Journalistieke activiteiten zijn die welke ‘de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben, ongeacht het overdrachtsmedium’.²⁶ Dat is wel een erg ruime opvatting, die toegepast op het uitgeversrecht-



22 *Financial Times* 9 december 2016, ‘Music labels go gaga over rising revenue stream’.

23 Artikel 2 lid 4 Adem RI. Voorstel: ‘perspublicatie’: een vastlegging van een verzameling literaire werken van journalistieke aard, die ook andere werken of materialen kan omvatten en die een afzonderlijk element onder één titel vormt in een periodiek uitgegeven of regelmatig bijgewerkte publicatie, zoals een krant of een tijdschrift met een algemene of specifieke inhoud, met als doel informatie te verstrekken over nieuws of andere onderwerpen en die via een of ander medium wordt gepubliceerd op initiatief van of onder redactionele verant-

woordelijkheid en controle van een dienstverlener.

24 LERU, ‘What kind of world is STM living in?’, 19 sep. 2016. <<http://www.leru.org/index.php/public/news/what-kind-of-world-is-stm-living-in/>>.

25 Bij automated reporting worden berichten geschreven door software, die gestructureerde data gevoerd krijgt. Zie voor cases ‘Natural Language Generation and the AP’, *Automated Insights*, 2016. <<https://automatedinsights.com/ap/>>.

26 HvJEU 16.12.2008, zaak C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 (Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy), r.o. 58-61.

~~voorstel maakt dat de toevoeging 'journalistiek' nauwelijks waarde heeft buiten het uitsluiten van reclame en fictie.~~

Het belang voor de democratie van een gezonde (onafhankelijke) pers is onomstreden. Niet voor niks heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in ruim een halve eeuw rechtspraak de bescherming die de pers in zijn functie als publieke waakhond verdient uitgewerkt als belangrijk aspect van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Via de schakelbepaling van artikel 52 Handvest voor de grondrechten speelt de vrijheid van meningsuiting zoals uitgelegd door het EHRM een cruciale rol bij regelgevend optreden van de Europese instellingen. De fundamentele rechten van het Handvest (waaronder de vrijheid van meningsuiting, art. 11) dienen net zo uitgelegd te worden als de corresponderende rechten uit het EVRM.²⁷ De EU wetgever moet ervoor zorgen dat secundaire regelgeving het recht op vrijheid van meningsuiting respecteert, op straffe van (uiteindelijk) ongeldigverklaring door het Hof van Justitie. Vandaar ook dat de toelichting op elk voorstel dat uit Brussel komt een grondrechtenparagraaf bevat.

Grondrechtenparagraaf richtlijnvoorstel

In de paar regels die de grondrechtenparagraaf bij het Adem RI. Voorstel telt is niets specifiek te lezen over het uitgeversrecht. ~~Het primaire positieve effect dat verwacht wordt is namelijk op de bescherming van eigendom, en wel door de verbetering van de onderhandelingspositie van auteurs en uitvoerende kunstenaars en door de controle die rechthebbenden hebben over het gebruik van hun auteursrechtelijk beschermde inhoud.~~ De grondrechtenparagraaf signaleert dat de richtlijn slechts 'een beperkt effect' zal hebben op (o.a.) de vrijheid van meningsuiting en informatie. Mogelijk refereert de passage die verklaart dat 'de maatregelen ter verbetering van de licentiepraktijken' een versterkend positief effect zullen hebben (ook) aan het nieuwe uitgeversrecht. Een aangedragen rechtvaardiging ervoor is immers dat een eigen recht het makkelijker maakt voor uitgevers om auteursrechtelijk beschermde inhoud te licentiëren. ~~Maar dan~~ hebben we het niet over de vrijheid van meningsuiting, maar over de bescherming van (intellectuele) eigendom als grondrecht.

In overweging 31 van het richtlijnvoorstel wordt de relatie uitgeversrecht en uitingvrijheid wel gelegd.²⁸ Samengevat zegt die overweging: een vrije en pluriforme pers is belangrijk want zij levert een fundamentele bijdrage aan het publiek debat; uitgevers die moeten overschakelen van

print naar digitaal worstelen met licentieverlening voor online gebruik van hun publicaties omdat zij niet (zelfstandig) als rechthebbenden worden erkend. In deze overweging is een hoop te lezen. Dat uitgevers die 'born digital' zijn geen problemen hebben met licentieverlening voor online gebruik? Dat een eigen recht voor printuitgevers zorgt voor efficiëntere licentieverlening en voor meer inkomsten opzichte van de huidige situatie waarbij uitgevers het van auteursrecht (en databankenrecht) moeten hebben? Dat die inkomsten leiden tot overleving van traditionele uitgevers? Dat ~~dat~~ pluriformiteit ten goede komt?

De oorzakelijke verbanden vliegen om ons de oren, maar of ze ook bestaán is vers twee. ~~Waarom zouden uitgevers meer licentie-inkomsten genereren met een 'eigen' recht dan op basis van de auteursrechten die ze nu al controleren, op basis van werkgeversauteursrecht, overdracht, of licenties met freelancers? Leidt een extra laag rechten tot meer inkomsten als die bij dezelfde doelgroep vandaan moet komen, of is het lood om oud ijzer? Of veroorzaakt een extra recht misschien juist hogere licentiekosten en netto minder opbrengsten (de auteursrechten moeten immers ook afgedekt blijven)? Kunnen de extra inkomsten ooit zo groot zijn dat ze daadwerkelijk instrumenteel zijn in de overleving van traditionele uitgevers? Spoort de introductie van een extra laag rechten nieuwe markttoetreders aan? Leidt het bestaan van meer partijen op de markt tot een pluriformer aanbod? Op al deze vragen zal men in de Impact Assessment vergeefs een fatsoenlijk onderbouwd antwoord vinden.~~

Mediapluriformiteit

Media pluriformiteit heeft verschillende dimensies. Pluriformiteit kan verstaan worden in *culturele* zin als een divers aanbod (variatie van inhoud), in *politieke* zin als diversiteit aan toegang (open voor politieke, maatschappelijke, culturele groepen en stromingen), maar ook in *economische* zin, als markten met een veelvoud aan aanbieders.²⁹ Die laatste vorm kennen we vooral als object van mediaconcentratie-regulering. De Nederlandse dagbladenmarkt kent een hoge mate van concentratie: de drie grootste aanbieders – De Persgroep, Telegraaf Media Groep en het (veel) kleinere Mediahuis – controleren bijna 90% van de dagbladmarkt.³⁰ Op de tijdschriftenmarkt nemen omroepbladen (14 titels in 2015) ruim een kwart van de (print) oplage voor hun rekening, vrouwenbladen een vijfde (23 titels in dit segment, waar Sanoma de helft van de oplage controleert); de 5 opiniebladen zijn goed voor nog geen 2% van de totale tijdschriftenoplage.³¹

27 Ik laat de discussie over de verhouding tussen het Hof van Justitie EU en het EHRM hier even buiten beschouwing.

28 Ov. 31 Adem RI. Voorstel: 'Een vrije en pluralistische pers is van essentieel belang voor de kwaliteit van de journalistiek en de toegang van burgers tot informatie. Zij levert een fundamentele bijdrage tot het publieke debat en de goede werking van een democratische samenleving. Bij de overgang van de drukpers naar de digitale media worden persuitgevers geconfronteerd met problemen om licenties te verlenen voor onlinegebruik van hun publicaties en daarbij hun investeringen

terug te verdienen. Aangezien uitgevers van perspublicaties niet als rechthebbenden worden erkend, is het verlenen en het handhaven van licenties in de digitale omgeving vaak complex en inefficiënt.'

29 E.J. Dommering, 'General introduction', in O. Castendyk, E.J. Dommering and A. Scheuer, *European Media Law*, Kluwer Law International, 2008.

30 Commissariaat voor de Media, *Mediamonitor 2015*, <<http://www.mediamonitor.nl/mediamarkten/dagbladen/dagbladen-in-2015/>>.

31 Commissariaat voor de Media, *Mediamonitor 2015*, <<http://www.mediamonitor.nl/mediamarkten/tijdschriften/tijdschriften-in-2015/>>.

Het is onduidelijk op welke vorm van pluriformiteit het voorstel precies ziet: de Europese Commissie rept in de toelichting van een verwachte positieve impact op de productie en beschikbaarheid van content en op 'media-pluriformiteit'.³² Dat de introductie van een nieuw recht voor uitgevers de pluriformiteit van *toegang* zou helpen waarborgen lijkt uitgesloten. Of meer IE dienstig is aan een gevarieerder *aanbod* (en zelfs van 'kwaliteitsjournalistiek') is, zoals ik boven aangaf, ook maar de vraag. Zou het uitgeversrecht dan leiden tot meer uitgevers (markt pluriformiteit)? De Europese Commissie lijkt er hooguit vanuit te gaan dat het bestaande traditionele uitgevers helpt overleven; maar gezien de aard van de structurele veranderingen op advertentiemarkten die ik eerder beschreef is het onwaarschijnlijk dat een stijging van neveninkomsten – zo het eigen recht die al zou opleveren – zoden aan de dijk gaat zetten. Bovendien is het op z'n zachtst gezegd niet plausibel dat er een causale relatie is tussen verruiming van intellectuele eigendomsrechten en het uitblijven van mediaconcentratie.

Het beroep op pluriformiteit komt al met al voor als een gelegenheidsargument dat bovendien niet onderbouwd wordt. Is dat problematisch? Het getuigt van een weinig serieuze omgang met de uitingsvrijheidsdimensie van het voorstel. Wat verder opvalt is dat de mogelijke nadelen van een nieuw IE recht voor de vrijheid van meningsuiting totaal buiten beschouwing blijven. Vandaar een blik op die andere kant. Wat daarbij belangrijk is om in het achterhoofd te houden, is dat het uitgeversrecht niet alleen in potentie op heel veel (online)content van toepassing is, en er dus veel rechthebbenden zijn, maar ook dat het een heel ruim recht is. Er geldt geen oorspronkelijkheidsvereiste zoals in het auteursrecht (of een substantieel investeringsvereiste zoals in het databankenrecht). Het reproductierecht heeft daardoor geen 'interne rem'. Bij auteursrechtelijk beschermde werken staat het vrij om onbeschermde elementen over te nemen, alleen overname van wat oorspronkelijk is aan het werk mag niet. Bij het uitgeversrecht wordt elke overname voor digitaal gebruik, hoe klein ook, aan toestemming onderworpen tenzij er een beroep op een beperking kan worden gedaan (zoals het citaatrecht). Het enige dat vrij blijft is de kale hyperlink, voor zover het Hof van Justitie die niet als een mededeling aan het publiek beschouwt.

Een uitgeversrecht als beperking van de uitingsvrijheid

Het uitgeversrecht is een exclusief recht op informatie. De

introductie ervan is op zichzelf genomen al een beperking op de vrijheid van meningsuiting. In zijn *Recommendation on a new notion of media*,³³ signaleert de Raad van Europa dat het medialandschap continu verandert en dat er met de opkomst van internet – het web vooral – een hoop nieuwe soorten actoren zijn ontstaan. Traditionele rollen veranderen, nieuwe aanbieders nemen bepaalde functies over op het gebied van productie en verspreiding van media, en bovendien kunnen die rollen makkelijk en naadloos evolueren of veranderen. De Raad dringt er daarom op aan dat 'regulatory responses [to changes in the media ecosystem; mve] should therefore respond to a pressing social need and, having regard to their tangible impact, they should be proportional to the aim pursued.' In andere woorden, ook een uitgeversrecht moet voldoen aan de voorwaarden die lid 2 van artikel 10 EVRM stelt: de beperking moet voorzien zijn bij wet, een legitiem belang dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving d.w.z. voorzien in een dringende maatschappelijke behoefte en proportioneel in relatie tot het te bereiken doel.

~~De problemen met het voorstel zitten vooral in dat laatste vereiste: de 'pressing social need' die ingrijpen rechtvaardigt op de wijze waarop de Europese Commissie voorstelt: is het uitgeversrecht een proportioneel instrument in het licht van het ermee te bereiken doel en de impact die het heeft op de vrijheid van anderen? Omdat het bij persmedia doorgaans juist gaat om politieke informatie en andere informatie die relevant is voor het publiek debat, geldt daar de strengste maatstaf: landen hebben minder ruimte om die afweging op hun manier te maken.~~³⁴

De uitingsvrijheid dekt alle fasen van het communicatieproces, van het stadium van het garen van informatie, productie, via communicatie tot ontvangst. Allerhande actoren in het medialandschap kunnen beperkt worden in hun vrijheid als er toestemming vereist is van uitgevers om zelfs maar het kleinste beetje materiaal te gebruiken, voor welk doel dan ook. Het EHRM heeft herhaaldelijk benadrukt hoe belangrijk internet is als een middel voor publiek debat en hoe belangrijk de rol van sociale media is voor de uitoefening van het recht op uitingsvrijheid.³⁶ Verandert het nieuwe recht niets aan wat al mag op grond van het auteursrecht, dan functioneert het dus uitsluitend als een (indirect) middel om auteursrechten te handhaven, en kan men vragen stellen bij de noodzakelijkheid ervan. Als er een handhavingprobleem voor traditionele uitgevers is, zijn daarvoor wel andere minder ingrijpende oplossingen denkbaar, op het terrein van procesrecht of bewijsvermoedens bijvoorbeeld.

32 Adem RI. Voorstel, p. 3.

33 Council of Europe Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies).

34 P. Cumper, 'Article 10: freedom of expression', in Harris et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2014. Het centrale belang van publiek debat in de democratie brengt volgens het EHRM mee dat er 'is little scope under article 10 § 2 of the Con-

vention for restrictions on political speech or on debate on questions of public interest.' 3535 EHRM 23.04.1992, no. 11798/85, ECLI:CE:ECHR:1992:0423JUD001179885 (Castells v. Spanje).

36 Zie EHRM 18.12.2012, no. 31111/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (*Yildirim*); EHRM 1.12.2015, no. 48226/10 en 14027/11, ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD0004822610 (*Cengiz a.o. v. Turkije*); EHRM 22.4.2013, no. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International*).

Gaat het recht echter verder dan het auteursrecht (inclusief beperkingen) dan dringt zich de vraag op of het werkelijk doel (de mogelijkheid van een extra inkomstenbron creëren voor traditionele persmedia?) het middel wel rechtvaardigt. Het gegeven dat het auteursrecht juist aan feiten en korte nieuwsberichten bescherming weigert in het belang van de vrije informatiestroom pleit ertegen om dat via de band van een uitgeversrecht ongedaan te maken (vgl. ook art. 2(8) Berner Conventie, dat 'news of the day' en 'items of mere press information' uitsluit van auteursrechtelijke bescherming). Bovendien is het zoals we gezien hebben in het licht van bestaande machtsverhoudingen niet waarschijnlijk dat een extra recht überhaupt tot significant meer inkomsten leidt. De Duitse geschiedenis is daarvan een goed recent voorbeeld. De proportionaliteit van het voorstel is ook op dit aspect problematisch.

Wat betreft het effect op actoren in het medialandschap verdient de positie van journalisten aparte aandacht. Het feit dat uitgevers hun eigen recht straks kunnen invoeren tegen de freelance journalisten en andere makers die voor ze werken, zal de toch al zwakke positie van auteurs in het media ecosysteem verder ondergraven. Journalisten protesteren nu al tegen wurgcontracten die met name freelancers opgelegd krijgen van dagbladen en tijdschriften (on- en offline).³⁷ Weliswaar kan het uitgeversrecht volgens artikel 11(2) Adem RI voorstel niet worden ingeroepen tegen auteurs en andere rechthebbenden, maar daarvan kan bij overeenkomst worden afgeweken. Artikel 11(2) zal in de praktijk dus geen bescherming bieden tegen acties van uitgevers die resulteren in verminderde exposure voor de journalist (in de vorm van links, verwijzingen, aanhalingen, etc.). Juist in de digitale omgeving is echter maximale zichtbaarheid van groot belang voor de individuele journalist.³⁸ Hoe meer er gelinkt, geliked, gerefereerd, geklikt wordt, hoe groter de kans op nieuwe opdrachten.

Ook nieuwe aanbieders van nieuws en journalistiek vrezen dat het uitgeversrecht hun werk moeilijker vindbaar maakt, dat er minder naar verwezen wordt en dat het in hun nadeel werkt omdat als het al tot inkomsten leidt, die vooral (of uitsluitend) bij grote 'legacy' uitgevers terecht komen.³⁹

Samengevat, vanuit het perspectief van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting schiet de onderbouwing van het Commissievoorstel zwaar tekort. Die gebrekkige onderbouwing roept ook vragen op met betrekking tot de regelgevende bevoegdheid van de EU op dit thema, en met

name wat betreft de proportionaliteit van de voorgestelde maatregel als antwoord op een (veronderstelde) tekortkoming in de interne markt, maar dat is een ander chapter.⁴⁰ Het gebrek aan onderbouwing is alarmerend, niet in de laatste plaats omdat als het uitgeversrecht er eenmaal is, het vrijwel onmogelijk zal zijn om het af te schaffen als blijkt dat het negatieve effecten heeft op de vrijheid van meningsuiting en niet de door de Commissie verwachte positieve effecten oplevert. Als intellectueel eigendomsrecht geniet het uitgeversrecht dan immers zelf bescherming onder het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest.

Bevindingen

In de afgelopen eeuw waren kranten en in mindere mate (publieks)tijdschriften dominante 'gatekeepers': voor consumenten naar nieuws, opinie en infotainment, voor adverteerders naar een massapubliek. Die macht is sterk uitgehold. Het is moeilijk in te zien hoe een uitgeversrecht op perspublicaties dat bovenop al bestaand auteursrecht en databankenrecht komt, daarin verandering kan brengen. Intellectuele eigendom is geen verdienmodel. Het brengt geen betalende lezers of adverteerders. Laat staan dat er een direct oorzakelijk verband is tussen meer IE-rechten voor uitgevers en een pluriforme kwaliteitspers. Er is eerder reden te vrezen voor een tegenovergesteld effect: dat de introductie van nieuwe rechten vooral grote mediaconcerns ten goede zal komen, terwijl het voor nieuwe aanbieders een rem zet op de vind- en zichtbaarheid online en daarmee op hun overlevingskansen. Er zal ook een *chilling effect* uitgaan van het reproductierecht, dat in tegenstelling tot bij oorspronkelijke werken vrijwel oeverloos is voor perspublicaties. In combinatie met het mededelingsrecht moet er voor zo'n beetje elk gebruik dat verder gaat dan kaal hyperlinken (URL zonder context) straks toestemming gevraagd worden. Die beperking geldt ook voor 'traditionele' media zelf overigens: voor zo'n 60% van de journalisten zijn social media zoals Twitter en Facebook nu al de belangrijkste bron van informatie.⁴¹

De poging om traditionele vormen van journalistiek (het dagblad, weekblad) in een wettelijk te beschermen object te persen leidt niet alleen tot negatieve spill-overs, maar is ook een achterhoedegevecht. Daarop duiden ook belangrijke trends die worden gesignaleerd in het grote 'Scenario onderzoek' naar de toekomst van de journalistiek van het Stimuleringsfonds voor de Journalistiek: consumenten

37 Zie <http://www.ifj.org/campaigns/fair-contracts-for-journalists/>

38 A. Christin, Clicks or Pulitzers? Web Journalists and Their Work in the United States and France. 2014.

39 AEEP et al., 'Open letter to Vice-President Ansip a.o.', 4 Dec. 2015.; IGL 2016 Initiative gegen ein Leistungsschutzrecht, 'Hintergrund' 2016 < >; Stefan Niggemeier, 'Hamburger Bankrott-Erklärung'.

40 Voor een uitgebreide analyse, zie A. Ramalho, 'The Competence of the EU to Create a Neighbouring Right for Publishers' (September 15, 2016). <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2842313>>. Voor de vraag in hoeverre lidstaten nog vrijheid hebben om eigen rechten te introduceren: E. Rosati, 'Neighbouring Rights for Publishers: Are National and

(Possible) EU Initiatives Lawful?', *IIC* 2016, 569. Een kritische analyse van de Spaanse aanpassing van het citaatrecht, dat een vergoedingsplicht introduceerde voor zoekmachines en andere dienstverleners: Xalabarder, R., 'The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law', Working Paper Series WP14-004. Universitat Oberta de Catalunya, 2014.

<<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2504596>>.
41 Commissariaat voor de Media, 'Mediamonitor – Trends in 2015' (*supra* noot 11).

prefereren ontbundelde producten (geen krant als geheel maar individuele stukken) en ‘snacken’ meer; nieuwsconsumptie is geen passieve maar een actieve bezigheid waarbij lezers cliken, liken, doorsturen, becommentariëren; het aanbod van informatie wordt met behulp van data-analyse en algoritmes afgestemd op het individu (gepersonaliseerd, d.w.z. weg van één identieke publicatie voor een massapubliek); beeld wordt steeds belangrijker; welk nieuws de boventoon voert is niet langer een uitkomst van redactionele keuzes maar van algoritmes. Bij dat al zou de overheid onmachtig zijn ten opzichte van de invloed van technologiegiganten.⁴² Beter ware het dus als de Europese Commissie zich richt op beleid dat de functie van de pers versterkt. Dat inzicht is in Nederland overigens niet nieuw: de WRR adviseerde tien jaar geleden al in deze trant wat betreft de publieke omroep,⁴³ en in reactie op het rapport van de Commissie Brinkman sprak het Stimuleringsfonds voor de Pers⁴⁴ (voorganger van het Stimuleringsfonds voor de Journalistiek) zich uit voor eenzelfde benadering ten aanzien van de pers. Ondertussen lijkt staatssecretaris Dekker welwillend te staan tegenover de onlangs aangenomen motie waarbij wordt verzocht om verder onderzoek naar de toekomst van de onafhankelijke journalistiek in Nederland.⁴⁵ Misschien moet de rol van intellectuele eigendomsrechten daarin ook maar een plaats krijgen. Zelfs of zeker als het uitgeversrecht er komt.

42 A. Kasem, M.J.F. van Waes, K.C.M.E. Wannet, *Anders nog nieuws? Scenario's voor de toekomst van de journalistiek*, Amsterdam: SFDJ 2015.

43 WRR, *Focus op functies: uitdagingen voor een toekomstbestendig media-beleid*, WRR rapport 71, Amsterdam: AUP 2005.

44 *Kamerstukken II*, 2008/09, 31777 nr. 18 met bijlage.

45 *Kamerstukken II*, 2016/17, 34 550 VIII, nr. 97; *Kamerstukken II*, 2016/17, 34550-VIII nr. 82 Motie van de leden Pieter Heerma en Mohandis over nieuw onderzoek naar de toekomst van onafhankelijke journalistiek (aangenomen 6 december 2016).

Recht op eigen taart

D.J.G. Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam.

Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen

De Europese Commissie stelt voor om een nieuw naburig recht te introduceren voor uitgevers van perspublicaties. In deze bijdrage wordt dat voorstel kritisch besproken en wordt gekeken wat de ervaringen zijn met andere naburige rechten.

Inleiding

“Een vrije en pluralistische pers is van essentieel belang voor de kwaliteit van de journalistiek en de toegang van burgers tot informatie. Zij levert een fundamentele bijdrage tot het publieke debat en de goede werking van een democratische samenleving.”¹

Dat klopt. En dagbladuitgevers hebben het moeilijk. Er staat veel nieuws gratis op internet. Het is moeilijk geld te verdienen met gratis nieuws op internet. Hyperlinken maakt het mogelijk toegang te bieden tot nieuws van derden. Mensen zijn niet erg bereid om te betalen voor ‘kaal’ digitaal nieuws. Voor duiding en achtergronden is men misschien wel bereid om te (gaan) betalen, als de betaling maar gemakkelijk genoeg is.

Op 14 september 2016 heeft de Europese Commissie een voorstel bekend gemaakt voor ‘een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt’.² In artikel 11 van die richtlijn is een voorstel opgenomen voor een nieuw naburig uitgeversrecht voor perspublicaties. Dit voorstel is geïnspireerd op het in Duitsland sinds 2013 bestaande en aldaar zeer omstreden Leistungsschutzrecht für Presseverleger,³ maar wijkt daar op veel punten van af.

In deze bijdrage wordt de reikwijdte van het voorgestelde recht kritisch besproken, wordt bezien wat uitgevers er aan hebben en wat in de praktijk de functie is van de andere naburige rechten die in de loop der jaren zijn geïntroduceerd. Wie heeft er recht op een stuk van de taart? Komt er meer taart? Wordt de taart anders verdeeld?

Voorwerp van bescherming

De titel van het nieuwe recht is: ‘Bescherming van perspublicaties met betrekking tot digitale toepassingen’. Letterlijk genomen is het eerste probleem duidelijk: moeten producten van de drukpers beschermd worden tegen digitale toepassingen? In een eerder uitgelekt voorstel ging het om ‘nieuwspublicaties’. Dat was enerzijds een betere titel. Het gaat om nieuwsuitgevers. Anderzijds kleeft aan de aanduiding ‘nieuws’ het nadeel dat de gepretendeerde kwaliteit van journalistiek er niet mee tot uitdrukking wordt gebracht. Met de term ‘pers’ wordt niet de drukpers bedoeld, maar de vrije, pluralistische kwaliteitsjournalistiek. Zie de boven geciteerde overweging 31.

‘Perspublicaties’ omvat alleen ‘journalistieke publicaties, uitgegeven door een dienstenaanbieder, die in welke media dan ook periodiek of regelmatig worden bijgewerkt, met de bedoeling te informeren of te vermaken. Dergelijke publicaties omvatten bijvoorbeeld dag-, week- of maandbladen met een algemene of specifieke inhoud en websites voor nieuws. Periodieke publicaties die voor wetenschappelijk of academische doeleinden worden uitgegeven, zoals wetenschappelijke bladen, mogen niet vallen onder de bescherming die krachtens deze richtlijn aan perspublicaties wordt verleend.’ (ov. 33).

Het kwaliteitselement zit in het woord ‘journalistiek’. Het verdient bescherming omdat het ‘journalistiek’ is. Wat dat precies is, wordt niet gedefinieerd. In het Duitse voorbeeld wordt gesproken van ‘Artikel und Abbildungen, die der Informationsvermittlung, Meinungsbildung oder Unterhaltung dienen’. Het lijkt er op dat het alleen gaat om tekst

1 Ov. 31 bij het in de volgende noot genoemde richtlijn voorstel.

2 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt- COM(2016)593 (‘DSM-richtlijn’).

3 Art. 87f UrhG. Ten aanzien van de discussie in Duitsland zie M. Stieper, ‘Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger nach dem Regierungs-

entwurf zum 7. UrhRÄndG’, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2013, 10; K.N. Peifer, ‘Leistungsschutzrecht für Presseverleger – „Zombie im Paragrafen-Dschungel“ oder Retter in der Not?’, *GRUR Prax* 2013, 149; J. Ensthaler/H. Blanz, ‘Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Notwendiger Schutz von Presseverlagen im Internet oder systemwidriger Eingriff in die Informationsfreiheit?’, *GRUR* 2012, 1104.

en (stilstaand) beeld, met name foto's. Dit is ook aannemelijk omdat er voor geluid en bewegend beeld al verschillende andere naburige rechten bestaan (het recht van de fonogrammenproducenten, het recht van de eerste vastleggingen van films en het recht van de omroeporganisatie). Ook de aanduidingen 'publicatie' en 'uitgever' wijzen in die richting. Het gaat dus om nieuwsteksten, nieuwsfoto's en ander stilstaand beeld zoals infographics, spotprenten, strips en andere tekeningen.

Inhoud van het recht

*“De lidstaten verlenen uitgevers van perspublicaties de in artikel 2 en artikel 3 lid 2 van [de Auteursrecht] Richtlijn 2001/29/EG bedoelde rechten voor het digitale gebruik van hun perspublicaties”.*⁴

Het voorgestelde recht omvat dus het reproductierecht en het recht van 'mededeling aan het publiek' in de variant van (online) 'beschikbaarstelling voor het publiek'.⁵ En alle beperkingen van de Auteursrechtlijn en de Verweesde werken richtlijn zijn er op van toepassing.⁶ Inhoudelijk is het voorgestelde recht dus identiek aan het auteursrecht, zij het dat het tot digitaal gebruik beperkt is. Het is niet ruimer en het is niet beperkter.

(Onjuiste) Omschrijving van het probleem

“Bij de overgang van de drukpers naar de digitale media worden persuitgevers geconfronteerd met problemen om licenties te verlenen voor onlinegebruik van hun publicaties en daarbij hun investeringen terug te verdienen. Aangezien uitgevers van perspublicaties niet als rechthebbers worden erkend, is het verlenen en het handhaven van licenties in de digitale omgeving vaak complex en inefficiënt” (ov. 31).

Deze omschrijving van het probleem is onjuist. Er is minder vraag naar betaald nieuws op internet, omdat er zoveel gratis nieuws op internet is. De enige manier om geld te verdienen aan gratis nieuws op internet is als er reclame om heen staat en er zoveel mogelijk bezoekers op af komen. Om zoveel mogelijk bezoekers te krijgen moet er veel naar worden gehyperlinked en moet het optimaal vindbaar zijn via zoekmachines. En dan nog valt er in de meeste gevallen veel minder geld mee te verdienen dan twintig jaar geleden met betaalde papieren kranten.

Het gaat dus niet om 'problemen om licenties te verlenen voor onlinegebruik van hun publicaties', maar om het feit dat consumenten niet of veel minder voor nieuws willen

betalen. In zijn algemeenheid onjuist is de stelling dat 'het verlenen en het handhaven van licenties in de digitale omgeving' een probleem is ('complex en inefficiënt') omdat 'uitgevers van perspublicaties niet als rechthebbers worden erkend'. Dat is zeker niet de kern van het probleem. Uitgevers hebben prima contracten met al hun werknemers en freelancers, schrijvers en fotografen, waardoor zij kunnen beschikken over alle auteursrechten die zij nodig hebben en alle licenties kunnen afsluiten die afgesloten kunnen worden.

Het voordeel van een eigen recht is wel dat in concrete gevallen de *chain of title* niet bewezen hoeft te worden wanneer tegen inbreuk wordt opgetreden. Dit voordeel rechtvaardigt m.i. op zich echter niet de invoering van een eigen recht. Uitgevers beschikken al over databankrechten waardoor zij 'hergebruik' kunnen verbieden, waarover straks meer.

Hyperlinken

Allereerst is van belang dat momenteel op basis van het auteursrecht hyperlinken naar openbare (niet-wachtwoord- of betaalmuur-beveiligde) websites met legaal aanbod niet kan worden verboden. Dat heeft het HvJ EU beslist in zijn *Svensson-arrest*⁷ en bevestigd in zijn *Bestwater-beschikking*⁸ en zijn *GS Media-arrest*⁹, zelfs als het *framed* gebeurt. Dat laatste blijft overigens een zeer aanvechtbare beslissing. Hyperlinken naar legale bron vormt in beginsel geen mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 Auteursrechtlijn. En er is bij hyperlinken ook geen sprake van een reproductie in de zin van art. 2 Auteursrechtlijn. En dat zijn wel de enige twee rechten die het voorgestelde nieuwe recht omvat. Aan het slot van overweging 33 wordt nog eens benadrukt: *“Deze bescherming strekt zich niet uit tot handelingen van hyperlinking die geen mededeling aan het publiek vormen.”* Weliswaar is verzet wel mogelijk tegen handelingen van hyperlinking die wél een openbaarmaking opleveren, maar dat geldt alleen voor links naar illegale bronnen of bronnen achter een betaalmuur en die kunnen op basis van het auteursrecht al worden verboden. Bij nieuws gaat het nu juist om legale bronnen.

Tekst bij hyperlinks

Het gaat in de Duitse praktijk om de mogelijkheid begeleidende tekst bij hyperlinks te verbieden. Vermoedelijk is het de bedoeling dat het onder het door de Commissie voorgestelde recht ook zo zal werken. In Nederland wordt soms wel aangenomen dat overgenomen tekstfragmenten bij hyperlinks die een indicatie geven van waar de hyperlink

4 Art. 11 lid 1 DSM-richtlijn.

5 '[D]e beschikbaarstelling voor het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en t[em]p[or]e toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden', art. 3 lid 2 Arl.

6 Art. 11 lid 3 DSM-richtlijn: 'De artikelen 5 tot en met 8 van Richtlijn 2001/29/EG en Richtlijn 2012/28/EU zijn van overeenkomstige toepas-

sing op de in lid 1 bedoelde rechten'.

7 HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 (*Svensson/Retriever*).

8 HvJ EU 21 oktober 2014, C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 (*BestWater*).

9 HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:221 (*GS Media*).

naartoe leidt, onder het citaatrecht vallen.¹⁰ Maar De Zwaan heeft overtuigend aangetoond dat deze interpretatie wel erg veel af staat van de traditionele betekenis van citaatrecht met zijn context vereiste.¹¹ Het is daarom zeer de vraag of een dergelijke interpretatie Auteursrecht-richtlijn-conform is. In Duitsland zijn het juist deze tekstfragmenten die onder het uitgeversrecht vallen, voor zover ze meer dan zeven woorden bevatten.¹² Thans wordt door de Commissie voorgesteld dat alle beperkingen die voor het auteursrecht gelden, ook voor het nieuwe uitgeversrecht moeten gelden.¹³ Het Hof van Justitie van de EU heeft zich nog niet uitgesproken over de toepasselijkheid van het citaatrecht op omschrijvingen bij hyperlinks. Als teksten bij hyperlinks inderdaad onder het citaatrecht vallen, is het nu voorgestelde uitgeversrecht ook op dit punt een lege dop. Is dat niet het geval, dan kunnen uitgevers zich nu al effectief op het auteursrecht beroepen. Dit is misschien een mogelijkheid voor uitgevers om op te treden tegen al te parasitair gebruik van korte teksten bij hyperlinks.

Sommige websites eten wel erg veel taart van andermans taart zonder er iets voor te doen.

Dedicated zoekmachines

Uitgevers hebben waarschijnlijk het recht om op grond van het databankenrecht bezwaar te maken tegen *dedicated search engines* en websites die daar sterk op lijken. Dit volgt uit het *Innoweb/Wegener*-arrest van het Hof van Justitie van de EU ook wel bekend onder de naam van de betrokken website: *gaspedaal.nl*.¹⁴ Het Hof heeft in dat arrest geoordeeld dat er in dat soort gevallen sprake is van 'hergebruik'. Het is niet zeker dat het Hof in iets afwijkende gevallen tot hetzelfde oordeel komt, maar de kans daarop is wel aanwezig. Een *dedicated* nieuwssite zonder eigen nieuws, maar met uitsluitend links naar een beperkt aantal andere nieuwssites is in hoge mate parasitair. Over *gaspedaal* oordeelt het Hof EU:

“Bovendien is de relevante activiteit van de exploitant van een dedicated metazoekmachine als die in het hoofdgeding, te weten het online op internet plaatsen van die metazoekmachine, vergelijkbaar met de in punt 42 van de considerans van richtlijn 96/9 bedoelde fabricage van een parasiterend concurrerend product, zonder dat echter de gegevens van de betrokken databank worden gekopi-

eerd. Gelet op de geboden zoekmogelijkheden lijkt een dergelijke dedicated metazoekmachine immers op een databank, zonder evenwel zelf over gegevens te beschikken. (onderstreept toegevoegd)”

Van een *dedicated* nieuwssite zonder eigen nieuws kan hetzelfde gezegd worden. Mogelijk durven uitgevers ook die zoekmachines mogelijk niet aan te pakken. Misschien hebben ze ook die traffic nodig.

Ervaring Duitsland

In Duitsland is het *Leistungsschutzrecht* vormgegeven als een algemeen naburig verbodsrecht op persuitgaven, zoals blijkt uit de eerste zin van para. 87f Urhg lid 1:

“Der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) hat das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textauschnitte.“

Maar uit de eerste zin para. 87g lid 4 blijkt dat dat recht alleen kan worden ingeroepen tegen commerciële zoekmachines en content aggregators:

“Zulässig ist die öffentliche Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen oder Teilen hiervon, soweit sie nicht durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen oder gewerbliche Anbieter von Diensten erfolgt, die Inhalte entsprechend aufbereiten.“

De focus op Google en met name Google News was en is overduidelijk.

De ervaring in Duitsland leert dat uitgevers het zich niet kunnen permitteren om het auteursrecht, het databankenrecht of het daar bestaande uitgeversrecht in te roepen tegen Google, omdat zij het internetverkeer dat Google-links opleveren niet kunnen missen.¹⁵ In Duitsland hebben veel uitgevers hun uitgeversrechten overgedragen aan een collectieve belangenorganisatie genaamd VG Media.¹⁶ Nadat Google bedreigd had geen beschrijvende teksten meer bij de zoekresultaten met hyperlinks op te nemen, heeft VG Media aan Google een gratis licentie verleend. De uitgevers hebben vervolgens bij het Landgericht Berlijn een vordering

0 Hof Arnhem 4 juli 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY0089 (*Zoekallemhuizen.nl*). In navolging van die zaak werd in een andere zaak gevorderd fragmenten bij hyperlinks van meer dan 155 tekens te verbieden. Dat verbod werd toegewezen. V.zr. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BB1207 (*Stichting Baas In Eigen Huis / Plazacasa B.V.; Jaap.nl*). Sindsdien geldt 155 tekens als vuistregel, in ieder geval bij dat soort onroerend goed zoekmachines.

11 M.R. de Zwaan, 'Ruimte in het citaatrecht in Europa? Zoekmachine vindt niets bij 'search naar flexibiliteiten', *AMI* 2012/4, p. 141-148.

12 Schiedsstelle DPMA Einigungsvorschlag 24 september 2015: "Die Schiedsstelle schlägt eine feste Obergrenze von sieben Wörtern unter Ausschluss der Suchbegriffe vor". [https://www.dpma.de/service/dasdpmainformiert/hinweise/tarifpresse-](https://www.dpma.de/service/dasdpmainformiert/hinweise/tarifpresse-verleger/index.html)

[verleger/index.html](https://www.dpma.de/service/dasdpmainformiert/hinweise/tarifpresse-verleger/index.html)

13 Zie artikel 11 lid 3: "De artikelen 5 tot en met 8 van Richtlijn 2001/29/EG en Richtlijn 2012/28/EU zijn van overeenkomstige toepassing op de in lid 1 bedoelde rechten".

14 HvJ EU 19 december 2013, C-202/12, ECLI:EU:C:2013:850 (*Innoweb/Wegener; Gaspedaal.nl*).

15 Vgl. Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (Bitkom), 'Ancillary Copyright for Publishers - Taking Stock in Germany', Berlin: Bitkom 2015, verkrijgbaar op <<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Ancillary-Copyright-for-Publishers-Taking-Stock-in-Germany.html>>

16 www.vg-media.de

ingesteld tegen Google wegens misbruik van machtspositie door de gratis licentie af te dwingen onder dreiging van het weghalen van de beschrijvingen. Die vordering is afgewezen. Het Landgericht was van mening dat zoekmachines een nuttige en evenwichtige maatschappelijke functie vervullen.¹⁷ Ze maken websites beter vindbaar en daarmee beter toegankelijk, zijn gratis voor iedereen en verdienen geld uit reclame-inkomsten. De meeste websites willen graag via de zoekmachines gevonden worden en maken geen gebruik van de mogelijkheid om niet door hen geïndexeerd te worden (door een robot.txt-bestand). Het vragen van een vergoeding voor iets dat de uitgevers zelf voordeel oplevert, namelijk meer internetverkeer en daarvoor meer inkomsten, behoeft Google niet te accepteren:

“Die Suchmaschine erweist sich insgesamt als Kombination von Leistungs- und Geldströmen sowie Erbringung geldwerter Leistungen für alle Beteiligten und entspricht damit für diese einer Win-Win-Situation. Dieses ausbalancierte System wird durch das Leistungsschutzrecht aus dem Gleichgewicht gebracht, in dem die Presseverleger nunmehr verlangen, dass die Beklagte als Betreiberin der Suchmaschine etwas vergütet, was dies im wirtschaftlichen Interesse auch der Webseitenbetreiber erbringt. Es begegnet deshalb keinen Bedenken, wenn die Beklagte bemüht ist, an ihrem ursprünglichen Geschäftsmodell, das auf einer Unentgeltlichkeit für die Darstellung der Suchergebnisse beruht, festzuhalten und erforderlichenfalls bei denjenigen, die Rechte geltend machen, anfragt ob sie mit einer Nutzung einverstanden sind oder verneinendenfalls die entsprechende Nutzung einstellt.”

Het Landgericht Berlijn oordeelt dat het hebben van een IE-recht je nog niet de macht geeft om ook af te dwingen dat een andere partij (Google) een betaalde licentie afneemt. Er is kortom geen afnameplicht. Google mag er dus voor kiezen om sites niet te indexeren van uitgevers die geen (gratis) toestemming geven. Er is hoger beroep ingesteld door de uitgevers. Enkele kleine zoekmachines zouden wel aan VG Media betalen. Er is geen taart van betekenis bij gekomen.

Ervaring in Spanje

In Spanje bestaat sinds 2014 een vergoedingsaanspraak voor nieuwsuitgevers in de vorm van een aan het citaatrecht toegevoegde beperking op het auteursrecht ten gunste van ‘content aggregators’ (*prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos*), met een verplicht collectief te incasseren billijke vergoeding.¹⁸ De eerste volzin van artikel 32 lid 2 van de betreffende wet luidt:

*“The making available to the public by providers of digital services content aggregation, of non-significant fragments of content, available in periodical publications or available in periodically updated websites and which have an informative purpose, of creation of public opinion or of entertainment, will not require any authorization, without prejudice to the right of the publisher or, if applicable, of other rights owners, to receive an equitable compensation. This right will be unwaivable and will be effective through collective management organizations of intellectual property rights.”*¹⁹

Blijkens de laatste zin van de bepaling geldt de vergoedingsaanspraak niet ten opzichte van zoekmachines (*instrumentos de búsqueda*) maar dus alleen voor ‘aggregators’.²⁰ In reactie is Google in december 2014 gestopt met googlenews.es. De relevante collectieve belangenorganisatie CEDRO,²¹ noch enig ander CBO incasseert iets op basis van de bewuste bepaling. Er wordt niets betaald. Nieuws is te vinden via de gewone zoekmachines. Er is misschien in Spanje nu wat minder taart.²²

Vergoedingsaanspraak

In feite willen de uitgevers een eigen vergoedingsaanspraak. De traditionele gedachte is dat een verbodsrecht het beste middel is om een vergoeding af te dwingen. Maar de ervaring leert dat een verbodsrecht alleen werkt als de partij die handeling pleegt die verboden kan worden niet het alternatief heeft om gewoon te stoppen met wat hij doet, of de handelingen te verplaatsen naar een andere bron. Een verbodsrecht is alleen effectief in combinatie met een

17 Landgericht Berlin 19 februari 2016, 92 O 5/14 Kart (Krantenuitgevers/Google).

18 Vgl. R. Xalabarder, ‘The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government – Its Compliance With International and EU Law’, Working Paper Series. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya 2014, 1-40. <http://journals.uoc.edu/index.php/in3-working-paper-series/article/view/2379>

19 Vertaling in het Engels gebaseerd op de vertaling van Rachel Xalabarder in haar powerpoint tijdens het IVIR-congres op 23 april 2016 over nieuwsbescherming. Spaanse tekst: “La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de

propiedad intelectual”.

20 “Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de *búsqueda* de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos”.

21 : “A non-profit association of authors and publishers of books, magazines, journals, newspapers and sheet music, published in any format”.

22 Vgl. NERA Economic Consulting, ‘Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual - Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEEPP)’, NERA 2015, verkrijgbaar op <http://www.aepp.com/noticia/2272/actividades/informe-economico-del-impacto-del-nuevo-articulo-32.2-de-la-lpi-nera-para-la-aepp.html>.

onderhandelingspositie. Maar hetzelfde geldt voor een vergoedingsaanspraak. Zie het voorbeeld van Spanje. Als de aanbieder besluit er mee te stoppen is er geen vergoeding verschuldigd.

Ervaring met andere naburige rechten

De vergelijking met andere naburige rechten dringt zich op. In 1993 kregen uitvoerende kunstenaars een naburig recht. In de parlementaire geschiedenis werd gejuicht over het feit dat uitvoerende kunstenaars daardoor eindelijk een fatsoenlijke boterham zouden kunnen gaan verdienen. Eén ding is zeker: het naburige *verbodsrecht* heeft de uitvoerende kunstenaars als zodanig niks opgeleverd. Uitvoerende kunstenaars hebben een bepaalde onderhandelingspositie op grond waarvan zij in de contracten met de producenten een bepaalde vergoeding kunnen bedingen. Daar heeft de introductie van een verbodsrecht niets aan veranderd.

Wat de uitvoerende kunstenaars wél iets heeft opgeleverd zijn de collectieve *vergoedingsaanspraken* via Sena en Stichting De ThuisKopie.²³ De heffingen hebben extra geld opgeleverd, zij het in de ogen van veel uitvoerend kunstenaars niet genoeg. Dat komt omdat dit een heffing is op onvermijdbare handelingen: uitzenden en laten horen van muziek en het privé-kopiëren vielen al onder een auteursrechtelijke 'heffing'. Er kwam een extra heffing bij. En dus extra taart voor de nieuwe naburige rechthebbenden. Dit ging uiteraard ten koste van iemand anders taart, die van de omroep en de andere muziekgebruikers en uiteindelijk van de consument. De taart moet immers ergens vandaan komen.

Dat deze vergoedingsaanspraken het belangrijkste zijn dat 23 jaar naburige rechten heeft opgeleverd, blijkt ook uit de rechtspraak. Het overgrote deel van de rechtspraak over naburige rechten gaat over Sena- of ThuisKopie-aanspraken.

Nog relevanter voor de persuitgevers is de vergelijking met het naburige recht van de omroeporganisatie. Dat recht heeft de omroep zeer weinig opgeleverd. Het verbodsrecht voegt weinig toe aan de auteursrechten die een omroep al op een groot deel van zijn uitzendingen heeft of op grond van een licentie kan handhaven. De onderhandelingspositie met de kabelexploitant bepaalt uiteindelijk of de omroep een vergoeding krijgt of zelfs moet betalen om op de kabel te mogen. Ten tijde van de opkomst van commerciële televisie in de jaren negentig was het de omroep

die de facto aan de kabel moest betalen om er op te mogen. De commerciële omroep moest de betalingsplicht aan de (collectieve) rechthebbenden op zich nemen voor de kabeldoorgifte. Als de onderhandelingspositie verandert kan ook de geldstroom en de richting ervan veranderen. Inmiddels ontvangen sommige commerciële omroepen een vergoeding van de kabelexploitanten, maar dat komt niet doordat ze een naburig recht hebben. Het enige dat het naburige recht de omroepen heeft opgeleverd is het meedelen in de ThuisKopie-inkomsten. Dat levert hen niet veel op, zij kregen nauwelijks eigen taart.

De platenproducenten hebben ook een naburig recht. Dat levert hen een aanspraak van 50% op in de Sena-vergoeding, evenals een aandeel in de ThuisKopie-vergoeding. Ook filmproducenten hebben al weer geruime tijd een eigen naburig recht. Als verbodsrecht voegt dat helemaal niets toe aan het verbodsrecht dat zij op grond van het auteursrecht al hebben. Maar het geeft hen wel een eigen plek aan de tafel bij de verdeling van de ThuisKopie-vergoedingstaart én bij de verdeling van de taart van de kabelvergoedingen.

Luksan, Reprobel en VG Wort

Sinds het *Luksan*-arrest²⁴ kunnen filmproducenten geen aanspraak meer maken op ThuisKopie-vergoeding op grond van het auteursrecht. Maar dat kunnen ze nog wel op grond van hun naburig recht. Zij hebben een eigen recht op taart.

Het *Reprobel*-arrest²⁵ verbiedt het op grond van de wet laten meedelen van uitgevers in de auteursrechtelijke fotokopieerheffing. In Duitsland ging het Bundesgerichtshof in zijn *VG Wort* arrest nog een paar stappen verder.²⁶ Daarmee dreigen uitgevers belangrijke stukken taart kwijt te raken.

België heeft inmiddels halsoverkop een naburig recht voor alle uitgevers gecreëerd om hen toch te laten meedelen in die heffingstaart.²⁷ In Duitsland lijkt men iets vergelijkbaars van plan.²⁸ De Europese Commissie stelt hetzelfde voor in haar concept-DSM-richtlijn. Die 'reparatie' heeft alleen betrekking op het reproductierecht. Maar bij het leenrecht kan hetzelfde gaan spelen en bij de ThuisKopie, en in het algemeen bij de muziekuiterverij.

Dat laatste blijkt uit het vonnis van het Kammergericht²⁹ van Berlijn van 14 november 2016³⁰: muziekuiterverij mogen

23 Die zijn (indirect) natuurlijk wel gebaseerd op de onderliggende verbodsrechten, maar ze ontleen hun betekenis aan de wettelijk verplichte collectieve uitoefening die ze ook zouden hebben als het 'slechts' vergoedingsaanspraken waren.

24 HvJ EU 9 februari 2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65, (*Luksan/Van der Let*).

25 HvJ EU 12 november 2015, C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750, (*Hewlett-Packard Belgium/Reprobel*).

26 Bundesgerichtshof 21 april 2016, GRUR 2016, 596 (*VG Wort*).

27 Wetsontwerp van 26 oktober 2016 tot wijziging van sommige bepalingen van het boek XI, van het Wetboek van economisch recht waarin opgenomen "Een eigen vergoedingsrecht voor uitgevers voor Foto-

kopies". <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/2122/54K2122001.pdf>

28 In een persbericht van de SPD van 13 december 2016 staat te lezen: "Zu guter Letzt konnten wir uns mit der Union auf eine Neuregelung der Verlegerbeteiligung einigen, die vor allem für kleine und mittel große Verlage wichtig ist. Im Interesse einer bisher gut funktionierenden, auch die Urheber berücksichtigenden, Praxis konnten wir eine Regelung erzielen, die den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird. Der Verlagsstandort Deutschland wird damit gesichert". <http://www.spdfraktion.de/presse/pressemitteilungen/endlich-mehr-rechte-urheber>

29 Het Kammergericht is de beroepsinstantie. In andere Bundesländer heet dat het Oberlandesgericht.

niet meer zomaar meedelen in de GEMA-inkomsten. Daar moet een duidelijke overdracht aan ten grondslag liggen.

“Hätten die Urheber ihre Rechte zuerst aufgrund vertraglicher Vereinbarungen auf die GEMA übertragen, so könnten die Verleger keine Ansprüche aus den Urheberrechten der Künstler ableiten. Denn den Verlegern stehe kein eigenes Leistungsschutzrecht zu. Dementsprechend könnten sie auch nicht beanspruchen, an den Einnahmen aus Nutzungsrechten beteiligt zu werden.“

Maar ook als de nieuwsuitgevers een vergoedingsaanspraak hebben, kunnen zij Google daarmee niet dwingen aan hen te betalen, als Google bereid is de verwijzing naar de websites van de kranten te staken. Een heffing werkt alleen op een onvermijdbare handeling.

Er is nu ontwikkeling te verwachten dat *alle* uitgevers een eigen recht willen en krijgen om mee te delen in *alle* heffingen. Dat is het gevolg van de rechtspraak ingezet door *Luksan, Reprobel, VG Wort* en recent dat arrest uit Berlijn over muziekuitgevers. Het was contractueel of door branchegebruiken prima geregeld, maar die rechtspraak zet de boel op zijn kop.

De bestaande geldstromen en de verdeling van de taart komen overeen met wat in de markt als gebruikelijk en

redelijk wordt ervaren. Als op grond van het auteurscontractenrecht of een strikte lezing van de Auteursrechtlijn, producenten en uitgevers niet meer mogen meedelen in bepaalde heffingen, zullen zij naburige rechten claimen en krijgen om de oude situatie te herstellen. Omdat die situatie de realiteit van de markt weergeeft. Anders komen er kick-back regelingen achter de schermen of gaat de primaire vergoeding van de auteur omlaag.

In een recente reactie op het voorgestelde naburige recht voor perspublicaties waarschuwt Christoph Geiger³¹ voor het gevaar dat de auteurs een kleiner stuk van de taart zullen krijgen als zo'n naburig recht er komt. Uitgevers zijn in Nederland de laatste tijd juist bang dat zij een kleiner stuk van de taart krijgen door *Luksan, Reprobel, VG Wort* en auteurscontractenrecht. De gedachte achter het nieuwe naburige recht is dat Google een stuk van zijn taart gaat afstaan aan nieuwsuitgevers en (indirect) aan nieuwsauteurs. Daar ziet Google geen reden toe. Kortom, iedereen maakt zich zorgen om zijn taart. Een eigen taart voor nieuwsuitgevers is geen oplossing van het probleem. Maar als het zo door gaat willen en krijgen *alle* uitgevers een eigen taartje, omdat ze geen stuk meer mogen van de op de auteurswet gebaseerde taart.

30 Kammergericht Berlin, 24. Zivilsenat, Urteil vom 14. November 2016 Aktenzeichen 24 U 96/14 <http://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2016/pressemitteilung.532633.php>.

31 Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform

proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law (Christophe Geiger, Oleksandr Bulayenko and Giancarlo Frosio), 28 November 2016, http://www.ceipi.edu/fileadmin/upload/DUN/CEIPI/Documents/CEIPI_Opinion_on_the_introduction_of_neighbouring_rights_for_press_publishers_in_EU_final.pdf

Jurisprudentie



Nr. 9 ZIGGO en RODAP/LIRA

Tussenarrest Hof Amsterdam 18 oktober 2016,
ECLI:NL:GHAMS:2016:4183

Uitleg vermoeden van overdracht in artikel 45d Aw: Waar art. 45d Aw een materiële rechtsregel inhoudt berusten de exploitatierechten van rechtswege bij de producent, zodat uitsluitend een schriftelijk overeengekomen, afwijkend beding tussen auteur en producent ertoe kan leiden dat de auteursrechten niet van meet af aan de producent zijn overgedragen, maar bij de auteur zijn gebleven. Hof vernietigt op dit punt Rb Amsterdam 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5397 (Lira/UPC c.s.), AMI 2014/6, p. 208 met ann. JJCK. Hof gaat er van uit dat de eerdere kabeldoorgiftevergoedingen waarover vele jaren branche brede overeenstemming heeft bestaan, billijk zijn.

3.10. Uitgaande van doorgifte via Mediagateway en van een primaire openbaarmaking die geen heruitzending vormt is noodzakelijk, maar ook voldoende dat de kabelexploitant van de producent de auteursrechten verwerft om de film via de kabel uit te zenden. Als aan de levering bij voorbaat in de aansluitcontracten de betekenis zou worden toegekend die Lira in deze zaak verdedigt zou het hiervoor onder 3.7 geschetste systeem buiten werking worden gesteld. Dan zou de kabelexploitant, zoals Lira ook betoogt (doch de kabelexploitanten en Rodap bestrijden), niet kunnen volstaan met het verwerven van de auteursrechten van de producent maar ook die ook van Lira moeten verwerven. De Hoge Raad noch het HvJEU hebben tot dusver op dit punt beslist. In Norma was de vraag naar de werking van de levering bij voorbaat wel gesteld, maar is de Hoge Raad niet toegekomen aan beantwoording daarvan. De A-G Verkade heeft over dat aspect toen in zijn conclusie geschreven [ik geef hierna alleen het punt weer dat het Hof meer in het bijzonder voor zijn oordeel onderschrijft, toev. JK.]:

6. 7. 7 Norma 's in nr. 6. 7.2 onder (d) weergegeven ampele nadere argumentatie heeft betrekking op de grondslag van aan haar (Norma) overgedragen rechten. Zoals door NLKabel c.s. in nrs. 3.5.12 -3.5.15 van hun schriftelijke toelichting is benadrukt is een overdracht door een

uitvoerende kunstenaar van rechten aan Norma heel iets anders dan het 'anders overeenkomen' met de producent, in de zin van art. 45dAw. Daarom kan een levering bij voorbaat (van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen,) door de uitvoerende kunstenaar aan Norma – anders dan Norma stelt – niet afdoen aan het (lex specialis-) stelsel van art. 45d Aw/ art. 4 WNR. Daarom wordt een levering bij voorbaat door de uitvoerende kunstenaar aan de producent (na een levering bij voorbaat van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen) aan Norma, ook niet door art. 3:97 lid 2 BW getroffen. (...) De redenering dat art. 45dAw als lex specialis niet aan (eerdere) overdracht van naburige rechten in de weg staat, omdat – kort gezegd – dan onduidelijk zou zijn wanneer de leveringshandeling zou plaatsvinden en art. 45d Aw geen overdracht bewerkstelligt maar alleen een vermoeden van overdracht oplevert is onjuist. Artikel 45dAw behelst niet een ('bewijs-) vermoeden maar behelst – als hoofdregel – een materiële rechtsregel, die de in het artikel genoemde rechten van rechtswege op de producent doet overgaan, zodat een leveringshandeling niet aan de orde is. Door de overgang van rechtswege is een 'overdracht onder opschortende voorwaarde' niet aan de orde, zo min als palavers over het moment van overdracht. Voor de maker/ uitvoerende kunstenaar die niet gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheid om met de producent schriftelijk anders overeen te komen, is er van beschikkingsbevoegdheid geen sprake meer, en kan (bij een levering bij voorbaat van rechten op toekomstige uitvoeringen in het algemeen aan Norma) het 'nemo plus' beginsel door Norma juist niét tegen de producent, en door de producent juist wél tegen Norma ingeroepen worden. (...)

Het hof onderschrijft deze analyse, meer in het bijzonder die in 6.7.7 van het citaat. Waar art. 45d Aw een materiële rechtsregel inhoudt berusten de exploitatierechten van rechtswege bij de producent, zodat uitsluitend een schriftelijk overeengekomen, afwijkend beding tussen auteur en producent ertoe kan leiden dat de auteursrechten niet van meet af aan de producent zijn overgedragen, maar bij de auteur zijn gebleven. Die interpretatie past beter bij het in het Unierecht ontwikkelde stelsel van regels en voorkomt verschillen in de toepassing van het Unierecht in Nederland ten opzichte van andere EU-lidstaten. Voorts doet zij recht aan het primaat van internationale verdragen en aan het algemene uitgangspunt dat, ook als geen sprake is van een lex specialis in eigenlijke zin, de interpretatie van een algemene regel bij toepassing op een specialistisch terrein zoveel mogelijk dient aan te sluiten bij de specifiek voor dat terrein geschreven regels, zoals in dit geval art. 14 bis BC. Voorts wordt, zoals Rodap terecht aanvoert, concentratie van de rechten bij de producent zowel nationaal als internationaal als wenselijk beschouwd; dat maakt ook het financieren van films zo niet mogelijk dan toch aanmerkelijk eenvoudiger. Dat alles wil zeggen dat Lira aan haar aansluitcontracten geen recht als door haar gesteld kan ontlenen, zodat bedoelde grieven in zoverre slagen en het vonnis in dit opzicht niet in stand kan blijven.

3.11 Het hof hecht er voorts aan het volgende op te merken. Uit de systematiek van de BC en de jurisprudentie van het HvJEU (in het bijzonder Luksan) volgt in beginsel dat een regeling die er per saldo toe leidt dat de regisseurs/auteurs in de zin van degenen die de daadwerkelijke creatieve arbeid hebben verricht (daargelaten of zij per saldo, in geval van een film als hier aan de orde, ook

auteursrechthebbenden zijn) geen billijke vergoeding ontvangen voor de exploitatie van hun arbeid in strijd is met het Unierecht (en de Conventie).

Lira heeft diverse bewijsmiddelen overgelegd waaruit blijkt dat de auteurs van de onderhavige disputen de dupe zijn geworden, omdat zij nu een lagere vergoeding ontvangen dan vóór Norma. Het hof is van oordeel dat, waar de feitelijke situatie niet gewijzigd is en het gebruik dat van de werken wordt gemaakt hetzelfde is gebleven, de nieuwe juridische duiding op zichzelf in beginsel onvoldoende grond biedt voor een vermindering van de door auteurs te ontvangen vergoedingen, zij het dat die aanspraak zich wellicht richt tot de producent -die, in de persoon van Rodap, ook partij is in dit geding- en niet (rechtstreeks) tot de kabelexploitant. Aangenomen moet immers worden dat de eerdere vergoedingen, waarover vele jaren branche brede overeenstemming had bestaan, billijk waren.

Ook dit aspect kan ter comparatie nader besproken worden.”



... rekent d' uitslag niet, maar telt het doel alleen.

Hendrik Tollens, Overwintering op Nova-Zembla

Prof. mr. J.J.C. Kabel is redacteur van dit blad.

Wat is dat toch voor een artikel dat de juridische gemoederen zo verdeelt? En is er wel een uitleg te vinden die beantwoordt aan het minste wat men van een wetgever kan vragen, namelijk dat hij in te voorziene belangenconflicten een redelijk compromis heeft weten te formuleren? Of moeten er gewoon knopen worden doorgesneden? Ik beperk me in de bespreking van dit tussen-arrest tot de uitleg die het Hof geeft aan dat artikel en welke ook de hoofdmoot uitmaakt van het arrest. Het gaat om artikel 45d Auteurswet. Het Hof neemt als het ware een voorschot op een mogelijke cassatie door de conclusie van de AG over de uitleg van art. 45d Aw in een eerdere zaak waarop de HR niet heeft beslist bij te vallen en daarop zijn oordeel te baseren.¹

Het Hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en voegt zich daarmee in het kamp van de AG, Bousie, Lindhout, Wigman en de filmproducenten met in hun voetspoor de kabelexploitanten. Dat kamp, als ik het zo oneerbiedig noemen mag, laat een door de wetgever veronderstelde overdracht van auteursrechten gaan boven een in tijd eerdere overdracht. Daartegenover staat de opvatting dat een eerdere overdracht in de weg staat aan een latere, ook al is die latere een door de wetgever veronderstelde overdracht. Die opvatting heb ik eerder verdedigd en wordt bijgevallen door Donker, Seignette, de Commissie Auteursrecht en door de rechtbank in deze zaak.² Beide opvattingen stelen op een – zoals dat tegenwoordig heet – gelaagde wijze van rechtsvinding en achter beide opvattingen staan als conflicterend gepositioneerde belangen.

Ik geef eerst het belangenconflict weer om de zaak wat handen en voeten te geven voor de niet in filmrecht geschoolde lezer. Vervolgens kijk ik of het nu nog zin heeft ons met die problematiek bezig te houden, gegeven de recent gewijzigde Auteurswet. Dat is nog voor een niet onbelangrijk deel het geval, zodat de vraag zich voordoet wat er te zeggen valt over de wijze waarop het Hof in deze zaak tot een oplossing is gekomen. Wanneer we tot een algemeen aanvaarde manier van rechtsvinding kunnen komen, helpt dat misschien bij de oplossing.

Het belangenconflict kan als volgt worden weergegeven. Het auteursrecht is een verbodsrecht. De rechthebbende is met uitsluiting van anderen in staat om te bepalen wat er met zijn werk mag en moet gebeuren. Wanneer scenarioschrijvers vrij zijn om hun rechten op het filmscenario aan anderen dan de producent over te dragen, kunnen die anderen zich bemoeien met het filmproces (inhoud, vertoning, reproductie, exploitatie), terwijl zij niet delen in de risico's die de producent loopt. In de Nederlandse, grotendeels gesubsidieerde filmpraktijk zijn die risico's overigens niet zo groot, maar dat even terzijde. Die anderen kunnen op hun beurt echter de rechten weer overdragen, verpanden of failliet gaan en dat is voor samenwerkingsprojecten als het maken van een film – en overigens niet alleen voor film – geen hanteerbaar scenario. Ik teken daarbij aan dat makers natuurlijk wel iets te zeggen mogen hebben, wanneer de producent inhoudelijk finaal iets anders met de film doet dan beoogd. Daar zijn de morele aanspraken van de makers, in ons geval de scenarioschrijvers voor. Wanneer van de andere kant de scenarioschrijvers verplicht zijn altijd alleen met de producent in zee te gaan, zijn zij overgeleverd aan de verhoudingen die in zo'n relatie overheersend zijn. Die verhoudingen zijn lang niet altijd evenwichtig en dat gebrek aan evenwicht kan uiteraard van invloed zijn op de financiële onderhandelingspositie van de scenarioschrijver. Van die invloed is ook in de praktijk gebleken, terwijl ik nog nooit heb gezien dat derde rechtsverkrijgers zich met de inhoud van een film bemoeiden – nu even afgezien van de manier waarop filmfinancier Freddie Heineken 33 jaar lang uit rancune publieke vertoning van Rademakers' film *Als twee druppels water* tegenhield. Net zoals in het arbeidsrecht kan herstel van het evenwicht tussen partijen worden bereikt door collectieve behartiging van de belangen van de partij die qua onderhandelingspositie afhankelijker is van de wederpartij dan de wederpartij van hem of die het minst in staat is te overzien wat er met zijn of haar werk gebeurt. In de auteursrechtelijke branche vindt die belangenbehartiging plaats door een keur aan of zo men wil een versnipperde groep van minstens zeventien collectieve beheersorganisaties, zogenaamde cbo's. In ons geval gaat het om de stichting Literaire Rechten Auteurs (Lira, de auteursrechtorganisatie voor schrijvers en vertalers). De onderhandelingsruimte van die cbo's staat of valt met het hebben van een eigen rechtspositie of van een van de maker afgeleid recht. De cbo's dienen zich niet te bemoeien met de inhoud van het werk, in ons geval de film, maar wanneer zij ter behartiging van de belangen van hun leden een auteursrecht overgedragen hebben gekregen, moeten zij dat kunnen gebruiken waar zij het voor nodig hebben: het bereiken van een redelijk evenwicht in de contractsverhoudingen tussen makers, producenten en ver-

¹ HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:735 (NORMA/NLkabel), zie daarover uitgebreid AMI 2014/3.

² Zie voor de bronnen van de verwijzingen naar de auteurs AMI 2014/3, p. 75, noot 6 tot en met 11.

dere exploitanten van de film. Zo'n beperkte vorm kenden we vroeger: de fiduciaire overdracht cum amico. Maar die overdracht is sinds 1992 uit den boze. Het van de makers afgeleide auteursrecht zelf geeft die cbo's te veel: zij kunnen met dat recht reproductie en vertoning verbieden en dus er een hele film mee platleggen. Dat moet nu ook weer niet de bedoeling zijn. Als incassomiddel is het auteursrecht geschikt, als het maar beperkt wordt uitgeoefend. Dat kan: de rechter heeft in recent in een zaak waar een architect het afgesproken honorarium wilde incasseren, dreiging met een bouwstop wegens auteursrecht-inbreuk gebillijkt, maar tegelijkertijd beslist dat de architect aan die uitspraak geen rechten kon ontnemen, zodra hij zijn honorarium had ontvangen.³ De cbo's moeten dus een juridische positie hebben om de belangen van de aangesloten scenarioschrijvers te kunnen verdedigen en als de wetgever niets anders heeft geregeld is de beste positie voorsnog die van een beperkt verbodsrecht. Dat kan de cbo alleen van de maker krijgen en daarom is het van belang dat de maker zijn rechten geheel of gedeeltelijk kan overdragen of in exclusieve licentie geven aan een cbo. Geheel andere oplossingen zijn ook denkbaar, bijvoorbeeld analoog aan cao-onderhandelingsvormen, maar boven dat soort oplossingen blijven nu eenmaal altijd rechtenkwesties hangen.

Heeft het nog zin ons hiermee bezig te houden? De wetgever heeft toch al een oplossing gegeven in het nieuwe auteurscontracten recht? Cbo's kunnen het recht op een proportionele vergoeding voor scenarioschrijvers en regisseurs die hun rechten hebben overgedragen aan de producent uitoefenen tegenover de producent of andere exploitanten die het werk op de een of andere manier uitzenden met een voorlopige uitzondering voor Video on Demand. Die oplossing werkt echter alleen voor films die voltooid zijn op of na 1 juli 2015. Hier gaat het om oplossingen voor de periode daarvoor, in ieder geval voor de periode tussen 28 maart 2014, toen de HR het arrest NORMA/NLkabel wees en 1 juli 2015. De kabelexploitanten stopten overigens al in oktober 2012 met betalingen na de uitspraak van het Hof in deze zaak. Die oplossingen hebben in hoofdzaak betrekking hebben op de vraag hoe het moet met de kabeldoorgiftevergoeding die ingevolge dat arrest niet meer door de kabelexploitanten betaald hoeft te worden aan de cbo's. Het gaat om miljoenen. Wanneer Lira geen rechtspositie kan claimen, is het maar de vraag of die vergoeding nog aan haar kan worden betaald. Voordien gebeurde dat wel. Bovendien heeft in het nieuwe auteurscontracten recht de cbo geen eigen rechtspositie voor zover het gaat om de gewone (niet persé proportionele) billijke vergoeding. Daar blijft dus ook de vraag spelen of de cbo's een van de maker afgeleide rechtspositie kunnen claimen in weerwil van de wettelijke overdracht. Hoe komt het Hof tot zijn oordeel? Als gezegd maakt het Hof de conclusie van de AG in de Norma zaak tot de zijne. Artikel 45d Aw, aldus die conclusie, bevat een materiële rechtsregel die de rechten van de makers bij de producent legt, tenzij tussen maker en producent anders is overeengekomen. De maker kan alleen

met de producent contracteren en dus nooit zonder toestemming van de producent zijn rechten aan een ander overdragen. Die uitleg past beter, aldus het Hof, bij het Unierecht en bij het recht van andere lidstaten, doet recht aan het primaat van internationale verdragen, aan het uitgangspunt dat een algemene regel (kennelijk is de *nemo plus* regel bedoeld die inhoudt dat een eerdere overdracht van rechten boven een latere gaat) bij toepassing op specialistisch terrein moet aansluiten bij specifiek voor dat terrein geschreven regels (artikel 14bis Berner Conventie) en is internationaal wenselijk uit een oogpunt van de financiering van films. Met die uitleg is het vergoedingsprobleem nog niet opgelost. Het Hof oordeelt dat het gebruik dat er van films wordt gemaakt niet is gewijzigd en dat er dus onvoldoende grond is voor vermindering van de door de makers te ontvangen vergoedingen. Artikel 45d Aw schrijft voor dat de producent die vergoeding verschuldigd is.⁴ Het is een tussenarrest, dit punt gaat naar de comparitie.

Wat te zeggen over deze motivering? Het gaat om wat ik eerder noemde: gelaagde rechtsvinding. Dat is een modewoord voor rechtsvinding die rekening houdt met meerdere rechtsbronnen tegelijkertijd. Zo zijn in ons geval de Nederlandse Auteurswet, de Berner Conventie, het WIPO Copyright Treaty, het EU Handvest en enkele Richtlijnen van toepassing, uiteraard met de bijbehorende rechtspraak, waarbij vooral die van het HvJEU van belang is. Dankzij geharmoniseerde Europese regelgeving is ook nationale rechtspraak in de lidstaten van betekenis.⁵

Het gaat allereerst om uitleg van de tekst van artikel 45d Aw. De tekst zegt dat de makers geacht worden bepaalde auteursrechten aan de producent te hebben overdragen, tenzij de makers en de producent anders zijn overeengekomen. De rechtbank zegt dat de zinsnede "tenzij de makers en de producent schriftelijk anders overeenkomen", alleen betrekking heeft op de verhouding producent-maker en niet uitsluit dat de maker met een ander in zee gaat. Dat klopt, maar de uitleg van het Hof dat de maker alleen met de producent kan overeenkomen om iets anders af te spreken over de overdracht van bepaalde auteursrechten is tekstueel niet onvoorstelbaar. Die uitleg tast echter de beschikingsbevoegdheid over een subjectief recht van de maker aan, onteigent als het ware ook het recht van de gewone verkrijger en verdient dus meer argumentatie dan de eerste uitleg. Die argumentatie wordt, aldus het Hof, allereerst gevonden op internationaal niveau, waarbij overigens alleen artikel 14bis lid 2 van de Berner Conventie met name wordt genoemd. Dat artikel geeft voor scenarioschrijvers een optionele regeling. De authentieke Engelse tekst van het tweede lid sub b. luidt: "However, in the countries of the Union which, by legislation, include among the owners of copyright in a cinematographic work authors who have brought contributions to the making of the work, such authors, if they have undertaken to bring such contributions, may not, in the absence of any contrary or special stipulation, object to the reproduction, distribution, public performance, communication to the

3 Rb Noord Holland 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:7375 (Klous + Brandjes/Bot Bouw), met ann. JJCK.

4 Het Hof zegt dat de aanspraak op een vergoeding zich wellicht richt tot de producent, maar dat zal een vergissing zijn.

5 Zie o.m. D.J.G. Visser & P.A.C.E. van der Kooij, 'Meerlagige rechtsvinding in het intellectuele eigendomsrecht', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a., *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, Kluwer: Deventer 2013, p. 125-139 en in het algemeen de oratie van Marc Loth, *De Hoge Raad in dialoog: Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*, Tilburg 2014.

public by wire, broadcasting or any other communication to the public, or to the subtitling or dubbing of texts, of the work.” Lid 2 sub d. legt uit wat onder “in the absence of any contrary or special stipulation” wordt verstaan, te weten: “By “contrary or special stipulation” is meant any restrictive condition (curs. K.) which is relevant to the aforesaid undertaking.” Het gaat dus om een verzetrecht, tegen wie dan ook en zeker niet om de overdracht van een recht. Uit “any restrictive condition” volgt nu ook niet dwingend dat de maker alleen met de producent kan contracteren. De tekst geeft aldus bepaald geen overtuigende onderbouwing voor de stelling dat de maker zijn rechten alleen maar met toestemming van de producent aan een derde kan overdragen. Dat klopt ook wel met het Unierecht dat er immers in de woorden van het Hof van Justitie van uitgaat dat in deze situaties de auteur “evenwel vrij over zijn rechten kan beschikken die hij in zijn hoedanigheid van auteur heeft om zijn belangen te beschermen.” Die beschikkingsvrijheid is recent nog eens onder woorden gebracht door de AG in punt 39 van zijn conclusie bij de Soulier-zaak⁶ “dat een nationale regeling zoals het litigieuze decreet, dat de uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de auteur vervangt door een stilzwijgende toestemming of een vermoeden van toestemming, de auteur een wezenlijk bestanddeel van zijn intellectuele-eigendomsrecht ontnemt.” Uitgangspunt is dus de beschikkingsvrijheid van de maker, wie daarvan wil afwijken moet van wel zeer goeden huize komen en aan tekstargumenten over de betekenis van artikel 45d Aw heeft hij dan niet veel.

Dat geldt ook voor nog twee belangrijke uitlegkwesties, de kwalificatie als materiële rechtsregel van artikel 45d Aw en het punt dat de rechten van de maker pas bij wijze van wettelijk vermoeden zijn overgedragen als de film voltooid is. De kwalificatie als materiële rechtsregel klinkt heel dwingend en betekent aldus de AG in punt 6.7.7. van zijn conclusie bij het Norma-arrest dat het niet gaat om een bewijsvermoeden maar om een overdracht van rechtswege, zodat een leveringshandel niet aan de orde is. Dat is allemaal juist, maar heeft slechts betekenis als tevens de naar de tekst genomen twijfelachtige uitleg wordt aanvaard dat de maker alleen met de producent een overeenkomst over zijn rechten kan aangaan. En wat het punt van de voltooiing van de film betreft: de AG wil daar niet van weten en spreekt van ‘palavers’ over het moment van overdracht. Dat zij hem gegund, maar doet niet af aan de duidelijke tekst van de wet die zegt dat de makers worden geacht aan de producent het recht overgedragen te hebben vanaf het in artikel 45c bedoelde tijdstip, dat is het tijdstip waarop de film vertoningsgereed is. Maar ook daar valt tekstueel wel weer wat op af te dingen. De rechten kunnen eerder zijn overgedragen, maar de bevoegdheid die rechten uit te oefenen zou dan afhankelijk zijn van de opschortende voorwaarde van voltooiing.⁷ En waarom ook niet? Heine zei het toch al: juristen, *die Bratenwender der Gesetze, die so lange die Gesetze wenden und anwenden, bis ein Braten für sie abfällt.*⁸ Het is zinniger om na te denken over het gevolg van de toepassing van het tijdstip van overdracht. Dat

discrimineert immers tussen makers die al klaar zijn met hun werk, de scenarioschrijvers, vòòr de film gereed is en makers die dat niet zijn, de regisseurs, en dat kan nu ook weer niet de bedoeling zijn, zeker niet van een cbo als Lira of zusterorganisatie Vevam die de belangen van beide makers behartigen.


Kortom: we kunnen veel ruzie maken over de tekst, maar overtuigende tekst-argumenten voor de opvatting dat de maker afhankelijk is van toestemming van de producent om over zijn rechten te beschikken, of dat hij alleen maar met de producent kan overeenkomen zijn er eigenlijk niet. Van de andere kant laat de tekst kennelijk ruimte open voor een uitleg in andere zin. Het gaat dus om wat anders en het is voor de discussie goed om dat maar eerlijk toe te geven. Het gaat nu om de vraag hoe het moet met de kabeldoorgiftevergoeding die ingevolge het arrest niet meer door de kabelexploitanten betaald hoeft te worden aan de cbo's en dus ook niet meer door de cbo aan de makers kan worden doorgegeven. Dat er betaald moet worden staat echter vast omdat het werk van de makers wordt gebruikt, zo simpel is het. De AG in de Norma zaak doet daar nog wat luchtig over en vindt dat je niet moet zeuren om een voordeel dat je indertijd door de technologie (de Amstelveense kabel) in de schoot geworpen hebt gekregen en dat je nu door diezelfde technologie (de Media Gateway) weer wordt afgenomen,⁹ maar zo denkt het Hof er gelukkig niet over. De nieuwe juridische duiding biedt, aldus het Hof, onvoldoende grond voor vermindering van door de auteurs te ontvangen vergoedingen. Het Hof neemt aan “dat de eerdere vergoedingen, waarover vele jaren branche brede overeenstemming had bestaan, billijk waren” en geeft daarmee antwoord op de vraag wat de omvang moet zijn van de billijke vergoeding die de makers in ruil voor de wettelijke overdracht in dit geval dienen te ontvangen. Dat kan dan geen kwestie van onderhandelingen meer zijn, mag je hopen. Maar zekerheid biedt die hoop niet. De vergoeding moet nu van de producenten komen. Als ik goed zie staan die op het standpunt dat de billijke vergoeding al is verwerkt in het honorarium dat de scenarioschrijver van de producent heeft ontvangen.¹⁰ Dat betekent dat scenarioschrijvers over de periode waar we het hier over hebben, naast de kabelgelden, ook kunnen fluiten naar aparte vergoedingen voor herhalingen of vertoning op andere (digitale) media als smartphone, tablet en Video on Demand.¹¹ Als dat het resultaat is van de uitspraak van het Hof, dan eist een juiste wijze van rechtsvinding dat we voor dit geval weer terug moeten naar een uitleg van artikel 45d Aw die de cbo een betere rechtspositie biedt tegenover de kabelexploitanten. Laten we hopen dat het Hof vasthoudt aan de wijze waarop het thans heeft aangegeven wat de omvang van een billijke vergoeding voor het verleden en uiteraard ook voor de toekomst moet zijn. En anders: op naar de Hoge Raad en verder naar Het Hof van Justitie.

6 In Zaak C-301/15 van 7 juli 2015. De uitspraak van het Hof is van 16 november 2016.

7 Zie Spoor, Verkade & Visser, p. 581.

8 Zie Heinrich Heine, ‘Memoiren des Herren von Schnabelewopski’, in: *Gesammelte Werke*, herausg. Hanns Martin Elster, Zweiter Band: *Versene-Prosa*, Im Bertelmanns Lesering, p. 413.

9 Conclusie ad 5.34.4. Zie over die problematiek nader en genuanceerder J.H. Spoor in AMI 2014/3, p. 78-8.

10 Zie de Nieuwsbrief van Lira op 

11 Lira is er overigens, als ik het goed zie, op een enkele uitzondering na, nog niet in geslaagd de makers de vruchten te laten plukken van die digitale exploitatie.

Nr. 10 McFadden

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

15 september 2016 (*)

“Prejudiciële verwijzing – Informatiemaatschappij – Vrij verkeer van diensten – Draadloos lokaal netwerk (WLAN) van een bedrijf – Vrije terbeschikkingstelling aan het publiek – Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden – ‘Mere conduit’ – Richtlijn 2000/31/EG – Artikel 12 – Beperking van de aansprakelijkheid – Onbekende gebruiker van het netwerk – Schending van de rechten van de houders van rechten op een beschermd werk – Verplichting tot beveiliging van het netwerk – Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de handelaar”

In zaak C-484/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Landgericht München I (rechter in eerste aanleg München I, Duitsland) bij beslissing van 18 september 2014, ingekomen bij het Hof op 3 november 2014, in de procedure

Tobias Mc Fadden tegen
Sony Music Entertainment Germany GmbH,

wijst HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, kamerpresident, D. Šváby, J. Malenovský (rapporteur), M. Safjan en M. Vilaras, rechters, advocaat-generaal: M. Szpunar, griffier: V. Tourrès, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 december 2015, gelet op de opmerkingen van:

- Tobias Mc Fadden, vertegenwoordigd door A. Hufschmid en C. Fritz, Rechtsanwältin,
- Sony Music Entertainment Germany GmbH, vertegenwoordigd door B. Frommer, R. Bisle, M. Hügel, Rechtsanwältin,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door K.-P. Wojcik en F. Wilman als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 maart 2016,

het navolgende **Arrest**

I Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juri-

dische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (richtlijn “elektronische handel”) (PB 2000, L 178, blz. 1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Tobias Mc Fadden en Sony Music Entertainment Germany GmbH (hierna: “Sony Music”) over de eventuele aansprakelijkheid van eerstgenoemde voor het gebruik door een derde van het door Mc Fadden geëxploiteerde draadloos lokaal netwerk [*wireless local area network (WLAN)*], met het oog op het zonder toestemming ter beschikking stellen aan het publiek van een door Sony Music geproduceerd fonogram.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 98/34

3 Het Europees Parlement en de Raad hebben op 22 juni 1998 richtlijn 98/34/EG betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB 1998, L 204, blz. 37), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 (PB 1998, L 217, blz. 18; hierna: “richtlijn 98/34”), aangenomen.

4 De tweede en de negentiende overweging van richtlijn 98/48 luiden als volgt:

“(2) Overwegende dat een grote verscheidenheid aan diensten in de zin van de artikelen 59 en 60 [EG, thans de artikelen 46 VWEU en 57 VWEU] baat zal hebben bij de kansen die de informatiemaatschappij biedt voor het op afstand, langs elektronische weg en op individueel verzoek van een afnemer verlenen van diensten;

[...]

(19) Overwegende dat onder diensten, in de zin van artikel 60 [EG, thans artikel 57 VWEU] zoals geïnterpreteerd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie, verstaan moet worden, dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden; dat hiervan geen sprake is bij activiteiten die de staat zonder economische tegenprestatie verricht in het kader van zijn taak op met name sociaal en cultureel gebied en de gebieden voorlichting en justitie [...]

5 Artikel 1 van richtlijn 98/34 bepaalt:

“In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

2) ‘dienst’: elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer

van diensten verricht wordt.”

[...]”

Richtlijn 2000/31

6 De overwegingen 18, 41, 42 en 50 van richtlijn 2000/31 zijn in de volgende bewoordingen gesteld:

“(18) Diensten van de informatiemaatschappij bestrijken een grote verscheidenheid aan economische activiteiten die online plaatsvinden [...]. Diensten van de informatiemaatschappij blijven niet beperkt tot diensten waarvoor online contracten gesloten worden, maar ook, voorzover zij een economische activiteit vormen, betrekking hebben op diensten waarvoor de afnemers niet betalen, zoals diensten die bestaan in het aanbieden van online-informatie of commerciële communicatie, of diensten die instrumenten verschaffen voor het opzoeken en ophalen van en het toegang krijgen tot gegevens. Onder diensten van de informatiemaatschappij worden ook verstaan diensten [...] voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk [...].

[...]

(41) De onderhavige richtlijn brengt een evenwicht tot stand tussen de verschillende betrokken belangen en legt beginselen vast waarop sectorale overeenkomsten en normen kunnen worden gebaseerd.

(42) De in deze richtlijn vastgestelde vrijstellingen van de aansprakelijkheid gelden uitsluitend voor gevallen waarin de activiteit van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij beperkt is tot het technische proces van werking en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk waarop door derden verstrekte informatie wordt doorgegeven of tijdelijk wordt opgeslagen, met als enig doel de doorgifte efficiënter te maken. Die activiteit heeft een louter technisch, automatisch en passief karakter, hetgeen inhoudt dat de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen.

[...]

(50) Het is van belang dat de voorgestelde richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij en de onderhavige richtlijn ongeveer gelijktijdig in werking treden, teneinde een duidelijk regelgevend kader betreffende de aansprakelijkheid van tussenpersonen voor inbreuken op het auteursrecht en naburige rechten op communautair niveau te scheppen.”

7 Artikel 2 van die richtlijn, met als opschrift „Definities”, bepaalt het volgende:

“Voor de doeleinden van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‘diensten van de informatiemaatschappij’: diensten zoals omschreven in artikel 1, lid 2, van richtlijn [98/34];

b) ‘dienstverlener’: iedere natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert;

[...]”.

8 Voormelde richtlijn bevat in hoofdstuk II, afdeling 4, met als opschrift „Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden”, de artikelen 12 tot en met 15.

9 Artikel 12 van richtlijn 2000/31, met als opschrift “‘Mere conduit’ (doorgeefluik)”, bepaalt:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, of in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de doorgegeven informatie, op voorwaarde dat:

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

[...]

3. Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt.”

10 Artikel 13, lid 1, van richtlijn 2000/31, met als opschrift “‘Caching’ (wijze van opslag)”, luidt als volgt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van die informatie, wanneer deze opslag enkel geschiedt om latere doorgifte van die informatie aan andere afnemers van de dienst en op hun verzoek doeltreffender te maken, op voorwaarde dat:

- a) de dienstverlener de informatie niet wijzigt;
- b) de dienstverlener de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht neemt;
- c) de dienstverlener de alom erkende en in de bedrijfstak gangbare regels betreffende de bijwerking van de informatie naleeft;
- d) de dienstverlener niets wijzigt aan het alom erkende en in de bedrijfstak gangbare rechtmatige gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie, en
- e) de dienstverlener prompt handelt om de door hem opgeslagen informatie te verwijderen of de toegang ertoe onmogelijk te maken, zodra hij er daadwerkelijk kennis van heeft dat de informatie verwijderd werd van de plaats waar zij zich oorspronkelijk in het net bevond, of dat de toegang ertoe onmogelijk werd ge-

maakt, of zodra een rechtbank of een administratieve autoriteit heeft bevolen de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.”

11 In artikel 14 van die richtlijn, met als opschrift “‘Hosting’ (‘host’-diensten)”, is bepaald:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat:

- a) de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, of
- b) de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of beseft krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.”

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer de afnemer van de dienst op gezag of onder toezicht van de dienstverlener handelt.

3. Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.”

12 Artikel 15, lid 1, van die richtlijn, met als opschrift “Geen algemene toezichtverplichting”, luidt als volgt:

“Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.”

Richtlijn 2001/29/EG

13 In overweging 16 van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PB 2001, L 167, blz. 10), staat het volgende:

“Het vraagstuk van de aansprakelijkheid voor activiteiten in de netwerkomgeving zal, aangezien het zich niet alleen op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten, maar ook op andere gebieden zoals laster, misleidende reclame of inbreuken op handelsmerken voordoet, op horizontale wijze worden aangepakt in richtlijn [2000/31] waarin verscheidene juridische aspecten in verband met de diensten van de informatiemaatschappij, met inbegrip van de elektronische handel, zullen worden verduidelijkt

en geharmoniseerd. Deze richtlijn moet worden uitgevoerd binnen eenzelfde tijdschema als dat voor de uitvoering van de richtlijn inzake elektronische handel, omdat die richtlijn voorziet in een geharmoniseerd kader van de beginselen en voorschriften die onder andere van belang zijn voor belangrijke delen van deze richtlijn. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de voorschriften inzake aansprakelijkheid in de richtlijn inzake elektronische handel.”

Richtlijn 2004/48/EG

14 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB 2004, L 157, blz. 45, met rectificatie in PB 2004 L 195, blz. 16), bepaalt in artikel 2, met als opschrift “Toepassingsgebied”, het volgende:

“[...]

3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan:

- a) [...] de richtlijn [2000/31] in het algemeen en de artikelen 12 tot en met 15 daarvan in het bijzonder;

[...]”

Duits recht

15 Bij de §§ 7 tot en met 10 van het Telemediengesetz (wet op de elektronische media) van 26 februari 2007 (BGBl. I, blz. 179), zoals laatstelijk gewijzigd bij de wet van 31 maart 2010 (BGBl. I, blz. 692; hierna: “Telemediengesetz”), zijn de artikelen 12 tot en met 15 van richtlijn 2000/31 in het nationale recht omgezet.

16 § 7 van het Telemediengesetz bepaalt het volgende:

“(1) Dienstverleners zijn voor eigen informatie die zij ter beschikking stellen met het oog op het gebruik ervan, aansprakelijk overeenkomstig de algemene wetten.

(2) Dienstverleners in de zin van de §§ 8 tot en met 10 zijn niet verplicht om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, nog om te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Het feit dat de dienstverlener niet aansprakelijk is uit hoofde van de §§ 8 tot en met 10 doet niet af aan uit algemene wetten voortvloeiende verplichtingen om informatie te verwijderen of het gebruik ervan onmogelijk te maken. [...]”

17 § 8, lid 1, van het Telemediengesetz bepaalt:

“Dienstverleners zijn niet aansprakelijk voor niet van hen afkomstige informatie die zij doorgeven in een communicatienetwerk, of waartoe zij toegang verschaffen met het oog op het gebruik ervan, op voorwaarde dat:

1. het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt;
2. de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de

dienstverlener wordt geselecteerd, en

3. de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd.

De eerste volzin is niet van toepassing wanneer de dienstverlener met opzet met een van de afnemers van zijn dienst samenwerkt om onwettige handelingen te verrichten.”

18 § 97 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (wet op het auteursrecht en de naburige rechten) van 9 september 1965 (BGBl. I, blz. 1737), zoals laatstelijk gewijzigd bij de wet van 1 oktober 2013 (BGBl. I, blz. 3728), (hierna: “Urheberrechtsgesetz”) bepaalt:

“1) Wanneer onrechtmatig inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht of een ander door deze wet beschermd recht kan de benadeelde vorderen dat de inbreuk wordt beëindigd; bij herhalingsgevaar kan hij een verbod vorderen. Een verbod kan ook worden gevorderd wanneer voor het eerst een inbreuk dreigt.

2) Hij die de inbreuk opzettelijk of uit nalatigheid begaat, moet de daaruit voor de benadeelde voortvloeiende schade vergoeden. [...]”

19 § 97a van het Urheberrechtsgesetz bepaalt:

“1) Alvorens een gerechtelijke verbodsprocedure in te leiden dient de benadeelde de inbreukmaker in gebreke te stellen en hem de gelegenheid te bieden het geschil te beslechten door zich ertoe te verbinden zich van de inbreuk te onthouden op straffe van betaling van een overeengekomen adequate boete.

[...]

3) Voor zover de ingebrekestelling gerechtvaardigd is, [...] kan vergoeding van de noodzakelijke kosten worden gevorderd. [...]”

Nationale rechtspraak betreffende de indirecte aansprakelijkheid van de verleners van diensten van de informatiemaatschappij (“Störerhaftung”)

20 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat naar Duits recht een persoon zowel direct (“Täterhaftung”) als indirect (“Störerhaftung”) aansprakelijk kan worden gesteld voor door hem gepleegde inbreuken op het auteursrecht of op naburige rechten. § 97 van het Urheberrechtsgesetz is door de Duitse rechter immers aldus uitgelegd dat een persoon die, zonder dat hij de inbreuk zelf begaat of daaraan medeplichtig is, bewust aan die inbreuk bijdraagt (“Störer”) aansprakelijk kan worden gesteld.

21 In dat verband heeft het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) in een arrest van 12 mei 2010, Sommer unseres Lebens (I ZR 121/08), geoordeeld dat een particulier die een wifinetwerk met internettoegang exploiteert als “Störer” moet worden aangemerkt wanneer hij zijn netwerk niet heeft beveiligd met een wachtwoord en aldus derden de mogelijkheid biedt inbreuk te maken op een auteursrecht

of op naburige rechten. Volgens deze uitspraak kan van een dergelijke netwerkexploitant redelijkerwijs worden verlangd zijn netwerk te beveiligen, bijvoorbeeld door middel van een identificatie-systeem met een wachtwoord.

Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

22 Mc Fadden is de bedrijfsleider van een onderneming voor de verkoop en verhuur van licht- en geluidsmateriaal.

23 Hij exploiteert een draadloos lokaal netwerk waarmee in de nabijheid van zijn onderneming, gratis en anoniem toegang tot internet mogelijk is. Om die internettoegang aan te bieden, maakt Mc Fadden gebruik van de diensten van een telecommunicatie-onderneming. De toegang tot zijn netwerk was bewust niet beveiligd om klanten van winkels in de omgeving, voorbijgangers en burens op zijn bedrijf te attenderen.

24 Rond 4 september 2010 heeft Mc Fadden de naam van zijn netwerk gewijzigd van “mcfadden.de” in “freiheitstattangst.de”, om de aandacht te vestigen op een demonstratie voor de bescherming van persoonsgegevens en tegen buitensporige overheidscontroles.

25 Tijdens dezelfde periode is, zonder dat de rechthebbenden daarmee hadden ingestemd, op internet een muziekwerk gratis ter beschikking van het publiek gesteld door middel van het draadloos lokaal netwerk dat door Mc Fadden wordt geëxploiteerd. Hij stelt de vermeende inbreuk niet te hebben begaan, maar sluit niet uit dat deze is begaan door een van de gebruikers van zijn netwerk.

26 Sony Music is de producent van het fonogram van dat werk.

27 Bij brief van 29 oktober 2010 heeft Sony Music Mc Fadden in gebreke gesteld haar rechten op dit fonogram te eerbiedigen.

28 Na de ingebrekestelling stelde Mc Fadden bij de verwijzende rechter een vordering in tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht (“negative Feststellungsklage”). Daarop heeft Sony Music in reconventie van Mc Fadden gevorderd dat hij, ten eerste, schadevergoeding betaalt uit hoofde van zijn directe aansprakelijkheid wegens schending van haar rechten op dat fonogram, ten tweede, op straffe van een boete een einde stelt aan de inbreuk op haar rechten, en ten derde, haar ingebrekestellings- en proceskosten vergoedt.

29 Bij vonnis van 16 januari 2014, dat bij verstek jegens McFadden is gewezen, heeft de verwijzende rechter diens vordering afgewezen en de reconventionele vorderingen van Sony Music toegewezen.

30 McFadden heeft verzet gedaan tegen dat vonnis, waarbij hij aanvoerde dat hij ingevolge de Duitse omzettingbepalingen van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 niet aansprakelijk kon worden gesteld.

31 In het kader van die verzetsprocedure heeft Sony Music primair de bevestiging van voormeld vonnis gevorderd en subsidiair, indien de verwijzende rechter niet zou vaststellen dat McFadden direct aansprakelijk was, dat hij zou worden veroordeeld tot schadevergoeding op basis van de Duitse rechtspraak inzake de indirecte aansprakelijkheid (“*Störerhaftung*”) van de exploitanten van draadloze lokale netwerken, omdat hij zijn draadloos lokaal netwerk niet had beveiligd en het aldus derden mogelijk had gemaakt inbreuk te maken op de rechten van Sony Music.

32 In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing geeft de verwijzende rechter aan dat hij geneigd is te oordelen dat de schending van de rechten van Sony Music niet door Mc Fadden in persoon is begaan, maar door een onbekende gebruiker van diens draadloos lokaal netwerk. Hij overweegt evenwel Mc Fadden indirect aansprakelijk (“*Störerhaftung*”) te stellen, omdat hij het netwerk waarmee die schending anoniem kon worden begaan, niet had beveiligd. De verwijzende rechter zich evenwel af of de uitsluiting van aansprakelijkheid waarin is voorzien bij artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, dat door § 8, lid 1, eerste volzin, van het Telemediengesetz in Duits recht is omgezet, niet eraan in de weg staat dat Mc Fadden op enige wijze aansprakelijk wordt gesteld.

33 Daarop heeft het Landgericht München I de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn [2000/31] junctis artikel 2, onder a), van [deze richtlijn] en artikel 1, punt 2, van richtlijn [98/34], zoals gewijzigd bij richtlijn [98/48], aldus te worden uitgelegd dat ‘gewoonlijk tegen vergoeding’ betekent dat de nationale rechter moet vaststellen

a) of de concreet betrokken persoon die zich op de hoedanigheid van dienstverlener beroept de concrete dienst gewoonlijk tegen vergoeding levert,

b) of er überhaupt aanbieders op de markt zijn die de betrokken dienst of vergelijkbare diensten tegen vergoeding leveren, dan wel

c) of het merendeel van de betrokken of vergelijkbare diensten tegen vergoeding wordt geleverd?

2) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn [2000/31] aldus te worden uitgelegd dat ‘het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk’ impliceert dat in de zin van die richtlijn uitsluitend relevant is dat het resultaat intreedt, te weten dat toegang tot een communicatienetwerk (bijvoorbeeld het internet) wordt verschaft?

3) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn [2000/31] juncto artikel 2, onder b), van [deze richtlijn] aldus te worden uitgelegd dat het voor het ‘leveren’ in de zin van [dat artikel 2, onder b)], volstaat dat de dienst van de informatiemaatschappij zuiver feitelijk ter beschikking wordt gesteld, in casu dus dat een open wifverbinding ter beschikking wordt gesteld, of moet er daarnaast bijvoorbeeld ook ‘reclame’ voor worden gemaakt?

4) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn [2000/31] aldus te worden uitgelegd dat ‘niet aansprakelijk [...] voor de doorgegeven informatie’ inhoudt dat de gelaedeerde van een auteursrechtinbreuk in beginsel, of althans met betrekking tot de eerste vastgestelde auteursrechtinbreuk, geen verbodsvordering, schadevordering of vordering tot betaling van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtelijke kosten kan instellen tegen de toegangverschaffer?

5) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede van richtlijn [2000/31] juncto artikel 12, lid 3, van die richtlijn aldus te worden uitgelegd dat de lidstaten de nationale rechter niet mogen toestaan een toegangverschaffer in een bodemprocedure te verbieden derden in de toekomst nog de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk op internetsites voor file-sharing online toegankelijk te maken?

6) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn [2000/31] aldus te worden uitgelegd dat in de omstandigheden van het hoofdgeding de regeling van artikel 14, lid 1, onder b), van [die richtlijn] naar analogie moet worden toegepast op het recht om een verbod te vorderen?

7) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn [2000/31] juncto artikel 2, onder b), van [deze richtlijn] aldus te worden uitgelegd dat de met betrekking tot een dienstverlener te stellen eisen niet verder kunnen gaan dan dat dienstverlener is elke natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert?

8) Indien de zevende vraag ontkennend wordt beantwoord, welke bijkomende eisen dienen dan in het kader van de uitlegging van artikel 2, onder b), van richtlijn [2000/31] aan een dienstverlener te worden gesteld?

9) Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn [2000/31], geleet op de bestaande grondrechtelijke bescherming van de uit het recht op eigendom voortvloeiende intellectuele eigendom (artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [hierna: ‘Handvest’]), op de [in de richtlijnen 2001/29 en 2004/48] neergelegde regels alsmede op de vrijheid van informatie en het Uniegrondrecht van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het [Handvest]), aldus te worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een nationale rechter de toegangverschaffer, op straffe van een dwangsom, verbiedt derden in de toekomst nog de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk of delen daarvan via een internetsite voor file sharing online toegankelijk te maken, en het daarmee aan de toegangverschaffer overlaat te bepalen welke concrete technische maatregelen hij neemt om aan dit bevel te voldoen?

[10] Is dat ook dan het geval indien de toegangverschaffer feitelijk alleen maar gevolg kan geven aan het rechterlijk verbod indien hij de internetaansluiting blokkeert of met een wachtwoord beveiligd of alle via die aansluiting doorgegeven communicatie controleert

om na te gaan of het betrokken auteursrechtelijk beschermde werk niet opnieuw op illegale wijze wordt doorgegeven, wanneer dit al van meet af aan vaststaat en niet pas blijkt in het kader van de procedure tot gedwongen tenuitvoerlegging of de sanctieprocedure?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

34 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat de verwijzende rechter met zijn eerste vraag wenst vast te stellen of een dienst als die welke wordt verricht door de verzoeker in het hoofdgeding, die bestaat in de terbeschikkingstelling van een publiek en gratis draadloos communicatienetwerk, kan vallen onder de werkingssfeer van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31.

35 Bijgevolg moet de eerste vraag aldus worden opgevat dat de verwijzende rechter daarmee in wezen te vernemen of artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, onder a), van deze richtlijn en met artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, aldus moet worden uitgelegd dat een dienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die wordt verricht door de exploitant van een communicatienetwerk en inhoudt dat dit netwerk gratis ter beschikking van het publiek wordt gesteld, een “dienst van de informatiemaatschappij” in de zin van eerstgenoemde bepaling vormt.

36 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 noch artikel 2 van deze richtlijn een definitie geven van het begrip “dienst van de informatiemaatschappij”. Laatstbedoeld artikel verwijst dienaangaande evenwel naar richtlijn 98/34.

37 In dat verband blijkt enerzijds uit de tweede en de negentiende overweging van richtlijn 98/48 dat het in richtlijn 98/34 gebezigde begrip “dienst” aldus moet worden opgevat dat het dezelfde betekenis heeft als dat in artikel 57 VWEU. Volgens artikel 57 VWEU worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden.

38 Anderzijds bepaalt artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34 dat het begrip “dienst van de informatiemaatschappij” elke dienst omvat die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht.

39 Bijgevolg gaat het bij de in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 bedoelde diensten van de informatiemaatschappij alleen om diensten die gewoonlijk tegen vergoeding worden verricht.

40 Deze conclusie vindt steun in overweging 18 van richtlijn 2000/31, waarin het heet dat diensten van de informatiemaatschappij niet beperkt blijven tot diensten waarvoor online contracten gesloten worden, maar ook betrekking hebben op andere diensten voorzover zij een economische activiteit vormen.

41 Daaruit kan evenwel niet worden opgemaakt dat een dienstverrichting van economische aard die gratis wordt verricht nooit een “dienst van de informatiemaatschappij” in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 kan vormen. De vergoeding van een dienst die wordt verricht door een dienstverlener in het kader van zijn economische activiteit wordt immers niet noodzakelijk betaald door degene voor wie zij wordt verricht (zie in die zin arrest van 11 september 2014, *Papasavvas*, C-291/13, EU:C:2014:2209, punten 28 en 29).

42 Dit geldt met name wanneer een gratis verrichte dienst door een dienstverlener wordt verleend om reclame te maken voor door hem verkochte goederen of aangeboden diensten, aangezien de kosten van die activiteit dan worden opgenomen in de verkoopprijs van die goederen of diensten (arrest van 26 april 1988, *Bond van Adverteerders e.a.*, 352/85, EU:C:1988:196, punt 16, en van 11 april 2000, *Deliège*, C-51/96 en C-191/97, EU:C:2000:199, punt 56).

43 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, onder a), van deze richtlijn en met artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34, aldus moet worden uitgelegd dat een dienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die wordt verricht door de exploitant van een communicatienetwerk en inhoudt dat dit netwerk gratis ter beschikking van het publiek wordt gesteld, een “dienst van de informatiemaatschappij” in de zin van eerstgenoemde bepaling vormt wanneer hij door de betrokken dienstverlener wordt verricht om reclame te maken voor door hem verkochte goederen of aangeboden diensten.

Tweede en derde vraag

44 Met zijn tweede en derde vraag, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat de in die bepaling bedoelde dienst, bestaande in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk, reeds moet worden geacht te zijn verricht wanneer de toegang louter ter beschikking wordt gesteld, of dat daartoe moet zijn voldaan aan extra voorwaarden.

45 De verwijzende rechter wenst meer in het bijzonder te vernemen of het naast het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk, noodzakelijk is dat, ten eerste, er een contractuele verhouding tussen de afnemer en de aanbieder van de dienst bestaat, en ten tweede, deze aanbieder reclame maakt voor die dienstverrichting.

46 Dienaangaande volgt in de eerste plaats uit de bewoordingen van artikel 12 van richtlijn 2000/31, met als opschrift “Mere conduit’ (doorgeefluik)”, dat de verrichting van de in die bepaling bedoelde dienst moet inhouden dat er informatie in een communicatienetwerk wordt doorgegeven.

47 Daarnaast staat in voormelde bepaling te lezen dat de in die bepaling neergelegde vrijstelling van aansprakelijkheid slechts

geldt voor de doorgegeven informatie.

48 Ten slotte blijkt uit overweging 42 van richtlijn 2000/31 dat de activiteit van “mere conduit” een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft.

49 Hieruit volgt dat het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk het kader van een dergelijk technisch, automatisch en passief proces waarmee wordt gezorgd voor de vereiste uitvoering van de informatiedoorgifte, niet te buiten dient te gaan.

50 In de tweede plaats volgt uit de overige bepalingen van richtlijn 2000/31 noch uit de met deze richtlijn nagestreefde doelstellingen dat het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk moet voldoen aan extra voorwaarden, zoals het bestaan van een contractuele verhouding tussen de afnemer en de aanbieder van die dienst, of het feit dat de aanbieder gebruik maakt van reclamemiddelen om promotie te voeren voor die dienstverrichting.

51 Het is juist dat artikel 2, onder b), van richtlijn 2000/31 in de Duitse taalversie ervan refereert aan het werkwoord *anbieten*, dan zou kunnen worden begrepen als een verwijzing naar de gedachte van een aanbod tot contracteren, en bijgevolg naar een bepaalde vorm van reclame.

52 Het vereiste van een uniforme toepassing en bijgevolg uitlegging van de bepalingen van het recht van de Unie brengt evenwel mee dat de tekst van een bepaling in geval van twijfel niet op zichzelf in één van zijn taalversies mag worden beschouwd, maar daarentegen moet worden uitgelegd en toegepast in het licht van de versies in de andere officiële talen (arrest van 9 juni 2011, Eleftheri tileorasi en Giannikos, C-52/10, EU:C:2011:374, punt 23).

53 In de andere taalversies van artikel 2, onder b), met name de Spaanse, de Tsjechische, de Engelse, de Franse, de Italiaanse, de Poolse en de Slowaakse taalversie worden evenwel werkwoorden gebruikt die geen dergelijke geachte van aanbod tot contracteren of reclame tot uitdrukking brengen.

54 Gelet op het voorgaande dient op de tweede en de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat de in die bepaling bedoelde dienst, bestaande in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk, reeds moet worden geacht te zijn verricht wanneer de toegang het kader van het technisch, automatisch en passief proces waarmee wordt gezorgd voor de vereiste uitvoering van de informatiedoorgifte, niet te buiten gaat, zonder dat dient te zijn voldaan aan enige andere extra voorwaarde.

Zesde vraag

55 Met zijn zesde vraag, die als derde moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat de voorwaarde van artikel 14, lid 1, onder b), van die richtlijn naar analogie van toepassing is op artikel 12, lid 1.

56 In dat verband volgt reeds uit de structuur van richtlijn 2000/31 dat de Uniewetgever een onderscheid heeft willen maken tussen de regelingen die gelden voor de activiteiten van “mere conduit” (doorgeefluik), van opslag van informatie in de vorm van “caching” en van hosting, aangezien die activiteiten worden geregeld door verschillende bepalingen van die richtlijn.

57 In dat verband blijkt bij vergelijking van artikel 12, lid 1, van artikel 13, lid 1, met artikel 14 lid 1, van die richtlijn dat de in die bepalingen neergelegde vrijstellingen van aansprakelijkheid onderworpen zijn aan andere toepassingsvoorwaarden naargelang van het betrokken type activiteiten.

58 In het bijzonder bepaalt artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31, met als opschrift “,Hosting’ (,host’-diensten)”, met name dat aanbieders van hostdiensten voor internetsites alleen in aanmerking komen voor de in die bepaling vastgestelde vrijstelling van aansprakelijkheid indien zij, zodra zij van de onwettige informatie kennis hebben, prompt handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

59 Daarentegen onderwerpt artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 de daarin vastgestelde vrijstelling van aansprakelijkheid voor dienstverleners die toegang verschaffen tot een communicatienetwerk, niet aan de naleving van een dergelijke voorwaarde.

60 Overigens, zoals de advocaat-generaal in punt 100 van zijn conclusie heeft opgemerkt, onderscheiden de situaties van de aanbieders van hostdiensten voor internetsites, enerzijds, en die van dienstverleners die toegang tot een communicatienetwerk verschaffen, anderzijds, zich op het punt van de in artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 gestelde voorwaarde.

61 Uit overweging 42 van die richtlijn blijkt immers dat de in die richtlijn neergelegde vrijstellingen van aansprakelijkheid zijn vastgesteld met inachtneming van het feit dat de activiteiten die worden verricht door de verschillende vermelde categorieën dienstverleners, met name de door dienstverleners die toegang verschaffen tot een communicatienetwerk en aanbieders van hostdiensten voor internetsites, alle een louter technisch, automatisch en passief hebben en dat die aanbieders van diensten dus geen kennis hebben van, of controle over, de informatie die aldus wordt doorgegeven of opgeslagen.

62 Daarbij zij evenwel aangetekend dat de door de aanbieder van hostdiensten voor internetsites verrichte dienst, die bestaat in de opslag van informatie, een blijvend karakter heeft. De aanbieder van hostdiensten kan bijgevolg kennis krijgen van het onwettige karakter van door hem opgeslagen informatie op een na de opslag gesitueerd tijdstip waarop hij nog steeds in staat is te handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

63 Wat de aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk betreft, is de door hem verrichte dienst van doorgifte van informatie daarentegen normaal gesproken beperkt in de tijd, zodat hij

na de doorgifte van deze informatie daarop geen enkele toezicht meer uitoefent. In die omstandigheden is de aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk, in tegenstelling tot de aanbieder van hostdiensten voor een internetsite, vaak niet in staat om op een later tijdstip te handelen om bepaalde informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

64 Hoe dan ook blijkt uit punt 54 van het onderhavige arrest dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 niet voorziet in enige extra voorwaarde naast de voorwaarde, voor de betrokken dienst, om toegang te verschaffen tot een communicatienetwerk, welke toegang het kader van een technisch, automatisch en passief proces dat zorgt voor de vereiste uitvoering van de informatiedoorgifte, niet te buiten dient te gaan.

65 Gelet op het voorgaande moet op de zesde vraag worden geantwoord dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat de voorwaarde van artikel 14, lid 1, onder b), van deze richtlijn niet naar analogie van toepassing is op artikel 12, lid 1.

Zevende en achtste vraag

66 Met zijn zevende en achtste vraag, die tezamen als vierde moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, onder b), van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat er, naast de in die bepaling vermelde voorwaarde, nog andere voorwaarden bestaan waaraan een dienstverlener die toegang tot een communicatienetwerk verschaft, is onderworpen.

67 In dat verband voorziet artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, onder b), van die richtlijn, slechts uitdrukkelijk in één enkele voorwaarde voor een dergelijke aanbieder, namelijk dat het moet gaan om een natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij verleent.

68 Dienaangaande blijkt uit voormelde overweging 41 dat de Uniewetgever door de vaststelling van richtlijn 2000/31 een evenwicht tot stand heeft gebracht tussen de verschillende betrokken belangen. Hieruit volgt dat die richtlijn in haar geheel, en met name artikel 12, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 2, onder b), ervan, moet worden geacht dat door die wetgever tot stand gebrachte evenwicht tot uitdrukking te brengen.

69 In die omstandigheden staat het niet aan het Hof om zich in de plaats te stellen van de Uniewetgever door de toepassing van deze bepaling afhankelijk te stellen van voorwaarden welke die wetgever niet heeft vastgesteld.

70 Dat evenwicht zou immers gedrang kunnen komen wanneer de uitzondering van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 afhankelijk zou worden gesteld van de naleving van voorwaarden die de Uniewetgever niet uitdrukkelijk heeft vastgesteld.

71 Gelet op het voorgaande dient op de zevende en de achtste

vraag te worden geantwoord dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, onder b), van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat er, naast de in die bepaling vermelde voorwaarde, geen andere voorwaarden bestaan waaraan een dienstverlener die toegang tot een communicatienetwerk verschaft, is onderworpen.

Vierde vraag

72 Met zijn vierde vraag, die als vijfde moet worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat een persoon die door de schending van zijn rechten op een werk is benadeeld, jegens een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk waarvan de diensten zijn gebruikt om die inbreuk te plegen, kan vorderen dat de voortzetting van die inbreuk wordt verboden, alsook een schadevergoeding en de betaling van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtskosten.

73 In dat verband zij eraan herinnerd dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat dienstverleners die toegang verschaffen tot een communicatienetwerk, niet aansprakelijk zijn voor de informatie die hun is doorgegeven door de afnemers van die dienst, mits is voldaan aan de in die bepaling vermelde drievoudige voorwaarde dat het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt, de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd, en de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd.

74 Hieruit volgt dat wanneer die voorwaarden zijn vervuld, de aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk niet aansprakelijk is en dus in elk geval uitgesloten is dat de auteursrechtelijke van die dienstverlener een schadevergoeding kan vorderen op grond dat de toegang tot dat netwerk door derden is gebruikt om inbreuk te maken op zijn rechten.

75 Bijgevolg is ook in elk geval uitgesloten dat de auteursrechtelijke kan verzoeken om vergoeding van de in het kader van zijn schadevordering gemaakte kosten van ingebrekestelling en gerechtskosten. Een dergelijke bijkomende vordering kan immers maar gegrond zijn indien de hoofdvordering zelf gegrond is, waartegen artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 zich verzet.

76 Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31 preciseert evenwel dat dit artikel geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een nationale rechtbank of een administratieve autoriteit om te eisen dat de dienstverlener een inbreuk op de auteursrechten beëindigt of voorkomt.

77 Hieruit volgt dat wanneer een derde een inbreuk heeft gemaakt door middel van de internetverbinding die hem ter beschikking is gesteld door een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk, artikel 12, lid 1, van die richtlijn niet eraan in de weg staat dat de persoon die door die inbreuk is benadeeld een nationale autoriteit of rechterlijke instantie verzoekt om die



aanbieder te verbieden het voortduren van die inbreuk mogelijk te maken.

78 Derhalve sluit artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 op zich evenmin uit dat die persoon kan verzoeken om terugbetaling van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtskosten die hij heeft gemaakt voor een vordering als bedoeld in het vorige punt.

79 Gelet op het voorgaande moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een persoon die door de schending van zijn rechten op een werk is benadeeld, jegens een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk schadevergoeding kan vorderen omdat een toegang tot dat netwerk door derden is gebruikt om inbreuk op zijn rechten te maken, alsook de vergoeding van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtskosten die hij met het oog op de schadevordering heeft gemaakt. Daarentegen moet die bepaling aldus moet worden uitgelegd dat zij niet eraan in de weg staat dat die persoon jegens een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk van wie de diensten zijn gebruikt om die inbreuk te plegen, vordert dat de voortzetting van die inbreuk wordt verboden, alsook de betaling van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtskosten, wanneer die vorderingen gericht zijn of aansluiten op de vaststelling van een bevel door een nationale autoriteit of rechterlijke instantie op grond waarvan het die aanbieder wordt verboden het voortduren van die inbreuk mogelijk te maken.

Vijfde, negende en tiende vraag

80 Met zijn vijfde, negende en tiende vraag, die tezamen als zesde moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 12, lid 3, van die richtlijn, gelet op de uit de bescherming van de grondrechten voortvloeiende eisen, alsmede op de voorschriften van de richtlijnen 2001/29 en 2004/48, aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan de vaststelling van een bevel dat, zoals het in het hoofdeding aan de orde zijnde bevel, van de aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk waarmee het publiek een verbinding met het internet tot stand kan brengen, onder verbeurte van een dwangsom, verlangt dat hij verhindert dat derden een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk of delen daarvan, via die internetverbinding, voor het publiek toegankelijk kunnen maken op een internetsite voor file-sharing (*peer-to-peer*), wanneer deze aanbieder weliswaar kan kiezen van welke technieken hij gebruikmaakt om te voldoen aan dat bevel, maar reeds vaststaat dat de enige maatregelen die hij in de praktijk zou kunnen vaststellen erin bestaan de internetaansluiting te blokkeren, deze met een wachtwoord te beveiligen, of alle via die aansluiting doorgegeven informatie te controleren.

81 Om te beginnen vast staat dat een bevel zoals het bevel dat de verwijzende rechter in het hoofdeding voor ogen heeft, aangezien het van de betrokken aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk verlangt dat hij de herhaling van een inbreuk op een naburig recht voorkomt, valt onder de bescherming van

het grondrecht op bescherming van de intellectuele eigendom bedoeld in artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: "Handvest").

82 Voorts moet worden vastgesteld dat een dergelijk bevel, aangezien het aan die toegangverschaffer een beperking oplegt die negatieve gevolgen kan hebben voor zijn economische activiteit en voorts de vrijheid kan beperken van de afnemers van een dergelijke dienst om toegang tot internet te krijgen, botst met het krachtens artikel 16 van het Handvest beschermde recht op vrijheid van ondernemerschap van de aanbieder, en met het recht op vrijheid van informatie van de afnemers, waarvan de bescherming wordt verzekerd door artikel 11 van het Handvest.

83 Wanneer verschillende door het Unierecht beschermde concurrerende grondrechten aan de orde zijn, staat het aan de autoriteiten of aan de betrokken nationale rechterlijke instantie om te zorgen voor een rechtvaardig evenwicht tussen die rechten (zie in die zin arrest van 29 januari 2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, punten 68 en 70).

84 Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat een bevel dat het aan de verschaffer van toegang tot een communicatienetwerk overlaat te bepalen welke concrete maatregelen moeten worden vastgesteld om het beoogde doel te bereiken, onder omstandigheden kan resulteren in dit rechtvaardig evenwicht (zie in die zin arrest van 27 maart 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, punten 62 en 63).

85 In casu blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de verwijzende rechter ervan uitgaat dat de adressaat van een bevel in de praktijk maar drie maatregelen kan nemen, namelijk alle via een internetaansluiting doorgegeven informatie onderzoeken, de aansluiting blokkeren, of deze beveiligen met een wachtwoord.

86 Het Hof zal de verenigbaarheid van het overwogen bevel met het Unierecht dus alleen onderzoeken op basis van die door de verwijzende rechter vermelde drie maatregelen.

87 Wat ten eerste het toezicht op alle doorgegeven informatie betreft, een dergelijke maatregel moet meteen worden uitgesloten, aangezien hij in strijd is met artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, dat voorschrijft dat met name aan de aanbieders van toegang tot een communicatienetwerk, geen algemene verplichting mag worden opgelegd om toezicht te houden op de informatie die zij doorgeven.

88 Wat ten tweede, de maatregel betreft die erin bestaat de internetaansluiting volledig te blokkeren, moet worden vastgesteld dat de toepassing ervan een ernstige aantasting zou meebrengen van de vrijheid van ondernemerschap van degene die, al was het maar bijkomstig, een economische activiteit verricht bestaande in het aanbieden van internettoegang, door hem de facto volledig te verbieden die activiteit voort te zetten, teneinde een einde te maken aan een beperkte inbreuk op het auteursrecht, zonder de vaststelling te overwegen van maatregelen die deze vrijheid min-

der aantasten.

89 In die omstandigheden moet een dergelijke maatregel worden geacht strijdig te zijn met het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de met elkaar in overeenstemming te brengen grondrechten (zie in die zin, betreffende een bevel, arrest van 24 november 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, punt 49, en, naar analogie, arrest van 16 juli 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, punten 35 en 41).

90 Wat betreft ten derde de maatregel die erin bestaat de internettoegang te beveiligen met een wachtwoord, moet worden opgemerkt dat deze maatregel zowel het recht van het recht van vrijheid van ondernemerschap van de aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk als het recht van vrijheid van informatie van de afnemers van die dienst kan beperken.

91 Daarbij zij evenwel aangetekend, in de eerste plaats, dat een dergelijke maatregel niet afdoet aan de wezenlijke inhoud van vrijheid van ondernemerschap van de aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk, aangezien daarbij slechts in beperkte mate één van de technische modaliteiten voor de uitoefening van de activiteit van die aanbieder wordt geregeld.

92 In de tweede plaats lijkt een maatregel die erin bestaat de internetaansluiting te beveiligen de wezenlijke inhoud van het recht van vrijheid van informatie van de afnemers van een internettoegangsdienst niet te kunnen aantasten, aangezien daarbij van hen slechts wordt verlangd dat zij een wachtwoord aanvragen, waarbij die verbinding bovendien slechts een van de mogelijkheden is om toegang tot internet te krijgen.

93 In de derde plaats is het juist dat uit de rechtspraak blijkt dat de genomen maatregel dermate doelgericht moet zijn dat hij bijdraagt tot de beëindiging van de door een derde op het auteursrecht of een naburig recht gemaakte inbreuk, zonder dat hij nadelige gevolgen heeft voor de mogelijkheid van internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van deze aanbieder om zich rechtmatig toegang te verschaffen tot de informatie. Anders zou de inmenging van die aanbieder in de vrijheid van informatie van die gebruikers, gelet op de nagestreefde doelstelling, ongerechtvaardigd blijken (arrest van 27 maart 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, punt 56).

94 Een maatregel van een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk, bestaande in de beveiliging van de aansluiting van dat netwerk op internet lijkt evenwel geen gevolgen te hebben voor de mogelijkheid waarover internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van die aanbieder beschikken om op rechtmatige wijze toegang tot informatie te krijgen, aangezien met die maatregel geen internetsite wordt geblokkeerd.

95 In de vierde plaats heeft het Hof reeds geoordeeld dat de maatregelen die de adressaat van een bevel als dat in het hoofdgeding ter uitvoering van dit bevel neemt, voldoende doeltreffend moeten zijn om een effectieve bescherming van het betrokken grondrecht te verzekeren, wat inhoudt dat zij tot gevolg moeten

hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adressaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met genoemd grondrecht voor hen beschikbaar gestelde werken (arrest van 27 maart 2014, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, punt 62).

96 In dat verband moet worden vastgesteld dat een maatregel bestaande in de beveiliging van de internetaansluiting door middel van een wachtwoord de gebruikers van die aansluiting ervan kan doen afzien inbreuk te maken op het auteursrecht of op naburige rechten, voor zover die gebruikers verplicht zijn hun identiteit op te geven om het vereiste wachtwoord te krijgen, en dus niet anoniem kunnen handelen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

97 In de vijfde plaats zij eraan herinnerd dat er volgens de verwijzende rechter naast de drie door hem aangehaalde maatregelen, geen andere maatregelen bestaan die een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk als dat in het hoofdgeding, in de praktijk zou kunnen brengen om te voldoen aan een bevel als dat in het hoofdgeding.

98 Aangezien de twee andere maatregelen zijn afgewezen door het Hof, zou de vaststelling dat een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk zijn internetaansluiting niet hoeft te beveiligen, dus erop neerkomen dat het grondrecht op intellectuele eigendom elke bescherming wordt ontnomen, hetgeen zou indruisen tegen de gedachte van een rechtvaardig evenwicht (zie, naar analogie, arrest van 16 juli 2015, *Coty Germany*, C-580/13, EU:C:2015:485, punten 37 en 38).

99 In die omstandigheden moet een maatregel die ertoe strekt de internetaansluiting te beveiligen met een wachtwoord, worden geacht noodzakelijk te zijn om een effectieve bescherming van het grondrecht op bescherming van de intellectuele eigendom te waarborgen.

100 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, onder de in het onderhavige arrest nader aangegeven voorwaarden, de maatregel bestaande in de beveiliging van de aansluiting moet worden geacht een rechtvaardig evenwicht tot stand te kunnen brengen tussen, enerzijds, het grondrecht op bescherming van de intellectuele eigendom en anderzijds, het recht van vrijheid van ondernemerschap van de dienstverlener die toegang tot een communicatienetwerk verleent, alsook het recht op vrijheid van informatie van de afnemers van die dienst.

101 Derhalve moeten de vijfde, de negende en de tiende vraag aldus worden beantwoord dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 12, lid 3, van die richtlijn, gelet op de uit de bescherming van de grondrechten voortvloeiende eisen alsmede op de voorschriften van de richtlijnen 2001/29 en 2004/48, aldus moet worden uitgelegd dat het in beginsel niet in de weg staat aan de vaststelling van een bevel dat, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bevel, van de aan-

bieder van toegang tot een communicatienetwerk waarmee het publiek een verbinding met het internet tot stand kan brengen, onder verbeurte van een dwangsom, verlangt dat hij verhindert dat derden een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk of delen daarvan, via die internetverbinding, voor het publiek toegankelijk kunnen maken op een internetsite voor file-sharing (peer-to-peer), wanneer deze aanbieder kan kiezen van welke technische maatregelen hij gebruikmaakt om te voldoen aan dat bevel, en dit ook wanneer die keuze beperkt is tot uitsluitend de maatregel die erin bestaat de internetaansluiting te beveiligen met een wachtwoord, voor zover de gebruikers van dat netwerk verplicht zijn hun identiteit op te geven om het vereiste wachtwoord te krijgen, en dus niet anoniem kunnen handelen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

Kosten

102 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (richtlijn "elektronische handel"), gelezen in samenhang met artikel 2, onder a), van deze richtlijn en met artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998, moet aldus worden uitgelegd dat een dienst als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die wordt verricht door de exploitant van een communicatienetwerk en inhoudt dat dit netwerk gratis ter beschikking van het publiek wordt gesteld, een "dienst van de informatiemaatschappij" in de zin van eerstgenoemde bepaling vormt wanneer hij door de betrokken dienstverlener wordt verricht om reclame te maken voor door hem verkochte goederen of aangeboden diensten.

2) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 moet aldus worden uitgelegd dat de in die bepaling bedoelde dienst, bestaande in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk, reeds moet worden geacht te zijn verricht wanneer de toegang het kader van het technisch, automatisch en passief proces waarmee wordt gezorgd voor de vereiste uitvoering van de informatie- doorgifte, niet te buiten gaat, zonder dat dient te zijn voldaan aan enige andere extra voorwaarde.

3) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 moet aldus worden uitgelegd dat de voorwaarde van artikel 14, lid 1, onder b), van deze richtlijn niet naar analogie van toepassing is op artikel 12, lid 1.

4) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, onder b), van deze richtlijn, moet aldus worden uitgelegd dat er, naast de in die bepaling vermelde voorwaarde, geen andere voorwaarden bestaan waaraan een dienstverlener die toegang tot een communicatienetwerk verschaft, is onderworpen.

5) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een persoon die door de schending van zijn rechten op een werk is benadeeld, jegens een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk schadevergoeding kan vorderen omdat een toegang tot dat netwerk door derden is gebruikt om inbreuk op zijn rechten te maken, alsook de vergoeding van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtskosten die hij met het oog op de schadevordering heeft gemaakt. Daarentegen moet die bepaling aldus worden uitgelegd dat zij niet eraan in de weg staat dat die persoon jegens een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk van wie de diensten zijn gebruikt om die inbreuk te plegen, vordert dat de voortzetting van die inbreuk wordt verboden, alsook de betaling van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtskosten, wanneer die vorderingen gericht zijn of aansluiten op de vaststelling van een bevel door een nationale autoriteit of rechterlijke instantie op grond waarvan het die aanbieder wordt verboden het voortduren van die inbreuk mogelijk te maken.

6) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 12, lid 3, van die richtlijn, moet, gelet op de uit de bescherming van de grondrechten voortvloeiende eisen alsmede op de voorschriften van de richtlijnen 2001/29 en 2004/48, aldus worden uitgelegd dat het in beginsel niet in de weg staat aan de vaststelling van een bevel dat, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bevel, van de aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk waarmee het publiek een verbinding met het internet tot stand kan brengen, onder verbeurte van een dwangsom, verlangt dat hij verhindert dat derden een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk of delen daarvan, via die internetverbinding, voor het publiek toegankelijk kunnen maken op een internetsite voor file-sharing (peer-to-peer), wanneer deze aanbieder kan kiezen van welke technische maatregelen hij gebruikmaakt om te voldoen aan dat bevel, en dit ook wanneer die keuze beperkt is tot uitsluitend de maatregel die erin bestaat de internetaansluiting te beveiligen met een wachtwoord, voor zover de gebruikers van dat netwerk verplicht zijn hun identiteit op te geven om het vereiste wachtwoord te krijgen, en dus niet anoniem kunnen handelen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.



Mr. P. Teunissen is docent intellectuele eigendom aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

In deze zaak wijst het Hof van Justitie een arrest over de toepasselijkheid van de safe harbour van de E-Commerce-richtlijn op het aanbieden van een

gratis en onbeveiligd wifinetwerk. In het arrest komt aan de orde in hoeverre het voor rechthebbenden mogelijk is een rechterlijk bevel te vorderen ter beëindiging van inbreuken op auteursrechten of naburige rechten die zijn gemaakt via het netwerk. In deze

noot zullen onder andere de privacyaspecten en de mogelijke afschrikkende werking (*chilling effect*) van te vorderen maatregelen aan de orde komen.

Feiten

Voor een goed begrip van het arrest is een schets van het feiten-complex essentieel. Tobias McFadden is ondernemer en tevens fervent aanhanger van de Duitse vleugel van de Piratenpartij. McFadden is manager van een Duitse onderneming die handelt in licht- en geluidsapparatuur en exploiteert in die hoedanigheid een gratis wifi-netwerk dat voor iedereen vrij toegankelijk is. Een onbekende persoon downloadt via dit netwerk illegale muziek. Sony, dat de naburige rechten op het werk heeft, stelt vervolgens McFadden in gebreke, waarna de laatste een negatieve verklaring voor recht (*negatieve Feststellungsklage*) vordert bij de verwijzende rechter. Sony vordert in reconventie van McFadden vergoeding van de geleden schade uit hoofde van zijn directe aansprakelijkheid wegens schending van haar rechten op het fonogram, beëindiging van de inbreuk en vergoeding van ingebrekestellings- en proceskosten. In eerste aanleg worden de vorderingen van Sony toegewezen, waarna McFadden verzet aantekent. Daarbij voert hij aan dat hij op grond van de Duitse omzettingbepalingen van de mere *conduit*-vrijstelling uit artikel 12, lid 1 E-Commercerichtlijn niet aansprakelijk kan worden gesteld.

De verwijzende rechter geeft aan dat hij geneigd is McFadden te veroordelen op grond van zijn indirecte aansprakelijkheid (*Störerhaftung*) van exploitanten van draadloze netwerken, omdat hij het netwerk waarmee de schending anoniem kon worden begaan niet had beveiligd. De rechter vraagt zich echter af of de mere *conduit*-vrijstelling niet aan aansprakelijkheid in de weg staat. Daarbij is onder andere van belang of de door McFadden verleende dienst onder deze bepaling kan worden geschaard, of een rechterlijk bevel tot het nemen van maatregelen mogelijk is en, als dat laatste het geval is, hoe vergaand die maatregelen mogen zijn.

Het Duitse recht kent zowel een vorm van directe aansprakelijkheid (*Täterhaftung*) als indirecte aansprakelijkheid (de zojuist genoemde *Störerhaftung*). In het eerste geval gaat het om een 'normale' inbreuk waarbij de feitelijk inbreukmaker aansprakelijk kan worden gesteld voor de geleden schade, terwijl in het tweede geval ook een persoon die zich op één of andere manier bewust is van de inbreuk kan worden aangesproken.¹ Het Bundesgerichtshof heeft geoordeeld dat een particulier die een wifinetwerk met internettoegang exploiteert als *Störer* kan worden aangemerkt wanneer hij zijn netwerk niet heeft beveiligd met een wachtwoord en, aldus, derden de gelegenheid biedt inbreuk te maken op een auteursrecht of naburig recht.² De juridische kosten van de ingebrekestelling komen in dat geval voor de kosten van de ondernemer. Een en ander heeft ertoe geleid dat ondernemers in Duitsland uiterst voorzichtig zijn met het aanbieden van een gratis en vrij toegankelijk wifinetwerk.

Störerhaftung en mere conduit

Hoe verhoudt de doctrine van *Störerhaftung* zich nu tot de mere

conduit-vrijstelling van artikel 12 lid 1 E-Commercerichtlijn? Kennelijk ging de Duitse rechter ervan uit dat de vrijstelling slechts zag op internetproviders en dus niet op ondernemers die een gratis wifi-netwerk voor hun klanten opzetten. Het HvJEU lijkt met deze gedachte korte metten mee te maken: ook gratis diensten kunnen worden aangemerkt als dienst van de informatie-maatschappij wanneer deze worden verricht om reclame te maken, omdat in dat geval de kosten worden doorberekend in de prijs (punt 41-42).³ Een analoge toepassing van de hostingbepaling van artikel 14 lid 1 onder b E-Commercerichtlijn, waaruit volgt dat een tussenpersoon bij kennis van illegale praktijken verplicht is handelend op te treden, wordt bovendien van de hand gewezen. De belangrijkste reden hiervoor ligt in het feit dat een wifi-aanbieder slechts tijdelijk toegang heeft tot de doorgegeven informatie, waardoor optreden doorgaans onmogelijk is (punt 60 en 63).

Voor toepassing van de mere *conduit*-vrijstelling is vereist dat de doorgifte van informatie een technisch, automatisch en passief karakter heeft. Is dat het geval, dan brengt de vrijstelling zich mee dat geen verhaal kan worden gehaald op de dienstverlener die als doorgeefluik functioneert. Een schadevergoeding op grond van schending van een auteursrecht of naburig recht acht het Hof dan ook principieel onmogelijk en ook de kosten van ingebrekestelling en (overige) gerechtelijke kosten ten aanzien van deze aansprakelijkheid kunnen niet aan de dienstverlener worden tegengeworpen (punt 73-75 en 79). Het verstrekken van gratis wifi zal in de regel onder het toepassingsbereik van de vrijstelling vallen, waarmee indirecte aansprakelijkheid van wifi-aanbidders in beginsel eveneens van de baan lijkt. De praktische consequenties blijven voor onze oosterburen evenwel beperkt, nu de Duitse regering reeds vooruitliep op de zaak door de *Störerhaftung* voor open wifi-aanbidders af te schaffen.⁴

Rechterlijk bevel en kostenveroordeling

Daarmee kunnen wifi-aanbidders echter nog niet meteen opgelucht ademhalen. De toepasbaarheid van de E-Commercerichtlijn sluit immers niet uit dat lidstaten de mogelijkheid bieden maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van inbreuken (art. 12 lid 3 E-Commercerichtlijn). De rechthebbende kan de kosten die samenhangen met een dergelijk bevel verhalen op de aanbieder van het wifinetwerk. De maatregel zelf valt namelijk niet onder het verbod op aansprakelijkheid en dus zijn de kosten die daaraan zijn verbonden ook uitgezonderd, zo redeneert het Hof (punt 76-79). Daarmee kiest het Hof een andere weg dan de advocaat-generaal, die overwoog dat de *safe harbour* met zich meebrengt dat pas een geldelijke vergoeding dient te worden betaald nadat er een specifieke verplichting op de schouders van de tussenpersoon is komen te liggen. Dat lijkt mij een uitleg die de voorkeur verdient. Het komt mij onjuist voor om de juridische kosten van rechthebbenden af te wentelen op een tussenpersoon wanneer, voorafgaand aan het bevel, op hem geen aansprakelijkheid dan wel enige verplichting ten opzichte van die rechthebbende rustte. Dit zou anders kunnen zijn wanneer de inbreuk evident is en de inbreukmaker door de rechthebbende wordt gevraagd maatregelen te nemen.

Of een dergelijke kostenveroordeling in een concreet geval mogelijk is, hangt af van nationaal recht. Het Duitse recht kent bijvoorbeeld een procedure waarin het mogelijk is een voorlopige voorziening te verkrijgen zonder mondelinge behandeling of bekendmaking van het inleidende verzoekschrift aan de wederpartij (*einstweilige Verfügung*)⁵. De rechter kan in dat geval eveneens bepalen dat de aan het geding verbonden kosten door de wederpartij dienen te worden vergoed (*Kostenfestsetzungsbeschluss*). Een dergelijke kostenveroordeling lijkt op grond van dit arrest in ieder geval overeen te blijven. Voor de Nederlandse praktijk ligt het anders. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat een *ex parte* bevel in de zin van art. 1019e Rv zich eveneens kan richten tot tussenpersonen die zelf geen inbreuk maken.⁶ In tegenstelling tot het Duitse recht lijkt dan in de regel echter geen kostenveroordeling te kunnen worden gevorderd.⁷

Toelaatbaarheid van maatregelen

Niet elk bevel ter beperking of beëindiging van een inbreuk is goorloofd. Zo moeten maatregelen op grond van art. 3 Handhavingsrichtlijn eerlijk, billijk, niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen zij geen onredelijke termijnen of nodeloze verdragen inhouden. Daarnaast geldt dat zij doeltreffend, evenredig en afschrikkend moeten zijn, dienen belemmeringen voor rechtmatig handelsverkeer te worden vermeden en moet worden voorzien in waarborgen tegen misbruik van de maatregelen.⁸ Zo verbiedt art. 15 lid 1 van de E-Commercerichtlijn het opleggen van een algemene verplichting tot het houden van toezicht. Daaronder valt in ieder geval het zonder onderscheid filteren van alle doorgegeven informatie door hostingproviders.⁹

De beoordeling van de toelaatbaarheid van een maatregel vergt een afweging van verschillende rechten, waaronder het intellectuele eigendomsrecht zelf op grond van artikel 17 lid 2 Handvest, de vrijheid van ondernemerschap, de bescherming van persoonsgegevens, de informatievrijheid en andere vrijheden die een beperkende werking kunnen hebben op (de handhaving van) het betreffende intellectuele eigendomsrecht, zoals een effectieve rechtsbescherming.¹⁰ Het Hof zoekt bij deze afweging aansluiting bij de door de Duitse rechter aangedragen maatregelen, te weten 1) het onderzoeken van alle doorgegeven informatie, 2) blokkering van de aansluiting en 3) een bevel tot versleuteling van de verbinding door middel van een wachtwoord. De maatregel inhoudende het houden van toezicht op alle doorgegeven informatie wordt in korte bewoordingen van tafel geveegd. Art. 15 lid 1 van de E-Commercerichtlijn staat immers in de weg aan het opleggen van een algemene verplichting tot het houden van toezicht. De tweede maatregel, te weten blokkering van de internetaansluiting van de aanbieder, vormt volgens het Hof een ernstige aantasting van de vrijheid van ondernemerschap van de aanbieder en kan daarom eveneens niet door de beugel (punt 85-88).

Als overgebleven maatregel resteert beveiliging van de wifi-verbinding door middel van een verplichte identiteitsopgave en een wachtwoord. Een dergelijk bevel brengt slechts een technische formaliteit met zich mee, waardoor de vrijheid van ondernemerschap gewaarborgd blijft. Toegang tot het netwerk wordt

bovendien niet onmogelijk ~~wordt~~ gemaakt, zodat ook de vrijheid van informatie niet in de kern wordt geraakt (punten 91-95). Het Hof overweegt bovendien dat volgens de verwijzende rechter naast de drie aangehaalde alternatieven geen andere maatregelen bestaan die een wifi-aanbieder in de praktijk kan brengen. Het verwerpen van de maatregel tot versleuteling zou er dan toe leiden dat er in het geheel geen bescherming geboden zou worden aan rechthebbenden. Een rechtvaardig evenwicht zou in dat geval niet bereikt worden, zodat het Hof de maatregel noodzakelijk acht voor een effectieve bescherming van het grondrecht op intellectuele eigendom (punten 96-101). Ook hier wijkt het Hof af van de conclusie van A-G Szpunar, die elk van de drie opties van de hand wees.

Privacy en versleuteling

Opvallend is dat het Hof bij de afweging van de verschillende grondrechten geen aandacht besteedt aan het recht op privacy en het recht op bescherming van persoonsgegevens (art. 7 en 8 Handvest). Deze rechten kunnen mijns inziens, met name in het geval van een verplichte identiteitscontrole, wel degelijk in de kern worden aangetast. Iedere gebruiker zal immers de afweging moeten maken om persoonlijke informatie te verstrekken om in te loggen op het netwerk. Bovendien zullen deze gegevens moeten worden opgeslagen om handhaving mogelijk te maken.¹¹ In het licht van het verwerpen van de Dataretentierichtlijn is dat een opvallende uitkomst.¹² In deze richtlijn was voor telecomaandieners de verplichting opgenomen om onder andere naam- en adresgegevens, telefoonnummer en IP-adres van gebruikers ten minste zes maanden te bewaren. Het Hof stelde vast dat als gevolg van deze verplichting de vrijheid van meningsuiting, het recht op privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens van de afnemers ingrijpend konden worden beperkt. In dit geval kon de doelstelling van het algemeen belang, te weten bestrijding van criminaliteit, de maatregel dan ook niet rechtvaardigen.¹³ Nu zijn de feiten en het juridisch kader in *McFadden* anders: het gaat niet om richtlijn, maar om de toelaatbaarheid van maatregelen en bovendien zijn de beperkingen van fundamentele rechten minder vergaand. Aan de andere kant gaat het (mogelijk) wel om verplichting tot het opslaan van informatie. Opslag kan op zichzelf gerechtvaardigd zijn, maar dan dienen daar wel voldoende waarborgen tegenover te staan.¹⁴ In ieder geval zal de e-Privacyrichtlijn moeten worden nageleefd.¹⁵ In de toekomst zal daarnaast de nieuwe Privacyverordening een rol gaan spelen.¹⁶ Deze is immers van toepassing op iedere entiteit die persoonsgegevens opslaat. Dat betekent wederom extra verplichtingen voor wifi-aanbieders en zelfs een aansprakelijkheidsrisico wanneer niet voldaan is aan de verordening.

Chilling effect

Dan is er nog een mogelijk *chilling effect* dat van dit arrest kan uitgaan. Allereerst kunnen rechthebbenden de juridische kosten van het rechterlijk bevel verhalen op de aanbieder van het wifinetwerk. Met deze kosten in het vooruitzicht is het voorstelbaar dat aanbieders eieren voor hun geld kiezen en hun wifi-netwerk preventief vergrendelen of uit de lucht halen. Hiertegen kan wor-

den aangevoerd dat een rechterlijk bevel in de regel pas aan de orde zal komen wanneer de aanbieder (tevergeefs) is verzocht zijn netwerk te beveiligen. In dat geval lijkt het niet onredelijk latere juridische kosten ten laste van de aanbieder te brengen. In de tweede plaats brengt de verplichting voor de wifi-aanbieder om zich te vergewissen van de identiteit van zijn gebruikers praktische complicaties met zich mee. Enkele vergrendeling door middel van een wachtwoord lijkt voor identificatie ontoereikend. De vraag is dan ook hoe een dergelijke identificatie in de praktijk bereikt zal worden. Sony stelde in haar schriftelijke opmerkingen voor dat de aanbieder van het netwerk IP-adressen en externe poorten waarmee geregistreerde gebruikers zich met het netwerk verbinden moet opslaan. De A-G merkt hierover op dit eenzelfde soort identificatie inhoudt als de toekenning van een IP-adres door een internetprovider (punt 141 conclusie A-G). Daarmee komt er een behoorlijke administratieve verplichting te rusten op de schouders van de wifi-aanbieder. Aan de andere kant hebben wifi-aanbieders slechts beperkte controlemogelijkheden, terwijl ze wel zullen moeten investeren in een opslagsysteem. Deze verplichtingen doen de vraag rijzen of bij de afweging van de verschillende grondrechten daadwerkelijk een rechtvaardig evenwicht is bereikt. Een verplicht filtersysteem zoals in *Scarlet Extended* is weliswaar moeilijker te realiseren en hoogstwaarschijnlijk kostbaarder, maar de kosten van het genoemde opslagsysteem lijken mij ook niet te verwaarlozen.¹⁷

Tot slot nog enkele opmerkingen met betrekking tot de doelmatigheid en proportionaliteit van de maatregel.¹⁸ Een kwade inbreukmaker zal in de regel proberen de door de aanbieder opgeworpen beveiligingsmaatregelen te omzeilen. Het is in dat geval twijfelachtig of beveiliging door middel van een wachtwoord daadwerkelijk zal leiden tot een vermindering van het aantal inbreuken. Een maatregel moet in ieder geval voldoende effectief zijn in de zin dat inbreuk kunnen voorkomen, bemoeilijken of ontmoedigen. Wanneer dit niet het geval blijkt te zijn, is niet voldaan aan de evenredigheidstoets.¹⁹ Ten aanzien van de proportionaliteit van de maatregel is voorts van belang dat het Hof slechts rekening heeft gehouden met de door de verwijzend rechter genoemde keuzemogelijkheden. In dat licht is deze uitspraak niet verrassend. Om rechthebbenden niet alle bescherming te ontzeggen, kiest het Hof voor de minst bezwarende maatregel.

Interessant is dat deze uitspraak is gepubliceerd een dag nadat de Europese Commissie haar plannen presenteerde waarin zij uitsprak dat de aanwezigheid van open wifi in openbare ruimtes dient te worden gestimuleerd.²⁰ Dit arrest lijkt diametraal tegenover deze plannen te staan, hetgeen nieuwsgierig maakt naar de koers die de Commissie zal varen: bindt zij (gedeeltelijk) in door geen bezwaar te zien in de beperkingen die uit dit arrest (kunnen) voortvloeien, of kiest zij de aanval door corrigerende wetgeving uit te vaardigen, hetgeen lijkt te gaan gebeuren in kader van het *reprorecht*?²¹ De *McFadden*-zaak geeft in ieder geval reden om de ontwikkelingen rondom de nieuwe richtlijn nauwlettend te volgen.

- 1 Zie §97 van de Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (de Duitse wet op het auteursrecht en de naburige rechten).
- 2 BGH 12 mei 2010, I ZR 121/08 (Sommer unseres Lebens).
- 3 Vgl. HvJEG 11 april 2000, C-51/96 (Deliège), pt. 56; HvJEU 11 september 2014, C-291/13 (Papasavvas), pt. 27 en 28.
- 4 BGBl. 2016 I S. 1766, 1767.
- 5 Neergelegd in § 926 Abs. 1 Zivilprozeßordnung (ZPO).
- 6 Zie Vزر. Rb. Rotterdam 12 december 2008, IEF 7413 (KvK/Sandd); Vزر. Rb. Amsterdam 12 mei 2011, IEF 9656 (Eredivisie); Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 7 mei 2010, B9 8837 (Bi-Wear Clothing Company/X).
- 7 Vزر. Rb. 's-Gravenhage 17 november 2010, IEF 9437 (*TeDé Automatisering B.V. c.s./Tetra Laval Holdings & Finance S.A.*).
- 8 HvJEU 12 juli 2011, C-324/09 (*l'Oréal/eBay*), punt 144. Overigens valt er nog een interessante uitspraak te verwachten met als belangrijkste vraag wat de grenzen zijn bij het vaststellen van schadevergoeding. Ik verwijst naar de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de nog aanhangige zaak C-367/15 (*Stowarzyszenie Oławska Telewizja Kablowa*).
- 9 HvJEU 24 november 2011, C-70/11 (*Scarlet Extended*) en HvJEU 16 februari 2012, C-360/10 (*SABAM*).
- 10 HvJEG 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae*); HvJEU 24 november 2011, C-70/11 (*Scarlet Extended*); HvJEU 27 maart 2014, C-314/12 (*UPC Telekabel Wien*); HvJEU 16 juli 2015, C-580/13 (*Coty*). Overigens ging het in deze zaak over een naburig recht.
- 11 M. Husovec, 'Holey cap! CJEU drills (yet) another hole in the E-Commerce Directive's safe harbours', *ssrn.com*.
- 12 HvJEU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*).
- 13 HvJEU 8 april 2014, C-293/12 (*Digital Rights Ireland*), pt. 51.
- 14 A.R. Lodder & M.B. Schuilenburg, 'Politie-webcrawlers en Predictive policing', *Computerrecht* 2016/81, p. 152.
- 15 Richtlijn 2002/58/EG (*PbEG* 2002, L 201/37).
- 16 Verordening (EU) 2016/679 (*PbEU* 2016, L 119/1).
- 17 B.J. Jütte, 'CJEU sheds light on liability for operators of open Wi-Fi networks', 28 september 2016, *eurolawblog.eu*.
- 18 HvJEG 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae*).
- 19 Vgl. HvJEU 27 maart 2014, C-314/12 (*UPC Telekabel Wien*), pt. 62-63.
- 20 Europese Commissie, 'State of the Union 2016: Commissie effent het pad voor meer en betere internetverbindingen voor alle burgers en bedrijven', 14 september 2016, *europa.eu*.
- 21 HvJEU 12 november 2015, C-572/13 (*Reprobel*).

Rechtspraak in het kort

Onder (eind)redactie van
S.C. van Loon en M.R.F. Senftleben



Rechtbank Den Haag 19 oktober 2016 (Boekscout / America Books Europe)

Reikwijdte licentie uitgever; onrechtmatig handelen door benaderen klanten / profiteren wanprestatie

ASB America heeft auteurs van Boekscout ten onrechte bericht dat Boekscout niet de rechten op de vertaling van hun boek bezit. Deze onjuistheid is echter onvoldoende om te oordelen dat ASB America onrechtmatig handelen kan worden verweten.

Rb. 4.6. De rechtbank stelt voorop dat moet worden uitgegaan van de vrijheid van handel en bedrijf. Het uitgangspunt is dan ook dat het concurrenten vrijstaat om te proberen hun marktaandeel te vergroten, ook wanneer dat ten koste gaat van het marktaandeel van de ander.

4.7. In dit kader is het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig. Of een dergelijk, gewoonlijk als profiteren of gebruikmaken van wanprestatie aangeduid, handelen jegens die derde onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

4.8. Ook het stelselmatig benaderen van klanten van de concurrent met het oogmerk

hen te bewegen die relatie te beëindigen en voortaan zaken te doen met een ander is in beginsel niet onrechtmatig. Dat kan anders zijn als gevolg van bijkomende omstandigheden. Die bijkomende omstandigheden kunnen zijn gelegen in het hanteren van oneerlijke middelen, zoals het gebruik maken van kennelijke dwaling van de cliënt, het geven van misleidende informatie e.d.

4.9. Niet in geschil is dat Boekscout, ASB America en Free Musketeers concurrenten van elkaar zijn. Voorts staat vast dat ASB America begin 2014 een aantal auteurs die het standaardcontract van Boekscout hebben ondertekend (hierna ook: auteurs van Boekscout) een e-mail heeft gestuurd met het aanbod hun boek te laten vertalen in het Engels en te laten uitgeven in de VS (zie 2.9). ASB betwist voorts niet dat ASB America auteurs van Boekscout heeft benaderd en heeft gewezen op de mogelijkheid het contract met Boekscout op te zeggen en over te stappen naar Free Musketeers, een uitgeverij waar ASB America mee samenwerkt voor het vertalen en uitgeven van boeken in de VS. Tot slot is niet in geschil dat ASB America op de hoogte was van de inhoud van het standaardcontract.

(...)

4.12. Anders dan ASB stelt, ziet de exclusieve licentie van artikel 2 van het standaardcontract van Boekscout (zie 2.12) naar het oordeel van de rechtbank ook op de vertaling van het werk en het uitgeven daarvan in het buitenland. Zoals Boekscout c.s. terecht heeft aangevoerd, wordt in dat artikel het recht op openbaarmaking en verveelvoudiging van het werk, oftewel van het boek van de met Boekscout contracterende auteur, exclusief overgedragen aan Boekscout. Onder verveelvoudiging valt in dit verband gelet op de artikelen 10 lid 2 en 13 van de Auteurswet ook de vertaling daarvan.³ Artikel 2 van het standaardcontract bepaalt bovendien dat de overdracht van exploitatierechten niet is beperkt naar land of gebied, hetgeen betekent dat een Engelse vertaling uit te geven in de VS onder de licentie valt. De stelling van ASB dat de vertaling niet onder artikel 2 maar onder artikel 7.3 en 7.4 van het standaardcontract valt, dat gaat over film-, tv-, radio- en toneelrechten wordt verworpen. Vertalingen worden in die artikelen niet genoemd en ASB heeft niet on-

derbouwd waarom vertalingen desondanks onder die bepalingen zouden moeten worden begrepen.

4.13. Daaraan doet niet af hetgeen Boekscout op haar website vermeldt (zie 2.14). Hoewel ASB er terecht op wijst dat Boekscout op haar website aangeeft dat zij er geen bezwaar tegen heeft als haar auteurs voor de vertaling van hun boek zaken doen rechtstreeks met een Amerikaanse uitgever, maakt zij tegelijkertijd wel het voorbehoud mede-rechthebbende te zijn, waarmee zij blijkbaar bedoelt wel recht te hebben op (een deel van de) verdiensten. Uit die mededeling kan dan ook niet worden afgeleid dat Boekscout op enigerlei wijze afstand zou doen van hetgeen zij in het standaardcontract met haar auteurs overeenkomt danwel dat zij haar standaardcontract in dezelfde zin begrijpt als ASB heeft bepleit, welk standpunt de rechtbank hiervoor reeds heeft verworpen.

4.14. Dat uitgaande van voornoemde uitleg van artikel 2 van het standaardcontract een Boekscout auteur die gedurende de looptijd van zijn/haar standaardcontract in weerwil van de exclusieve licentie aan Boekscout de rechten voor de Engelse vertaling en het publiceren daarvan overdraagt aan een derde daarmee toerekenbaar tekort schiet in de nakoming van het standaardcontract, is door ASB niet weersproken.

4.15. Ook als ervan wordt uitgegaan dat ASB America op de hoogte was van voornoemde wanprestatie, dan nog is gelet op de hiervoor in 4.7 genoemde maatstaf niet zonder meer sprake van onrechtmatig handelen. Dat zou wel het geval kunnen zijn als sprake is van bijkomende omstandigheden. Dergelijke omstandigheden heeft Boekscout c.s. echter niet naar voren gebracht, hetgeen wel op haar weg had gelegen. Naar het oordeel van de rechtbank kan ASB America dan ook niet worden verweten onrechtmatig te hebben gehandeld door het profiteren van wanprestatie.

4.16. ASB betwist ook dat ASB America onrechtmatig jegens Boekscout c.s. heeft gehandeld door Boekscout auteurs ertoe te bewegen hun contract met Boekscout te beëindigen en over te stappen naar Free Musketeers.

4.17. De hiervoor in 4.8 genoemde maatstaf in acht nemend, heeft ASB America niet onrechtmatig jegens Boekscout c.s. gehandeld door Boekscout auteurs te benaderen en deze over te halen hun contact met Boekscout te beëindigen, tenzij bijkomende omstandigheden alsnog tot dat oordeel moeten leiden. Boekscout c.s. heeft in dit verband verwezen naar e-mailberichten van ASB America.

4.18. In het e-mailbericht van 7 januari 2014 (zie 2.9) dat naar diverse Boekscout auteurs is gestuurd, wordt de auteur een voorstel gedaan voor het laten vertalen van zijn/haar boek in het Engels en het te laten uitgeven in de VS door ASB America. In dat bericht wordt naar Boekscout in zijn geheel niet verwezen. Dit bericht draagt niet bij aan de stelling van Boekscout c.s. dat sprake is van onrechtmatig handelen.

4.19. In het e-mailbericht van 10 januari 2014 (zie 2.10), welk bericht in ieder geval naar één auteur van Boekscout is gestuurd maar waarvan niet gesteld is dat dit bericht ook naar andere auteurs is gestuurd, wordt wel specifiek naar Boekscout verwezen. ASB America bericht de betreffende auteur – naar nu blijkt ten onrechte – dat Boekscout niet de rechten op de vertaling van zijn/haar boek bezit en geeft de auteur in overweging lopende het Boekscout contract ook met Free Musketeers en dus ASB America in zee te gaan voor de vertaling en publicatie van het boek in de VS. Op dit punt heeft ASB America derhalve onjuiste informatie aan de betreffende auteur verstrekt. In datzelfde bericht wijst ASB America echter ook op de mogelijkheid het Boekscout contract met inachtneming van de geldende opzegtermijn te beëindigen om pas na beëindiging over te stappen naar Free Musketeers. Nu ASB America nadrukkelijk de beslissing bij de auteur legt om voor één van beide opties te kiezen indien deze zou willen overstappen naar Free Musketeers, is voornoemde onjuistheid onvoldoende om te oordelen dat van dusdanige bijkomende omstandigheden sprake is dat ASB America onrechtmatig handelen kan worden verweten.

4.20. In het bericht van ASB America aan Boekscout van 15 januari 2014 (zie 2.11) wordt Boekscout weliswaar in niet als neutraal te kwalificeren bewoordingen bewogen een samenwerking aan te gaan met

Free Musketeers. Dat bericht is echter niet naar de Boekscout auteurs verzonden en mist zodoende relevantie.

4.21. Dat zich andere bijkomende omstandigheden hebben voorgedaan, bijvoorbeeld door het verstrekken van onjuiste of misleidende informatie of het gebruik maken van oneerlijke middelen, heeft Boekscout c.s. niet onderbouwd gesteld. Zodoende is de conclusie dat ASB America niet op onrechtmatige wijze heeft getracht Boekscout auteurs ertoe te bewegen hun contract met Boekscout te beëindigen.

4.22. De slotsom is dat de rechtbank de stelling van Boekscout c.s. verwerpt dat ASB America onrechtmatig jegens Boekscout heeft gehandeld. Dat ASB America jegens de overige eisers [eiser sub 2] en [eiseres sub 3] onrechtmatig heeft gehandeld, heeft Boekscout c.s. niet onderbouwd zodat ook die stelling moet worden verworpen. De vorderingen van Boekscout c.s. zullen zodoende worden afgewezen.

4.23. Boekscout c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

Rechtbank Overijssel 26 oktober 2016 (Siemens / Altrex)

Tussenvonniss. Aansprakelijkheid werkgever voor schade door illegale download van werknemer

Altrex is op grond van artikel 6:170 BW aansprakelijk voor de schade die Siemens heeft geleden als gevolg van het illegaal downloaden van haar software door een werknemer van Altrex. Siemens wordt toegestaan zich bij akte uit te laten over de wijze van schadebegroting op basis van de "a-grond" uit artikel 13 Handhavingsrichtlijn

Rb. 5.1. Het meest verstrekkende verweer van Altrex is dat geen inbreuk is gemaakt omdat de Software auteursrechtelijke bescherming ontbeert.

5.1.1. De rechtbank oordeelt als volgt. Artikel 10, aanhef en onder 12 Aw noemt expliciet computerprogramma's als werk. Vaste jurisprudentie is dat een werk auteursrechtelijke bescherming ten deel valt indien het "een eigen, oorspronkelijk karakter bezit en het persoonlijk stempel van de maker draagt." I Tegen de achtergrond van richtlijn 91/250/EEG van 14 mei 1991, vervangen door de richtlijn 2009/24EG van 23 april 2009 (verder: de "Softwarerichtlijn") geldt dat een computerprogramma krachtens de Softwarerichtlijn bescherming verdient "wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is" (artikel 1 lid 3 Softwarerichtlijn).

De in de Softwarerichtlijn bedoelde bescherming heeft alleen betrekking op de "uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma." Geen bescherming krachtens de Softwarerichtlijn verdienen "ideeën en beginselen die aan enig element van een computerprogramma ten grondslag liggen, met inbegrip van de ideeën en beginselen die aan de interfaces daarvan ten grondslag liggen." Een en ander volgt uit artikel 1 lid 2 Softwarerichtlijn.

5.1.2. Het foldermateriaal (en dan met name pagina's 4, 5, 6 en 10 daarvan) dat Siemens c.s. als productie vijf in het geding heeft gebracht, bevestigt de juistheid van de stelling van Siemens c.s. dat aan de interface van de Software een aanzienlijk aantal subjectieve keuzes ten grondslag ligt, voor wat betreft het kleurgebruik, de lay-out van de verschillende subschermen en tabellen, lettertypes, uitlijning en ontwerp van de gebruikte iconen en afbeeldingen. In het licht daarvan is de rechtbank van oordeel dat Altrex haar betwisting onvoldoende heeft gemotiveerd, zodat daaraan voorbij zal worden gegaan.

Hetzelfde geldt voor de bron- en doelcode op zichzelf. Uit voormelde productie en uit de omschrijving van de Software, valt af te leiden dat daarmee tal van verschillende complexe berekeningen en afbeeldingen kunnen worden geproduceerd. Daarnaast is onweersproken dat de Software bestaat uit een groot aantal verschillende, deels van elkaar afhankelijke, modules (uit productie 14 van Siemens c.s. laat zich afleiden dat het 33 modules zijn). Dat dergelijke Software zich laat schrijven zonder dat daaraan subjectieve keuzes van de programmeur ten grondslag liggen, moet uitgesloten worden

geacht, tenzij sprake is van plagiaat. Dat dáár- van sprake is, is door Altrex niet gesteld. Uit de enkele omstandigheid dat er meerdere – volgens Altrex ongeveer 50 – pakketten op de markt zijn die zijn aan te merken als ‘finite element analysis software’ volgt niet dat aan de bron- en doelcode van de Software geen creatieve keuzes van de maker ten grondslag liggen.

De rechtbank is dan ook van oordeel dat de Software een werk is dat auteursrechtelijk is beschermd. Het antwoord op de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan de registratie van de Software bij het US Copyright Office, is aldus niet relevant.

5.2. Vervolgens is de vraag aan de orde of sprake is van een inbreuk.

5.2.1. Niet in geschil is dat [X] ten tijde van de litigieuze handelingen in dienst was van Altrex. Uit de door partijen betrokken stellingen, het overzicht van meldingen (productie 13 van Siemens c.s.) en de schriftelijke verklaring van [X] (productie 2 van Altrex) leidt de rechtbank af dat [X] een illegale versie van de Software heeft gedownload en geïnstalleerd op zijn laptop en dat de Software op de in het overzicht genoemde data een aanzienlijk aantal keren (48) is gebruikt, waarvan deels (12 keer) vanaf het netwerk van Altrex.

Terzijde merkt de rechtbank op dat Altrex er op heeft gewezen dat veel meldingen van gebruik van de Software 's nachts zijn gedaan. Bij repliek heeft Siemens c.s. erop gewezen dat de server de meldingen heeft geregistreerd volgens de lokale tijd van de locatie van de server (Ohio, VS, een tijdsverschil van zes uur). Indien hiervoor wordt gecorrigeerd blijkt dat alle meldingen zijn geregistreerd tussen 8:01 uur en 20:19 uur (Nederlandse tijd). Altrex heeft hierop, hoewel voldoende daartoe in de gelegenheid te zijn geweest, niet meer op gereageerd. De rechtbank gaat er dan ook van uit dat alle meldingen – op de laatste na – zijn geregistreerd binnen reguliere werktijden, en dus – anders dan Altrex aanvankelijk heeft betoogd – het tijdstip van registratie geen aanknopingspunt biedt voor de veronderstelling dat de meldingen niet deugen en de onderbouwing van de stellingen van Siemens c.s. in zoverre tekort schiet.

5.2.2. Ingevolge artikel 45i Aw wordt onder inbreuk (ook) verstaan het zonder toestem-

ming laden, in beeld brengen, de uitvoering en de transmissie of opslag voor zover voor deze handelingen het verveelvoudigen van het werk noodzakelijk is. Met het (zonder toestemming) downloaden, installeren en gebruiken van de Software is de inbreuk bijgevolg gegeven.

5.3. Siemens c.s. heeft de aansprakelijkheid van Altrex gegrond op artikel 6:170 BW. Altrex heeft met klem betoogd dat – kort gezegd – [X] geheel ‘op eigen houtje’ handelde en Altrex voor zijn handelen niet aansprakelijk kan worden gehouden.

5.3.1. Artikel 6:170 lid I BW bepaalt dat degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult, aansprakelijk is voor schade die door een fout van een ondergeschikte aan een derde is toegebracht indien (i) de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en (ii) degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van de desbetreffende rechtsbetrekking, zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Kort gezegd: er moet sprake zijn van een functioneel verband tussen de opgedragen werkzaamheden en de foutieve gedraging. De aanwezigheid van een dergelijk verband wordt in de rechtspraak snel aangenomen. Uit HR 9 november 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA7557 (Groot Kievitsdal)) blijkt dat aan het aannemen van een functioneel verband niet in de weg staat dat de fout buiten werktijd of op een andere plaats dan waar de ondergeschikt zijn werkzaamheden normaal uitoefent, heeft begaan. Evenmin is doorslaggevend of de fout is gemaakt met gebruikmaking van zaken of middelen die door de werkgever aan de ondergeschikte ter beschikking zijn gesteld.

5.3.2. Bij deze stand van zaken is aan de criteria onder (i) en (ii) voldaan. Als voldoende vaststaand kan worden aangenomen dat de omstandigheid dat binnen Altrex (een oudere versie van) de software werd gebruikt voor berekeningen zoals ook [X] in het kader van de aan hem opgedragen taken verrichtte, de kans heeft vergroot dat [X] een illegale versie heeft gedownload en heeft verveelvoudigd. Altrex heeft ook niet betoogd – en zo valt evenmin uit de verklaring van [X] af te leiden – dat het gebruik van de Software niet was gerelateerd aan zijn werkzaamheden ten behoeve van Altrex. In tegendeel: in de door Altrex in het geding

gebrachte schriftelijke verklaring van [X] staat dat hij de ‘gekraakte’ versie heeft gebruikt omdat hij dit programma wilde leren gebruiken en dat hij in het kader van de aan hem opgedragen taken als ‘senior’ voor Altrex-producten berekeningen maakt met FEMAP- software. Dat de juistheid van deze verklaring door Siemens c.s. in twijfel wordt getrokken, maakt dit niet anders. Siemens c.s. voert namelijk tevens aan dat aangenomen moet worden dat [X] de ‘gekraakte’ versie van de software ook voor zijn reguliere werkzaamheden voor Altrex zal hebben gebruikt. Wat daarvan zij: voor beide lezingen geldt dat [X] de ‘gekraakte’ versie van de software heeft gebruikt ten behoeve van zijn werkzaamheden voor Altrex. Voorts is mede van belang dat 47 van de 48 inbreuken zijn gepleegd gedurende werktijd en – deels – met gebruikmaking van het netwerk van Altrex.

5.3.3. Dat Altrex haar medewerkers schriftelijk heeft verboden om software en applicaties te downloaden, leidt er niet toe dat zij niet aansprakelijk is op grond van artikel 6:170 lid I BW. Uit vaste jurisprudentie volgt dat ook ten aanzien van ‘verboden gedragingen’ een functioneel verband kan worden aangenomen. Noodzakelijk, maar ook voldoende is dat het downloaden, installeren en gebruiken van professionele software binnen de zeggenschap van Altrex viel. Vgl. HR 12 april 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AD9124), NJ 2003, 138, Heijboer/De Branding).

(...)

5.4.3. De rechtbank overweegt als volgt. De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is (artikel 6:97 lid I BW), waarbij uitgangspunt is dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven en dus dat – zoveel mogelijk – de schade wordt berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Artikel 27 lid twee Aw is ingevoerd in het kader van de implementatie van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48 EG PbEU 2004, L 157/45) en bepaalt dat de rechter “in passende gevallen” de schadevergoeding als een forfaitair bedrag kan vaststellen.

In artikel 13 van de Handhavingsrichtlijn worden – facultatief – twee wijzen van schadeberekening voorgesteld.

Begroting van de schadevergoeding kan plaatsvinden op concrete wijze, rekening houdende met “alle passende aspecten, zoals de negatieve economische gevolgen, waaronder winstderving, die de benadeelde partij heeft ondervonden, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten en, in passende gevallen, andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die de rechthebbende door de inbreuk heeft geleden” (de a-grond uit artikel 13 van de Handhavingsrichtlijn).

Als alternatief voor de concrete wijze van schadebegroting kan de rechter “in passende gevallen de schadevergoeding vaststellen als forfaitair bedrag, op basis van elementen als tenminste het bedrag aan royalty's of vergoedingen dat verschuldigd was geweest indien de inbreukmaker toestemming had gevraagd om het desbetreffende intellectuele-eigendomsrecht te gebruiken” (de b-grond uit artikel 13 van de Handhavings- richtlijn).

5.4.4. Het onderhavige geval kenmerkt zich hierdoor dat:

i) Altrex reeds beschikte over (een oudere versie) van een aantal modules van de Software, zij in 2015 in onderhandeling is geweest over update van deze versie en er geen enkele aanwijzing bestaat voor de veronderstelling dat Altrex zou zijn over gegaan tot de aanschaf van andere modules dan die welke Altrex al had;

ii) bij aanschaf van de Software alle modules worden gedownload, maar slechts die modules worden geactiveerd en kunnen worden gebruikt waarvan men een licentie heeft aangeschaft.

In verband met deze omstandigheden oordeelt de rechtbank het in beginsel niet passend om de schade te begroten aan de hand van de b-grond. Immers, aannemelijk is dat Altrex nimmer alle modules zou hebben aangeschaft, maar hooguit slechts (een nieuwe versie van) die modules waarover zij reeds beschikt. Strikte toepassing van de b-grond zou dan ook leiden tot een schadevergoeding die naar alle waarschijnlijkheid veel hoger uitvalt dan de daadwerkelijk door Siemens c.s. geleden schade.

De rechtbank is dan ook voorshands van oordeel dat de schade ter zake van de

gederfde licentievergoedingen, dient te worden begroot op twee “node locked” licentie voor FEMAP met NX Nastran: Basic”, hetgeen blijkens de ten behoeve van Altrex opgestelde offerte (productie 8 van Siemens c.s.) correspondeert met een bedrag van € 24.780,00 exclusief btw. De onderhoudsvergoeding laat de rechtbank hierbij buiten beschouwing, nu Altrex al langere tijd voor de oudere versie geen onderhoudscontract had afgesloten en uit de enkele omstandigheid dat onderhoud ook is geoffreerd, niet kan worden afgeleid dat Altrex dit ook zou hebben afgenomen.

5.4.5. Aangezien het partijdebat beperkt is gebleven tot begroting van de schade aan de hand van de b-grond en de rechtbank schadebegroting aan de hand van deze maatstaf niet passend acht, ziet de rechtbank aanleiding om Siemens c.s. alsnog in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over de vraag of zij (nader) bewijs wenst bij te brengen van haar schade, begroot aan de hand van de a-grond. In dat geval dient Siemens c.s. dus concreet, gemotiveerd en aan de hand van een deugdelijke en inzichtelijke onderbouwing uiteen te zetten wat de omvang is van de negatieve economische gevolgen, waaronder (i) winstderving, die zij heeft ondervonden, de (ii) onrechtmatige winst die Altrex heeft genoten en/of (iii) andere elementen dan economische factoren, onder meer de morele schade die zij door de inbreuk heeft geleden. Indien zij daarvan afziet, zal de rechtbank de schade ter zake van de gederfde licentievergoeding begroten op voormeld bedrag van € 24.780,00.

5.5. Siemens c.s. vordert een bedrag van € 33.318 (zijnde 30 % van de door haar gevorderde gederfde licentievergoeding) ter zake van de waardevermindering van haar auteursrecht. Zij voert daartoe aan dat zij reputatieschade lijdt omdat gebruikers ervan uit zouden kunnen gaan dat illegale verkrijgbare versies van de Software een legale versie betreffen, terwijl zij geen invloed kan uitoefenen op de kwaliteit van deze software. Voorts wijst zij op het mogelijk prijsdrukkend effect van het in omloop zijn van gekraakte versie(s) van de software.

5.5.1. Voor zover al sprake zou zijn van waardevermindering van het auteursrecht in verband met in omloop zijnde illegale kopieën daarvan, ziet de rechtbank niet in dat

deze schade aan Altrex is toe te rekenen. Gesteld noch gebleken is dat Altrex – of een van haar ondergeschikten – de gekraakte versie van software aan derden heeft aangeboden. Zij heeft, zo volgt ook uit de stellingen van Siemens c.s. zelf, de gekraakte versie (doen) downloaden, installeren en gebruiken, maar deze niet (opnieuw) in omloop gebracht. De rechtbank zal dit onderdeel van de vordering afwijzen.

(...)

De rechtbank

6.1. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 23 november 2016 voor het nemen van een akte door Siemens c.s. over hetgeen is vermeld onder 5.4.5, waarna de wederpartij op de rol van vier weken daarna een antwoordakte kan nemen,

6.2. bepaalt dat van dit vonnis hoger beroep kan worden ingesteld voordat het eindvonnis is gewezen,

6.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

**Rechtbank Den Haag
9 november 2016, IEF 16363;
ECLI:NL:RBDHA:2016:13329
(Vereniging GEU/Stichting
Snappet)**

Auteursrecht op leerlijnen en de uitwerking daarvan in educatieve uitgaven. GEU claimt auteursrecht op educatieve uitgaven voor rekenen, taal en spelling in het primair onderwijs, in het bijzonder op de rekenmethode 'Rekenrijk' en spellingmethode 'Spelling in Beeld'. Snappet biedt basisschoolleerlingen tabletcomputers in bruikleen aan met daarop door Snappet ontwikkelde software, waarmee oefenopgaven kunnen worden gemaakt die aansluiten bij de methodes uit de genoemde uitgaven. GEU stelt dat Snappet auteursrechtinbreuk pleegt door delen van haar uitgaven te verveelvoudigen en openbaar te maken en, in het bijzonder, door het overnemen van subjectieve keuzes in de opbouw en volgorde van de aan haar educatieve uitgaven ten grondslag liggende leerlijnen. De rechtbank oordeelt dat er geen auteursrecht rust op de leerlijnen, omdat deze niet het resultaat zijn van vrije en creatieve keuzes. De keuzeruimte voor

makers van leerlijnen wordt beperkt door van overheidswege beschreven leerdoelen en referentieniveaus en CITO toetsen; ook kunnen keuzes die enkel zijn ingegeven door didactisch inzichten of praktische overwegingen geen eigen intellectuele schepping vormen of daaraan bijdragen. Niet kan worden vastgesteld dat Snappet inbreuk maakt op de auteursrechten op individuele opgaven van 'Rekenrijk' en 'Spelling in Beeld'.

Rb. 4.2. Ten aanzien van de leerlijnen van Rekenrijk en Spelling in Beeld is in de eerste plaats in geschil of die zijn aan te merken als werken die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Voorop wordt gesteld dat voor auteursrechtelijke bescherming vereist is dat het werk een eigen intellectuele schepping van de maker is.¹ Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzes.² Aan dit criterium is echter niet voldaan wanneer voor het werk technische overwegingen, regels of beperkingen gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid.³

4.3. Snappet c.s. betwist dat er bij de leerlijnen plaats is voor een eigen intellectuele schepping, omdat de door SLO beschreven leerdoelen en de stof die het CITO halfjaarlijks toetst iedere keuzevrijheid aan de makers van een educatieve uitgave ontnemen. Naar het oordeel van de rechtbank laten de in 2.14 bedoelde referentieniveaus ruimte voor het maken van keuzes bij de uitwerking daarvan in leerlijnen per blok, les en leerdoel. Ook de inhoud van CITO toetsen laat ruimte voor de makers van een leerlijn om bij de indeling van de stof keuzes te maken. Dat neemt echter niet weg dat de door SLO beschreven leerdoelen en de CITO toetsen de keuzeruimte beperken. Immers, de makers van een educatieve uitgave dienen alle leerdoelen te behandelen en de CITO toetsen geven de kennis van de leerling op een toetsmoment het beste weer, als de leerlingen de betreffende stof voldoende aangeboden hebben gekregen voorafgaand aan het toetsmoment. Het ligt daarom voor de hand dat makers van een educatieve uitgave bij de keuze van de leerstof aansluiten bij het moment dat een bepaald onderwerp getoetst zal worden door het CITO. Dat bijvoorbeeld Zwijssen dat doet, zoals Snappet c.s. met verwijzing naar het in 2.18 weergegeven bericht

heeft gesteld, is door GEU c.s. niet weerproken.

4.4. Uit de in 2.19 weergegeven (onweersproken) beschrijving van GEU c.s. en hetgeen GEU c.s. ter zitting heeft betoogd, volgt dat de keuzes die worden gemaakt bij het opstellen van een leerlijn in sterke mate worden bepaald door didactische overwegingen. Zo zijn sommige leerlijnen gericht op afwisseling, sommige bedoeld voor scholen die sturen op zelfstandig werken en bij andere leerlijnen ligt de aandacht op differentiatie tussen zwakke en excellente leerlingen. Uit de in 2.19 weergegeven beschrijving van de totstandkoming van een uitgave blijkt dat de makers ook intensief contact onderhouden met didactici. Anders dan GEU c.s. bepleit, is de rechtbank van oordeel dat keuzes bij de uitwerking van een leerlijn die enkel zijn ingegeven door didactisch inzichten geen eigen intellectuele schepping kunnen vormen of daaraan kunnen bijdragen. Immers, de toepassing van een didactisch inzicht leidt tot de betreffende keuze, die daarom geen vrije en creatieve keuze van de maker kan zijn. Hetzelfde geldt voor de keuze om aan een bepaalde didactische theorie voorrang te geven boven andere didactische theorieën (die mogelijk tot een andere keuze ten aanzien van de opbouw van een leerlijn leidt). Ook dat is geen creatieve keuze. Het auteursrecht dient niet ter bescherming van didactische inzichten. Het moet auteurs van leermiddelen vrij staan (dezelfde) didactische strategieën toe te passen. In deze zin is een keuze gebaseerd op een didactische doelstelling vergelijkbaar met een keuze ingegeven door een technische doelstelling.

4.5. Het beroep van GEU c.s. op het Technip/Goossens⁴-arrest van de Hoge Raad faalt. Het is de vraag of dat arrest in het licht van de in 4.2 samengevatte latere jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie de huidige stand van het recht weergeeft. Als het arrest Technip/Goossens uitgelegd moet worden op de wijze als GEU c.s. bepleit, is dat volgens de rechtbank niet het geval. Op basis van de huidige jurisprudentie van het Hof van Justitie voldoet een selectie en/of rangschikking van gegevens die uitsluitend gebaseerd is op wetenschappelijke of technische kennis en inzichten niet aan de eis dat er sprake moet zijn van subjectieve, vrije en creatieve keuzes. Zowel een selectie en rangschikking van wetenschappelijke gegevens, als

een selectie en rangschikking van gegevens op basis van didactische kennis en inzichten, kan derhalve slechts auteursrechtelijk beschermd zijn als er bij die selectie nog ruimte is voor dergelijke keuzes.

4.6. Naast didactische voorwaarden dienen de makers van een uitgave ook rekening te houden met praktische overwegingen, zoals de lengte van een schooljaar, de lengte van een les en de belevingswereld van kinderen in de verschillende groepen van het primair onderwijs. Verder bouwt complexere lesstof altijd voort op eenvoudiger lesstof, die derhalve eerder aangeboden moet worden. Ook keuzes die enkel op basis van deze praktische overwegingen worden gemaakt, zijn geen vrije en creatieve keuzes.

4.7. De voorgaande uitgangspunten brengen de rechtbank bij de vraag welke subjectieve keuzes er in Rekenrijk en Spelling in Beeld zijn gemaakt. GEU c.s. hebben daarvan bij pleidooi de in 3.3 geciteerde voorbeelden gegeven.

4.8. Een deel van de in 3.3.1 genoemde keuzes in de leerlijn voor Rekenrijk volgt naar het oordeel van de rechtbank enkel uit didactische overwegingen en uit de in 4.6 benoemde praktische overwegingen. De rechtbank ziet bijvoorbeeld niet in dat de auteurs een keuzevrijheid hadden bij het bepalen van de volgorde waarbij leerlingen eerst oefenen met het memoriseren van het optellen en aftrekken tot en met 10, om daarna pas te oefenen met het optellen en aftrekken tussen 10 en 20. Dat is ook het geval bij de keuze om een getallenlijn met getallen tot en met 100 te introduceren, waar in het voorgaande leerjaar al een getallenlijn van 1 tot 10 is geïntroduceerd. Een keuze om een bepaalde rekenstrategie aan te bieden, de keuze om een strategie veel te herhalen en de hoeveelheid aangeboden strategieën, zijn allemaal keuzes die alleen maar op didactische inzichten zijn gestoeld.

4.9. Hetzelfde geldt voor de in 3.3.2 genoemde keuzes in de leerlijn voor Spelling in Beeld. Niet valt in te zien waarom de keuze om de stof te toetsen in dezelfde week (en niet in een latere week) een creatieve is. Aan die keuze zullen didactische overwegingen ten grondslag liggen. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de keuze om aan het begin van het jaar woorden opgebouwd uit een mede-

klinker, klinker en medeklinker ('mkm') te herhalen of de keuze om regelmatig woorden met de korte 'ei' en de lange 'ij' te herhalen. Ook de keuze om kinderen bij spelling 'ik rij' en 'ik hou' aan te leren in plaats van 'ik rijd' en 'ik houd', is gebaseerd op een didactisch inzicht, zoals ook blijkt uit de verantwoording daarvoor.

4.10. Wat in beide gevallen overblijft zijn de keuzes voor het exacte moment van behandeling van een onderwerp, binnen de kaders van SLO en CITO, binnen een didactische strategie en binnen de praktische kaders genoemd in 4.6. Het gaat daarbij in wezen om de indeling per les van een aantal vaststaande onderwerpen. Waarom die keuzes een eigen intellectuele schepping vormen, heeft GEU c.s. niet nader toegelicht, terwijl die keuzes op het eerste gezicht triviaal en banaal lijken. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat GEU c.s. zich aanvankelijk beriep op een auteursrecht op de uitgaven als geheel, waar de leerlijnen, projectplannen en opgaven onderdeel van uitmaken. Pas ter comparitie heeft GEU c.s. gesteld dat de leerlijnen 'sec' een auteursrechtelijk beschermd werk vormen en zich beroepen op een inbreuk op het auteursrecht daarop. Pas op dat moment heeft zij de hiervoor in 3.3 geciteerde kenmerken als subjectieve keuzes in de leerlijnen aangewezen. Van Snappet c.s. kon niet gevegd worden dat zij ter zitting onmiddellijk per kenmerk uiteen zou zetten waarom zij meent dat die keuze is ingegeven door externe, didactische en/of praktische eisen en geen vrije keuze is, zodat de relatief algemene betwisting daarvan door Snappet c.s. volstaat. Tegen deze achtergrond kan niet worden vastgesteld dat GEU c.s. bij het opstellen van de leerlijnen voor Rekenrijk en Spelling in Beeld vrije en/of creatieve keuzes heeft gemaakt die deze leerlijnen tot een eigen intellectuele schepping maken.

4.11. De slotsom van het voorgaande is dat er geen auteursrecht rust op de leerlijnen voor Rekenrijk en Spelling in Beeld. De daarop gebaseerde vorderingen zijn derhalve niet toewijsbaar.

4.12. Ten aanzien van het beroep van GEU c.s. op inbreuk op haar auteursrechten op individuele opgaven van Rekenrijk en Spelling in Beeld geldt het volgende.

GEU c.s. heeft bij dagvaarding en in haar akte uitlating exhibitie een aantal specifieke opga-

ven uit Rekenrijk en Spelling in Beeld aangevoerd, waarvan zij stelt dat opgaven van Snappet c.s. inbreukmakende vereenvoudigingen daarvan zijn. Zij heeft dat voor Spelling in Beeld gesteld van twee opgaven over de spelling van woorden met 'ou', respectievelijk 'ei'. Met betrekking tot de opgaven met 'ou' heeft Snappet c.s. onder meer aangevoerd dat zij een veel groter aantal opgaven met telkens een 'ou' woord aanbiedt en dat GEU c.s. daar zelf het in 2.13 weergegeven rijtje van vier uit heeft geselecteerd in haar processtukken. Van een opgave met dezelfde vier woorden in dezelfde volgorde is derhalve geen sprake, aldus Snappet c.s. Ten aanzien van de woorden met 'ei' heeft Snappet c.s. er onder andere op gewezen dat er slechts vijftien 'ei' woorden zijn die in aanmerking komen voor spelling in groep 4, zodat niet te voorkomen valt dat een aantal veel voorkomende daarvan regelmatig terugkomen. Daarom bestrijdt zij dat er auteursrecht rust op de volgorde en selectie van het rijtje 'ei', 'trein', 'plein', 'klein', 'meisje', 'zeil'. Voor Rekenrijk heeft Snappet c.s. gemotiveerd bestreden dat een onderwerp als 'het tellen van het aantal sinaasappels in een net' of 'het kopen van speelgoed met een bepaalde hoeveelheid geld in een winkel' (zie de opgaven van GEU c.s. in 2.8 en van Snappet c.s. in 2.9) aangemerkt kunnen worden als auteursrechtelijk beschermde werken. GEU c.s. heeft de beschreven stellingname van Snappet c.s. bij pleidooi in het geheel niet (meer) weersproken, terwijl zij haar stellingen aanvankelijk ook slechts summierlijk had onderbouwd. GEU c.s. is bij pleidooi zelfs helemaal niet meer ingegaan op de aanvankelijk gestelde inbreuk op het niveau van individuele opgaven. Gelet daarop gaat de rechtbank uit van de juistheid van de stellingen van Snappet c.s. en faalt het beroep van GEU c.s. op auteursrecht inbreuk op het niveau van de door haar aangewezen individuele opgaven.

Noot

Lezenswaardig vonnis. Bij de beantwoording van de vraag of er auteursrecht rust op de aan een educatieve uitgave ten grondslag liggende leerlijnen en de uitwerking daarvan houdt de rechtbank terecht rekening met (i) de formele, van overheidswege aangewezen leerdoelen, referentieniveaus en toetsingskaders en (ii) de operationele – organisatorische, praktische en didactische – kaders, die

de vrijheid voor makers van educatieve uitgaves om bij het opstellen van leerlijnen creatieve keuzes te maken beperken (zie, voor een uitvoerige uiteenzetting van dergelijke 'creative constraints', S. van Gompel, 'Creativity, autonomy and personal touch: A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright', in: M.M.M. van Eechoud (red.), *The Work of Authorship*, Amsterdam: AUP 2014, p. 95-143). In een leerlijn worden algemene, door de overheid vastgestelde kerndoelen in het basisonderwijs vertaald naar concrete (tussen)doelen die voor elk leerjaar omschrijven wat per lesweek of -periode wordt behandeld en ook wat leerlingen moeten kennen en kunnen alvorens zij een volgende stap in de leerlijn kunnen zetten. In beginsel is er ruimte om bij het opstellen van leerlijnen keuzes te maken, maar voor zover dergelijke keuzes zijn ingegeven door didactische en/of praktische overwegingen tellen zij niet mee bij de beoordeling van auteursrechtelijke bescherming. Alleen vrije en creatieve keuzes kunnen een eigen intellectuele schepping vormen.

SvG

- 1 HvJ EU 16 juli 2009, ECLI:EU:C:2009:465 (Infopaq).
- 2 HvJ EU 1 december 2011, ECLI:EU:C:2011:798 (Painer).
- 3 Vergelijk HvJ EU 1 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:115 (Football Dataco).
- 4 HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7508.

Vzr Rechtbank Noord-Holland 30 november 2016, IEF 16422; ECLI:NL:RBNHO:2016:9878 (D/De Vier Jaargetijden)

Architect vordert stopzetting werkzaamheden aan kantoorpand wegens inbreuk op persoonlijkheidsrechten van artikel 25 lid 1 sub d. Aw. Rechter concludeert tot aantasting in de zin van dat artikel maar wijst vordering af wegens ontbreken nadeel aan eer of naam van de maker. Eerder publiekrechtelijk bezwaar tegen verleende omgevingsvergunning door bestuursrechter afgewezen.

Vzr Rb "2.8. De 'Welstand- en monumentencommissie [gemeente]' heeft in haar brief van 25 juli 2016, met daarin haar positieve



advies ten aanzien van het project, mede in reactie op de brief van [A.], voor zover van belang, het volgende overwogen:

“(…)

De status van beschermd stadsgezicht heeft met zich gebracht dat de commissie veel aandacht heeft besteed aan de reconstructie van de voorgevel, zodat zo veel mogelijk recht is gedaan aan de huidige karakteristiek. Dat wordt door [A.] in zijn second opinion onderkend.

De commissie heeft geoordeeld dat de aanpassingen aan de achtergevel inderdaad ingrijpend zijn, zoals deze door de heer [A.] aangegeven, maar op basis van de welstandsnota en gezien de ligging in de binnenstad acceptabel zijn. Hoewel de commissie de renovatie van het blok graag in de context had gezien van een totale visie op het complex, acht zij de beschutte achterafligging van de achtergevel dermate informeel dat een incidentele aanpak op deze schaal geen inbreuk hoeft te vormen op het complex als geheel.

De commissie sprak haar waardering uit over de verandering in het ontwerp van de voorgevel die inhield dat de voordeuren in de achtergevel (zuidgevel) werden geplaatst. Naar de mening van de commissie nam hierdoor, door de directe betrokkenheid van de woningen op het binnengebied, de kwaliteit van de binnentuin toe. Tevens is naar aanleiding van het advies van de commissie de uitbouw op de begane grond aan de achterzijde verkleind en meer in de baksteenarchitectuur opgenomen, waarin ook de dakterrassen meer zijn weggewerkt. Het plaatmateriaal aan de achterzijde is daarmee

komen te vervallen waardoor de gevel een hoogwaardige uitstraling kreeg. Deze gevel wijkt nu inderdaad af van de andere gevels in het binnengebied maar niet in die mate dat de commissie het een onacceptabele stijl-inbreuk vindt.

(…)

5.12. De voorzieningenrechter is van oordeel dat als gevolg van de door De Vier Jaargetijden voorgenomen sloop en verbouwing van de zuidgevel in vergaande mate afbreuk wordt gedaan aan het eigen, persoonlijk karakter van die gevel. Van een totale vernietiging, die volgens heersende jurisprudentie niet kan worden aangemerkt als een aantasting in het werk in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw, is geen sprake, nu ook na sloop van de zuidgevel kenmerkende elementen in het ontwerp van het kantoorpand door [eiser/verweerder] gehandhaafd en zichtbaar zullen blijven in het nieuwe ontwerp.

5.13. Het voorgaande brengt met zich dat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter sprake is van een aantasting van de zuidgevel in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw. Of ook sprake is van een misvorming of verminking is afhankelijk van subjectieve smaak, maar hoe dan ook is sprake van “andere aantasting” in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw, waartegen de Auteurswet bescherming beoogt te bieden indien deze aantasting nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Het criterium ‘nadeel aan de eer, naam of waarde van de maker’ is evenwel ook niet absoluut en impliceert een afweging van belangen. Die belangenafweging moet in dit geval worden toegepast.

(…)

5.16. De rechtbank is van oordeel dat – op grond van na te melden omstandigheden – voorshands moet worden geoordeeld dat geen sprake is van een aantasting, die nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van [eiser/verweerder] of aan zijn waarde in zijn hoedanigheid van architect van het kantoorpand.

– De maker van een bouwwerk moet er rekening mee houden dat er in de loop der tijd in verband met functionele wij-

zigingen van de bestemming veranderingen nodig zijn die zelfs tot (gedeeltelijke) aantasting van het werk kunnen leiden.

- De aantasting is in casu niet lichtvaardig tot stand gekomen en het is bovendien niet de bedoeling [eiser/verweerder] daarmee te benadelen. In dit kader is aannemelijk geworden dat de aanpassingen in het werk uitsluitend plaatsvinden om het werk behoorlijk aan zijn nieuwe woonfunctie te kunnen laten beantwoorden en niet omdat het werk van [eiser/verweerder] of zijn waarde als bouwmeester zouden worden geminacht. De functiewijziging wordt gerealiseerd op verzoek van de gemeente, nu de invulling als kantoor niet mogelijk is gebleken (het kantoorpand staat al zeven jaar leeg) en de gemeente – gezien de daaraan bestaande behoefte – de wens heeft uitgesproken om ter plekke starterswoningen te realiseren. Van belang hierbij is dat de door [eiser/verweerder] aangedragen alternatieven voor de zuidgevel niet optimaal voldoen aan de aan woonruimte te stellen kwaliteitseisen en de wensen van de kopers van de appartementen, waarbij de voorzieningenrechter – anders dan [eiser/verweerder] – meent, dat hiertoe grote ramen en een buitenruimte, hoewel van beperkte omvang, in zeer grote mate bijdragen. Bewoners zullen immers op deze wijze optimaal kunnen genieten van dag- en zonlichttoetreding. Aan woningen worden in dit kader andere eisen gesteld dan aan een kantoorpand. De Vier Jaargetijden was om die reden dan ook niet gehouden de door [eiser/verweerder] voorgestelde alternatieven voor de zuidgevel te volgen.
- De meest vergaande wijzigingen vinden plaats aan de zuidgevel gelegen aan de binnenhof van het complex. Deze binnenhof zal – naar de voorzieningenrechter heeft begrepen – in beginsel alleen toegankelijk zijn voor bewoners en nog slechts gedurende een jaar zijn opengesteld voor een beperkt publiek, te weten het publiek dat de raadsvergaderingen van de Gemeenteraad van [gemeente] wenst bij te wonen. Ook die omstandigheid draagt ertoe bij dat aan de naam of eer van [eiser/verweerder] of aan zijn waarde in zijn hoedanigheid

van architect geen nadeel zal worden toegebracht, althans niet in een zodanige mate dat dit nadeel als relevant nadeel dient te leiden tot het gevraagde verbod.

- Het werk van [eiser/verweerder] goed is gedocumenteerd.
- De lange periode tussen realisatie van het kantoorpand en de (functie)wijziging.

5.17. De conclusie ten aanzien van de zuidgevel is dat voorshands moet worden geoordeeld dat er weliswaar sprake is van een aantasting in de zin van artikel 25 lid 1 aanhef en onder d Aw, maar dat die geen nadeel zal kunnen toebrengen aan de eer of de naam van [eiser/verweerder] als maker van het kantoorpand of aan zijn waarde in deze hoedanigheid.”

Noot

Het gaat over een kantoorpand dat deel uitmaakte van het voormalig historisch bestuurscentrum van het Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier in Edam aan de Schepenmakersdijk. Dat pand is door de oud-rijksbouwmeester Dijkstra ontworpen en wordt door Jo Coenen gekwalificeerd als een knap geheel te midden van de bestaande context en als een memorabel en klassieke ensemble. Het centrum staat al zeven jaar leeg. Projectontwikkelaar De Vier Jaargetijden heeft een bouwplan gemaakt voor acht appartementen in het pand. Die zijn alle al op tekening verkocht. Er is door architect Dijkstra zowel tegen voorgenomen veranderingen aan de noordgevel als over veranderingen aan de zuidgevel bezwaar gemaakt. De meest ingrijpende zijn die aan de zuidgevel en ik beperk me daartoe. Drie punten zijn hierbij interessant: (1) de verhouding tussen de publiekrechtelijke omgevingsvergunning en de privaatrechtelijke actie uit artikel 25d Auteurswet, (2) de vraag of met de aantasting inbreuk vaststaat of dat daarvoor ook onderzocht moet worden of de geconstateerde aantasting nadeel toebrengt aan de eer of de naam van de maker en (3) de inzet van de *ex parte* vordering om te voorkomen dat onherstelbare wijzigingen aan een gebouw worden aangebracht.

Ad (1) Over het eerste punt bevat de uitspraak geen oordeel. Er was dan ook pro forma beroep aangetekend tegen de vergun-

ningsverlening bij de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State. Ik pleeg even wat (feitelijk) autoplagiaat (zie mijn noot bij Tuijnman/WBA, onder het kopje *Verhouding met welstandswetgeving*, hierna genoemd). De architect die geen gebruik heeft gemaakt van de bestuursrechtelijke weg om bezwaar te maken tegen verbouwing van zijn werk, loopt het risico dat hij achteraf geen beroep kan doen op zijn persoonlijkheidsrecht (zie aldus Vzr Rb Zutphen 19 juni 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003: AH8556 (Architektenburo Ir. De Schakel/X e.a.). Dat heeft deze architect (oud-rijksbouwmeester Tjeerd Dijkstra) dus goed gedaan. Het is echter niet zo dat verlening van een omgevingsvergunning automatisch beroep op het auteursrechtelijk verzetsrecht uitschakelt. In Vzr Rb Amsterdam 20 oktober 2004, AMI 2005/3, pp. 93-100 met nt J.J.C. Kabel (Tuijnman/WBA) was een bouwvergunning verleend terwijl de rechter niettemin concludeerde tot aantasting van het persoonlijkheidsrecht. In Hof Amsterdam 26 juli 2001, vermeld in *IER* 2001/5: p. 224 (Röling/Gemeente Haarlem) had architect Röling vergeefs bezwaar gemaakt tegen de verleende sloopvergunning maar oordeelden rechtbank en Hof toch dat er sprake was van aantasting in de zin van artikel 25 lid 1 sub d. Aw. In Hof Leeuwarden 17 maart 1999, AMI 1999/10, p. 158-160 met nt J.J.C. Kabel (Bonema/SBB) gebeurde hetzelfde. In de recente *Naturalis* zaak is het feit dat in strijd met het bestemmingsplan is gehandeld, geen reden om daarom tot aantasting te besluiten (Rb Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:555 (Fons Verheijen/Stichting Naturalis)). Vzr Rb Leeuwarden 29 november 1994, AMI 1996/1, p. 14 met nt H. Cohen Jehoram (Vegter/Friesland Bank) maakt het verschil tussen beide rechtsgangen duidelijk: “Voor zijn reputatie moet Vegter zelf opkomen; dat kan hij niet verwachten van de welstandscommissie...”, aldus de rechter. Het is dus niet zo dat met een publiekrechtelijke afweging de zaak is afgedaan.

(2) In de eerder genoemde *Naturalis*zaak wordt de aanpak op dit punt m.i. goed weergegeven. De rechtbank overweegt in 4.27: “Indien daarentegen een geval onmiskenbaar wel thuishoort in de toets van artikel 25 lid 1, aanhef en onder d Aw, omdat sprake is van een misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, zoals in het onderhavige geval, is de afweging van belangen al

gemaakt en wint het belang van de architect het in beginsel van het belang van de maker indien aan de nadere voorwaarde van aantasting van de eer of de naam is voldaan.” In Röling/Gemeente Haarlem (*IER* 2001/5, p. 221-225 met nt J.J.C. Kabel) oordeelt de rechtbank dat sloop onder aantasting valt, maar dat in dit geval de sloop geen nadeel toebrengt aan de reputatie van de architect vanwege de dienstverhouding tussen de architect en de Gemeente en de inhoudelijke redenen voor de sloop die in ieder geval niet bestonden uit een gebrek aan waardering voor het werk van de architect. Het Hof acht wel ‘enig nadeel’ aanwezig, omdat in haar openbaar gemaakte plannen de Gemeente het werk van Röling niet heeft onderstreept, geen visie heeft ontwikkeld hoe aan Röling’s werk blijvend aandacht zou kunnen worden besteed en geen contact heeft gezocht met de architect in verband met haar plannen. Op basis daarvan is schadevergoeding mogelijk – die in dit geval niet was gevraagd. Er wordt dus een afzonderlijke afweging gemaakt. Het oordeel dat sprake is van aantasting is niet voldoende voor toewijzing van de vordering. Dat gebeurt ook in deze zaak. De rechter oordeelt dat er wel sprake is van aantasting, maar niet van nadeel aan de reputatie van de maker en past daarbij, net zoals de rechter in de Röling zaak een belangenafweging toe waarbij de motieven van de exploitant voor de aantasting worden onderzocht. Uit die motieven blijkt niet dat er geen waardering is voor het werk van de architect (geen bedoeling om te benadelen, geen minachting voor zijn werk). De aangevoerde motieven moeten dus serieus worden getoetst op de vraag of er niet al te gemakkelijk met het bestaande werk wordt omgegaan. Maar zelfs als die motieven deugen, dan kan het nog zo zijn dat er iets mankeert aan de manier waarop de opdrachtgever met het werk van de architect is omgegaan, zoals blijkt uit de Röling/Gemeente Haarlem. De opdrachtgever moet ook op de een of andere manier zelf laten blijken dat er waardering is voor het werk van de architect. In deze zaak wordt volstaan met de opmerking dat het werk van Dijkstra goed is gedocumenteerd, maar dat is geen verdienste van de opdrachtgever. Wat misschien de doorslag geeft is dat Dijkstra’s werk door de renovatie niet langer zichtbaar is in de openbare ruimte.

(3) In dit soort gevallen is het doorgaans

gedaan met de vordering van de maker, wanneer de transformatie al heeft plaatsgevonden. Die *normatieve Kraft des Faktischen* is nu eenmaal ook een juridisch begrip, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de wettelijke regels rond het bezit. Zo ook hier – ik heb het wel eens eerder uitgezocht: bij voorgenomen aantastingen wil de maker nog wel eens winnen, bij reeds gerealiseerde aantastingen komt dat eigenlijk niet voor (zie eerdergenoemde noot bij Tuijnman/WBA). Het is dus aan te raden als maker om er vroeg bij te zijn, ook als al een vergunning is verleend maar de bezwaartermijnen nog lopen. Een ex parte vordering is dan een geschikt middel om de zaak even stil te laten leggen.

JK

Hof Arnhem-Leeuwarden
20 december 2016,
ECLI:NL:GHARL:2016:10382
(Trebs B.V./Food & Fun B.V.
c.a.)

Langlopend conflict over gestelde nabootsing van een pizza oven voor thuisgebruik. Bodemprocedure waarin Trebs een verklaring voor recht vraagt die inhoudt dat Food & Fun onrechtmatig handelt door in het openbaar mee te delen dat Trebs een slaafse kopie van Food & Fun's Pizzarette op de markt brengt. Trebs mag bewijzen dat er tussen partijen is afgesproken dat zij elkaars producten op de markt zouden dulden. Indien Trebs daar niet in slaagt moet de vraag worden beantwoord of er sprake is van slaafse nabootsing. Door het overnemen van het steentjespatroon is Trebs tekort geschoten in haar verplichting jegens Food & Fun om verwarring te voorkomen. Er is dus sprake van slaafse nabootsing, maar er is door Food & Fun onvoldoende aangetoond dat er ook redenen zijn voor een grensoverschrijdend verbod. De verhandeling door Trebs van de ovens kan niet worden verboden met een rechtstreeks beroep op de regels over oneerlijke handelspraktijken want die hebben geen betrekking op oneerlijke concurrentie tussen ondernemingen. Voor een geslaagd beroep op de correctie Langemeijer in dit verband heeft Food & Fun te weinig aangevoerd. Het verkopen van een slaafse nabootsing kan evenmin bestreden worden met een beroep op de bepalingen over misleidende reclame. Onder



Food & Fun's pizza oven



Trebs' pizza oven

een mededeling in de zin van die bepalingen kan niet het goed zelf of de slaafse nabootsing of een foto daarvan worden verstaan. Onderstaande weergave is beperkt tot de overwegingen omtrent slaafse nabootsing.

Hof “5.15 Indien Trebs niet in haar bewijslevering slaagt is de volgende vraag die moet worden beantwoord of Trebs jegens Food & Fun c.s. onrechtmatig handelt door een pizzaoven aan te bieden die nagenoeg identiek is aan de Pizzarette die door Food & Fun c.s. sinds 2009 in Nederland wordt verkocht. Trebs meent dat die vraag door de rechtbank ten onrechte bevestigend is beantwoord.

5.16 De meest verstrekkende stelling van Trebs houdt in dat er vanwege de negatieve reflexwerking van artikel 2 lid 7 van de Berner Conventie (hierna: BC) geen plaats is voor een vordering gestoeld op slaafse nabootsing. Die stelling kan, zoals Food & Fun c.s. terecht aanvoeren, niet worden gevolgd, alleen al niet omdat artikel 2 lid 7 BC (onverminderd de bepalingen van artikel 7 lid 4) de lidstaten nu juist vrij laat in het regelen van de bescherming van werken van toegepaste kunst en de strekking van artikel 2 lid 7 BC ook een andere is, te weten de uitsluiting van auteursrechtelijke bescherming van

een werk van toegepaste kunst indien het werk in het land waar het is gemaakt geen auteursrechtelijke bescherming geniet. Met haar stelling miskent Trebs bovendien dat het leerstuk van slaafse nabootsing nu juist is bedoeld voor een situatie als de onderhavige.

5.17 De door de Hoge Raad ontwikkelde slaafse nabootsingsleer houdt in dat nabootsing van een product dat niet (langer) wordt beschermd door een recht van intellectueel eigendom in beginsel vrijstaat, maar dat dit beginsel uitzondering lijdt wanneer door die nabootsing verwarring bij het publiek valt te duchten en de nabootsende concurrent tekortschiet in zijn verplichting om bij het nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van zijn product, mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door gelijkheid van beide producten gevaar voor verwarring ontstaat (zie onder meer HR 20 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6999, NJ 2011/302, Lego). De mogelijkheid om een andere weg in te slaan, zonder daarmee afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en de bruikbaarheid van het product, brengt tevens de verplichting mee dit te doen (vgl. HR 15 maart 1968, NJ 1968/268, Plastic Stapelschalen).

5.18 Voor een succesvol beroep op slaafse nabootsing is nodig dat het nagebootste product op het moment dat de nabootsende concurrent met de nabootsing de markt betreedt, een zeker onderscheidend vermogen heeft, anders gezegd een eigen plaats op de markt heeft (HR 21 december 1956, NJ 1960/414, drukasbakken). Niet is vereist dat het nagevolgde product zelf ontworpen of oorspronkelijk is (zie HR 7 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991: ZC0273, NJ 1992/392, Rummikub).

5.19 Voor de beoordeling van het verwarringsgevaar is het uitgangspunt de totaalindruk die bepalend is voor elk product en de beschouwing daarvan door een weinig oplettend consument die de beide producten meestal niet naast elkaar ziet, zodat moet worden vergeleken het beeld dat het nagebootste product in herinnering achterlaat met een min of meer oppervlakkige indruk van de nabootsing. Bij de beoordeling of het verwarringsgevaar nodeloos is, dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden waaronder de producten wor-

den verhandeld en niet, zoals Trebs onder randnummers 193 en 204 van haar memorie stelt, alleen de vorm van het product (vgl. voornoemd Rummikub arrest).

5.20 Toepassing van de hiervoor genoemde uitgangspunten op de onderhavige zaak leidt tot het volgende.

Onderscheidend vermogen, eigen plaats op de markt

5.21 De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.10 van het bestreden tussenvonniss geoordeeld dat de Pizzarette voldoende onderscheidend vermogen heeft en een eigen plek in de markt inneemt. Dit oordeel wordt door Trebs in grief 6 in het principaal hoger beroep vanuit verschillende invalshoeken bestreden.

5.22 Het meest verstrekkende standpunt van Trebs houdt in dat de Pizzarette geen eigen plaats op de markt kan innemen omdat de Pizzarette zelf is nagebootst. Dit standpunt vindt evenwel geen steun in het hiervoor onder 5.18 aangehaalde arrest van de Hoge Raad waarin is uitgemaakt dat niet is vereist dat het nagevolgde product zelf ontworpen of oorspronkelijk is. In dit verband is verder van belang dat [D] en Wimmeley aan Food & Fun c.s. toestemming hebben gegeven om een (bewerkte) kopie van hun ontwerpen op de markt te brengen, zodat er geen sprake is van een ongeoorloofde slaafse kopie. Ook onjuist is het standpunt van Trebs in grief 9 in het principaal hoger beroep dat een beroep op slaafse nabootsing slechts toekomt aan degene die jarenlange inspanningen en kosten heeft gemaakt om tot het nagebootste product te komen.

5.23 Een volgend punt dat Trebs aanstipt betreft het beoordelingsmoment van het onderscheidend vermogen van de Pizzarette. Trebs klaagt erover dat de rechtbank bij haar beoordeling van het onderscheidend vermogen van de Pizzarette ten onrechte niet heeft onderzocht of de Pizzarette op 23 april 2013 (nog steeds) over een eigen plaats in de markt beschikte. Die klacht berust naar het oordeel van het hof echter op een onjuiste lezing van het bestreden tussenvonniss en is dus ongegrond.

5.24 Trebs bestrijdt daarnaast het feitelijk oordeel van de rechtbank dat de Pizzarette

een eigen plaats op de markt inneemt. Dat de Pizzarette vanaf de introductie daarvan op de Margriet Winterfair 2009 tot het sluiten van de vaststellingsovereenkomst in april 2011 een eigen plaats op de markt had, wordt door Trebs niet bestreden, zodat ook het hof daarvan uitgaat. Trebs bestrijdt echter dat de Pizzarette na afloop van de overeenkomst op 23 april 2013 nog een eigen plaats op de markt had. Volgens Trebs is die vermeende eigen plaats als gevolg van de in overeenkomst overeengekomen exclusiviteit volledig tenietgegaan.

5.25 Het hof kan Trebs hierin – zonder nadere toelichting, die zij niet heeft gegeven – niet volgen. De enkele omstandigheid dat partijen in de overeenkomst zijn overeengekomen dat de verhandeling van de Pizzarette in onder andere Nederland uitsluitend via Trebs zal verlopen, betekent nog niet dat dit feitelijk ook zo is gebeurd. Te minder nu direct na het sluiten van de overeenkomst tussen partijen een geschil is ontstaan met betrekking tot de uitvoering daarvan, meer in het bijzonder met betrekking tot schending van de overeengekomen exclusiviteit door Food & Fun c.s. Daarbij komt dat blijkens de niet weersproken stellingen van Food & Fun c.s. er gedurende de looptijd van de overeenkomst vanuit de markt nog steeds interesse was voor de Pizzarette van Food & Fun c.s..

5.26 Trebs stelt ook nog dat de vermeende eigen plaats van de Pizzarette teniet is gegaan door het grote aantal gelijkende pizzaovens dat naast de Pizzarette en de PizzaGusto sinds april 2013 in Nederland verkrijgbaar is. Trebs noemt in dit verband i) de Pizzadom van [D], ii) de Pizzadome van Wimmeley, iii) de Prima Donna van Sligro, iv) de Pizza La Casa, v) de Gusta Pizza Fun Oven en vi) de Bestron Quartetto.

5.27 Ook deze stelling van Trebs kan niet worden gevolgd. Het hof is van oordeel dat Trebs, gelet op de onderbouwde betwisting daarvan door Food & Fun c.s., onvoldoende heeft aangetoond dat de Pizzadom en de Pizzadome in april 2013 in Nederland werden verhandeld. Bewijs daarvoor ontbreekt. Voor de Gusta Pizza Fun Oven en de Bestron Quartetto geldt dat het totaalbeeld door de afwijkende koepel (staal in plaats van terracotta en het ontbreken van een steentjespatroon) anders is waardoor deze

modellen evenmin tot het 'umfeld' gerekend kunnen worden. Dit geldt naar het oordeel van het hof ook voor de Prima Donna en de Pizza La Casa omdat beide ontwerpen volgens de onweersproken stellingen van Food & Fun c.s. als onrechtmatige slaafse nabootsingen van de Pizzarette moeten worden beschouwd en onrechtmatige slaafse nabootsingen volgens de stellingen van partijen niet tot het 'umfeld' dienen te worden gerekend.

5.28 Gelet op dit 'umfeld' en de door Food & Fun c.s. in eerste aanleg overgelegde stukken met betrekking tot de verkoop van de Pizzarette (producties 15, 16, 19 en 60) is het hof van oordeel dat de Pizzarette een eigen plek op de markt inneemt. Aan het op dit punt door Trebs in randnummer 349 van haar memorie van grieven aangeboden bewijs gaat het hof voorbij. Dit bewijsaanbod is onvoldoende specifiek, nu niet concreet is aangegeven op welke stellingen met betrekking tot het 'umfeld' het betrekking heeft en wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen.

5.29 De grieven 6 en 9 in het principaal hoger beroep falen.

(Nodeloos) verwarringsgevaar

5.30 De volgende vraag die moet worden beantwoord is of er sprake is van verwarringsgevaar. Die vraag is door de rechtbank in rechtsoverweging 4.11 bevestigend beantwoord. Daarop heeft grief 7 in het principaal hoger beroep betrekking. Het hof overweegt hierover als volgt.

5.31 Dat de ongewijzigde PizzaGusto in de vier- en zespersoonsuitvoering een nage-nog identieke kopie is van de Pizzarette in de vier- en zespersoonsuitvoering staat vast. Dit werkt verwarring in de hand. Die verwarring wordt verder in de hand gewerkt door het gebruik van identieke accessoires. Ook de omstandigheid dat Trebs bij de promotie van de PizzaGusto, zoals door Food & Fun c.s. onweersproken is gesteld, nog steeds gebruik maakt van de promotiefilm en oude foto's van de Pizzarette, vergroot het risico dat de afnemers van de betrokken producten, bestaande uit retailers en consumenten, de bewuste producten daadwerkelijk niet uit elkaar weet te houden, hetgeen Food & Fun c.s. aan de hand van de door hen overge-

legde klachten in productie 76 en overige voorbeelden in productie 75 genoegzaam hebben aangetoond. Dat deze verwarring is ontstaan als gevolg van de uitwerking van de overeenkomst, kan – anders dan zij onder randnummer 192 van haar memorie van grieven betoogt – Trebs wel worden tegen- geworpen nu zij ervoor heeft gekozen om na het einde van de overeenkomst door te gaan met de verhandeling van een identieke kopie van de Pizzarette, terwijl zij op grond van artikel 10 lid 3 zich diende te onthouden van al hetgeen waartoe zij in het kader van de overeenkomst niet langer was gerechtigd.

5.32 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat Food & Fun c.s. genoegzaam hebben aangetoond dat de gesignaleerde verwarring met betrekking tot de vier- en zespersoons- uitvoering zich uitstrekt tot de achtpersoons- uitvoering omdat de achtpersoons- uitvoering door de betrokken afnemers vanwege de gelijkenis met de vier- en zes- persoons uitvoering en het gebruik van het onder 5.29 genoemde reclamemateriaal als een variatie op de vier- en zespersoons- uitvoering van de Pizzarette zal kunnen worden gepercipieerd. Ook de achtpersoons- uitvoering moet als een ongeoorloofde slaafse nabootsing van de Pizzarette worden beschouwd. De enkele omstandigheid dat Food & Fun c.s. niet zelf een achtpersoons- uitvoering op de markt hebben gebracht, doet daaraan niet af. Grief 7 in het principaal hoger beroep faalt dus ook.

5.33 Resteert de vraag of de verwarring nodeloos is. Die vraag is door de rechtbank in rechtsoverweging 4.12 van het bestreden tussenvonnissen bevestigend beantwoord. Daarop heeft grief 8 in het principaal hoger beroep betrekking. Trebs bestrijdt dat de nabootsing nodeloos is. Trebs meent dat er geen tot weinig mogelijkheden zijn om aanpassingen door te voeren zonder afbreuk te doen aan de functionaliteit en bruikbaarheid van de pizzaovens. Met het vervallen van de techniek achter de pizzaoven als gevolg van het verstrijken van de beschermingsduur van het Europese octrooi van [D], is volgens Trebs tevens de vormgeving van de Pizzarette vrijgevallen. Gebruik van de in het octrooi beschreven techniek leidt noodzakelijkerwijs tot eenzelfde vorm. Dat heeft met name te gelden voor de ronde vormgeving van het onderstel, de daarop aansluitende ronde koepel, het materiaal van de

koepel en de openingen in de koepel voor de spatels waarop de pizza's worden geplaatst, aldus nog steeds Trebs.

5.34 Het hof overweegt hierover als volgt. Gelet op het uitgangspunt dat van de nabootser (Trebs) niet kan worden verlangd dat zij aan de deugdelijkheid of bruikbaarheid van haar product afbreuk doet teneinde verwarring te voorkomen, staat het Trebs naar het oordeel van het hof vrij de in het vervallen Europese octrooi en in de Pizzarette overgenomen technische oplossingen toe te passen, ook indien er alternatieve technische oplossingen zijn om hetzelfde technisch effect te bereiken. Een verdergaande bescherming tegen nabootsing zou er immers toe kunnen leiden dat er de facto sprake zou zijn van bescherming van een uitvinding, ook wanneer die uitvinding niet (meer) beschermd is door een octrooi, zoals hier het geval is. Dat neemt niet weg dat daar waar zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid nog vormgevingsruimte is, die ruimte door Trebs ook benut dient te worden teneinde verwarring te voorkomen. Die verplichting gaat in beginsel echter niet zover dat Trebs gehouden is een, extra kosten meebrengend, zinloos element toe te voegen, of een afwijking aan te brengen die te ongeschikt is om verwarring te voorkomen; dan zou er immers geen sprake zijn van een andere weg die hij “even goed” had kunnen inslaan teneinde verwarring te voorkomen (vgl. ook gerechtshof Den Haag, 29 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:928).

5.35 Door Food & Fun c.s. is niet, althans niet onderbouwd, bestreden dat de door Trebs genoemde en uit het vervallen octrooi blijvende elementen, waaronder de vorm en de grootte van de koepel, de kleur van de (terracotta)koepel, de vorm en de grootte van het onderstel, de vorm en het formaat van de openingen, de vorm en het formaat van de spatels, de vormgeving van het verwarmingsstel, de vormgeving van de plaatdragers, het aantal poten, en de waar- schuwende tekst een functionele functie vervullen. Door Food & Fun c.s. is betoogd dat de kleur van het onderstel en de vorm van de knop, de vorm van het alarmlichtje en de pootjes niet functioneel zijn en dat Trebs, zonder afbreuk te doen aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid voor het onderstel een andere kleur had kunnen kiezen en voor

de knop en de pootjes een andere vorm had kunnen kiezen. Naar het oordeel van het hof zijn de voorgestelde wijzingen, mede gelet op de omstandigheid dat de andere op de markt aanwezige pizzaovens (o.m. de Bestron Quartetto en de Gusta Pizza Fun) ook dezelfde kleuren en vormen hanteren, te ongeschikt om verwarring te voorkomen. Dit geldt naar het oordeel van het hof niet voor het overgenomen steentjes- patroon dat, gelet op het hiervoor onder 5.28 vastgestelde ‘umfeld’, in hoge mate bepalend is voor de totaalindruk van de Pizzarette. Door het overnemen van dit identieke steentjespatroon is Trebs tekort- geschoten in haar verplichting jegens Food & Fun c.s. om verwarring te voorkomen. Het hof is van oordeel dat Trebs ook met het nieuwe steentjespatroon (zoals hiervoor in rechtsoverweging 3.18 weergegeven) nog te weinig afstand heeft genomen van de Pizzarette. Het hof is van oordeel dat de niet op- lettende consument, ook indien hij beide producten op een verkoopwebsite naast elkaar ziet, beide producten met elkaar kan verwarren. Dit gevaar voor verwarring wordt naar het oordeel van het hof door de naamsvermelding van Trebs niet wegge- nomen. Daarvoor is die vermelding te onder- geschikt. Ook grief 8 faalt.

5.36 Trebs heeft in randnummer 349 nog aangeboden te bewijzen dat er geen sprake is van verwarring. Ook dit bewijsaanbod wordt gepasseerd omdat het oordeel van het hof dat er sprake is van gevaar voor verwarring een rechtsoordeel is en niet een feitelijk oordeel dat zich leent voor bewijs- levering.

5.37 Uit het voorgaande volgt dat Food & Fun c.s. zich op grond van slaafse nabootsing kunnen verzetten tegen de verhandeling van de identieke en de onder 3.18 getoonde aan- gepaste PizzaGusto in de vier-, zes- en acht- persoonsuitvoering in Nederland.

Grensoverschrijdend verbod?

5.38 De rechtbank heeft geoordeeld dat het gevorderde verbod alleen in Nederland gel- ding zal hebben. Tegen de beperking van het gevorderde verbod tot Nederland is grief III in het incidenteel hoger beroep gericht. Food & Fun c.s. betogen, kort gezegd, dat de verhandeling van de PizzaGusto ook in België, Duitsland en Frankrijk op grond van

slaafse nabootsing onrechtmatig is. Om die reden dient het verbod zich tot voornoemde landen uit te strekken, aldus Food & Fun c.s. 5.39 Dit betoog kan naar het oordeel van het hof niet worden gevolgd. Daartoe is het volgende redengevend. Het hof stelt voorop dat de Nederlandse rechter op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad in beginsel een verbod kan uitspreken van handelingen buiten Nederland, ook indien het gesteld onrechtmatig handelen, naar vreemd recht moet worden beoordeeld (zie HR 24 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD096, NJ 1992, 404).

5.40 De vraag naar het toepasselijke recht dient te worden beantwoord aan de hand van de Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"). Ingevolge de algemene regel in artikel 4 lid 1 wordt het toepasselijke recht bepaald volgens de plaats waar de schade zich voordoet (lex loci damni). Artikel 4 lid 2, dat beschouwd moet worden als een uitzondering op dit algemene beginsel, geeft voor het geval dat beide partijen hun gewone verblijfplaats in hetzelfde land hebben, zoals hier het geval is, een bijzonder aanknopingspunt, te weten het recht van het land van hun gewone verblijfplaats, in dit geval Nederlands recht. De bijzondere regel in artikel 6 lid 1 van Rome II, waaraan Trebs refereert, is naar het oordeel van het hof niet van toepassing nu de gestelde slaafse nabootsing, die naar het oordeel van het hof in het licht van Rome II als een daad van oneerlijke concurrentie moet worden gekwalificeerd, uitsluitend de belangen van Food & Fun c.s. treft zodat op grond van het tweede lid van artikel 6, artikel 4 van toepassing is.

5.41 Het hof is van oordeel dat Food & Fun c.s. hun stelling dat de Pizzarette ook in België, Duitsland en Frankrijk een eigen plaats op de markt heeft, gelet op de onderbouwde betwisting daarvan door Trebs, onvoldoende hebben onderbouwd. Het registreren van de domeinnamen Pizarrette.com, Pizzarette.be, Pizzarette.de, Pizzarette.fr en Pizzarette.eu zegt nog niets over de verkoop van de Pizzarette in België, Duitsland en Frankrijk. Dit geldt evenzeer voor de in productie 88c overgelegde facturen van vertaalwerk en de in productie 88d overgelegde factuur met betrekking tot de

opstartkosten van een shop in Duitsland, nog daargelaten dat die stukken alsook de stukken die onder 88f en 9 zijn overgelegd, niet op de juiste periode betrekking hebben, te weten april 2013. Van belang is verder dat Food & Fun c.s. niet inzichtelijk hebben gemaakt hoe de mark voor pizzaovens voor tafelgebruik in België, Duitsland en Frankrijk eruitziet. De door Food & Fun c.s. aangedragen verkoopcijfers zeggen het hof dan ook niet zo veel, nog daargelaten dat de cijfers niet met stukken zijn onderbouwd. Grief III in het incidenteel hoger beroep faalt.

Onerlijke handelspraktijken 

5.42 Grief II in het incidenteel hoger beroep komt op tegen de afwijzing van de vorderingen van Food & Fun c.s., voor zover gebaseerd op oneerlijke handelspraktijken (artikel 6:193a-j BW). Food & Fun c.s. stellen, kort gezegd, dat de verhandeling van de PizzaGusto, in het bijzonder de informatie die Trebs aan de consument verstrekt, jegens de consument misleidend is in de zin van artikel 6:193c en g BW en daarmee jegens Food & Fun c.s. ook onrechtmatig is. Trebs betwist dat de regeling in artikel 6:193a-j BW hier van toepassing is.

5.43 Het hof overweegt hierover als volgt. De bepalingen over oneerlijke handelspraktijken als opgenomen in boek 6, titel 3 afdeling 3A van het Burgerlijk Wetboek (hierna: de Wet op de oneerlijke handelspraktijken) strekken tot implementatie van Richtlijn 2005/29 EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (PbEU L 149, hierna: Richtlijn oneerlijke handelspraktijken). De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en daarmee de Wet op de oneerlijke handelspraktijken beogen uitdrukkelijk slechts criteria te geven voor oneerlijke handelspraktijken van handelaren jegens consumenten. De considerans (in het bijzonder onder 6, 8 eerste volzin, 12 en 14) noch de tekst van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (artikel 3 lid 1) bieden enig aanknopingspunt voor de veronderstelling dat het toepassingsgebied van de richtlijn zich mede uitstrekt tot oneerlijke concurrentie tussen ondernemingen (waartoe de slaafse nabootsing behoort) (zie HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1063). De richtlijn oneerlijke handelspraktijken beoogt wat betreft de

bescherming van de consument een maximumharmonisatie. De richtlijn verhindert lidstaten niet maatregelen te nemen op een gebied waarop zij geen betrekking heeft, zoals de bescherming van een handelaar tegen oneerlijke handelspraktijken van een handelaar. De Nederlandse wetgever heeft evenwel besloten dat de Wet op de oneerlijke handelspraktijken alleen op consumenten van toepassing is.

5.44 Een en ander betekent dat Food & Fun c.s. geen rechtstreeks beroep op de Wet op de oneerlijke handelspraktijken toekomen. Dat neemt niet weg, zoals Food & Fun c.s. terecht aanvoeren, dat via de zogenaamde correctie Langemeijer de in Wet op de oneerlijke handelspraktijken genoemde belangen zich mede kunnen uitstrekken tot de belangen van een concurrerende handelaar die zich jegens consumenten schuldig maakt aan misleidende handelspraktijken. Aanwijzing hiervoor is te vinden in punt 8 van de considerans van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Food & Fun c.s. hebben hun stelling dat de handelswijze van Trebs ook jegens hen onrechtmatig is echter niet uitgewerkt, zodat het hof daaraan voorbij gaat.

5.45 Food & Fun c.s. hebben zich daarnaast nog beroepen op artikel 6:194 BW. Volgens Food & Fun c.s. dient het verkopen van een slaafse nabootsing te worden beschouwd als een mededeling in de zin van artikel 6:194 BW. Deze stelling kan niet worden gevolgd. Artikel 6:194 BW heeft betrekking op misleidende reclame. Onder reclame wordt verstaan, kort gezegd, iedere mededeling bij de uitoefening van een commerciële activiteit ter bevordering van de afzet van de goederen of diensten. Onder een mededeling kan dus niet het goed zelf of de slaafse nabootsing of de foto daarvan worden verstaan, zoals Food & Fun c.s. betogen. Ook grief II in het incidenteel hoger beroep is tevergeefs voorgedragen."

Noot

Heel kort. Bovenstaande overwegingen geven een mooi overzicht over mogelijke (in dit geval weinig succesvolle) werven tegen het verwijt van slaafse nabootsing. Lezen dus! Ingevolge HR 29 maart 2013, LJN BY8661 (Broeren/Duijsens) valt aanvullend nog te denken aan het verweer dat het nagebootste

niets anders is dan nabootsing van een niet auteursrechtelijk te beschermen stijl die dan niet via de omweg van de leer van slaafse nabootsing kan worden beschermd. Zie recent over zo'n zaak: Rechtbank Den Haag 20 jan 2017, IEF 16534; ECLI:NL:RBDHA:2017:454 (Scentsible (POO POURRI) tegen Reckitt Benckiser. Het Hof laat ook zien hoe de ipr regels m.b.t. oneerlijke concurrentie uit Rome II moeten worden toegepast (zie overweging 5.40). Ik heb hier niet de overwegingen met betrekking tot de als ongeoorloofd bestempelde vergelijkende reclame van Food & Fun opgenomen en evenmin die met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid voor die ongeoorloofde reclame van de bestuurder van Food & Fun, maar ik verwijs daar graag naar omdat die overwegingen ook redelijk voorbeeldig zijn.

JK

Rechtbank Amsterdam 21 december 2016, IEF 16471 (Ferm Living/Lifestyle)

Met de Burly Basket Round wordt inbreuk gemaakt op het auteursrecht op de Wire Basket van Ferm Living. Door het geslaagde beroep op de auteursrechtelijke bescherming komt de rechtbank niet toe aan de slaafse nabootsing. Niet de uitkomst, maar de summiere overwegingen waarmee de inhoudelijke toetsing tot uitdrukking wordt gebracht, verdienen kritische aandacht.

2.1 Ferm Living ontwerpt, vervaardigt en verkoopt interieurproducten zoals behang, textiel, decoratieve gebruiksartikelen, keukenartikelen en artikelen voor kinderen. Eén van de producten van Ferm Living is de Wire Basket:

2.2 Lifestyle is retailer in 'Home Living', 'Decoration' en 'Furniture'. Zij heeft meer dan 1000 verkooppunten in Europa. Een van de producten die zij verkoopt is de Burly Basket Round:

4.2 Om te kunnen worden beschouwd als een werk van letterkunde, wetenschap



Wire Basket van Ferm Living



Burly Basket Round van Lifestyle

of kunst als bedoeld in artikel 1 jo. 10 Aw, is naar vaste rechtspraak vereist dat een voortbrengsel of uiting een eigen intellectuele schepping is, een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. De vorm mag niet ontleend zijn aan die van een ander werk. Er moet sprake zijn van een vorm die het resultaat is van schepende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die een voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt aan te wijzen.

4.3 Ferm Living heeft gesteld dat zij de creatieve keuzes heeft gemaakt voor een metalen mand met symmetrische vormen en vlakverdeling bestaande uit 3 horizontale ringen met daartussen 16 verticale staven met symmetrische metalen verbindingen die resulteren in 8 symmetrische ruitvormen en 8 gespiegelde asymmetrische zandlopervormen met een vlakverdeling boven de middel-

ste horizontale rand die breder is dan onder de metalen rand. De opvallende ronde bodem bevat 32 vlakken, gekenmerkt door een groter vlak aan de buitenkant dat overloopt in een kleiner vlak. De wijze waarop de verbindingen zijn aangebracht, maakt de Wire Basket volgens Ferm Living tot een uniek ontwerp. Door de keuze en de combinatie van deze elementen stelt Ferm Living uitdrukking te hebben gegeven aan de creatieve keuzes die maken dat sprake is van een auteursrechtelijk beschermd werk. Zij heeft verwezen naar afbeeldingen van de elementen en naar ontwerp-tekeningen.

4.4 Lifestyle heeft hier tegenin gebracht dat er ten aanzien van de Wire Basket geen sprake is van creatieve keuzes en dat de ontwerpkeuzes die zijn gemaakt ieder voor zich noch in combinatie uitkomen boven hetgeen triviaal, althans strikt functioneel is, mede gelet op het vormgevingsserfgoed. Lifestyle heeft ten aanzien van de in 4.3 genoemde elementen aangevoerd waarom deze volgens haar ofwel slechts een technische functie hebben, ofwel niet nieuw zijn.

4.6 Weliswaar hebben bepaalde elementen van de Wire Basket een technische functie, maar dit geldt naar het oordeel van de rechtbank niet voor alle elementen. Zo is er gekozen voor zodanige verbindingen van het draadstaal dat symmetrische ruiten, driehoeken en vierkanten zijn ontstaan. Niet valt in te zien waarom de keuze voor deze specifieke verbindingen niet als creatieve keuze als hiervoor bedoeld zou kunnen worden aangemerkt. De Wire Basket is dan ook aan te merken als een auteursrechtelijk beschermd werk.

4.11 Voor de beantwoording van de vraag of Lifestyle inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Ferm Living, dient beoordeeld te worden in welke mate de totaalindruk van de Burly Basket Round overeenstemt met die van de Wire Basket. De auteursrechtelijk beschermde trekken of elementen van het beweerdelijk bewerkte of nagebootste werk zijn daarbij bepalend, met dien verstande dat ook een verzameling of bepaalde selectie van op zichzelf niet beschermde ele-

menten, een (oorspronkelijk) werk kan zijn in de zin van de Auteurswet, mits die selectie het persoonlijk stempel van de maker draagt. Bij de vergelijking van de totaalindrukken dienen dus ook onbeschermde elementen in aanmerking te worden genomen, voor zover de combinatie van al deze elementen in het beoogde nagebootste werk aan de “werktoets” beantwoordt. Voorts geldt dat de enkele omstandigheid dat het werk of bepaalde elementen daarvan, passen binnen een bepaalde mode, stijl of trend niet betekent dat het werk of deze elementen zonder meer onbeschermd zijn. Onderzocht moet worden of de vormgeving van de (combinatie van de) verschillende elementen zodanig is dat aangenomen kan worden dat met het ontwerp door de maker op een voldoende eigen wijze uiting is gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode (HR 29 december 1995, LJN ZC1942, NJ 1996/546 (Decaux/Mediamax)).

4.13 Geoordeeld wordt dat de totaalindruk van de Burly Basket Round gelijk is aan die van de Wire Basket. De vorm, de symmetrische ruiten, driehoeken en vierhoeken, het aantal cirkels en de indruk van het gebruikte materiaal zijn identiek. De door Lifestyle genoemde punten betreffen minimale verschillen die niet leiden tot een andere totaalindruk. De conclusie is dan ook dat de Burly Basket Round is ontleend aan de Wire Basket en niet als een nieuw, oorspronkelijk werk kan worden aangemerkt. Dit betekent dat Lifestyle met de Burly Basket Round inbreuk maakt op het auteursrecht van Ferm Living.

Noot

De rechtbank oordeelt recht-toe-recht-aan en de uitkomst is verrassend, noch opmerkelijk; het ontwerp wordt voldoende origineel geacht om de werkdrempel te halen, de omstandigheid dat intussen veel soortgelijke manden bestaan, doet daaraan terecht niet aan af en de overeenstemming tussen de Wire Basket en de Burly Basket is groot genoeg om de inbreuk aanwezig te oordelen. Aandacht verdient het vonnis slechts vanwege het exemplarische karakter van het rechterlijke oordeel bij inbreukzaken over productvormgeving. Dat oordeel bevat stee-

vast een rituele dans of, zo men wil, de voordracht van toverformules, in casu in 4.2 en 4.11, waarna de rechter (in dit geval in 4.6 en 4.13) tot het oordeel komt dat al dan niet sprake is van een werk en van een overeenstemmende totaalindruk. Het in abstracto beschrijven wanneer een schepping voldoet aan de werktoets (het simsalabim van de werkdrempel) en het ‘concretiseren’ door de toepassing van de toets met als uitkomst dat de Wire Basket als een werk moet worden aangemerkt omdat “niet valt in te zien waarom de keuze voor deze specifieke verbindingen niet als creatieve keuze kan worden aangemerkt”, biedt uitsluitend inzicht in het niet tot leven komen van de verbeelding en de gedachten bij de rechtbank over het creatieve karakter van het ontwerp. De rechtbank heeft geconstateerd dat er ruimte bestaat voor creatieve keuzes en ziet niet in waarom de keuze in kwestie niet creatief zou zijn, that’s it.

Bij de toepassing van de Stokke-receptuur¹ op de inbreukvraag wordt het niet veel beter: Is wat de rechtbank overweegt een indruk? Ik verkende het begrip totaalindruk in AMI 2016/5 en gebruikte daarbij ondermeer de betekenis van *indruk* in de Dikke Van Dale: ‘de uitwerking op iets op het gemoed op de menselijke geest’. Herkennen wij deze uitwerking op het gemoed of de menselijke geest van de rechtbank bij het oordeel dat sprake is van een overeenstemmende totaalindruk, of is de rechtbank hard op weg om zich met een mechanische meting als onderbouwing van het oordeel, overbodig te maken in de aanstormende tijden van geautomatiseerde rechtspraak? Zou een computer niet ook kunnen vaststellen: “De vorm, de symmetrische ruiten, driehoeken en vierhoeken en het aantal cirkels en de indruk van het gebruikte materiaal zijn identiek”. Tenslotte oordeelt de rechtbank zonder inzicht te geven in een diepere gedachtegang dat de minimale verschillen van de Burly Basket met de Wire Basket niet tot een andere totaalindruk leiden.

Wellicht heeft de rechtbank de uitvoerige Stokke-instructies gewetensvol toegepast en is dit uitgekristalliseerd in deze opsomming van de formele eigenschappen van het ontwerp van beide producten. Bij mij kwam echter de gedachte op aan de menukaart van het restaurant, die bij de beschrijving van de ingrediënten en bereidingswijze van elk gerecht, ontzag en verwachtingsvolle nieuwsgierigheid losmaakt, maar waarvan op het

bord vaak zo bitter weinig is terug te zien.

MdZ

¹ HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, NJ 2013/501 (Stokke/H3 Products); HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532, NJ 2013/502 (Stokke/Fikszo) en HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, NJ 2013/503 m.nt. Hugenholtz (Hauck/Stokke); zie ook K.J. Koelman, annotatie bij Stokke-arresten, AMI 2013/5, p. 158-163.

Rechtbank Midden Nederland (Ktr.) 28 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6956 (Protestantse Gemeente Bilthoven)

Plaatsing kerklied in kerkblad zonder naamsvermelding auteur. Uitleg licentie-overeenkomst. Inbreuk op exploitatie- en persoonlijkheidsrechten. Hoogte schadevergoeding op basis van gederfde licentievergoeding, rekening houdend met niet-commerciële aard gebruik.

Feiten: In samenwerking met protestantse kerken geeft Liedboek BV het ‘Liedboek’ uit, een verzameling liederen bestemd voor gemeentezang tijdens kerkdiensten. Dit boek is ook online beschikbaar, kerkbesturen nemen een licentie die ze het recht geeft om liedteksten op te nemen in liturgieboekjes en op een (meezing) scherm te projecteren in de kerk tijdens de dienst. De website meldde: ‘Overname op internet, website, kerkbode enz is binnen dit abonnement niet voorzien. Indien wel gewenst, kunt u daartoe het recht aanvragen’. De Protestantse Gemeente Bilthoven (PGB) heeft een abonnement, en verneemt van de klantenservice van de uitgever: ‘Als u een abonnement op Liedboek Online afsluit, dan heeft u automatisch de auteursrechten afgekocht van alle liederen uit het nieuwe Liedboek. Uiteraard zijn hier bepaalde regels aan verbonden zodat er geen misbruik van gemaakt kan worden. Gebruik en verspreiding van de liederen mag alleen binnen uw gemeente. U mag de teksten dus wel gebruiken voor uw website en kerkbode, mits dit niet te kopiëren en gebruiken is door derden. Het plaatsen van teksten op een openbare website is dus niet toegestaan’. De kerk

plaatste ter illustratie de tekst van een lied in de kerkkrant (die als PDF ook op de website werd geplaatst), zonder auteursvermelding. De componist van het lied vordert schadevergoeding wegens auteursrechtinbreuk. De Ktr. kent die toe. Voor de bepaling van de hoogte geldt minimaal de gederfde licentievergoeding; daarbij is relevant dat PGB het kerkblad en de website uitsluitend gebruikt om haar leden te informeren en niet uit winstoogmerk. Voor inbreuk op de persoonlijkheidsrechten hanteert de Ktr. een opslag van 25% van de gederfde licentievergoeding (4.5).

Ktr. 4.3 'Hieruit [uit de voorwaarden vermeld op de website en latere emailcorrespondentie, mve] is duidelijk op te maken dat het gebruik van een lied uit het liedboek voor een website of kerkbode alleen is toegestaan als het betreffende werk niet is te kopiëren of gebruiken door derden. De informatie op de website en in het kerkblad van PGB is, hoewel gericht op de leden van PGB, voor eenieder toegankelijk en daarmee door derden te gebruiken en te kopiëren. Het door PGB plaatsen van het werk op de website en in het kerkblad valt dus niet onder het toegestane gebruik. Gelet op het vorenstaande is er sprake van een inbreuk op de auteurs- en persoonlijkheidsrechten van [eiser] en daarmee van onrechtmatig handelen van PGB jegens [eiser] op grond waarvan PGB schadeplichtig is.'

Noot

Een conflict over kerk en auteursrecht, een type dat zelden de rechtszaal haalt. Over de interpretatie van feiten valt te twisten, en ik kan me voorstellen dat PGB op grond van de emailwisseling meende wel toestemming te hebben voor tenminste plaatsing van het lied in het kerkblad. De Auteurswet kent een uitzondering voor 'kerkelijk' gebruik van werken maar die biedt in dit geval geen soelaas. Enkel 'de gemeentezang en de instrumentale begeleiding daarvan tijdens een eredienst' behoeft geen toestemming van de auteursrechthebbende (art. 17c Aw). Dit artikel is ingevoerd bij de herziening van de Auteurswet van 1972, als gevolg van het amendement Haars (*Kamerstukken II 1971/72, 7877 nr. 21, gewijzigd bij nr. 41*). Indertijd hadden BUMA en de (protestantse) kerken na moeizame onderhandelingen afspraken gemaakt over voor welke openbaarmakingen wel en niet betaald hoefde te

worden. Onderdeel van die afspraak was dat voor het zingen in de kerk door de geloofsgemeente geen vergoeding verschuldigd was. Dat is blijkens de BUMA Tarieven Kerkelijke Groeperingen 2017 nog steeds zo. Zingt er echter een koor of draait men achtergrondmuziek, dan is per jaar maximaal 107,08 euro verschuldigd. Bepaald geen vetpot voor de componisten en tekstdichters van moderne Nederlandstalige kerkliederen.

Het amendement Haars was omstreden. Volgens de Commissie Auteursrecht was er geen overtuigende rechtvaardiging voor de introductie van een beperking: 'het creëren van een bijzondere positie ten gunste van de Kerk in de Auteurswet zou een novum betekenen ten nadele van de auteur.' (*Kamerstukken II 1971-1972, 7877, nr. 17, p. 6*). Toenmalig Minister van Justitie Van Agt (CDA) was geen voorstander van de bepaling maar ontraadde het amendement niet. De Eerste Kamer debatteerde erover maar maakte er begrijpelijkerwijs ook geen halszaak van. Zo geschiedde het dat terwijl de ontkerkelijking van de samenleving in een stroomversnelling raakte, kerken hun bijzondere positie kregen in het auteursrecht. In de Auteursrecht richtlijn (2001/29/EG) werd op initiatief van de Raad te elfder ure de (optionele) beperking opgenomen voor 'het gebruik tijdens religieuze bijeenkomsten...' (art. 5(2) sub g ARI). Die is ruimer dan art. 17c Aw want stelt niet het vereiste dat sprake moet zijn van 'gemeentezang'. Maar art. 5(2) sub g ARI is ook weer niet zo ruim dat het de mogelijkheid beidt om gebruik 'rond' de mis vrij te stellen. De beperking voor erediensten lijkt me er daarmee een die weinig opbrengt voor publiek en auteur, en het auteursrecht nodeloos ingewikkeld maakt. Afschaffen dan maar, nu het nog kan!

MvE

Actualiteiten



Evaluatie van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties en geschillenbeslechting

Voor meer info: <https://www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2600-evaluatie-van-de-wet-toezicht-en-geschillenbeslechting-collectieve-beheersorganisaties.aspx>

Implementatiewet richtlijn collectief beheer en Besluit transparantieverlag

Op 25 november 2016 is de Implementatiewet richtlijn collectief beheer in het Staatsblad gepubliceerd. Ook het bijbehorende Besluit transparantieverlag is op 25 november gepubliceerd en treedt 1 januari 2017 in werking.

Intellectuele Eigendom in verkiezingsprogramma's

De standpunten van partijen

Hieronder vindt u een overzicht van de verkiezingsprogramma's met betrekking tot onder andere het auteursrecht.¹

PvdA

De PvdA wil jonge makers/artiesten beter voorlichten over welke (auteurs)rechten zij hebben om makers daarmee weerbaar te maken tegen de exploitanten van hun kunst. De PvdA wil dat makers in de audiovisuele wereld (waaronder film, muziek etc.) betere rechten krijgen ten opzichte van fabrikanten en exploitanten. Hiertoe past de PvdA de auteurswet aan. PvdA pleit (internationaal)

voor het opheffen van de uitzonderingsclausule waarop mediaconcerns zich nu nog kunnen beroepen bij het niet uitbetalen van inkomsten uit exploitatie van auteursrechtelijk beschermd werk.

D66

D66 wil het auteursrecht moderniseren. D66 vindt het belangrijk dat een eerlijk deel van opbrengsten terecht komt bij artiesten en makers, ook bij exploitaties online. Het auteursrecht moet auteurs en artiesten in staat stellen mee te delen in het vruchtgebruik van hun werk en daarnaast de toegankelijkheid van beschermde werken faciliteren. De digitale ontsluiting en open gebruik van collecties van erfgoedinstellingen en musea worden door het huidige auteursrecht tegengewerkt. D66 is daarom voorstander van invoering van een digitaal leenrecht, wettelijke ondersteuning van 'extended collective licensing' en een fundamentele hervorming van het Europese Auteursrecht online. D66 wil een digitaal Europa; daaronder valt een auteursrecht dat dezelfde spelregels heeft in alle Europese landen.

GroenLinks

Een van de programmapunten is het erkennen van diversiteit en het bevorderen van emancipatie. Dit wil GroenLinks bereiken door ervoor te zorgen dat intellectuele werken (foto's, muziek, video) die door publieke instellingen tot stand zijn gekomen voor niet commerciële doeleinden, herbruikbaar zijn voor iedereen.

SGP

Patentrecht, bedoeld om vernieuwing te stimuleren wordt niet meer gebruikt om het alleenrecht van de farmaceut in stand te houden. Het aloude kwekersrecht voldoet volgens de SGP prima. Bedrijven mogen in geen geval patent krijgen op planteneigenschappen.

ChristenUnie

De ChristenUnie richt zich op het herstel van kwekersrecht. De balans tussen het kwekers- en octrooirecht wordt hersteld, want het is volgens de ChristenUnie ongehoord dat grote bedrijven patent aanvragen op natuurlijke eigenschappen van planten. Zij stellen dat het feit dat slechts een handjevol bedrijven patenten in handen heeft, een bedreiging is voor de wereldwijde voedselzekerheid.

SP

De SP accepteert niet dat multinationals planteigenschappen patenteren en zo kleinere veredelingsbedrijven uit de markt drukken en de beschikbaarheid van genetisch materiaal voor de gezondheid en voedselveiligheid bedreigen.

PvdD

Als het aan de PvdD ligt worden het auteursrecht en het auteurscontractenrecht gemoderniseerd om de positie van de makers te versterken en de informatievrijheid te vergroten. Nieuwe betaalmodellen voor films en muziek worden onderzocht. Platforms die geld verdienen aan het aanbod van films en muziek zonder iets af te dragen aan de makers, gaan een redelijk deel van hun winst uitkeren aan de rechthoudende auteurs. PvdD vindt dat planten- en dierenrassen geen eigendom van bedrijven mogen zijn. Octrooien op vormen van leven worden dan ook verboden. De PvdD verzet zich tegen pogingen van bedrijven als Bayer-Monsanto en BASF om genen van planten en dieren te patenteren en zo de voedselmarkt te beheersen.

¹ Over de in 2015 in werking getreden Wet auteurscontractenrecht hebben de partijen zich in hun verkiezingsprogramma niet uitgelaten.

Agenda



IE-Forum.be lunch in Brussel

SIMONT BRAUN BRUSSEL,
donderdag 4 mei, 13:00 - 16:15
- Procedurele vraagstukken in IE-zaken (Tanguy De Haan, NautaDutilh)
- Privacy en IT (Heidi Waem, NautaDutilh)
- Vergelijkende reclame (Tom Heremans, CMS)
Met als voorzitter: Philippe Campolini, Simont Braun

Reclamerechtjurisprudentielunch

CROWNE PLAZA SOUTH,
donderdag 18 mei, 13.00-16.15
Sprekers: Jan Kabel, Ebba Hoogenraad

JAAROVERZICHT 2015

THEMANUMMER

Open overheid en open acces
15-3

ARTIKELEN

L. Anemaet

[met M.R.F. Senftleben] Het verleidelijke gezang van een Griekse Sirene
15-1: 1-8

R. de Beer

[met A. de Leeuw & M.M.M. van Eechoud] Kruisende wegen: Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid
15-3: 75-83

R.D. Chavannes

'Juist evenwicht' in de praktijk: de toelaatbaarheid van internetblokkades volgens het Hof van Justitie in UPC Telekabel Wien
15-2: 38-47

M.M.M. van Eechoud

[met R. de Beer & A. de Leeuw] Kruisende wegen: Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid
15-3: 75-83

A.P. Engelfriet

Schadevergoeding bij online auteursrecht-inbreuk: stand van zaken 2015
15-5: 125-130

S.J. van Gompel

[met P.B. Hugenholtz] Op weg naar een wettelijk stelsel van *extended collective licensing* voor massadigitalisering?
15-4: 93-102

P.B. Hugenholtz

[met S.J. van Gompel] Op weg naar een wettelijk stelsel van *extended collective licensing* voor massadigitalisering?
15-4: 93-102

J.J.C. Kabel

Themanummer: openbaarheid van publiek bekostigde informatie en het auteursrecht
15-3: 65-67

H.C. Klaassen

De vele gedaantes van het nieuwe artikel 45d Auteurswet
15-5: 131-138

P.J. Kreijger

[opinie][met D.J.G. Visser] Billijke vergoeding video-on-demand verplicht collectief?
15-1: 9-11

A. de Leeuw

[met R. de Beer & M.M.M. van Eechoud] Kruisende wegen: Auteursrecht in het wetsvoorstel Open Overheid
15-3: 75-83

J.P. Poort

Billijke vergoeding in recht en economie
15-6: 157-161

A.A. Quaedvlieg

Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsopvang
15-2: 29-37

A.A. Quaedvlieg

[boekbespreking] Meerdere rechten en meerdere rechthebbenden
15-2: 48-49

M.R.F. Senftleben

[met L. Anemaet] Het verleidelijke gezang van een Griekse Sirene
15-1: 1-8

A.G.I. Terhorst

Auteurscontractenrecht: er is een wettelijke regeling!
15-6: 162-168

D.J.G. Visser

[opinie][met P.J. Kreijger] Billijke vergoeding video-on-demand verplicht collectief?
15-1: 9-11

D.J.G. Visser

De Open Acces bepalingen in het auteurscontractenrecht
15-3: 68-74

R.J.F. Wigman

60 jaar Voorontwerp Meijers titel I boek 9
15-4: 103-110

JURISPRUDENTIE

Hof van Justitie van de Europese Unie

27 maart 2014 UPC Telekabel Wien/Constantin Film Verleih en Wega Filmproduktionsgesellschaft
15-2: 50-54
10 april 2014 ACI Adam c.s./ Stichting de Thuis-kopie en Sont 15-1: 12-17 (Linders & Alberdingk Thijm)
11 september 2014 Eugen Ulmer KG/ITU Darmstadt 15-4: 111-119 (Beunen)
22 januari 2015 Hejduk/EnergieAgentur NRW 15-2: 62 (Act./Van Eechoud)
26 februari 2015 Christie's France SNC/Syndicat national des antiquaires 15-3: 84-86 (Klomp)
26 maart 2015 C More Entertainment/Sandberg 15-3: 87-88 (Act./Van Lingen)
22 maart 2015 All Posters/Pictoright 15-6: 169-173 (Van Eechoud)

Hoge Raad

1 mei 2015 Stokke/Hauck 15-6: 174-176 (Vrendenbarg)

Gerechtshof Amsterdam

20 januari 2015 NUV/Tom Kabinet 15-3: 88-90 (Act./MS)
24 maart 2015 NOAD c.s./IN4BI c.s. 15-3: 90-91 (Act.)

Gerechtshof Den Haag

22 september 2015 SDC Verifier/FEMTO Engineering 15-6: 186-187 (Act./Van Eechoud)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

2 juni 2015 Weg van Lila 15-5: 152-153 (Act./Koelman)

(Vrz.) Rechtbank Amsterdam

29 oktober 2014 Actuate/Delta Lloyd 15-2: 55-51 (Van Schelven)
12 december 2014 All in the House/gedaagde 15-2: 63 (Act.)
24 december 2014 Cassina S.P.A. en Flos S.P.A./Nadomini ltd. c.s. 15-2: 63 (Act.)
20 mei 2015 Van Bennekom/IISG 15-4: 122 (Act.)
10 juni 2015 Pictoright/Stadsarchief Rotterdam 15-5: 140-145 (Van Eechoud)
2 oktober 2015 Fotograaf/Myjour 15-6: 185 (Act./De Zwaan)

(Vrz.) Rechtbank Den Haag

2 oktober 2013 SENA/Organisatoren Dance Events 15-6: 180-184
28 april 2015 Ecatell/Premier League 15-4: 120-121 (Act./Van der Net)
23 september 2015 Eiser/Prime Sportsgear 15-6: 187-188 (Act./Van Gompel)
5 oktober 2015 & 6 november 2015 BREIN/Google 15-6: 176-180 (Kabel)

(Vrz.) Rechtbank Gelderland

10 juni 2015 Heksenkaas 15-5: 146-150 (De Zwaan)

(Vrz.) Rechtbank Midden-Nederland

16 februari 2015 Advalley h.o.d.n. Deluxebox/Kabaall en Dutch Heritage 15-3: 91-92 (Act.)
25 maart 2015 CWS/Gedaagde I en Vendorlink 15-3: 91 (Act.)
22 april 2015 DMGE/West Music 15-4: 121-122 (Act./Koelman)
29 juli 2015 Music Creations Publishing/Xander de Buisonjé 15-5: 151 (Act./De Zwaan)

(Vrz.) Rechtbank Noord-Nederland

26 november 2014 2Houses/Stemra 15-1: 18-25 (Visser)
7 januari 2015 bijzonder hoogleraar/ Stichting IDTM 15-2: 62 (Act.)

(Vrz.) Rechtbank Oost-Brabant

10 augustus 2015 15-5: 150-151 (Act./Kabel)

JAAROVERZICHT 2016

THEMANUMMER

Het naburig recht voor uitgevers van pers-publicaties

ARTIKELEN

L. Bently

Brexit and the future of copyright law in the United Kingdom: first thoughts
16-4: 93-97

M. Buiten

[met M.R.F. Senftleben, M. Kerk, K. Heine & N. Lachman] Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?
16:6

W.G.L. During

De billijke compensatie voor privékopieën: een overzicht van de rechtspraak van het Hof van Justitie
16-4: 81-92

M.M.M. van Eeouchd

De ontsparing van het begrip databank. Enige bedenkingen bij HvJEU Freistaat Beieren/Verlag Esterbauer
16-2: 25-30

M.M.M. van Eeouchd

Een uitgeversrecht voor pluriforme media
16-6/17-1:

K. Heine

[met M. Buiten, M.R.F. Senftleben, M. Kerk & N. Lachman] Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?
16:6

A.E. de Hingh

[met M.R.F. Senftleben] Het mededingingsrecht – een stok achter de deur om tot licenties voor content repositories en aggregators te komen?
16-1: 1-12

M. Kerk

[met M.R.F. Senftleben, M. Buiten, K. Heine & N. Lachman] Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?
16:6

R.J.Q. Klomp

In memoriam David Peepkorn
16-1: 13

N. Lachman

[met M.R.F. Senftleben, M. Buiten, M. Kerk & K. Heine] Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?
16-6/17-1:

S.C. van Loon

[Ten geleide] Copyright Reform: het naburig recht voor uitgevers van perspublicaties
16-6:

J.P. Poort

De privékopie in internationaal perspectief
16-5: 121-125

M.R.F. Senftleben

[met A.E. de Hingh] Het mededingingsrecht – een stok achter de deur om tot licenties voor content repositories en aggregators te komen?
16-1: 1-12

M.R.F. Senftleben

Copyright Reform, GS Media and Innovation Climate in the EU – Euphonious Chord or Dissonant Cacophony?
16-5: 130-133

M.R.F. Senftleben

[met M. Kerk, M. Buiten, K. Heine & N. Lachman] Nieuwe rechten voor nieuwe businessmodellen in de uitgeefsector?
16-6

J.R. Spauwen

Copyright Reform: Richtlijnvoorstel inzake auteursrechten in de Digital Single Market
16-5: 126-129

A.G.I. Terhorst

Implementatie van de richtlijn verweesde werken
16-3: 67-71

S.C. van Velze

Het 'nieuw publiek' criterium hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht
16-3: 57-66

D.J.G. Visser

Recht op eigen taart
16-6/17-1:

M.R. de Zwaan

De totaalindruk: onjuist maar niet onbruikbaar
16-5: 113-120

JURISPRUDENTIE**Europese Hof voor de Rechten van de Mens**

12 juli 2016 *AKKA/Laa v. Letland* 16-5: 144-145 (Act.)

Hof van Justitie van de Europese Unie

13 mei 2015 *Dimensione/Knoll* 16-1: 14-17 (Van Lingen)
17 maart 2016 *Liffers/Mandarina* 16-4: 98-101 (Deurvorst)
5 april 2016 *Conclusie A-G United Video Properties/Telenet* (Vrendenbarg)
7 april 2016 *Conclusie A-G Geen Stijl/Sanoma* 16-2: 42-44 (De Zwaan)
7 juli 2016 *Tommy Hilfiger c.s./Delta Center* 16-4: 102-108 (Chavannes)
8 september 2016 *GeenStijl* 16-5: 134-139 (Koelman)
15 september 2016 *McFadden* 16-6: (Teunissen)

Hoge Raad

19 september 2014 *Rubiks Kubis* 16-1: 18-22 (Spoor)
19 februari 2016 *Eiser/Basil* 16-2: 51-52

Gerechtshof Amsterdam

18 oktober 2016 *ZIGGO en RODAP/LIRA* 16-6: (Kabel)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

2 februari 2016 *Simonis & Buunk/Pictoright* 16-2: 36-41 (De Boer)
20 december 2016 *Trebs B.V./Food & Fun B.V. c.a.* 16-6/17-1: (Act./Kabel)

Gerechtshof Den Haag

27 oktober 2015 *Moulinart/Hergé Genootschap* 16-1: 23-24 (Act./De Zwaan)
9 maart 2016 *Atlas-Danifé/Satellite* 16-3: 74-77 (Act./Van Loon)
16 maart 2016 *Bavaria/Your Hosting* 16-3: 74 (Act./Van Gompel)
17 maart 2016 *P.M.P. Furnishing/EasySofa* 16-3: 77-78 (Act./De Zwaan)
19 juli 2016 *Your Hosting/Bavaria* 16-5: 140-143 (Van Gompel)

(Vrz.) Rechtbank Amsterdam

25 september 2015 *Eiser/Audax Publishing* 16-2: 46-47 (Act./Koelman)
18 maart 2016 *Vincent Mentzel/InBev* 16-3: 72-73 (Act./Kabel)
21 maart 2016 *Van Huut/CRI Residence Amstelveen B.V.* 16-2: 31-35 (Kabel)
21 december 2016 *Ferm Living/Lifestyle* 16-6/17-1: (Act./De Zwaan)

(Vrz.) Rechtbank Den Haag

17 februari 2016 *Eiser/Zootz* 16-2: 50-51 (Act./De Zwaan)
10 augustus 2016 *Philips/Lidl* 16-5: 147-151 (Act./Van Loon)
19 oktober 2016 *Boekscout/America Books Europa* 16-6/17-1: (Act.)
9 november 2017 *Vereniging GEU/Stichting Snappet* 16-6/17-1: (Act./Van Gompel)

(Vrz.) Rechtbank Midden-Nederland

16 december 2015 *Stichting Brein/Ziggo B.V.* 16-2: 52-54 (Act./Kulk)
13 augustus 2016 *Bandajanas/De Bondt* 16-5: 151 (Act./Van Loon)
28 december 2016 *Protestantse Gemeente Bilthoven* 16-6/17-1: (Act./Van Eeouchd)

(Vrz.) Rechtbank Noord-Holland

17 maart 2016 *Dijkstra/gedaagde* 16-3: 73 (Act./Van Loon)
31 augustus 2016 *Klous + Brandjes/Bot Bouw* 16-5: 145-147 (Act./Kabel)
30 november 2016 *D/De Vier Jaargetijden* 16-6/17-1: (Act./Kabel)

(Vrz.) Rechtbank Overijssel

26 oktober 2016 *Siemens /Altrex* 16-6: (Act.)

(Vrz.) Rechtbank Rotterdam

23 december 2015 *X/Interlynx* 16-2: 49-50 (Act./Kabel)
6 januari 2016 *Weduwe Bas Jan Ader/ Stichting tot beheer Museum Boijmans Van Beuningen en gemeente Rotterdam* 16-2: 48-49 (Act./Beunen)
20 januari 2016 *Korpa Kaartspel* 16-4: 109-110 (Act./Van Eeouchd)
10 augustus 2016 *Siemens/Maverick* 16-5: 145 (Act.)

VU LAW
ACADEMY

NIEUW

Leergang Intellectueel eigendomsrecht

START MAART 2017

Krijg inzicht in de overeenkomsten en verschillen tussen de afzonderlijke eigendomsrechten en leer beter te adviseren over het efficiënte en strategische gebruik ervan.

www.vula.nl

VU  VRIJE
UNIVERSITEIT
AMSTERDAM

IS VERDER KIJKEN