



Uitspraken en Vragen 2014



Uitspraken en Vragen 2014



*Samengesteld door mr. Lex Bruinhof
docent vakgroep Algemene Cultuurwetenschappen
partner Wieringa Advocaten, Amsterdam*

Elfde druk, 2014

Inhoud

0. Jurisprudentie - inleiding	5
1. Uitspraken over werk	9
A. werk, stijl, vorm en inhoud	9
B. de werktoets	14
C. de Europese dimensie	17
D. enkele bijzondere werken	20
E. geschriftenbescherming	23
2. Uitspraken over verveelvoudigen	26
3. Uitspraken over openbaar maken	37
• de Europese dimensie	44
• uitputting	55
4. Uitspraken over maker	61
5. Uitspraken over persoonlijkheidsrechten	65
6. Uitspraken over beperkingen	75
7. Uitspraken over portretrecht	83
8. Exploitatie	99
9. Prestatiebescherming	101
Bijlage	
Auteursrechtrichtlijn	107

0. Jurisprudentie – enkele inleidende opmerkingen

Jurisprudentie

In deze bundel is een aantal belangrijke uitspraken weergegeven die helpen bij het duiden van de kernbegrippen in het auteursrecht. Omdat de samenleving voortdurend in beweging is, maken rechtsregels en juridische begrippen een ontwikkeling door. Vandaag de dag worden bijvoorbeeld voortbrengselen als “werk van letterkunde, wetenschap of kunst” aangemerkt, die vijftig jaar geleden nog onbeschermbaar werden geacht. Ook de overige kernbegrippen maken voortdurend een dergelijke ontwikkeling door. Daarbij is de laatste jaren ook de inwerking van de Europese Auteursrechtlijn¹ sterk voelbaar.

Die ontwikkeling vindt zijn weerslag in rechterlijke uitspraken². Aan de rechter wordt een concreet oordeel gevraagd over een juridisch geschil dat hem wordt voorgelegd. Daarbij heeft de rechter een houvast aan wettelijke regels. Hij³ zal deze regels echter toch altijd moeten interpreteren om ze passend te maken voor het concrete geschil. Ook daarbij heeft hij een houvast: vele rechters voor hem deden al uitspraken in soortgelijke geschillen.

Sommige daarvan vormen **jurisprudentie**. Daarvan is sprake als in een uitspraak een bestaande juridische regel nader wordt uitgelegd of een nieuwe wordt gevormd. Rechters houden zich doorgaans aan hun eigen eerdere uitspraken (het beginsel van “*stare decisis*”). En ze houden zich zeker aan uitspraken van rechtscolleges die hoger in de hiërarchie staan. Dat ligt ook voor de hand. Als ze daarvan afwijken zal de verliezende partij immers in hoger beroep of in cassatie gaan en aldus vanzelf bij dat hogere rechtscollege terecht komen, dat hen in beginsel in het gelijk zal stellen.

Hiërarchie van rechterlijke colleges

Hoe ziet die “rechterlijke hiërarchie” waarvan hierboven werd gesproken eruit?

Aan de basis staan de **rechtbanken**. Daarvan zijn er twaalf. Rechtbanken spreken recht in eerste aanleg. Gaat het om een zaak met een belang kleiner dan € 25.000,-- (of –auteursrechtelijk niet relevant om een huur-, pacht- of arbeidszaak), dan wordt een onderdeel van de rechtbank ingeschakeld dat bekend staat als de **kantonrechter**. Het rechtsgebied waarbinnen een rechtbank bevoegd is heet een arrondissement; binnen een arrondissement bestaan verschillende kantons.

Wie het met de uitspraak van een rechtbank niet eens is kan in hoger beroep bij het **gerechtshof**. Dat bekijkt de hele zaak (feitelijk zowel als juridisch) opnieuw en geeft een eigen oordeel. Dat oordeel kan een bevestiging inhouden van de beslissing van de rechtbank (eventueel “met verbetering van gronden”). Het kan ook de beslissing van de rechtbank vernietigen. In dat geval komt het oordeel van het Hof in de plaats van dat van de rechtbank. Er zijn thans vier gerechtshoven (in Amsterdam, Arnhem, Den Bosch en Den Haag). Het rechtsgebied van een gerechtshof heet een ressort; het omvat uiteraard diverse arrondissementen.

Wie het niet eens is met de uitspraak in hoger beroep van een gerechtshof, kan in cassatie gaan bij de **Hoge Raad der Nederlanden**, gevestigd in Den Haag. De Hoge Raad beoordeelt de uitspraak van een gerechtshof uitsluitend op de toepassing van het recht. Er wordt dus niet meer inhoudelijk gekeken naar de feiten van de zaak: het oordeel van het Hof daarover wordt als vaststaand aangenomen. De Hoge Raad kan het oordeel van het gerechtshof bevestigen (eventueel met verbetering van gronden), of casseren (letterlijk: “verbreken”). In het laatste geval doet de Hoge Raad de zaak zelf verder af als daarvoor niet meer naar de feiten hoeft te worden gekeken. Is dat wel nodig, dan verwijst de Hoge Raad de zaak terug naar het gerechtshof of naar een aangrenzend gerechtshof om de zaak met inachtnaam van de uitspraak van de Hoge Raad verder af te doen. Van zo’n uitspraak kan vervolgens zo nodig wederom cassatie worden ingesteld

¹ Richtlijn 2001 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 – zie de bijlage achter in deze bundel

² Zo’n uitspraak heet “vonnis” indien gewezen door de rechtbank en “arrest” indien afkomstig van een gerechtshof of de Hoge Raad.

³ Ten behoeve van de leesbaarheid spreek ik steeds uitsluitend in de mannelijke vorm over de rechter. Het is echter goed te beseffen dat er in Nederland meer vrouwelijke dan mannelijke rechters zijn.

In het onderstaande een kaartje van de gerechtelijke organisatie in Nederland (bron: rechtspraak.nl). De verschillende kleuren geven de elf arrondissementen aan; de kleurgroepen de vier ressorten (het gelige gebied van Zeeland en West Brabant hoort bij het groene ressort Den Bosch). Binnen de arrondissementen zijn de grenzen van de kantons getekend.



Het is wel goed je te realiseren dat deze indeling geldt sinds 1 april 2013. Daarvóór waren er negentien arrondissementen en vijf ressorten. Zo zul je in deze bundel bijvoorbeeld uitspraken tegenkomen van het Gerechtshof te Leeuwarden, dat momenteel niet meer bestaat.

Internationale rechtscolleges

De bovengenoemde hiërarchie gaat in sommige gevallen nog verder, voorbij de nationale grenzen. Voor wat deze bundel betreft zijn de volgende voorbeelden van belang.

HvJEU

Het eerste betreft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU). Dit is de naam die sinds 2010 geldt voor wat voorheen het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) heette. Het Hof is gevestigd in Luxemburg. Voor wat betreft het auteursrecht heeft het vooral een taak op het vlak van de zogenaamde **prejudiciële beslissingen**.

Veel recht binnen de Europese Unie is geharmoniseerd (dat wil zeggen: eenvormig gemaakt). Dat gebeurt door middel van Richtlijnen die vanuit Brussel worden uitgevaardigd. Een Harmonisatierichtlijn bevat een soort modelregeling voor een bepaald gedeelte van het recht. Na uitvaardiging van zo'n richtlijn dienen alle lidstaten van de EU hun nationale wetgeving binnen een gestelde termijn in overeenstemming te brengen met dat model.

Het desbetreffende onderwerp behoort vervolgens tot het zogenaamde *acquis communautaire* (het "Gemeenschapsrecht"). Dat brengt met zich mee dat de uitleg van regels binnen het betreffende onderwerp binnen de hele Europese Unie hetzelfde moet zijn. Zodra een rechter in één van de lidstaten zich dan ook geplaagd ziet voor een vraag van uitleg van een wettelijke bepaling die is gestoeld op een Europese Richtlijn, kan hij vragen aan het HvJEU om die uitleg te verschaffen. Een nationaal rechterlijk college dat in hoogste instantie beslist (tegen wiens uitspraak dus geen hoger beroep meer open staat) is zelfs *verplicht* dat te doen.

Het HvJEU geeft de gevraagde uitleg (doorgaans in antwoord op één of meer concreet gestelde vragen) in de vorm van een zogenaamde prejudiciële beslissing. Het Hof beslist niet zelf over de zaak, maar doet slechts een uitspraak op de gestelde rechtsvragen. De eindbeslissing is vervolgens aan de rechter die de vragen heeft gesteld, uiteraard met inachtnaam van de door het Hof gegeven antwoorden.

In het auteursrecht zijn in de afgelopen vijftientig jaar steeds meer onderwerpen tot het *acquis communautaire* gaan behoren. Met name de hierboven al genoemde Richtlijn auteursrecht in de Informatiemaatschappij uit 2001 heeft veel invloed op kernbegrippen als "openbaar maken", "werk" en "beperkingen". Dit was ook tot dusver de enige richtlijn die het auteursrecht *als geheel* tot onderwerp had. Mede om die reden wordt deze richtlijn ook wel kortweg "*de Auteursrechtrichtlijn*" genoemd. Het belangrijkste deel van de Auteursrechtrichtlijn is als bijlage achterin deze bundel opgenomen. Eerdere richtlijnen op auteursrechtelijk gebied gingen onder andere over bescherming van software (1991), verhuur- en leenrecht (1992), satelliettelevisie (1993).

EHRM

Het tweede voorbeeld van grensoverschrijdende hiërarchie van rechtscolleges betreft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, gevestigd te Straatsburg. Het bestaan van dit Hof komt voort uit het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Bij dit verdrag zijn vrijwel alle Europese landen aangesloten. Gezamenlijk participeren zij in de Raad van Europa. Dit is dus een andere organisatie dan de Europese Unie! De deelnemende landen accepteren allemaal de grondrechten zoals die in het EVRM zijn vastgelegd.

Burgers van de deelnemende landen kunnen bij het EHRM klagen dat hun grondrechten zijn geschonden. Zij moeten dan echter wel eerst alle nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput. Het recht op privacy en de vrijheid van meningsuiting zijn twee van deze grondrechten. Deze kunnen ook in het geding zijn in auteursrechtelijke (met name: portretrechtelijke) kwesties. Zodoende staan in deze bundel ook uitspraken van het EHRM.

Vindplaatsen van jurisprudentie

Om invloed uit te kunnen oefenen op de rechtsontwikkeling moeten rechterlijke uitspraken natuurlijk wel gevonden kunnen worden. Ze worden dan ook gepubliceerd. Van oudsher gebeurt dat in tijdschriften, sinds een jaar of vijftien in toenemende mate ook online.

Belangrijke vindplaatsen van (auteursrechtelijke) jurisprudentie zijn:

Op papier:

- **Nederlandse Jurisprudentie ("NJ")**, verschijnt wekelijks. Hierin staan vooral uitspraken van de Hoge Raad, het HvJEU en het EHRM op divers gebied (waaronder auteursrecht). De meeste uitspraken zijn geannoteerd, dat wil zeggen dat onder de uitspraak een noot staat van een rechtswetenschapper die de uitspraak becommentarieert en in het verband plaatst van eerdere uitspraken;
- **Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak ("NJF")**, verschijnt wekelijks; tot 2003 onder de titel **"Kort Geding ("KG")**. Hierin staan vooral feitelijke uitspraken, waaronder veel uitspraken van Voorzieningenrechtshouders in kort geding. De uitspraken zijn niet geannoteerd.
- **Auteursrecht AMI**, verschijnt maandelijks. Tijdschrift met wetenschappelijke artikelen en jurisprudentie, specifiek gericht op het auteursrecht. Een deel van de uitspraken is geannoteerd;
- **Intellectuele Eigendom en Reclamerecht (IER)**, verschijnt maandelijks. Zelfde soort tijdschrift als AMI, maar dan gericht op de intellectuele eigendom als geheel plus het reclamerecht. Bevat traditioneel veel foto's en afbeeldingen.

Online:

- **Rechtspraak.nl (ECLI, LJN)**, online publicatie van uitspraken, verzorgd door de Nederlandse rechterlijke colleges zelf. De uitspraken worden geanonimiseerd en doorgaans binnen enkele dagen op de website geplaatst. Niet alle uitspraken worden gepubliceerd, het college beslist zelf wat het van belang vindt om te publiceren. De uitspraken zijn op trefwoorden te doorzoeken. Tot juni 2013 werden de uitspraken voorzien van een "LJN nummer" (een nummer, voorafgegaan door twee letters). In juni 2013 is echter ook in Nederland de zogenaamde ECLI (*European Case Law Identifier*) ingevoerd. De ECLI bestaat uit een landcode, gerechtscodex, jaartal en nummer. Bij uitspraken van vóór juni 2013 is dat nummer het oude LJN nummer, voorafgegaan door de bijbehorende letters.
- **Boek9.nl (IEPT)**, website geheel gewijd aan uitspraken en ontwikkelingen op het gebied van de Intellectuele Eigendom. Dagelijks verschijnen hier actuele nieuwsberichten en uitspraken. De uitspraken worden in hun geheel weergegeven, voorafgegaan door een korte samenvatting met de belangrijkste overwegingen. Een groot deel daarvan is aanklikbaar; de link leidt dan direct naar de context van de betreffende passage. Boek 9 is in januari 2013 gefuseerd met de voorheen zelfstandige site IEPT (IE-portal). Sindsdien worden de uitspraken gepubliceerd met het IEPT nummer; daarvóór werd door boek 9 de notatie B9, gevolgd door vier cijfers gehanteerd. Op boek 9 zijn ook veel oudere standaardarresten te vinden. Het IEPT nummer bestaat altijd uit het jaartal, gevolgd door maand en dag van de uitspraak. Zo is het standaardarrest inzake *Wasserij De Zon* van 1 juni 1979 te vinden onder IEPT 19790601.
- **IE-Forum (IEF)** (www.ie-forum.nl), concurrent van boek 9. Bevat veelal dezelfde uitspraken als boek 9, maar probeert nog actueler te zijn. Uitspraken worden doorgaans ingezonden door advocaten en in gescande vorm direct geplaatst. Daarnaast ook hier veel nieuwsberichten.

Deze bundel

De meeste uitspraken in deze bundel horen tot de auteursrechtelijke standaardjurisprudentie. Sommige uitspraken zijn echter alleen opgenomen omdat ze een bepaald auteursrechtelijk leerstuk goed illustreren (zonder dat ze daar nu direct iets nieuws in brengen). De meeste uitspraken zijn weergegeven in "*Readers Digest*"-vorm, waarmee ik bedoel dat de feiten in de zaak geparafraseerd worden weergegeven en alleen de belangrijkste overwegingen van het rechterlijke college letterlijk zijn opgenomen. Die tekst is altijd *cursief gedrukt*.

Verbindende tekst en uitleg worden gegeven in een ter onderscheiding gekleurd kader (net als dit hoofdstuk 0). Tussen de uitspraken door (aangeduid met "➤") en veelal aan het eind van een onderwerp zijn ter oefening en reflectie enkele vragen opgenomen. De aan het eind opgenomen vragen worden waar mogelijk op college doorgenomen.

➤ Waarom bestaat een ressort "uiterwaard" uit diverse arrondissementen?

Is een gerechtshof in het appel van een bodemprocedure gebonden aan het oordeel van de Hoge Raad in kort geding in dezelfde zaak?

Wat is het verband tussen het *acquis communautaire* en prejudiciële beslissingen?

1. Uitspraken inzake "WERK"

A. werk, stijl, vorm en inhoud

HR 28 juni 1946. NJ 1946, 712 (Van Gelder/ Van Rijn)

Van Gelder maakt voorwerpen van kunstnijverheid. Geschikte houtsoorten worden door hem gebeeldhouwd naar zijn eigen ontwerp en vervolgens gebrand en met een stalen borstel uitgeborsteld. Dit geeft een bijzonder effect, omdat hierdoor de nerven donker naar voren komen, terwijl het tussenliggende hout lichter van kleur terugwijkt. Van Gelder stelt dat o.a. deze werkwijze aan zijn werken *"een zo bijzonder kunsteffect geeft dat zijn eigen stempel hierop ligt en ze terstond herkend worden als door hem ontworpen en vervaardigd."*

Hij heeft echter werken van Van Rijn aangetroffen die daarvan zowel qua ontwerp als qua artistieke bewerking een getrouwe kopie zijn. Van Gelder meent dat van Rijn hiermee auteursrechtinbreuk pleegt en wil o.a. een verklaring van de rechter dat Van Rijn onrechtmatig handelt.

De Rechtbank geeft hem deze verklaring, maar het Hof vernietigt die beslissing. De Hoge Raad overweegt uiteindelijk:

" dat alleen de vormgeving, die uiting is van datgene wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet. "

Het Hof heeft echter geconstateerd dat er, afgezien van de algemene gelijkenis die altijd bestaat tussen voorwerpen die voor hetzelfde gebruik bestemd zijn, geen uiterlijke gelijkenis is tussen de werken van Van Gelder en die van Van Rijn. De Hoge Raad meent dat zonder deze gelijkenis:

" het bezigen van hetzelfde materiaal, het bewerken daarvan volgens eenzelfde, een bepaald artistiek effect opleverende methode, het volgen van de stijl, nog niet meebrengen, dat nabootsing in gewijzigde vorm, als vermeld in art. 13 van de Auteurswet, aanwezig is."

Er is dus geen sprake van auteursrechtinbreuk.

➤ Waar zou u de klemtoon leggen in het 2e citaat uit deze uitspraak?

Hiermee is overigens niet gezegd dat het "nodeloos" navolgen van de stijl van een ander altijd zomaar is toegestaan. Een stijl is dan wel geen werk, zodat niet van auteursrechtinbreuk kan worden gesproken, maar er zijn nog andere beschermingsmogelijkheden. Vergelijk onderstaande uitspraak.

Hof Arnhem, 6 maart 1979, Auteursrecht 1980,2 (Bruna/Rolf)

In puzzels en legspelen van Rolf is de stijl van Dick Bruna nagevolgd en zijn bepaalde tekeningen nagebootst. Het nabootsen van de tekeningen wordt als inbreuk op het auteursrecht gezien:

" Het Hof verwerpt de stelling van Rolf dat de gelijkenis onvermijdelijk is wanneer men een iglo op primitieve -naar het Hof begrijpt: op jonge kinderen afgestemde, elementaire- wijze afbeeldt, daar binnen het gegeven beeld van een iglo zoals dat in de voorstelling leeft zeer wel meer variatie mogelijk is; dat de gelijkenis voorts van dien aard is dat een toevallige gelijkenis [...] niet aannemelijk is [...]"

Niet voor alle producten van Rolf geldt echter dat daarin tekeningen zijn nagebootst. Soms is er slechts sprake van tekeningen in dezelfde stijl. Daaromtrent beslist het Hof vervolgens als volgt:



" dat het evenwel zeer wel mogelijk is [...] op kinderen van bedoelde leeftijd afgestemde en dezen aansprekende afbeeldingen te vervaardigen zonder een zo vergaande navolging van de stijl van Bruna als waarvan de [...] afbeeldingen [...] blijf geven, zodat de stijlnavolging in zoverre als nodeloos moet worden aangemerkt;

dat door deze nodeloos vergaande stijlnavolging verwarring bij het publiek te duchten valt, daar dientengevolge de door appellanten aangewezen afbeeldingen van Rolf terstond associaties oproepen met het werk van Bruna en door het publiek allicht voor werk van Bruna zullen worden versleten ".

Door op deze wijze producten te vervaardigen wordt Bruna

" in de exploitatie althans de mogelijkheden tot exploitatie van de [hem] toekomstige auteursrechten beknot, belemmerd en benadeeld [...]" zodat de conclusie luidt dat onder deze omstandigheden "Rolf [...] jegens appellanten onrechtmatig handelt."

- Hoe verhoudt zich deze uitspraak tot het Van Gelder arrest? Wordt hier een auteursrechtelijke stijl-bescherming geboden? Wat is de reden dat de stijl van Bruna wordt beschermd? Hoe ver gaat deze bescherming?

In 2013 oordeelde de Hoge Raad echter expliciet dat nodeloze stijlnavolging *op zichzelf óók* niet voldoende is voor een actie uit onrechtmatige daad. De reden daarvoor is gelegen in de zogenaamde "negatieve reflexwerking" van het auteursrecht (waarover meer in hoofdstuk 9 van deze bundel, onder het arrest Holland Nautic / Decca van de Hoge Raad). Kort gezegd: als een stijl niet via het auteursrecht wordt beschermd, moet we deze niet alsnog wél via de onrechtmatige daad beschermd kunnen worden.

HR 22 maart 2013, IEPT 20130322 (slaafse stijl nabootsing)

Een kunstenares (A) maakt schilderijen in een bepaalde stijl, zoals weergegeven in de linker afbeelding hieronder. Sinds 1999 heeft zij op diverse tentoonstellingen in binnen- en buitenland geëxposeerd. In de loop van 2009 ontdekt zij dat iemand anders sterk vergelijkbare schilderijen maakt. Zij begint een procedure tegen deze andere kunstenaar (B) op grond van auteursrechtinbreuk. Volgens de rechtbank is daarvan gedeeltelijk sprake: deze oordeelt dat drie schilderijen van B vereenvoudigingen zijn van schilderijen van A. Bij de overige schilderijen is volgens de rechtbank alleen sprake van een stijlnavolging, daartoe overwegende: *"dat de wijze van afbeelding van een gezicht of lichaamshouding een stijlelement is dat geen zelfstandig auteursrechtelijk beschermd werk oplevert."*



In hoger beroep is het hof (Den Bosch) van oordeel dat de rechtbank ten onrechte het geschil niet mede op grond van onrechtmatige daad (in het bijzonder "slaafse nabootsing") heeft beoordeeld, terwijl A dat wel mede aan haar vorderingen ten grondslag had gelegd. B is aldus volgens het hof

“tekortgeschoten in zijn verplichting om bij het nabootsen alles te doen wat redelijkerwijs mogelijk en nodig is om te voorkomen dat door de gelijkheid van de schilderijen gevaar voor verwarring kan ontstaan”.

De Hoge Raad volgt dit oordeel niet. Verwijzend naar het arrest Van Gelder / Van Rijn en naar het arrest Decaux / Mediamax (zie hoofdstuk 2 van deze bundel) overweegt de Hoge Raad:

“De Auteurswet geeft geen exclusief recht aan degene die volgens een - hem kenmerkende - stijl werkt. Aan deze rechtspraak ligt de gedachte ten grondslag dat de auteursrechtelijke bescherming van abstracties als stijlkenmerken een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van creatie van de maker zou meebrengen, en aldus een rem op culturele ontwikkelingen zou vormen. Tegen deze achtergrond dient te worden geoordeeld dat het recht geen ruimte laat voor aanvullende bescherming van de maker van een werk op grond van art. 6:162 BW [het leerstuk van de onrechtmatige daad; LB] tegen zogenoemde slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken. Een ander oordeel zou meebrengen dat langs die weg alsnog het resultaat zou worden bereikt dat de hiervoor [...]vermelde rechtspraak beoogt te voorkomen.

*Het vorenstaande sluit niet uit dat slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken **onder bijkomende omstandigheden** onrechtmatig kan zijn, maar daartoe is niet toereikend dat die nabootsing nodeloos is en bij het publiek verwarring wekt.”*

Rb. Den Haag, 7 april 1959, NJ 1962, 149 (Sjors en Sjimie)

Een toneelgroep organiseert voorstellingen waarin de bekende stripfiguren Sjors en Sjimie voorkomen. Drukkerij de Spaarnestad stelt, dat aangezien er geen toestemming (meer) bestaat voor de toneelvoorstellingen, door deze voorstellingen inbreuk wordt gemaakt op een haar toebehorend auteursrecht. Zij meent auteursrecht te hebben, zowel op de figuren Sjors en Sjimie als op hun namen. De Rechtbank overweegt:

“ dat krachtens de Auteurswet slechts wordt beschermd een werk van letterkunde, wetenschap of kunst; dat hieruit volgt dat niet het abstracte product van de geestelijke arbeid als zodanig wordt beschermd, maar het werk, waarin de conceptie in een bepaalde uitingsvorm voor derden kenbaar is gemaakt. ”

De Rechtbank beslist dan ook:

“ dat derhalve geen auteursrecht kan bestaan t.a.v. een gecreëerde persoonlijkheid [...], noch t.a.v. een naam, maar slechts t.a.v. bepaalde teksten, waarin deze persoonlijkheden een rol spelen, of bepaalde afbeeldingen van deze persoonlijkheden. ”

(Hoewel de Rechtbank dus geen auteursrechtelijke bescherming mogelijk achtte, meende hij wel dat er hier sprake was van een onrechtmatige daad: er werd op onbetamelijke wijze geprofiteerd van de algemene bekendheid van de stripfiguren (die door de publicaties van eiser was ontstaan), om de aantrekkingskracht van de toneelvoorstellingen te verhogen.)

- In feite zegt de Rechtbank hier dus dat uitsluitend "een stripfiguur in actie" wordt beschermd. Hoe ziet de Rechtbank een stripfiguur daarbuiten? In wat voor soort geval zou de Rechtbank wel auteursrechtelijke bescherming hebben geboden?

Het is de vraag of bovengenoemde uitspraak in hoger beroep en/of cassatie stand zou hebben gehouden. Het werk is immers méér dan een concrete afbeelding of een stuk tekst. Het Van Gelder arrest leerde ons al dat het gaat om “datgene wat de maker tot zijn schepping heeft bewogen”. Dat moet wel een bepaalde waarneembare vorm hebben gekregen, maar is vervolgens niet noodzakelijkerwijs slechts in die vorm beschermd.

Passend in deze lijn wees de Hoge Raad dan ook in 1984 een arrest waaruit blijkt dat inbreuk mogelijk is op de "abstracte" stripfiguur, ook los van een bepaalde concrete tekening of een bepaald verhaal. De stripfiguur *als zodanig* heeft de status van "werk":

HR 13 april 1984, NJ 1984, 524 (Suske en Wiske)

De Hoge Raad:

- " *Inzet van dit kort geding is nog enkel de vraag of Verkuil door een tweetal stripverhalen [getiteld: "De Keizerkraker" en "De Glunderende Gluurder"] in het verkeer te brengen, in welke verhalen vijf stripfiguren optreden die dezelfde namen dragen en op dezelfde wijze zijn getekend als stripfiguren die door Vandersteen zijn ontworpen voor de [...] onder de naam "Suske en Wiske" uitgegeven stripverhalen, inbreuk maakt op het [...] auteursrecht op elk van laatstbedoelde stripfiguren "*
- " *Het Hof heeft vooropgesteld dat naar zijn voorlopig oordeel en naar ook door Verkuil niet is betwist de tekeningen van de stripfiguren dienen [...] te worden beschouwd als "tekenwerken" in de zin van artikel 10, lid 1, onder 6 van de Auteurswet, omdat deze tekeningen de verschijningsvorm zijn van datgene wat de maker tot zijn scheppende arbeid heeft bewogen "* (vgl. het Van Gelder-arrest, LB).



Het Hof had naar aanleiding hiervan overwogen:

- " *Deze figuren zijn in hun karakteristieke verschijningsvorm, tot uitdrukking komende in hun kleding, haardracht, lichaamshouding en gezichtsuitdrukking onmiddellijk herkenbaar en kennelijk is gestreefd naar een volkomen gelijkenis met de oorspronkelijke stripfiguren. "*

Daarop stelde de Hoge Raad:

- " *Daarmee heeft het Hof [...] aangegeven dat elk van evengenoemde, in de stripverhalen van Vandersteen optredende personages in de visuele uitbeelding ervan moet worden aangemerkt als een werk in de zin van de Auteurswet 1912. "*
- Wat blijft echter het grote verschil tussen deze casus en die uit het Sjors en Sjimmie arrest? Is met dit arrest ook bescherming verleend aan literaire "characters" zoals Miss Marple of aan creaties als "De Vieze Man" van Kees van Kooten of "Borat" van Sascha Baron Cohen ("Cultural Learnings of America for Make Benefit Glorious Nation of Kazakhstan")?

Rechtbank Den Haag 25 juli 1984, KG 1984, 255 (onderzoek binnenvaart)

Uit de beslissing van de Rechtbank:

- " *Eisers stellen zich op het standpunt dat aan hen auteursrecht toekomt op een drietal werken van wetenschap [...]"*
- " *Zij menen dat gedaagden inbreuk maken, althans zullen maken op die auteursrechten door aan het Ministerie van Verkeer en Waterstaat aan te bieden een onderzoek, te verrichten met betrekking tot het capaciteitsvraagstuk in de Nederlandse binnenvaart, waarbij gedaagden aan voormelde werken van wetenschap gedeelten althans gegevens zouden gaan ontlene[n] [...]"*
- " *Wat er zij van de vraag of aan eisers auteursrechten toekomen op eerdergenoemde werken, naar ons oordeel is niet aannemelijk geworden dat gedaagden voornemens zijn iets anders te doen dan bij de ten behoeve van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat voorgenomen onderzoeken mede gebruik te maken van kennis die zij aan de bewuste rapporten ontlene[n].*

Aangezien naar ons [...] oordeel dergelijke kennis niet valt onder enige auteursrechtelijke bescherming, moet het beroep van eisers op aan het auteursrecht ontleende bescherming worden verworpen. "

Beschermd is dus, eenvoudig gesteld, niet wát men zegt, doch hoe men het zegt. Nog platter: het gaat om de vorm, niet om de inhoud. Spoor, Verkade en Visser, schrijvers van het standaardwerk "Auteursrecht" (Kluwer, Deventer) drukken het veel mooier als volgt uit:

"Een bepaalde inhoud is niet auteursrechtelijk beschermd tegen een andere vormgeving daarvan, terwijl een methode van vormgeving, een werkwijze of een stijl niet is beschermd tegen toepassing daarvan op een andere inhoud."

Rechtbank Amsterdam, 4 juli 1979, NJ 1980, 196 (Hoe sterk is de eenzame fietser)

Engelander heeft de tekst geschreven van het werk "Jimmy", uitgevoerd door Boudewijn de Groot. De eerste regel van deze tekst: "hoe sterk is de eenzame fietser", is ook de titel van de langspeelplaat waarop het werk is verschenen. Op de hoes van deze plaat is een duinlandschap afgebeeld, met op de achtergrond bomen. Op de voorgrond rijdt een fietser, met een kind voorop.



Een reclamebureau heeft een paginagrote advertentie in een aantal dagbladen geplaatst, met daarin eveneens een foto van een duinlandschap met bomen. Hier is echter een wandelaar op de voorgrond afgebeeld, die een zogenaamd "business-koffertje" draagt. Onder de foto staat de vetgedrukte tekst "Hoe sterk is de eenzame ondernemer".

Volgens Engeland is hiermee niet alleen inbreuk gemaakt op zijn auteursrecht, maar bovendien op zijn persoonlijkheidsrecht, nu aan de frase een inhoud is gegeven die volkomen tegengesteld is aan de door hem in zijn tekst bedoelde boodschap. Engeland wil een verklaring van de Rechtbank dat hiermee inbreuk is gemaakt op zijn auteursrecht op de titel "Hoe sterk is de eenzame fietser", een verbod met dwangsom de frase "Hoe sterk is de eenzame ondernemer" verder te gebruiken, en een schadevergoeding van fl.4.500,-.

Het reclamebureau voert o.a. aan dat aan de titel niet voldoende zelfstandige betekenis kan worden toegeschreven om deze als een op zichzelf staand voortbrengsel op het gebied van letterkunde, wetenschap of kunst te kunnen beschouwen. De Rechtbank oordeelt:

" De titel "Hoe sterk is de eenzame fietser" is gelet op de samenhang met het lied waarvan zij de eerste regel vormt, met name nu deze versregel zozeer een specifiek bestanddeel van het gehele betrokken werk uitmaakt dat hij een onmiddellijke associatie daarmee oproept, voldoende zelfstandig en oorspronkelijk om onder de bescherming van de Auteurswet te vallen. "

(De vordering van Engeland wordt niettemin afgewezen. De Rechtbank overweegt dat de betwiste zin, in samenhang met de rest van de advertentie, kennelijk als parodiërende nabootsing van de titel van Engeland is bedoeld. De tekst is dan ook in zodanige mate oorspronkelijk, dat zij niet als een bewerking in auteursrechtelijke zin beschouwd kan worden. Om deze reden moet ook het beroep van Engeland op zijn "droit moral" falen)

- We hebben nu voorbeelden gezien van voortbrengselen die niet onder één van de categorieën van art. 10, lid 1 Aw kunnen worden gebracht, maar toch auteursrechtelijk worden beschermd. Kunt u een voorbeeld noemen van een "werk" dat wel in één van de categorieën zou passen, maar toch niet beschermd is?

B. de werktoets

Een steeds eenduidig gehanteerd criterium voor wanneer nu sprake is van een werk dat bescherming onder het auteursrecht verdient is in de bovenstaande uitspraken (nog) niet te traceren. De ene keer ligt de nadruk op "datgene wat de maker tot zijn schepping heeft bewogen" (maar echt handen en voeten heeft dat nog niet); de volgende keer gaat het om "zelfstandigheid en oorspronkelijkheid". In 1985 heeft de Hoge Raad voor het eerst duidelijk samengevat wanneer een werk bescherming verdient. Dat gebeurde in het zogenaamde "Screenoprint-arrest". In onderstaand arrest van een paar jaar later werd de formule herhaald.

HR 4 januari 1991, NJ 1991,608 (Van Dale/Romme)

Van Dale Lexicografie B.V. is de maker van de "Grote Van Dale", een woordenboek met zo'n 230.000 alfabetisch gerangschikte trefwoorden, gevolgd door één of meer omschrijvingen. Romme, die als hobby heeft het oplossen van kruiswoordpuzzels en cryptogrammen heeft alleen alle **trefwoorden** (plus nog enige duizenden woorden die hij van elders kende) overgebracht op computerdiskettes. Door toepassing van wat het gerechtshof noemt "enige computer-manipulaties" heeft hij daar een computerprogramma omheen gebouwd dat dienst kan doen als geautomatiseerd puzzelwoordenboek. Als in een puzzel een aantal letters van een gezocht woord bekend zijn, kan het met behulp van het programma worden gevonden. Ten minste twee exemplaren van het programma zijn in handen gekomen van anderen dan Romme.

Van Dale begint een kort geding wegens inbreuk op haar auteursrecht op het trefwoordenbestand. Romme verweert zich daartegen met de stelling dat dit bestand niet meer is dan de optelsom van losse woorden en dat op losse woorden geen auteursrecht mogelijk is.

De President van de Rechtbank en het Hof in hoger beroep verwerpen deze stelling en geven Van Dale gelijk. De Hoge Raad bekijkt het meer genuanceerd:

" *Het geschil in cassatie betreft uitsluitend de vraag of de verzameling trefwoorden van de 11e druk van de Grote Van Dale op zichzelf een auteursrechtelijk beschermd werk is van letterkunde, wetenschap of kunst als bedoeld in artikel 1 in verbinding met artikel 10 Auteurswet; dat het woordenboek als geheel zulk een werk is, is niet in geschil.*

Het Hof heeft zijn bevestigende beantwoording van die vraag gebaseerd op de overweging dat de redactie bij de samenstelling van de 11e druk is uitgegaan van het trefwoordenbestand van voorgaande drukken, waaruit zij woorden heeft weggelaten en waaraan zij door haar van elders verzamelde en door vrijwilligers aan haar opgegeven woorden (en betekenissen) heeft toegevoegd, een en ander met hantering van door haar opgestelde criteria. Naar 's Hofs oordeel is aldus sprake van een oorspronkelijke selectie, en geeft de daarin besloten creatieve arbeid aan het bestand een oorspronkelijk karakter."

[...]

[Vooropgesteld moet worden dat] "vereist is dat [een werk] een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Een verzameling van woorden die deel uitmaken van de Nederlandse taal voldoet niet zonder meer aan dit vereiste. Op zichzelf is zulk een verzameling immers niet meer dan een hoeveelheid feitelijke gegevens die als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming niet in aanmerking komt. Dat zou slechts anders zijn indien de verzameling het resultaat zou zijn van een selectie die een persoonlijke visie van de maker tot uitdrukking brengt. Uit hetgeen het Hof heeft overwogen valt niet op te maken dat het hier om zulk een selectie gaat. Daarin is, in tegendeel, slechts sprake van "de schat van woorden die deel uitmaken van de Nederlandse taal", waarbij ten aanzien van de

selectiecriteria niet anders blijkt dan dat het gaat om woorden die in een modern woordenboek als de Grote Van Dale voor bescherming in aanmerking komen.

Uit het voorgaande volgt dat het Hof [hetzij] is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip werk in de zin van de Auteurswet 1912, hetzij zijn oordeel niet genoegzaam heeft gemotiveerd. [...]"

Het Hof moet de zaak om die reden nog maar eens bekijken. Uiteindelijk besluit het Hof op basis van het door de Hoge Raad geformuleerde criterium dat wel van een werk sprake is.

- Is het van belang dat "exemplaren in handen van anderen dan Romme" waren gekomen?
Op welk punt wijkt de Hoge Raad af van de zienswijze van het Hof?
Denkt u dat het feit dat Romme het bestand van Van Dale heeft gebruikt gemakkelijk bewezen kan worden?
Van Dale baseert zich strikt op het auteursrecht. Ziet u dan nog een andere basis voor actie?

Zie voor een aardige parallel (in vervolg op laatstgenoemde vraag) de hierna bij de "Geschriftenbescherming" afgedrukte uitspraak inzake de "Cryptokraker".

De formulering van de Hoge Raad is nogal een mond vol. Het beslissend criterium om van een "werk" te kunnen spreken ("heeft het voortbrengsel een eigen oorspronkelijk karakter en draagt het het persoonlijk stempel van de maker?") wordt daarom ook wel kort samengevat als: **de werktoets**, en de laatste jaren ook wel als "EOK & PS".

In 2008 werd deze werktoets door de Hoge Raad van een nadere uitleg voorzien in onderstaand arrest. Daarbij werd tevens de vraag beantwoord of de maker zijn voortbrengsel bewust als werk tot stand gebracht moet hebben. En het op dat moment al bijna bejaarde Van Gelder arrest werd nader uitgelegd.

HR 30 mei 2008, LJN BC 2153 (Endstra)

Vastgoedhandelaar Willem Endstra heeft in de periode van 20 maart 2003 tot 28 januari 2004 in het geheim vijftien gesprekken gevoerd met drie rechercheurs van de Criminele Inlichtingen Eenheid (C.I.E.) van de Amsterdamse politie. Die gesprekken vonden plaats op de achterbank van een rondrijdende auto van de C.I.E. Van de gesprekken zijn geluidsopnamen gemaakt, die later op schrift zijn gesteld in een proces verbaal. Op 17 mei 2004 is Endstra in Amsterdam op straat doodgeschoten.

Twee Parool journalisten hebben de beschikking gekregen over een kopie van het proces verbaal en daar artikelen over geschreven. Op 2 mei 2006 hebben zij vervolgens het boek 'De Endstra tapes' in de handel gebracht. In dat boek zijn, naast een inleiding door de beide journalisten en een nawoord, voornamelijk de transcripten van de gesprekken (met een enkele bewerking) opgenomen.

De erfgenamen van Endstra (zijn zoons) zijn een kort geding begonnen tegen de Parool journalisten, waarin zij onder andere eisen dat het boek uit de handel wordt genomen en alle nog niet verkochte exemplaren worden vernietigd. Zij stellen dat auteursrechtinbreuk is gepleegd. De gesprekken vormen een werk waarvan hun vader, Endstra, de maker en auteursrechthebbende was. Door erfopvolging zijn zij nu auteursrechthebbende geworden.

Rechtbank en Hof zijn van mening dat de gesprekken geen werk vormen en dat dus ook geen sprake is van auteursrechtinbreuk. Volgens de Voorzieningenrechter zijn de gesprekken aan te merken als zakelijke informatieoverdracht en hadden ze niet ten doel het vormgeven van een verhaal. Endstra heeft wel op eigen wijze gesproken in een soort vraag- en antwoordmodel, maar heeft voor de vorm van het gesprek geen creatieve keuzes gemaakt en in de wijze waarop hij zijn verhaal heeft verteld komt niet tot uiting dat hij bewust een geestelijke creatie heeft willen scheppen. Het Hof schaart zich daar achter en overweegt: "Om van een werk in auteursrechtelijke zin te

kunnen spreken moet, zoals uit de meergenoemde criteria voortvloeit, dat werk door zijn maker als coherente creatie zijn geconcipieerd. Het werk moet het resultaat zijn van enige, hoe gering dan ook, scheppende activiteit van de maker.” Het Hof verwijst daarbij naar het standaardarrest Van Gelder / Van Rijn.



De Hoge Raad oordeelt echter anders en geeft daarbij een zeer duidelijk college over wat nu precies de inhoud is van de *werktroets* en wanneer daaraan is voldaan: *“Het Hof heeft [...] terecht de beide elementen van de aan te leggen maatstaf onderscheiden: dat het voortbrengsel een **eigen, oorspronkelijk karakter** moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het **persoonlijk stempel van de maker** moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus 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 te aan te wijzen.*

***Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen.** Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Het [hiervoor] overwogene brengt voorts mee dat een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben.”*

De Hoge Raad geeft vervolgens ook nog een “authentieke uitleg” van het Van Gelder arrest:

“Waar het Hof in andere zin heeft overwogen geeft het bestreden arrest dus blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Hetgeen is beslist in HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 [het arrest Van Gelder / Van Rijn] kan, anders dan het Hof oordeelde, niet dienen ter ondersteuning van de bewustheidseis, aangezien in de door het Hof aangehaalde zinsnede tot uitdrukking is gebracht dat het (slechts) de vorm van de afzonderlijke door Van Gelder vervaardigde voorwerpen was, die voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kwam, niet het 'bijzondere kunsteffect' daarvan. De bijzin 'die uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen' bedoelde de voorafgaande term 'vormgeving' dus niet te beperken.”

Het Gerechtshof te Den Haag moest de zaak met inachtname van dit “college” door de Hoge Raad feitelijk beslechten.

- Zou het Hof nog altijd tot de conclusie kunnen komen dat de gesprekken geen werk zijn? Hoe zou dat gemotiveerd moeten worden?

Gerechtshof Den Haag 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDH:2013:2477 (Endstra II)

Het leek er lang op dat de zaak tussen de erven Endstra en de Parool journalisten was geschikt. Niemand hoorde meer iets over de zaak. Totdat na ruim vijf jaar het Gerechtshof Den Haag alsnog met een uitspraak kwam. Het hof stelde vast dat de “achterbankgesprekken” van Endstra niet als “werk” in de zin van de Auteurswet kunnen worden beschouwd. De erven Endstra konden de publicatie van het boek dus niet tegen houden. Ook kregen zij geen vergoeding.

Om tot deze uitspraak te komen heeft het hof aansluiting gezocht bij de overweging van de Hoge Raad dat voor de beschermbaarheid sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van schepende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en dat daarbuiten valt “*al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.*” Het hof verwijst in dit verband naar de transcripties van de achterbankgesprekken en overweegt:

"Omdat de transscripties letterlijke weergaven zijn van de achterbankgesprekken, is de formele opbouw/structuur van die gesprekken volledig uit de transscripties te kennen. Blijkens die transscripties bestaan de door Endstra uitgesproken teksten uit een schier eindeloze reeks onafgemaakte, slecht lopende en ronduit kromme zinnen (waardoor de transscripties ook zo moeilijk leesbaar zijn). De vormgeving van het voortbrengsel in kwestie wijst er dus geenszins op dat, wat betreft die vormgeving, sprake is van scheppende, creatieve arbeid [...] / een intellectuele schepping [...] van Endstra. Integendeel, gezien de banaliteit van die vormgeving kan niet worden aangenomen dat het door Endstra uitgesprokene op creatieve arbeid van enige betekenis berustte."

Het feit dat Endstra er zo nu en dan best een originele uitdrukking tegenaan gooide maakte dit volgens het Hof niet anders:

"het zo nu en dan bezigen van een onalledaagse uitdrukking - zoals de uitdrukking ‘ze heeft de zwarte band winkelen hoor, dus eh...’ als beschrijving van het koopgedrag van Endstra's vrouw [...] - geen auteursrechtelijk beschermd werk kan maken van een verder banaal of triviaal vormgegeven gesprek."

C. de Europese dimensie

Zoals in hoofdstuk 0 van deze bundel al aan de orde kwam, is het auteursrecht de laatste jaren in Europa in toenemende mate geharmoniseerd. Vooral de Auteursrechtlijn uit 2001 heeft eraan bijgedragen dat de inhoud en strekking van veel auteursrechtelijke begrippen voortaan in Europa moet worden bepaald en wel in de eerste plaats door het Hof van Justitie van de EU. Dat betreft in ieder geval begrippen als immaterieel openbaar maken (“mededelen aan het publiek”) en verveelvoudigen (“reproductierecht”). Of het óók voor het begrip werk geldt is een onderwerp van debat. In beginsel wordt dit begrip niet in de Auteursrechtlijn geharmoniseerd. Het HvJEG heeft hier echter, zoals wel vaker, getoond zelf wel uit te maken waar het wel en niet harmoniserend wil optreden.

Het onderstaande is een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ter uitleg van de Richtlijn Auteursrecht in de Informatiemaatschappij (zie hoofdstuk 0 over de betekenis van het begrip “prejudiciële beslissing” en de bijlage achter in deze bundel voor de richtlijn).

HvJEG 16 juli 2009, zaak C-5/08, B9 8070 Infopaq

DDF, een beroepsorganisatie van Deense dagbladen, is een procedure begonnen tegen Infopaq, een Deense onderneming die met behulp van “*data capture*” op commerciële basis voor haar klanten samenvattingen van artikelen in dagbladen en tijdschriften levert. In het kort komt dat procedé erop neer dat een artikel wordt gescand, waarna er een tekstherkennings-programma op wordt losgelaten. Daardoor wordt het artikel digitaal doorzoekbaar. Vervolgens wordt het artikel daadwerkelijk digitaal doorzocht met tevoren door de klant bepaalde zoekwoorden. Bij iedere trefter wordt de gevonden zoekterm vermeld met de vijf woorden ervoor en de vijf woorden erachter (dus een fragment van elf woorden).

Kernvraag: is dit verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin? Kan dat al bij elf woorden? Anders gezegd: kunnen elf woorden al een werk vormen?

Welnu: niet altijd, volgens het Hof, maar *het zou wel kunnen*, want:

“[Er] kan niet worden uitgesloten dat bepaalde afzonderlijke zinnen, of zelfs zinsneden van de betrokken tekst, de oorspronkelijkheid van een publicatie zoals een persartikel aan de lezer kunnen overdragen via het overbrengen van een bestanddeel dat in se de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit artikel. Dergelijke zinnen of zinsneden kunnen dus in aanmerking komen voor de op grond van artikel 2, sub a, van deze richtlijn geboden bescherming.”

Het Hof houdt het voor mogelijk dat een fragment van elf woorden een verveelvoudiging in auteursrechtelijke zin oplevert van een tekst. Dat zal het geval zijn als dat materiaal ***“oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de auteur”***.

Daar komt nog bij, dat als er verschillende treffers worden gevonden, er een overzicht ontstaat waarin een aantal keer achter elkaar fragmenten van elf woorden worden weergegeven. Dat vergroot volgens het Hof de kans dat van een verveelvoudiging sprake kan zijn:

“Op deze wijze is met dit procedé de kans groter dat Infopaq gedeeltelijke reproducties in de zin van artikel 2, sub a, van richtlijn 2001/29 maakt, want de opeenstapeling van deze fragmenten kan leiden tot de reconstructie van langere passages die de oorspronkelijkheid van het betrokken werk weerspiegelen, zodat zij een aantal bestanddelen bevatten die de eigen intellectuele schepping van de auteur van dit werk tot uitdrukking brengen.”

Het HvJEG vult de werktoets hier aldus in dat een werk voor bescherming in aanmerking komt als het voortbrengsel in kwestie "oorspronkelijk is in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping aan de auteur". Of dat één op één te vertalen is naar ons Nederlandse criterium dat dit bestanddeel "een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt" staat nog niet geheel vast, maar het lijkt er wel op. En of dan in een gegeven geval daadwerkelijk aan dat criterium is voldaan staat ter beoordeling van de rechter die over de feiten oordeelt.

Prof. D.J.G. Visser heeft in een noot bij deze uitspraak (B9 8122) opgemerkt dat het opvalt dat het woord "oorspronkelijk" in de formulering van het Hof een centrale plaats inneemt voor het beschrijven van de vereiste creativiteit, terwijl de Hoge Raad "eigen, oorspronkelijk karakter" nu juist in de Endstra uitspraak had "gedegradeerd" tot "niet ontleend" (en de creativiteit in het vereiste van het "persoonlijk stempel" had gelezen). Praktisch gezien maakt het vermoedelijk niets uit. In de woorden van Visser, die zelf Advocaat Generaal bij de Hoge Raad Verkade citeert: "Het blijft "het beschrijven van vage termen met andere vage termen". De beroepstrots van de gespecialiseerde IE-jurist brengt [alleen] met zich mee dat hij steeds *de meest actuele* vage termen gebruikt."

Intussen waren veel (buitenlandse en Nederlandse) auteursrechtgeleerden op zijn minst gezegd verbaasd dat het HvJEU hier in feite een soort eigen "werktoets" formuleerde. Het begrip "werk", het object van het auteursrecht, is namelijk in de Auteursrechtlijn niet geharmoniseerd. Waar haalt het HvJEU dan die bevoegdheid (zo u wilt: "het lef") vandaan om hier met een definitie te komen?

Anderzijds wordt breed geoordeeld dat het voor Nederland allemaal niet zoveel uitmaakt: ons eigen EOK&PS komt voldoende overeen met het "EIS" (Eigen Intellectuele Schepping") van het HvJEU. Dat ligt anders in landen als de Bondsrepubliek Duitsland (dat een "hogere" werktoets kende) en het Verenigd Koninkrijk (met vanouds een lagere werktoets).

Het is naar Nederlands recht beschouwd overigens niet nieuw dat wordt geoordeeld dat een fragment van 11 woorden oorspronkelijk genoeg kan zijn. Zie de uitspraak "Hoe sterk is de eenzame fietser?" Ook elfwoords-fragmenten uit poëzie zullen al snel oorspronkelijk kunnen zijn.

Het belang van de bovengenoemde uitspraak wordt intussen vooral gezien in relatie tot zoekmachines op internet. Zijn die nu in gevaar? Ik denk het niet. Bovenstaande voorbeelden zijn naar mijn mening

gevallen die zich slecht laten vergelijken met hetgeen een zoekmachine als Google na een zoekopdracht produceert. Dat zijn tekstfragmenten, vaak zonder kop of staart, die uitsluitend als functie hebben de context van de treffer weer te geven. Het zal maar zelden voorkomen dat daarmee toevallig een stuk tekst wordt opgepikt dat, in de woorden van het Hof, “in se [*op zichzelf*, LB] de uitdrukking vormt van de eigen intellectuele schepping van de auteur”.

Zelfs als dat toevallig tóch een keer het geval zou zijn is er nog geen man overboord. De praktijk van de rechterlijke uitspraken in Nederland lijkt met name het citaatrecht met enig buigen en teleologisch interpreteren wel geschikt te kunnen maken voor het “redden” van de zoekmachine. In het vervolgvak Hoofdstukken Informatierecht wordt daar nader naar gekeken.

Het HvJEU lijkt haar “werktoets” overigens nog iets te hebben aangescherpt in de volgende uitspraak uit 2011. Voor Nederland is het plezierig dat de daar gehanteerde formulering nog dichter aanligt tegen het EOK&PS van de Hoge Raad.

HvJEU 1 december 2011, IEPT 20111201 (Painer v. Standard e.a.)

De Oostenrijkse fotografe Eva-Maria Painer werkt als zelfstandig fotograaf en fotografeert onder meer kinderen op kleuterscholen en kinderdagverblijven. In het kader van die werkzaamheden heeft zij ooit foto's gemaakt van Natascha K., het meisje dat in 1998 op tienjarige leeftijd werd ontvoerd en jarenlang onvindbaar bleef. Na de verdwijning werden de foto's door de politie gebruikt voor opsporingsoproepen. In 2006 is het Natascha K. gelukt aan haar ontvoerder te ontsnappen. Een groot aantal kranten en tijdschriften heeft toen de foto's van Painer gepubliceerd zonder toestemming van Painer en zonder haar naam als fotograaf te vermelden. Sommigen hebben bovendien een door een computer gegenereerde montagefoto gepubliceerd, die het vermoedelijk gezicht van Natascha K. ten tijde van de publicatie weergaf.



foto: Eva-Maria Painer

Painer begint een procedure, waarin zij o.a. een verder publicatieverbod vordert, alsmede schadevergoeding voor de publicaties die al hebben plaatsgevonden. De uitgevers van de kranten en tijdschriften verweren zich onder andere met het argument dat de onderhavige portretfoto's van Painer niet of nauwelijks oorspronkelijk zijn en dat de montagefoto een nieuw, oorspronkelijk werk is. Er worden door de nationale rechter vragen van uitleg gesteld aan het HvJEU. Deze betreffen deels de Auteursrechtlijn en deels ook Richtlijn 93/98, die weliswaar voornamelijk over beschermingstermijnen gaat, maar ook een bepaling bevat over auteursrecht op foto's.

Het HvJEU oordeelt:

*“dat artikel 6 van richtlijn 93/98 aldus moet worden uitgelegd dat een portretfoto krachtens die bepaling in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming mits – hetgeen de nationale rechter in ieder afzonderlijk geval dient na te gaan – een dergelijke foto een **intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming van die foto**. Wanneer is vastgesteld dat de betrokken portretfoto de hoedanigheid heeft van een werk, geniet dit een bescherming die niet geringer is dan die waarvoor ieder ander werk, een fotografisch werk daaronder begrepen, in aanmerking komt.”*

Het Endstra arrest indachtig, zitten we hier wel héél dicht aan tegen de Nederlandse invulling van de werktoets.

D. enkele bijzondere werken

Dat ook een *geur* een werk kan zijn is uitgemaakt in onderstaand arrest uit 2006:

HR 16 juni 2006, LJN: AU8940 (Lancôme / Kecofa)

Kecofa (een Limburgse firma) heeft een parfum op de markt gebracht onder de naam "Female Treasure". Lancôme is van mening dat de geur van dit parfum zeer sterk overeenkomt met de geur van het door haar op de markt gebrachte parfum Tresor. Lancôme begint een procedure wegens auteursrechtinbreuk.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad:

"Een geur - waaronder hierna telkens begrepen: een geurcombinatie - kan in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming. De in art. 10 Aw, naast de niet-limitatieve opsomming van werksoorten, neergelegde omschrijving van wat als 'werk' in de zin van die wet moet worden verstaan luidt algemeen en belet niet daaronder een geur te begrijpen."

Dat de mate waarin men afzonderlijke geuren kan onderscheiden van mens tot mens verschilt doet daaraan volgens de Hoge Raad niet af, evenmin als het feit dat bij geuren niet alle bepalingen in de Auteurswet onverkort zullen kunnen worden toegepast.



Laatstgenoemde overweging van de Hoge Raad was ongetwijfeld een reactie op de bij vlagen zeer geestige Conclusie voor het arrest van Advocaat Generaal Verkade. Deze had zich onder andere afgevraagd of, net als bij muziekwerken, ook bij parfums van openbaar maken zou moeten worden gesproken als de drager er een beroeps- of bedrijfsbelang bij heeft dat anderen deze kunnen waarnemen. Verkade: "Ook al zal het ze wel vergeven worden: een stewardess en een receptioniste zitten dus parfumauteursrechtelijk fout; een lerares en een secretaresse zitten in de gevarenzone. Een gewone rechter niet, denk ik, maar de persrechter?"

De Hoge Raad zit er allemaal niet mee en spreekt van het *"aan de normale verbruiker niet te ontzeggen, gebruik van een parfum, dat naar zijn aard noodzakelijkerwijs verspreiding van de geur meebrengt."*

De Hoge Raad dekt ook het aan zijn uitspraak voorafgaande arrest van het Hof Den Bosch door te overwegen dat dit Hof de vrijheid had een door Lancôme in het geding gebracht chemisch / olefactorisch rapport bij zijn oordeelsvorming te betrekken en uit dat rapport af te leiden dat het naaakproduct "Female Treasure" een verveelvoudiging of bewerking van het werk Tresor was. Advocaat Generaal Verkade had in zijn Conclusie nog aangevoerd dat de rechters daartoe ook zelf waarnemingen dienden te doen, maar dat vindt de Hoge Raad niet nodig:

"Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom dat rapport, dat berust zowel op een fysisch-chemische analyse, als op een methodologisch onderbouwd zintuiglijk onderzoek onder 66 proefpersonen, minder betrouwbaar zou zijn dan de persoonlijke waarneming door de rechters van de geuren van alleen de beide in het geding zijnde parfums naast elkaar, nog daargelaten dat blijkens de door Lancôme geciteerde en door Kecofa niet weersproken reclame-

uitingen van Kecofa zelf haar streven is gericht op het uitbannen van alle verschillen tussen haar parfums en de door haar beconcurrerde, zoals Tresor, behoudens waar het de prijs daarvan betreft."

Dat laatste kunnen goedkope parfumeurs na dit arrest dus beter niet meer roepen...

Hoe zit het intussen met de beschermbaarheid van formats voor televisieprogramma's? .

Hof Amsterdam 25 juni 1987 AMI 1988/3, p.60 (Vara/Praal)

Praal heeft op 13 mei 1986 aan de VARA een programmavoorstel toegezonden, als gevolg van een vage, onduidelijke overeenkomst tussen beiden. In het voorstel beschrijft hij een hem voor ogen staand jongerenprogramma dat in het verlengde ligt van de leef- ervarings- en verwachtingswereld van jongeren tussen de 12 en 18 jaar en "vooral een kijkje geeft in de wereld van het "andere", het bijna onbereikbare, de show, de popcultuur, de trends, de mode, de actualiteit van jongeren". Het programma moet "talkshow-achtig" zijn en zich afspelen in een "heksenketelachtige ambiance", waarin "spontaniteit de boventoon voert en voor truttigheid geen plaats is". Praal ziet twee vaste rubrieken: een humorrubriek "waarin de meligheid voorop staat" met telefonades door Jack Spijkerman en een rubriek waarin een jongere de gedaante van een ander (punker, schoonmaker, enz.) aanneemt en vervolgens van zijn belevenissen verslag doet.

Volgens Praal zou Adeline van Lier de ideale presentatrice voor het programma zijn. Samenvattend besluit Praal het voorstel als volgt:

" In "Adrenaline met Adeline" is veel, zo niet alles mogelijk. Het is een verrassend en bizar programma, maar ook makkelijk te consumeren, met name (maar hopelijk niet alleen) voor jongeren. Het is niet "high brow", zoals we dat van de VPRO kennen. Maar het loopt wel voorop door aanpak, onderwerpkeuze en sfeer en rekent in ieder geval af met de gezapige braafheid bij jongeren, en bij de TV? "

De VARA gaat vervolgens een programma uitzenden onder de titel "Adrenaline". De door Praal genoemde vaste rubrieken komen daarin niet voor; andere elementen wel. Praal begint een procedure en stelt daarin onder ander auteursrechtinbreuk. De Rechtbank geeft hem gelijk. De VARA verweert zich o.a. met de stellingen dat de ideeën van Praal weinig oorspronkelijk zijn en dat ze te weinig zijn uitgewerkt. Het gerechtshof is vooral gevoelig voor dat laatste argument:

" De in het programmavoorstel [...] verwerkte ideeën zijn niet, dan wel onvoldoende uitgewerkt (geconcretiseerd) om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. De oorspronkelijkheid van die ideeën -waarover bij het Hof twijfel is gerezen- kan hier onbesproken blijven. Dat geldt ook voor de [...] vraag of het uiteindelijk door de VARA uitgezonden programma "Adrenaline" al dan niet als een uitwerking van het ontwerp van Praal te beschouwen is (het aan het Hof getoonde programma "Adrenaline" bleek veel elementen te bevatten welke het eerder uitgezonden programma "Je ziet maar" kenmerkten).

De VARA heeft bij pleidooi in hoger beroep verklaard geen gebruik te willen maken van de naam "Adrenaline met Adeline" en die naam evenmin (meer) in beeld te zullen brengen. Een beslissing over de vraag of Praal auteursrecht op die naam toekomt kan daarom onbesproken blijven [. H]et gebruik van het woord "Adrenaline" als een (woord-associatieve) benaming van het door Adeline van Lier gepresenteerde programma kan de VARA op de auteursrechtelijke gronden niet worden ontzegd, reeds omdat Praal niet heeft betwist dat het woord "Adrenaline" in VARA-kringen reeds lang in gebruik was als een (ook naar het oordeel van het Hof voor de hand liggend) "woordgrapje" met betrekking tot de presentatrice van het programma,



Adeline van Lier." Het vonnis van de Rechtbank wordt vernietigd en de vordering van Praal wordt afgewezen.

- Ziet u mogelijkheden waarmee Praal zijn idee (beter) had kunnen beschermen?
Is auteursrecht op de naam van een programma geheel ondenkbaar? Welke rol speelt het hier?
Waar zou u het criterium willen leggen dat beslist of een programma te veel op een ander programma lijkt?

President Rb. Amsterdam 15 november 1990, AMI 1991/4, p.60 (Talkabout)

Vlaamse Televisie Producties N.V. te Leuven (VTP) heeft van DLT Entertainment Ltd. te New York de exclusieve rechten voor Nederland en België verworven met betrekking tot "het concept, het idee en de vorm" van het spelprogramma "Talkabout".

Dit spelprogramma werkt als volgt. Twee teams van twee personen spelen tegen elkaar. Eén van de teams wordt geheel afgezonderd. Het andere team moet binnen twintig seconden zoeken naar een aantal trefwoorden, die bij een bepaald onderwerp horen (en tevoren door de programmamaker zijn vastgesteld). De goed geraden trefwoorden worden zichtbaar gemaakt. Na afloop van de twintig seconden worden ook de niet geraden trefwoorden zichtbaar gemaakt. Het andere team dient aan de hand van die trefwoorden het onderwerp te raden. Slagen zij daarin dan winnen ze; anders wint het eerste team.

AVRO, TROS en (het op dat moment nog publieke) Veronica zenden gezamenlijk het programma "Jackpot" uit. Volgens VTP is zowel de tweede ronde van dit programma, die "Trefwoord" wordt genoemd, als de finaleronde identiek aan Talkabout, zodat auteursrechtinbreuk wordt gepleegd. VTP vordert een verbod van uitzending.

AVRO, TROS en Veronica voeren als verweer dat het spelconcept van Talkabout niet voldoende geconcretiseerd is om auteursrechtelijk beschermd te zijn. Bovendien zou het onvoldoende oorspronkelijk zijn.

De President oordeelt als volgt:

- " *Wij delen die visie niet. Alleen al het gegeven dat het programma Talkabout op de televisie telkens naar hetzelfde concept en in dezelfde vorm, doch met verschillende kandidaten, wordt uitgezonden maakt duidelijk dat aan het spelconcept uiting is gegeven, op grond waarvan het als "werk" in de zin van de Auteurswet is aan te merken.*
- Het spelconcept heeft bovendien voldoende oorspronkelijkheid. Het heeft weliswaar een aantal elementen die ook bij andere spelletjes voorkomen, maar door de wijze waarop die bekende elementen zijn uitgewerkt, samengebracht en gecombineerd met een geheel eigen element, namelijk de omdraaiing van de opdracht, waardoor via de niet geraden trefwoorden het onderwerp moet worden teruggezocht, draagt het spel Talkabout een eigen persoonlijk karakter. Op grond daarvan komt Talkabout in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming.*
- Bij vergelijking [...] moet worden geconstateerd dat de tweede ronde van Jackpot qua idee en opzet volledig overeenstemt met Talkabout en derhalve inbreukmakend is. [...]*
- Het voorgaande betekent dat het AVRO, TROS en Veronica zal worden verboden de tweede ronde van Jackpot [...] verder nog uit te zenden. AVRO, TROS en Veronica moeten de proceskosten dragen.*

- Welk feitelijk verschil bestaat tussen deze casus en die van VARA/Praal? Wat heeft dit voor auteursrechtelijke consequentie? Zou u gevoelig zijn voor een verweer in de strekking van "maar wij hebben dit zelf bedacht?" Komt er verandering in uw beantwoording van de laatste vraag bij het vorige arrest?
Wat is na het lezen van VARA/Praal en Talkabout uw oordeel over de "beschermbaarheid" van programmaconcepten?

E. Geschriftenbescherming

Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen dient een werk dus een eigen, oorspronkelijk karakter te hebben en het persoonlijk stempel van de maker te dragen. Daarop is echter één grote uitzondering, die vooral naar voren is gekomen in de talloze processen die in de jaren zestig (en daarna) zijn gevoerd over het overnemen van omroep-programma gegevens.

De zendtijd van de Nederlandse omroepen was traditioneel gekoppeld aan hun ledental. Om dat ledental te bestendigen werd in de loop der jaren het uitgeven van een aantrekkelijk programmablad steeds belangrijker. Onafhankelijk uitgevers zagen daar echter ook een aantrekkelijk marktaandeel in en kwamen, zeer tegen de zin van de omroepen, met eigen, onafhankelijke programmabladen. De omroepen verzetten zich hier tegen met een beroep op het auteursrecht. Dat lijkt vreemd: het gaat hier immers louter om gegevens zonder eigen, persoonlijk karakter. Onderstaand arrest biedt de verklaring:

HR 27 januari 1961, NJ 1962, 355 (Radioprogramma's II: Explicator)

Explicator N.V. drukt wekelijks in zijn blad "TV, Weekblad voor Televisiekijkers" de radio en televisieprogramma's af. Explicator doet dat zonder toestemming van de omroepverenigingen. Deze eisen een verbod met dwangsom, stellende dat hierdoor inbreuk wordt gemaakt op hun auteursrecht. De Hoge Raad overweegt:

" *dat blijkens tekst en geschiedenis van de Auteurswet 1912 de wetgever -zulks in aansluiting aan het onder de vroegere wetgeving bestaande "Copijrecht" dat tegen het nadrukken van drukwerken bescherming verleende- auteursrechtelijke bescherming heeft toegekend ook aan andere geschriften dan de geschriften die, als vruchten van scheppende arbeid, een eigen of persoonlijk karakter dragen;*
dat hiermee een uitbreiding is gegeven aan het begrip "auteursrecht" zoals dat in artikel 1 van de wet wordt aangeduid als het "recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst";
[Dit feit brengt met zich mee dat aan] de maker van geschriften die niet een eigen of persoonlijk karakter dragen geen verdere bescherming toekomt dan die welke de wetgever bij deze uitbreiding klaarblijkelijk voor ogen heeft gestaan, te weten tegen het, door ontleening aan het geschrift zelf "overnemen" van deszelfs inhoud."

Onder andere omdat niet duidelijk geworden was of er inderdaad ontleend was aan geschriften die volgens de Auteurswet bescherming genieten (Explicator had haar gegevens ontleend aan de voor het buitenland bestemde zgn. "buitenland-programma's", in landen waarin t.a.v. die programma's geen auteursrecht bestaat) moest de zaak opnieuw door het Hof beslist worden.

- Hoe ver gaat de hier toegekende auteursrechtelijke bescherming? Waarom is dit minder ver dan de "gewone" auteursrechtelijke bescherming?

HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116 (Radioprogramma's III: "Televizier")

In dit arrest werd in een vergelijkbare casus door de Hoge Raad aan bovengenoemde beperkingen nog toegevoegd dat:

" *de strekking van het auteursrecht [op geschriften zonder eigen of persoonlijk karakter, LB] [...] is om uitsluitend aan de maker van het geschrift het voordeel van het openbaar maken*

ervan te doen toekomen en daarom de bevoegdheid tot openbaarmaking en verveelvoudiging aan anderen te ontzeggen;



in overeenstemming hiermede valt aan te nemen dat de wet op [dergelijke] geschriften [...] slechts dan auteursrecht verleent, indien zij openbaar zijn gemaakt of zijn bestemd om openbaar gemaakt te worden.

Zoals uit de tekst van bovenstaande arresten blijkt, gaan zij niet alleen over programma-gegevens, maar over geschriften zonder eigen, persoonlijk karakter in het algemeen. Conclusie van deze twee arresten is dat voor dit soort geschriften geldt, dat de maker zich slechts tegen het door ontlening aan het geschrift zelf van de (vormgegeven) inhoud kan verzetten, en dit alleen als het geschrift openbaar gemaakt is of bestemd is om openbaar gemaakt te worden. Dat bewijs lijkt moeilijk te leveren, maar daar zijn wel oplossingen voor.

➤ Kunt u zelf zo'n oplossing bedenken, bijvoorbeeld voor de samensteller van een telefoonboek?

Voor programmeergegevens is het beroep op gegevensbescherming overigens sinds 1 januari 2013 niet meer interessant. Op die datum is een wijziging aangebracht in de Mediawet 2008 die tot gevolg heeft dat de publieke omroepen verplicht zijn programmeergegevens beschikbaar te stellen aan "diegenen die daarom verzoeken", waaronder met name samenstellers van papieren en elektronische programmagidsen. Sinds een uitspraak van het HvJEU in maart 2012 in de *Football Dataco* zaak was het ook zeer twijfelachtig geworden of het nog wel mogelijk is geschriftenbescherming toe te kennen aan databanken. En een verzameling programmeergegevens kan als een databank worden beschouwd (meer hierover in het vervolgvak Hoofdstukken Informatierecht).

Tot slot in dit verband een aardige aanvulling op het Van Dale-arrest vanuit de invalshoek van de geschriftenbescherming:

Pres. Rb. Zutphen 18 augustus 1992, NJ 1994, 137 (Cryptokraker)

Uitgeverij "De Denker" te Vaassen heeft een boek samengesteld en uitgegeven onder de titel "De Cryptokraker". Daarin staan 44.000 alfabetisch gerangschikte cryptische omschrijvingen, bedoeld als hulpmiddel bij het oplossen van cryptogrammen. Daaronder bevinden zich er een groot aantal die afkomstig zijn van door Win Productions gepubliceerde cryptogrammen. Win Productions spreekt "De Denker" aan in kort geding. De President overweegt onder andere:

" [A]an de door Win Productions gepubliceerde cryptogrammen, met inbegrip van de daarbij behorende omschrijvingen [komt] in ieder geval de zogenaamde geschriftenbescherming [toe] tegenover De Denker. De inhoud van "Cryptokraker" is immers gedeeltelijk ontleend aan deze op schrift gestelde en openbaar gemaakte "[A]an de door Win Productions gepubliceerde cryptogrammen, met inbegrip van de daarbij behorende omschrijvingen [komt] in ieder geval de zogenaamde geschriftenbescherming [toe] tegenover De Denker. De inhoud van "Cryptokraker" is immers gedeeltelijk ontleend aan deze op schrift gestelde en openbaar gemaakte cryptogrammen door een essentieel gedeelte daarvan letterlijk over te nemen. Dat slechts een gedeelte van de door Win Productions gepubliceerde geschriften is overgenomen doet hieraan niet af, omdat de geschriftenbescherming niet slechts beperkt is tot bescherming tegen integrale overneming van de inhoud van geschriften. Ook wanneer de overneming weglatingen of toevoegingen bevat, kan er, zoals in het onderhavige geval, sprake zijn van een auteursrechtelijk verboden overneming.



Nu de hierboven bedoelde geschriftenbescherming ook toekomt aan geschriften zonder een eigen, oorspronkelijk of creatief karakter, kan in dit geval in het midden worden gelaten de vraag of de cryptische omschrijvingen in het algemeen kunnen worden aangemerkt als originele scheppingen die uiting geven aan hetgeen de maker heeft bewogen. "

Nadat het in het bovenstaande al genoemde arrest van het HvJEU inzake *Football Dataco* het al onmogelijk had gemaakt om aan databanken (waaronder programma-gegevens) nog langer geschriftenbescherming toe te kennen, staat inmiddels de geschriftenbescherming algeheel onder druk. Op 13 november 2013 is door de regering bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend (Kamerstukken II 2013-2014 nr. 33800) tot algehele *afschaffing* van de geschriftenbescherming.

Als redenen hiervoor worden in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel onder andere genoemd: "dat de geschriftenbescherming zich niet verhoudt met [...] uitgangspunten die aan de modernisering van het auteursrecht ten grondslag liggen, namelijk dat slechts creatieve prestaties op grond van het auteursrecht moeten worden beschermd en dat informatie zo eenvoudig mogelijk toegankelijk en zo veel mogelijk vrij uitwisselbaar moet zijn." Volgens de regering wordt "geschriftenbescherming gebruikt ter bescherming van investering in plaats van ter bescherming van een creatieve prestatie" en kan het "in de weg staan aan vrije verspreiding van feitelijke informatie." Afschaffing van de geschriftenbescherming zou daarnaast eventuele rechtsonzekerheid wegnemen en concurrentiebevorderend werken. Het kan nog wel enkele jaren duren voordat de afschaffing een feit is.

Losse Vragen inzake "Werk"

1. Bestaat er volgens u verschil tussen een werk van letterkunde en een werk van wetenschap?
2. Kunt u een nadeel bedenken van het feit dat voor auteursrechtelijke bescherming geen depot of registratie van het werk nodig is? Hoe kan dit nadeel worden opgevangen?
3. Wat maakt een werk volgens u oorspronkelijk?
- 4a Is het volgens u een goede zaak dat ideeën niet beschermd zijn?
- b. Kunt u een "rechtsbron" noemen voor bovengenoemd feit?
- c. Beantwoord dezelfde vragen m.b.t. een "stijl".
5. Geef met betrekking tot de volgende objecten aan 1) of zij naar uw mening auteursrechtelijk beschermd zijn en 2) aan wie auteursrechtelijke toestemming gevraagd zou moeten worden bij publicatie.
 - a. een computerprogramma
 - b. een foto van een beeld in het Stedelijk Museum
 - c. een foto van de Nachtwacht
 - d. een "*computer generated work*"
 - e. een telefoonboek
 - f. uw collegedictaat
 - g. een nieuwsbericht van het ANP
 - h. de stoel waarop u zit
8. Van de toneelbewerking van een in het Nederlands vertaald Amerikaans boek wordt een film gemaakt. Een video-producent wil deze film op video zetten en gaan verhuren. Van wie is toestemming nodig?
9. X publiceert op 1 september een door hem opgesteld overzicht van de hoogwater-standen. Y geeft op 1 oktober een volstrekt gelijkkluidend overzicht uit
 - .a. Heeft X auteursrecht op zijn werk?
 - b. Kan X auteursrechtelijk iets tegen Y ondernemen?

2. Uitspraken inzake verveelvoudigen

HR 11 december 1981, NJ 1982,286 (Spaanse tegels)

Armstrong Cork Company heeft haar ontwerper, Rudisill, een compositie laten maken van zogenaamde "Spaanse tegels". Deze tegels zijn niet vierkant, maar enigszins ui-vormig. Rudisill heeft



daartoe 18 terracotta tegels uitgezocht op kleurverschillen en oppervlaktestructuur en deze in een patroon gelegd dat Armstrong vervolgens via een fotografisch procedé op haar vinyl vloerbedekking heeft laten afdrukken. Armstrong constateert drie jaar later vervolgens dat een concurrent, Sommer, eveneens vinyl vloerbedekking op de markt brengt, waarop een patroon van (17) Spaanse tegels is aangebracht. Armstrong begint een kort geding wegens auteursrechtinbreuk.

Sommer stelt zich op het standpunt dat zij geen inbreuk maakt, aangezien het tegelpatroon is vervaardigd, uitgaande van tegelmotieven, die van oudsher veel toepassing hebben gevonden in Zuid-Europa en de tegels bovendien ieder per-

soonlijk karakter missen.

De President van de Rb. Amsterdam is het daar mee eens en voegt daaraan toe:

" Wanneer [Armstrong] dan ook al enig auteursrecht zou toekomen, dan kan dit slechts de weergave van het patroon van Spaanse tegels betreffen zoals Rusidill dit met gebruikmaking van de kleurverschillen en de wisselingen in oppervlaktestructuur heeft gemaakt met als doel een zo "natuurlijk" mogelijk product te verkrijgen. Dit brengt met zich mee, dat het gebruik door Sommer van dezelfde basistegels voor haar [...] patroon op zichzelf nog geen inbreuk zou maken op het auteursrecht van Armstrong.

Vergelijking van de beide tegelpatronen leert nu allereerst dat het bepaald niet in het oog springend is dat Sommer dezelfde tegels heeft gebruikt als Armstrong. Dit blijkt ook wel uit het feit, dat Sommer deze vloerbedekking reeds een aantal jaren op de markt brengt en Armstrong hiertegen eerst onlangs is opgekomen, omdat zij deze overeenstemming nog niet eerder had ontdekt.

Dit is o.m. het gevolg van de door Sommer aangebrachte wijzigingen in de grootte en de kleur van de tegels en bovendien in de verhouding tussen lengte en breedte, terwijl tevens de omtrek van de tegels globaler is weergegeven. Voorts heeft Sommer de tegels in een geheel ander patroon gelegd, daarbij sommige tegels nog van richting veranderend, zodat een andere contrastwerking van kleuren en oppervlaktestructuur is bereikt. [...]

Evenmin kan gesproken worden van een gehele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm in de zin van artikel 13 Auteurswet, nu door de aangebrachte wijzigingen [...] een zodanig effect is bereikt dat het patroon [van Sommer] nauwelijks méér gelijkenis vertoont met het patroon [van Armstrong] dan met andere op de markt gebrachte vloerbedekkingen waarop Spaanse tegelpatronen zijn aangebracht. Armstrongs stelling dat Sommer heeft gehandeld in strijd met haar auteursrecht dient dan ook te worden verworpen."

Armstrong gaat in hoger beroep. Het Hof overweegt o.a.:

" Het Hof beschouwt het Portofino-patroon dat [...] is verkregen doordat 18 geselecteerde en in een bepaalde rangschikking op karton bevestigde terracotta tegels onder speciale belichting

zijn gefotografeerd en het aldus verkregen dia-positief [...] is overgebracht op cilinders waarmee de vervaardiging van het vloerbedekkingsmateriaal plaatsvindt, als een product van zodanige originaliteit en smaak dat het moet worden beschouwd als een werk van kunst in de zin van de Auteurswet.

Aldus verdienen de fotografische weergave van de 18 tegels als fotografisch werk in de zin van art. 10 lid 1 onder 9 en het daarmee vervaardigde Portofino-patroon als werk van op nijverheid toegepaste kunst in de zin van art. 10 lid 1 onder 10 Auteurswet rechtsbescherming.

Armstrong verwijt nu Sommer dat zij deze werken van Armstrong heeft verveelvoudigd in de zin van art. 13 Auteurswet door daarvan bewerkingen of nabootsingen te vervaardigen, welke niet als nieuwe oorspronkelijke werken kunnen worden aangemerkt.

Deze stelling kan niet worden onderschreven. Het Hof komt op grond van eigen waarneming ter terechtzitting van een staal van elk der beide omstreden producten van partijen tot het oordeel dat, hoewel [...] moet worden aangenomen dat het [...] patroon van Sommer, althans gedeeltelijk, is opgebouwd uit de in het Portofino-patroon van Armstrong verwerkte tegelafbeeldingen, daarbij niettemin door verkleining, door andere rangschikking en kleuring van deze tegelafbeeldingen en door draaiing van enkele daarvan met 180° een geheel ander patroon is ontstaan. Juist in deze rangschikking en kleurnuancering kwam de persoonlijke smaak van de ontwerper van Armstrong tot uitdrukking.

Door met betrekking tot deze beide punten een eigen keus te maken en eigen smaak te volgen hebben de ontwerpers van Sommer een nieuw werk in de zin van art. 13 Auteurswet geschapen."

Armstrong gaat van dit arrest in cassatie, stellende dat Sommer nooit de beschikking heeft gehad over de originele basistegels van Armstrong en derhalve het patroon van Armstrong geheel of gedeeltelijk heeft verveelvoudigd. Het enkele feit dat het patroon van Sommer is opgebouwd uit ongeautoriseerde verveelvoudigingen van het werk van Armstrong zou voldoende moeten zijn om inbreuk aan te nemen.

De Hoge Raad gaat hierin om een procestechnische reden niet mee: dit verweer zou in deze vorm niet bij het Hof aan de orde zijn geweest en komt daarom niet voor toetsing in cassatie in aanmerking.

- Wat vindt u van de stelling van de President in de tweede zin van de tweede alinea?
Welke auteursrechtelijke status heeft het werk van Sommer volgens Armstrong?
Welke auteursrechtelijke status heeft het werk van Sommer volgens de rechterlijke instanties?
Wat vindt u van de in cassatie opgeworpen stelling?

HR 5 januari 1979, NJ 1979, 339 (Heertje/Hollebrand)

Prof Dr. A. Heertje is de schrijver van het werk "De Kern van de Economie", een leerboek op het gebied van de economie. Heertje stelt dat in afwijking van de gebruikelijke opzet van dergelijke leerboeken daarin een speciale, door hem ontworpen, wijze van behandeling van de leerstof is toegepast. Dit uit zich in een modelmatige in plaats van beschrijvende benadering en een geïntegreerd behandelen van macro- en micro-economie (terwijl meestal met de macro economie wordt begonnen). Daarnaast zouden bepaalde leerstukken op een originele wijze zijn behandeld.



Drs. J. Hollebrand en anderen hebben een boekwerk, genaamd "Economie voor het voortgezet onderwijs" in de handel gebracht, waarin volgens Heertje in hoofdzaak de opzet en de structuur van "De Kern" wordt nagevolgd, zoals al uit de inhoudsopgave blijkt. Daarnaast zouden verscheidene gedeelten van "De Kern", waaronder nieuwe, originele formuleringen en beschouwingen soms letterlijk of vrijwel letterlijk zijn overgenomen, althans zouden in het boek bewerkingen van "De Kern" voorkomen. Nadat sommaties niets uitrichten begint Heertje een procedure wegens auteursrechtinbreuk.

De Rechtbank te Assen wijst zijn vordering af. In hoger beroep benoemt het Hof te Leeuwarden drie deskundigen om eerst een aantal feitelijke vragen op te lossen, waarna zij het vonnis van de Rechtbank bekrachtigt. De Hoge Raad overweegt in cassatie:

" *Art. 13 Auteurswet bepaalt dat onder de verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst mede wordt verstaan [...] iedere geheel of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigde vorm, welke niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt. In een geval als het onderhavige had de rechter derhalve [...] de vraag te beantwoorden of Hollebrand c.s. het werk [van Heertje] geheel of gedeeltelijk hebben bewerkt of nagebootst in gewijzigde vorm, welke bewerking of nabootsing niet als een nieuw, oorspronkelijk werk moet worden aangemerkt. Het Hof heeft bij de beantwoording van die vraag [...] geen onjuiste maatstaf toegepast. [Het Hof heeft] overgenomen en tot het zijne gemaakt het oordeel van de deskundigen, inhoudende een ontkennende beantwoording van de hun voorgelegde vraag 7: "Is "Economie" een bewerking van "Kern" in die zin dat Hollebrand c.s. klaarblijkelijk aan "Kern" arbeid hebben verricht welke, weggedacht, "Kern" doet verschijnen?". [Aangenomen moet worden] dat het Hof van oordeel is geweest dat het erop aankomt of gegeven het bestaan van "Kern" de arbeid door Hollebrand c.s. verricht om te geraken tot "Economie" te weinig nieuws bracht en te weinig oorspronkelijk was om "Economie" als een nieuw, oorspronkelijk werk aan te merken. Aldus heeft het Hof de grenzen die art. 13 aan de uitbreiding van het begrip "verveelvoudiging" stelt niet op onjuiste wijze getrokken.*

De beantwoording van de vraag waarvoor de rechter zich in een geding als het onderhavige gesteld ziet, is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder ook van de aard van het beweerdelijk bewerkt of nagebootst werk. De waardering van de mate van eigen persoonlijk karakter dat zulk een werk in verband daarmee kan hebben en van de mate van nieuwheid en oorspronkelijkheid van het beweerdelijk inbreukmakende werk zal veelal van feitelijke aard zijn en zich aan beoordeling in cassatie onttrekken. " [...]

" *[...] ook al is denkbaar dat een bepaalde presentatie van de leerstof in een leerboek in bepaalde gevallen binnen het bereik van auteursrechtelijke bescherming valt, het Hof [is] t.a.v. de presentatie van de leerstof in "Kern" tot een ander oordeel gekomen o.g.v. de aard van het onderhavige werk en van de onvoldoende mate van eigen persoonlijk karakter dier presentatie [...] Hetzelfde geldt t.a.v. de keuze der behandelde onderwerpen [...]. De aard van het werk [...] kan medebrengen dat de te dezen van belang zijnde originaliteit en creativiteit van de door de maker verrichtte arbeid, mede of zelfs in hoofdzaak wordt bepaald door de plaats die dit werk inneemt te midden van werken van een andere soort, van welke werken immers [de "bewerkers"] of ["nabootsers"] mede invloed hebben kunnen ondergaan. In het onderhavige geval kon het Hof [...] zeker acht slaan op de bekende stand van de wetenschap in het algemeen [...].*

[...] het stond aan het Hof vrij bij zijn beslissing in het bijzonder aandacht te schenken aan die elementen uit beide werken die niet buiten de auteursrechtelijke bescherming vallen en bij de waardering daarvan tot het oordeel te komen dat de overeenstemmende elementen minder zwaar wegen dan die welke verschillen vertonen. [Er] wordt ook ten onrechte aan het Hof verweten die elementen afzonderlijk en niet in onderling verband te hebben beschouwd. Tot de minder zwaarwegende overeenstemmende elementen heeft het Hof [...] kennelijk ook gerekend de in "Economie" overgenomen beweerdelijke fout in de 'multiplier'-formule voorkomende in "Kern" [...].

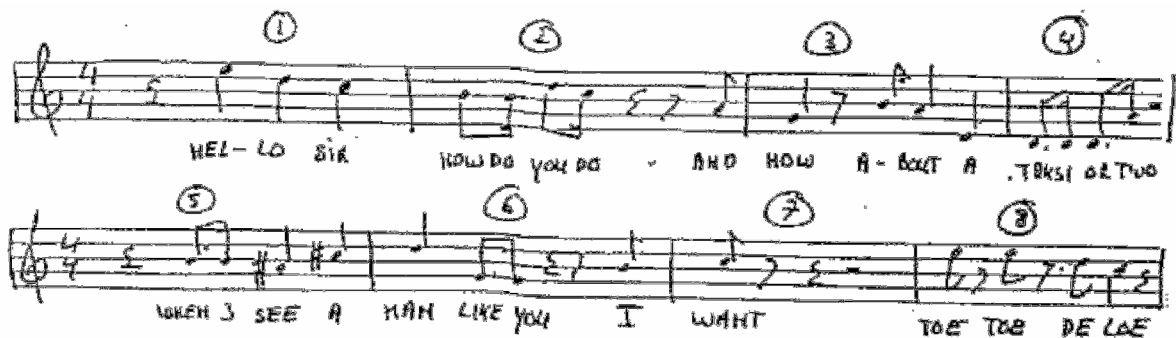
De Hoge Raad verwerpt vervolgens het cassatieberoep.

- Wat is volgens het Hof de methode om te kijken of van een bewerking sprake is?
Denkt de Hoge Raad er ook zo over?
Blijkens het slot van het citaat was in "Economie" ook een fout uit "Kern" overgenomen. Beïnvloedt dat het oordeel van de Hoge Raad over de vraag of van inbreuk sprake is? En uw eigen oordeel?
Wat is volgens u de betekenis van dit arrest voor het leerstuk van de verveelvoudiging?

Hof Amsterdam 1 februari 1996, AMI 1996, 112 "I wanna be loved by you".

Ten behoeve van de musical "Good Boy" is in 1928 door Herbert Stothart en Harry Ruby met tekst van Bert Kalmar de song "I wanna be loved by you" gecomponeerd. Op 24 augustus 1928 werd de bladmuziek in de Verenigde Staten gepubliceerd. In 1959 is "I wanna be loved by you" gezongen door Marilyn Monroe. In die vorm werd het nummer wereldwijd bekend.

De auteursrechten op de song worden beheerd door Warner Brothers. In 1989 heeft Result Communications en Marketing B.V. te Amstelveen, ten behoeve van een commercial voor de drank "Taksi" aan Warner Brothers gevraagd wat de kosten zouden zijn voor het gebruik van "I wanna be loved by you". Blijkbaar waren die aan de hoge kant, want eveneens staat vast dat Result vervolgens aan de componist D.A. Bakker de opdracht heeft gegeven een lied te componeren in dezelfde sfeer als "I wanna be loved by you" in de uitvoering met Marilyn Monroe. Bakker heeft daarop "Taksi Song" gecomponeerd. Op een muzieknotatie van zijn hand ziet dat er als volgt uit:

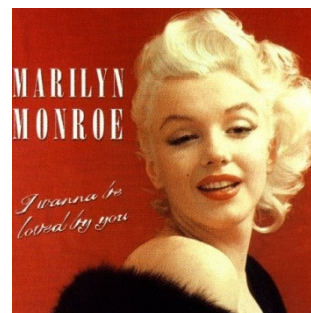


In de door Result geproduceerde commercial wordt "Taksi song" gezongen door (in de woorden van de Rechtbank): "een Marilyn Monroe achtig meisje". Warner Brothers heeft vervolgens bij Stemra een klacht ingediend tegen Bakker wegens auteursrechtinbreuk. De zaak wordt door Stemra intern onderzocht door de **Vaste Commissie Plagiaat** (een commissie die voornamelijk bestaat uit praktijkmensen). Deze rapporteert op 5 juli 1991:

“De ordening van noten in de melodie is weliswaar niet gelijk aan die van het oorspronkelijke werk, maar die oorspronkelijke melodie kan wel zonder enig probleem gezongen worden op het schema van het werk van de heer Bakker. Dat werk is ook op andere gebieden, zoals de arrangeertechniek en het ritme, eenvoudig te herleiden tot het werk “I wanna be loved by you”. Daar komt nog bij dat gebruik is gemaakt van een stem die zodanig is opgenomen dat iedereen op het eerste gehoor denkt met de stem van Marilyn Monroe te maken te hebben. Ook dat, kennelijk met opzet aangebrachte, aspect leidt er, in combinatie met de “trompet-lick” die in beide werken voorkomt en het karakteristieke “poo-poo-padoop” einde, toe dat de gelijkenis [...] te groot is om alleen maar van nodeloze stijfnabootsing te spreken. De VCP is dan ook van mening dat hier van plagiaat sprake is.”

Stemra begint daarop een procedure tegen Result. Deze is van mening - daartoe aangezet door Result- dat de Taksí song moet worden getoetst aan het oorspronkelijke werk uit 1928 en dus niet aan de uitvoering door Marilyn Monroe:

“Dat de uitvoering met Marilyn Monroe een verveelvoudiging is van de oeruitvoering en dat “Taksi-Song” in ieder geval een verveelvoudiging is van deze verveelvoudiging en derhalve ook een inbreuk op het auteursrecht van Stothart c.s. vormt, zoals Stemra bovendien nog heeft gesteld, past niet in het stelsel van het auteursrecht en kan derhalve niet worden aanvaard.”



De Rechtbank overweegt vervolgens:

“Vergelijking van de muzieknotatie van “Taksi Song” en de uitvoering ervan met [...] bladmuziek en uitvoering van [de oorspronkelijke versie, LB] van “I wanna be loved by you” leidt de Rechtbank tot de conclusie dat geen sprake is van een ongeoorloofde verveelvoudiging van laatstgenoemd werk door Result. Op het eerste gehoor is er geen significante gelijkenis tussen beide, ook al omdat “Taksi Song” een zeer geringe lengte heeft. Weliswaar is op het tweede gehoor waarneembaar dat het oorspronkelijke lied zonder probleem kan worden gezongen op het muziekarrangement in “Taksi Song”, doch voornoemde muzieknotatie van het liedje van Bakker en het ritme, de harmonie en de intro van “Taksi Song” verschillen teveel van het oorspronkelijke werk om [...] vol te kunnen houden dat hierin auteursrechtelijk beschermde trekken van het oorspronkelijk werk zijn overgenomen.”

Stemra gaat in hoger beroep. Ook het Hof is van mening dat het werk uit 1928 uitgangspunt moet zijn voor de vergelijking, aangezien de vordering van Stemra uitsluitend gegrond is op de auteursrechten van Stothart c.s.. Het Hof constateert:

“dat Taksí (nagenoeg) het volledige akkoordenschema (harmonische schema) volgt van “I wanna be loved by you” [...] zoals vastgelegd in de bladmuziek van 1928.”

Om nabootsing aan te nemen is volgens het Hof echter meer nodig. Dat meerdere is er ook. Weliswaar zijn weinig noten hetzelfde van toon, plaats en lengte, maar in beide stukken:

“[valt] de frasering van de melodie te verdelen [...] over vier frasen, die elk ongeveer twee maten lang zijn en welke, indien aangehoord tegen de achtergrond van het akkoordenschema, ondanks verschillen in accentuering binnen die frasen, een auditief soortgelijke indruk achterlaten, ook wat de ritmiek betreft. Binnen het, korte, refrein, van “I wanna be loved by you” speelt voorts het karakteristieke slot “poo-poo-padoop”, ook wat de tekst betreft, een belangrijke rol en in Taksí valt op dat in het slot de typische “oe”-klanken op dezelfde wijze over de slotnoten verdeeld zijn, al lopen de noten van G naar C omhoog in “I wanna be loved by you” en van E naar C omlaag in

Taksi, terwijl de ritmiek van die noten in Taxi ook sterk gelijkt op die in “I wanna be loved by you”. In deze omstandigheden is [...] sprake van nabootsing in gewijzigde vorm.”

Omdat niet geheel duidelijk is of Stemra (die anders dan Buma immers geen wettelijk monopolie heeft) wel de bevoegdheid heeft verkregen om in casu op te treden, wordt haar opgedragen dit te bewijzen, alvorens verder wordt beslist. De procedure wordt vervolgens niet meer hervat.

- Is het Marilyn Monrie-achtige meisje nog van belang? In welk verband zou dat **wel** het geval zijn?
Wat vindt u van de overwegingen van het Hof?

Uit de bovenstaande uitspraken komt het beeld naar voren dat er bij de vergelijking van een oorspronkelijk werk met een beweerdelijk inbreukmakend werk gekeken wordt naar punten van overeenstemming. Daarbij blijkt echter dat sommige punten van overeenstemming er kennelijk meer toe doen dan andere. In de Spaanse tegels uitspraak blijkt dat het gebruik van dezelfde tegels door de concurrent kennelijk niet de doorslag geeft. In Heertje/Hollebrand doet de exact overgenomen fout in de *mutiplier* formule er uiteindelijk niet toe. Gebruik van hetzelfde akkoordenschema in de Taxi Song maakt deze op zichzelf nog niet tot een inbreuk op I wanna be loved by you.

We zien hier tot uitdrukking gebracht dat er een zeker correlatie bestaat tussen de werktoets enerzijds en het criterium of iets al dan niet een verveelvoudiging is anderzijds. Om verveelvoudiging aan te kunnen nemen is het van belang dat wordt vastgesteld dat datgene wat het oorspronkelijke werk oorspronkelijk maakt ook is terug te vinden in het voortbrengsel van de concurrent. Dat in beide voortbrengsen dezelfde niet-oorspronkelijke elementen kunnen worden teruggevonden is niet van belang.

Hoge Raad, 29 december 1995, IEPT 19951229 (Decaux / Mediamax)

J.C. Decaux en Mediamax exploiteren allebei billboards voor buitenreclame. In deze zaak gaat het om de vraag of sprake is van inbreuk op de “houders” van die billboards (de reclameborden zelf, derhalve).

De houder van Decaux (links) bestaat uit een frame waarin een rechthoekig reclamebord is opgehangen. Het frame heeft de vorm van een omgekeerde U, waarbij de hoeken van het frame vrijwel recht zijn. De poten van de U zijn halverwege enigszins geknikt, waardoor het bovenste deel van de U uit het platte vlak naar voren komt. Het frame is gemaakt van buisvormig materiaal. Het reclamebord is aan iedere poot van de U met acht ringen bevestigd. De houder van Mediamax (rechts) bestaat uit een frame, dat is gemaakt van buisvormig materiaal waarin een rechthoekig reclamebord is opgehangen. Het frame heeft de vorm van een omgekeerde U. Het reclamebord is met twee of drie ringen bevestigd in het frame. Het bovenste deel van het frame steekt boven het reclamebord uit en is naar voren gebogen zodat het uit het platte vlak naar voren komt. Het doet dienst als drager van verlichting ten behoeve van het reclamebord.



De Hoge Raad stelt vast dat het Hof de vraag of sprake is van een verveelvoudiging of van een zelfstandig werk aldus heeft opgevat dat: *“onderzocht moet worden of Mediamax met haar Billboard voldoende afstand genomen heeft van de Mupi Senior van Decaux. Deze laatste vraag is door het Hof na een reeks overwegingen in rov. 4.14 van zijn arrest bevestigend beantwoord in dier voege dat het Hof in die overweging tot de slotsom is gekomen dat - op grond van alle in de voorafgaande overwegingen genoemde verschillen - de totaalindrukken van de produkten van partijen zodanig verschillend zijn dat van een inbreuk op het aan Decaux toekomende auteursrecht of modelrecht niet gesproken kan worden.”*

Deze maatstaf is volgens de Hoge Raad juist, zodat de daartegen door Decaux geuite klacht faalt. Ook heeft het Hof volgens de Hoge Raad terecht

“[...]tot uiting gebracht dat aan het enkele ontwikkelen of inzetten van een nieuwe mode of stijl geen bescherming krachtens auteurs- of modelrecht toekomt en dat derhalve moet worden onderzocht of - mede gelet op mode, trend of stijl op het onderhavige terrein - Mediamax voldoende afstand van de Mupi Senior heeft genomen en met haar ontwerp op een voldoende eigen wijze uiting gegeven heeft aan de vigerende mode, trend of stijl van ontwerpen. Een en ander geeft geen blijk aan een onjuiste rechtsopvatting.”

HR 21 februari 1992, NJ 1993, 164 (Barbie-pop)

Mattel brengt sinds 1959 de bekende Barbie "fashion doll" op de markt. Het uiterlijk van deze pop is in de loop van de jaren regelmatig veranderd. De Barbie-pop waarom het in deze zaak gaat dateert van 1976. Sinds 1962 bestaat op de Europese markt ook de modepop "Sindy". Deze had oorspronkelijk een kinderlijk uiterlijk. MB heeft in 1986 de rechten op deze pop verkregen. In 1988 heeft MB een nieuwe Sindy laten ontwerpen, die begin 1989 op de markt is gebracht. Deze nieuwe Sindy is duidelijk "ouder".



Naar de mening van Mattel wordt door het kopje van de nieuwe Sindy-pop inbreuk gemaakt op haar auteursrecht op de Barbie-pop. Zowel de President in kort geding als het Hof in hoger beroep geven Mattel daarin gelijk. (Sindy wordt bovendien op de markt gebracht in een doos die sterk lijkt op de door Mattel als merk gedeponeerde doos waarin Barbie wordt verkocht; Hof en President wijzen daarom tevens een vordering op basis van merkinbreuk toe, hetgeen in cassatie niet meer door MB bestreden wordt).

In de procedure komt o.a. de vraag aan de orde of de Barbie-pop wel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt. Volgens het Hof kan daaraan niet worden getwijfeld; Barbie onderscheidt zich tussen de ter zitting getoonde speelgoedpoppen onmiskenbaar als een eigen type.

Het Hof geeft daartoe van de pop de volgende (naar de mening van Advocaat-Generaal Asser "welhaast lyrische") omschrijving:

" *Barbie onderscheidt zich door een levendige, persoonlijke en zeer sprekende gelaatsuitdrukking. Zij heeft de uitstraling en roept het levend beeld op van een aantrekkelijk en opgewekt volwassen wordend tiener-meisje met de levensverwachtingen en -mogelijkheden die aan dat type eigen zijn of daar in ieder geval in de ogen van een kind bijhoren. Haar blik drukt een zekere herkenning uit waardoor zij met degene die haar bekijkt in contact komt. De beschreven eigenschappen zijn naar 's Hofs voorlopig oordeel de vrucht van een oorspronkelijke schepping, die aan de pop zijn persoonlijk karakter heeft gegeven. Ook in vergelijking met haar uit fotografische weergaven kenbare voorgangsters acht het Hof de huidige Barbie een nieuwe en oorspronkelijke creatie.*"

Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, in aanmerking nemend dat deze kwestie in belangrijke mate door waarderingen van feitelijke aard wordt bepaald.

De belangrijkste kwestie die aan beoordeling van de Hoge Raad wordt voorgelegd betreft de vraag of nodig is dat de eiser stelt (en zo nodig bewijst) dat de inbreuk makende Sindy (rechtstreeks) is ontleend aan Barbie. Daarover zegt de Hoge Raad:

" *[De opvatting dat] voor toewijzing van een vordering gebaseerd op inbreuk op auteursrecht, behalve een bepaalde mate van overeenstemming [...], is vereist dat de eiser stelt en bij betwisting bewijst dat deze overeenstemming berust op bewuste ontlening aan het werk kan [...] niet als juist worden aanvaard omdat zij afdoet aan de effectiviteit van de bescherming welke de Aw aan de rechthebbende beoogt toe te kennen. Daarmede wordt niet uitgesloten dat tegen een vordering als hier bedoeld het met een beroep op bijzondere omstandigheden gemotiveerde verweer kan worden gevoerd dat ondanks de overeenstemming met het werk waarop eiser auteursrecht heeft, sprake is van een zelfstandige schepping die niet de vrucht is van ontlening, ook niet van onbewuste ontlening. Een dergelijk verweer [...] heeft het Hof echter in de stellingen van MB klaarblijkelijk niet gelezen.*"

Hiermee is door de Hoge Raad gekozen voor de "ontleningstheorie" en tegen de "monopolietheorie" inzake verveelvoudiging. Het auteursrecht verschaft dus geen absoluut monopolie, maar uitsluitend een bescherming tegen nabootsing. Met andere woorden: zolang de gelijkenis tussen twee werken maar louter op toevalligheid berust is er geen sprake van auteursrechtinbreuk.

Dát twee werken volstrekt toevallig op elkaar lijken (en dus geheel onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen) komt natuurlijk maar heel weinig voor. Dit levert een vermoeden van ontlening op. De Hoge Raad maakt dat in dit arrest nog eens duidelijk door uitdrukkelijk te overwegen dat degene die zich op inbreuk beroept alleen op de overeenstemming zal hoeven te wijzen. De gedaagde moet dan maar bewijzen dat ondanks die overeenstemming toch sprake is van een zelfstandige schepping en niet van (zelfs maar onbewuste) ontlening. Dat zal niet meevallen en daarom kan men zich afvragen hoe "hard" de keuze voor de ontleningstheorie in de praktijk nu eigenlijk is. Zal het doorgaans toch niet gewoon neerkomen op een monopolie?

Nogmaals: **HR 13 april 1984, NJ 1984, 524 (Suske & Wiske)**

Wij kwamen dit arrest al tegen bij de bespreking van het begrip "werk". Verkuil had zich ook nog tegen de vordering wegens auteursrechtinbreuk verweerd met de stelling dat in casu sprake was van parodieën. Daarover zegt de Hoge Raad:

"*Dat verweer hield [...] uitsluitend in dat de door Verkuil in het verkeer gebrachte stripverhalen parodieën zijn op de stripverhalen in de Suske en Wiske-series en dat de grote gelijkenis tussen de*

wederzijdse tekeningen van Suske, Wiske, Lambiek, Tante Sidonia en Jerom noodzakelijk is -en derhalve geoorloofd- om de herkenbaarheid van de parodie mogelijk te maken.



[... A]nders dan het onderdeel aanneemt heeft het [Hof] in zijn bestrijding van dit verweer] niet een andere dan de door Verkuil verdedigde maatstaf gehanteerd, maar zijn verweer met toepassing van die maatstaf verworpen. Het Hof is immers verondersteltenderwijs ervan uitgegaan, niet slechts dat "De keizerkraker" en "De Glunderende Gluurder" zijn te beschouwen als parodieën op de stripverhalen van Vandersteen, maar óók dat in een parodie zelfs een vergaande mate van nabootsing van het geparodieerde werk geoorloofd is indien en voor zover die nabootsing noodzakelijk is om dat werk herkenbaar en daarmee het parodiërend karakter van het eigen werk duidelijk te maken. Dat het Hof dat verweer niettemin heeft verworpen is omdat het feitelijk van oordeel was dat in dit geval de [...] "vrijwel exacte nabootsing" van de "karakteristieke verschijningsvorm" van voornoemde stripfiguren van Vandersteen "veel verder" gaat dan ter wille van vorenomschreven doel nodig was."

Laatstgenoemd oordeel is volgens de HR van feitelijke aard en leent zich derhalve niet voor toetsing in cassatie.

- Hoe ver mag men dus blijkbaar in een parodie gaan?
Staat dat met deze uitspraak vast?

Sinds de ingrijpende wijziging van Auteurswet in 2004 om te voldoen aan de Auteursrechttrichtlijn, is de hier bedoelde zogenaamde "parodie-exceptie" expliciet in de Auteurswet opgenomen in artikel 18b. Dit artikel staat het gebruik van een werk in het kader van "een karikatuur, parodie of pastiche" thans expliciet toe, mits dit gebruik in overeenstemming is met "hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is". Om die regels nader te duiden kan aansluiting worden gezocht bij jurisprudentie van vóór de wetwijziging, waarin onder andere wel werd overwogen dat een parodie zich onderscheidt van een veeleenvoudiging in gewijzigde vorm doordat het contract met het origineel overheerst en de aanwezige nabootsing juist aan dit contrast bijdraagt.

- Is het voor dat contrast bij een strip-parodie naar uw mening noodzakelijk identieke figuren te gebruiken?

Hof Amsterdam 13 september 2011, IEPT 20110913 (Nijntje)

` Nijntje is al 3 dagen waker [sic].
Ze zit lekker op de pep.
"Pep is slecht", zegt mammië.
"niet met me fokken,"
roept nijntje
"ik sta super strak" '

Zo begint de tekst bij één van de plaatjes die op een door Punt.nl gehoste website is geplaatst. Het plaatje toont de bekende Nijntje figuur, maar dan met wel héél grote pupillen, gezeten achter een tafel waarop o.a. een scheermesje en een poederige substantie kunnen worden onderscheiden. Dit

plaatje-met-tekst en enkele andere (niet in de laatste plaats de bekende “nijn-eleven” afbeelding; zie nader hieronder) waren lange tijd erg populair, vooral onder jongeren.

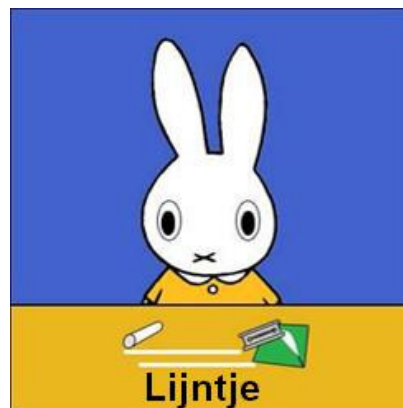
Dit zeer tegen de zin van Nijntjes geestelijke vader Dick Bruna. Die spande (samen met zijn onderneming) in 2009 een kort geding aan tegen webhost Punt.nl B.V., wier abonnees een aantal van deze afbeeldingen op hun site of blog hadden geplaatst. Hij beriep zich daarbij op auteursrecht, persoonlijkheidsrecht en merkrecht (Nijntje is ook als beeldmerk geregistreerd). De webhost voerde als belangrijkste verweer de parodie-exceptie. Dat vond gehoor bij de voorzieningenrechter, althans voor vijf van de zeven plaatjes. Twee plaatjes (waaronder nijn-eleven) werden geacht een té strakke kopie te zijn van het origineel, vooral omdat ze eenvoudigweg met copy-paste gemaakt waren.

Zowel Bruna als Punt.nl gingen in hoger beroep; Bruna vanwege de toegelaten vijf plaatjes en Punt.nl vanwege de niet toegelaten twee. Het gerechtshof Amsterdam oordeelde week dat álle plaatjes geoorloofd zijn en stelde Punt.nl dus geheel in het gelijk. Het Hof honoreerde daarbij het parodie-verweer van Punt.nl, in de eerste plaats voor de vijf afbeeldingen waarbij de voorzieningenrechter dat ook had gedaan:

“De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat vanwege de humoristische bedoeling, het ontbreken van concurrentiebedoeelingen en het ontbreken van verwarringsgevaar, het gebruik van de afbeeldingen 2 tot en met 6 als parodie in dit geval in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is, zoals art. 18b Aw vereist.

Het Hof sluit zich hierbij aan. De bedoeling van deze afbeeldingen, die in combinatie met de bijbehorende teksten in schrill contrast staan met de oorspronkelijke figuur Nijntje, is onmiskenbaar het opwekken van de lachlust, waaraan niet afdoet dat lang niet iedereen de gewraakte afbeeldingen even grappig of gepast zal vinden.

Het gaat hierbij om parodiërend gebruik, immers om nabootsing in een enigszins gewijzigde vorm waardoor de figuur Nijntje tot voorwerp van de lachlust wordt gemaakt en waardoor de teneur van het oorspronkelijke werk op humoristische, overwegend ironische wijze wordt veranderd. Dat contrast wordt versterkt door de combinatie met de begeleidende teksten. Waar de teksten van Dick Bruna bij uitstek kindvriendelijk en geweldloos zijn, zijn de teksten bij de gewraakte afbeeldingen veelal grof en agressief.”



Bruna had aangevoerd dat er grenzen zijn aan parodiërend gebruik van een werk. Het Hof erkent dat, maar geeft aan dat deze in dit geval niet overschreden zijn:

‘Aan [Bruna] kan worden toegegeven dat niet iedere als ‘humor’ gepresenteerde associatie van Nijntje met drugs, seks, terrorisme, racisme, of andere onderwerpen die niet als ‘braaf’ worden beschouwd, een toelaatbare parodie oplevert. De wetgever heeft de vrijheid tot parodiërend gebruik begrensd door de redelijkheid en de regels van het maatschappelijk verkeer. Per voorkomend geval moet worden beoordeeld of die begrenzing in acht is genomen. Zoals hiervoor reeds is overwogen acht het Hof de gestelde grenzen hier nog niet overschreden.’

Het feit dat de afbeeldingen gemakkelijk gevonden kunnen worden door kinderen, die de finesse van de parodie niet begrijpen maakt dat niet anders: *“Het Hof acht de hierdoor aanwezige kans op verwarring en reputatieschade alsmede op aantasting van de betrokken belangen van [Bruna] niet*

dusdanig groot dat dit aan toepasselijkheid van de in art. 18b Aw [de parodie-exceptie; LB] vervatte beperking van het auteursrecht in de weg staat.”

Het Hof staat daarnaast méér toe dan de rechtbank. Oók de nijn-eleven afbeelding en een ander plaatje waar geknipt en geplakt was vonden bij het Hof genade:

“Door de sterk vergrote ogen en het toegevoegde plaatje op het shirtje op afbeelding 1 respectievelijk het toegevoegde flatgebouw op afbeelding 7, in combinatie met de begeleidende teksten (“Het pilletje, Nijntje staat strak...” bij afbeelding 1 respectievelijk “nijn-eleven” in afbeelding 7) is, met behoud van de voor een parodie noodzakelijke herkenbaarheid van het origineel, voldoende afstand tot het origineel genomen om de parodie niet als een klakkeloze kopie aan te merken.”

Op het persoonlijkheidsrechtelijke vlak neemt het Hof het oordeel van de Voorzieningenrechter over dat *“een geslaagd beroep op de exceptie van art. 18b Aw geacht wordt mede te omvatten dat geen beroep op persoonlijkheidsrechten kan worden gedaan en dat een (geslaagde) parodie niet meer is dan dat en derhalve niet kan worden aangemerkt als een “misvorming, verminking of andere aantasting” als bedoeld in art. 25 (lid 1 sub d) Aw. Dat oordeel is juist. Het ligt besloten in de vaststelling dat het gewraakte gebruik van het auteursrechtelijk beschermde werk in het onderhavige geval in overeenstemming is met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is.”*

(Ook voor wat de merkenrechtelijke claim betreft wordt tenslotte het parodie verweer geaccepteerd: de parodie wordt als geldige reden gezien voor het gebruik van het (beeld)merk.)

Volgens het Hof mag de afwijking met het origineel in een parodie dus kennelijk ook gelegen zijn in de context. Anders gezegd: men mag een Nijntje figuur één-op-één kopiëren, als men er vervolgens maar



wat nieuwe, parodiërende zaken omheen plaatst. O.a. bij het nijn-eleven plaatje was dat laatste gebeurd, zoals blijkt uit deze vergelijking (links het origineel, rechts de afbeelding zoals deze o.a. bij Punt.nl te zien was). Ten opzichte van het Suske en Wiske arrest hierboven is dat nieuw. Daar was immers ook



sprake van een geheel andere context. Wel is het zo dat daar iets meer een commerciële bedoeling achter de parodie zat dan in de onderhavige zaak. Het is mij niet bekend of in deze zaak cassatie is ingesteld, maar daar lijkt gezien het bovenstaande wel aanleiding voor.

3. Uitspraken inzake Openbaar maken

HR 6 mei 1938, NJ 1938, 635 (Caféhouder)

Een caféhouder heeft een radio in zijn café en laat die af en toe spelen, tot vermaak van zijn klanten. Zo ook op een zekere avond, toen door een radio-omroep het werk "De Tsarewitsj" van Léhar werd uitgezonden. Léhar spande een procedure tegen de caféhouder aan wegens auteursrechtinbreuk. De Hoge Raad oordeelde hierover dat de caféhouder:



" dit werk in het openbaar ten gehore (heeft) gebracht en dus uitgevoerd in de zin van artikel 12 Auteurswet 1912. Hieraan staat niet in de weg dat hij het werk slechts ten gehore kon brengen omdat het werd uitgevoerd voor de microfoon van een radiostation. "

Volgens de Hoge Raad brengen tekst en strekking van de Auteurswet met zich mee dat:

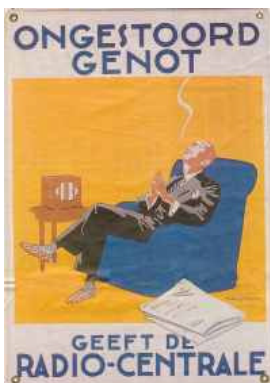
" zodanig uitvoeren voorbehouden blijft aan hem, die het auteursrecht op het werk heeft, ook wanneer de radiouitzending met zijn bewilliging plaats vindt, daar deze bewilliging niet omvat, althans niet behoeft te omvatten, bewilliging voor derden om door middel van het ontvangtoestel het werk ten gehore van het publiek te brengen. "

- Hoe had de caféhouder inbreuk kunnen voorkomen?
[Gevorderdenvraag: is de illustratie bij deze uitspraak naar uw mening toegestaan?]

HR 27 juni 1958, NJ 1958.405 (Draadomroep)

De PTT verzorgt de exploitatie van de zogenaamde draadomroep, een voorloper van de huidige kabel. Met behulp hiervan worden radioprogramma's doorgegeven. Buma meent dat dit neerkomt op een vorm van openbaarmaking en daarom voor wat betreft het zgn. "Buma-repertoire" niet zonder haar toestemming mag gebeuren. Namens de PTT wordt hiertegen aangevoerd dat er niets anders gebeurt dan dat een technisch apparaat wordt geëxploiteerd, met behulp waarvan uitgezonden muziek beter en gemakkelijker kan worden ontvangen. De PTT richt zich niet tot een principieel nieuwe kring van personen, maar op hetzelfde publiek als de omroepen, alleen op een technisch andere wijze. Ook wordt nog aangevoerd, dat de omroepen al een vergoeding aan Buma betalen.

De Hoge Raad verwerpt de stellingen van de PTT, overwegende:



" dat de PTT op deze wijze [...] een afzonderlijke gelegenheid schept om in de studio's en ook elders uitgevoerde werken te beluisteren, welke bestemd is voor allen die het luisteren door middel van de draadomroep verkiezen boven de radio-ontvangst; dat de PTT zich aldus richt tot een andere kring van het publiek dan de radio-omroep, die de bestemming heeft het uitgezondene onder het bereik te brengen van hen die aan de ether-ontvangst met behulp van een radio-ontvangtoestel de voorkeur geven of daarop zijn aangewezen; dat dit meebrengt dat de draadomroep van de PTT [...] een eigen vorm van openbaarmaking oplevert, welke naar tekst en strekking van de Auteurswet 1912 valt onder het begrip openbaar maken in de zin van artikel 1 dier wet en derhalve bij uitsluiting is voorbehouden aan de rechthebbende op het auteursrecht van het betreffende werk. "

- Welke twee kringen van publiek worden onderscheiden? Op welke wijze betalen beide groepen mee aan de verschuldigde auteursrecht-vergoedingen? Kunt u de stelling verdedigen dat de kabelontvangers nu dubbel voor hun ontvangst moeten betalen? Kunt u ook argumenten **tegen** deze stelling aanvoeren?

Een verfijning op deze leer werd aangebracht in het volgende arrest, dat specifiek het geval van de "dubbele ontvangst" behandelt en ook argumenten bevat tegen de dubbele betaling- theorie:

HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 (Kabel-tv)

Het ging in deze zaak om de vraag of de gelijktijdige doorgifte per kabel van een uit de ether ontvangen televisie-uitzending van een film beschouwd moet worden als een openbaarmaking in de zin van de artikelen 1 en 12 van de Auteurswet. De doorgifte geschiedde via de centrale antenne-inrichting van CAI-Amstelveen.

Het Hof overwoog dat het filmprogramma in de vorm van ethersignalen te Amstelveen in de ether was en dat voor iedere inwoner van Amstelveen die in het bezit was van een gewoon televisietoestel technisch de mogelijkheid bestond deze signalen met een individuele antenne *"uit de ether op te vangen en op zijn televisietoestel waar te nemen"* en dat daarom CAI-Amstelveen

" geen afzonderlijke gelegenheid heeft geschapen voor het waarnemen van deze televisie-uitzending en dat CAI-Amstelveen zich daarbij ook niet richtte tot een ander publiek dan -of tot een speciaal gedeelte van- het te Amstelveen wonende publiek van de televisie-omroep. "



Deze binnen het Draadomroep-arrest passende uitleg wordt door de Hoge Raad verworpen in een argumentatie die gebaseerd is op uitleg van de Berner Conventie, in het bijzonder van artikel 11 bis lid 1, hetwelk model staat voor artikel 12 van de Auteurswet. De Hoge Raad merkt op dat in het tot stand komen van artikel 11 bis BC oorspronkelijk wel sprake is geweest van het opnemen van het criterium "nouveau cercle d'auditeurs", doch dat dit te vaag werd geacht en is vervangen door het vereiste van openbaarmaking door een "autre organisme".

Voorts stelt de Hoge Raad dat het vereiste van een "nieuw publiek" ook op praktische bezwaren zou stuiten, omdat steeds weer zou moeten worden nagegaan of een uitzending door het betrokken publiek ook rechtstreeks zou kunnen worden ontvangen. Met het voortschrijden van de techniek is daarvoor geen eenduidig criterium te geven.

Van bijzonder belang is tenslotte de overweging:

" dat een "communication publique" ook voor het zich in de directe ontvangstzone bevindende publiek zelfstandige betekenis heeft, niet alleen voor degenen voor wie de rechtstreekse ontvangst belet of belemmerd wordt omdat zij zich in de signaalschaduw van hoogbouw bevinden, maar ook voor het publiek in het algemeen omdat veelal een kwalitatief betere ontvangst is gewaarborgd en zogenaamde antennewouden kunnen worden opgeruimd. "

Dit leidt de Hoge Raad tot de conclusie:

" Dat brengt mee dat ook voor de toepassing van de Auteurswet 1912 [...] geldt [dat] niet van belang is of een "nieuw publiek" wordt bereikt in de zin van een publiek dat aldus een uitzending kan ontvangen waarvan het anders verstoken zou blijven. "

Voor de bepaling van de aanwezigheid van een secundaire openbaarmaking is volgens de Hoge Raad dus niet van belang of er een nieuw publiek wordt bereikt, maar of er een "nieuwe openbaarmaker", een "autre organisme" in de woorden van de Berner Conventie, in de openbaarmakings-keten verschijnt. Uiteindelijk gaat het in het auteursrecht om het beschermen van de exploitatierechten van de auteursrechthebbenden. Zij zijn degenen die over openbaar maken of verveelvoudigen beslissen en daar (financiële) voorwaarden aan kunnen stellen. Zodra er bij een openbaarmaking iemand opduikt die een graantje meepikt van die openbaarmaking door deze tegen betaling verder door te zetten is sprake van exploitatie. De kabelexploitant verdient óók aan het openbaar maken van de televisieprogramma's. Die openbaarmaking is daarmee auteursrechtelijk relevant en de kabelexploitant is een "autre organisme".

Dat dit zelfs het geval is als die openbaarmaking "tegen wil en dank" van de kabelexploitant plaatsvindt leert de volgende uitspraak.

HR 14 januari 1983, NJ 1984, 696 (Kabelpiraten)

Kabelpiraten te Amsterdam "breken in" op de kabel -meestal na het einde van de gewone uitzendingen op een bepaalde zender, maar soms ook daarbinnen- en zenden films uit, die vaak nog pas enkele weken in de bioscopen draaien. Een elftal Amerikaanse filmmaatschappijen, die daardoor hun omzet ernstig bedreigd zien, pakt niet de (immers onbekende) piraten aan, maar begint een procedure tegen de kabelmaatschappij KTA, stellende dat die de films openbaar maakt. KTA zegt er ook niets aan te kunnen doen.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad:

" *het Hof [heeft vastgesteld] omtrent de wijze waarop de "piraten" bij de uitzending te werk gaan:*

"Vanaf een zo dicht mogelijk bij de ontvangst-antenne van KTA te Amsterdam gelegen plaats zendt de piraat de signalen uit en richt deze in een smalle bundel op de ontvangst-antenne van KTA. De signalen zijn -onder andere in verband met het opsporingsrisico- zo zwak mogelijk: niet sterker dan nodig is voor de binnenkomst op de antenne van KTA. De apparatuur van KTA bewerkt vervolgens de ontvangen signalen, versterkt deze en geeft de signalen via het kabelnet van KTA door aan al haar abonnees te Amsterdam."



" *KTA [is] niet aan te merken als "het organisme dat de radio- of televisieuitzending verricht" in de zin van artikel 12, vierde lid Auteurswet 1912. Als KTA de films heeft openbaar gemaakt in de zin van art. 1 van genoemde wet, geldt dit dus als afzonderlijke openbaarmaking. "*

" *[KTA verweert zich met de stelling dat zij de films niet heeft openbaar gemaakt, omdat] enig handelen van KTA zich daarbij niet voordoet en door het Hof niet is vastgesteld. Het Hof heeft echter vastgesteld dat de apparatuur van KTA de van piraten ontvangen signalen bewerkt, versterkt en via het kabelnet van KTA doorgeeft aan al haar abonnees te Amsterdam. Dit een en ander moet aldus worden begrepen dat het de activiteit van KTA is -bestaande in het in werking doen zijn van haar apparatuur- die meebrengt dat haar abonnees de films op hun scherm ontvangen. Daarvan uitgaande heeft het Hof terecht geoordeeld dat hier sprake is van openbaarmaking van de films door KTA in de zin van de Auteurswet 1912."*

- Hoe beoordeelt u deze uitspraak in het licht van de Europese uitleg die inmiddels aan het begrip "mededeling aan het publiek" en de interventie daarin door derden wordt gegeven (zie verderop in dit hoofdstuk)? Zou de Hoge Raad naar uw mening vandaag de dag nog op dezelfde wijze hebben kunnen oordelen?

Is er altijd sprake van openbaarmaking als door jouw toedoen ook anderen kennis kunnen nemen van een werk? Nee, zo leert onderstaand arrest van de Hoge Raad.

HR 1 juni 1979, NJ 1979, 470 (Wasserij De Zon)

Een werknemster van waterij de Zon te Goes brengt haar transistorradio mee naar het werk. Zij zet deze op haar paktafel in de grote hal van De Zon en brengt daarmee muziek ten gehore, waaronder zich werken bevinden die tot het repertoire behoren waarvan Buma het auteursrecht beheert. In de hal werken 25 à 30 mensen; maar door de onderlinge afstanden en het lawaai van machines kunnen behalve de eigenares van de radio nog een à twee andere meisjes de muziek horen *"als de radio zacht speelt, terwijl als de radio hard speelt nog ongeveer vier andere werknemers de muziek min of meer duidelijk kunnen horen [...], doch tevens verklaard is dat de chef er wat van zegt als hij te hard aanstaat."* Buma heeft dit geconstateerd en het bedrijf verzocht auteursrecht-vergoedingen te betalen volgens het toepasselijke tarief. Omdat dit geweigerd werd, begon Buma een gerechtelijke procedure.



Nadat de Rb. de vordering van Buma had toegewezen, en dit vonnis door het Hof was vernietigd oordeelde de Hoge Raad:

" De Auteurswet 1912 bevat geen definitie van wat onder openbaarmaking van een muziek- of ander kunstwerk moet worden verstaan. Wel bepaalt zij in art. 12 dat onder openbaarmaking mede moet worden verstaan de uitvoering in het openbaar, waaronder [...] mede moet worden begrepen die in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- en daaraan gelijk te stellen kring en voor de toegang [...] geen betaling in welke vorm ook geschiedt. Hieruit volgt wel dat de wetgever de beslotenheid van de kring waarbinnen de uitvoering plaats vindt op zichzelf onvoldoende acht om de uitvoering niet als openbaarmaking te beschouwen, maar niet dat hij -buiten het geval van uitvoering in de familie-, vrienden-, en daaraan gelijk te stellen kring ieder laten klinken van muziek zo dat ook anderen [...] deze kunnen horen als openbaarmaking beschouwd wenst te zien, ongeacht of het ook de bedoeling was om anderen mee te laten luisteren. "

Na deze inleiding komt de Hoge Raad tot de volgende regel:

" Wanneer iemand uitsluitend ten eigen genoegen muziek ten gehore brengt, zal het feit dat er anderen zijn die deze muziek ook kunnen horen alleen dan kunnen meebrengen dat het ten gehore brengen van de muziek als openbaarmaking in de zin van de auteurswet 1912 moet worden beschouwd, als hij er een beroeps- of een soortgelijk belang bij heeft dat ook anderen dan hijzelf naar de muziek kunnen luisteren. "

➤ Wiens belang wordt nu gewogen, dat van de werknemster of van de directeur van de waterij?

Hoe zit dit bij openbaarmaking op internet? Geldt daar de regel die we kennen uit de serie caféhouder t/m Kabel TV? Zo ja, dan zou niet alleen degene die daadwerkelijk openbaar maakt aansprakelijk zijn bij auteursrechtinbreuk, maar ook de internetprovider van wiens diensten deze gebruik maakt (zelfs als deze van niets weet –vgl. de uitspraak inzake de kabelpiraten!). Zo ligt het echter niet, hetgeen voor het eerst duidelijk werd uit de volgende uitspraak.

Pres. Rb. 's Gravenhage 12 maart 1996, AMI 1996, 96 (Scientology / Xs4all, K. Spaink et al.)

Karin Spaink gebruikt de Stichting XS4all te Amsterdam als Internet provider. Op haar homepage heeft zij teksten opgenomen uit de zogenaamde "Fishman Affidavit". Dit is een verklaring die is opgesteld door de Amerikaan Steven Fishman, ten behoeve van een gerechtelijke procedure in de Verenigde Staten. Een bijlage van deze verklaring bevat een gedeelte van het door Scientology gepubliceerde, niet vertrouwelijke werk "Ability" en een aanzienlijk deel van ongepubliceerde, vertrouwelijke werken, genoemd "Operating Thetan". Mevrouw Spaink heeft de teksten op haar homepage gezet omdat ze het van groot belang vindt dat de betreffende teksten (ter waarschuwing) worden getoond, nu daaraan de verwerping van de waarden van de democratische samenleving ten grondslag ligt.

Scientology dagvaardt mevrouw Spaink, Xs4all en nog 21 anderen (voornamelijk Internet-providers) in kort geding, stellende dat deze door (het mogelijk maken van) publicatie van de teksten op het Internet inbreuk hebben gemaakt op het auteursrecht van Scientology (The Church of Spiritual Technology). Karin Spaink zou de teksten openbaar hebben gemaakt, door deze te verwerken op haar homepage; de andere gedaagden hebben toegang verschaft tot de betreffende werken. Scientology vordert o.a. dat de inbreuk wordt gestaakt.

De Internet access providers betwisten dat -al aangenomen dat een van hun abonnees inbreuk zou maken op een auteursrecht- zij daarvoor mede aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zij stellen dat ze zich uitsluitend bezig houden met de infrastructuur voor de communicatie tussen de gebruikers en niet met de inhoud van de informatie die door gebruikers ter beschikking wordt gesteld. Zij "hebben geen boodschap aan de boodschap" en vergelijken zich niet zozeer met een uitgever, als wel met PTT Telecom, die telefoongesprekken, fax- en dataverkeer doorgeeft. Zij stellen ook geen onrechtmatige daad te hebben gepleegd door willens en wetens profijt te trekken van auteursrechtinbreuk. Zij hebben geen invloed op de inhoud van homepages en kunnen ook geen controle uitoefenen op hetgeen hun servers passeert. Dat laatste zou volgens hen bovendien inbreuk maken op het grondrecht van artikel 10 EVRM van de abonnee.

De providers betwisten overigens -met mevrouw Spaink- dat sprake is van inbreuk op auteursrecht. De betreffende werken zijn inmiddels door mevrouw Spaink van het Internet verwijderd en zijn nu nog slechts in geparafraseerde, niet inbreuk makende vorm aanwezig. Mevrouw Spaink beroept zich bovendien op het citaatrecht en op haar recht op vrijheid van meningsuiting.

De President overweegt onder andere:

"Vast staat [...] dat [mevrouw Spaink], nadat eiseres -na aandringen daarop door gedaagden- hun op auteursrecht gebaseerde claims beter hadden gestaafd, haar homepage drastisch heeft omgewerkt. Dat zij thans nog inbreuk maakt op enig aan eisers toekomend auteursrecht is niet aannemelijk geworden. Voor zover zij ook nu nog letterlijk passages uit beschermde werken heeft overgenomen gaat het om niet meer dan citaten die, gelet op de context waarin zij worden gebezigd, vallen onder de uitzonderingsregel van artikel 15a van de Auteurswet. [...]"

De tegen mevrouw Spaink gerichte vordering wordt dan ook afgewezen.

Wat betreft gedaagden sub 1 tot en met 22 [de Internet-providers, LB] moet worden aangenomen dat zij niet meer doen dan gelegenheid geven tot openbaarmaking en dat zij in beginsel geen invloed kunnen uitoefenen op of zelfs maar kennis dragen van datgene wat diegenen die via hen toegang tot Internet hebben gekregen daarop uitdragen. In beginsel is er daarom geen aanleiding hen aansprakelijk te houden voor onrechtmatige - bij voorbeeld op auteursrechten van derden in-

breuk makende- handelingen van gebruikers. Een aansprakelijkheid zou aangenomen kunnen worden in een situatie waar onmiskenbaar duidelijk is dat een publicatie van een gebruiker onrechtmatig is en waarin redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zulks ook bij de access provider bekend is, bijvoorbeeld doordat deze op een en ander is geattendeerd. In een dergelijke situatie zou wellicht van de access provider verlangd kunnen worden dat hij tegen de betrokken gebruiker optreedt.”

In de onderhavige zaak blijkt van dat laatste echter niets. De vorderingen van Scientology worden daarom afgewezen en Scientology wordt in de kosten veroordeeld.

Er is in deze zaak vervolgens nog heel lang (ruim tien jaar) doorgeprocedeerd. Scientology heeft daarbij echter steeds in het stof moeten bijten. De hoofdregel is overeind gebleven (hoewel hier en daar met een lichte nuance): Een provider is pas aansprakelijk voor auteursrechtinbreuk (of andere onrechtmatigheden) op een door hem gehoste internetpagina, indien hij nalaat maatregelen te nemen nadat hij redelijkerwijs van de onrechtmatigheid op de hoogte is. Uiteindelijk heeft Scientology haar cassatieverzoek tegen de laatste uitspraak van het Hof eind 2005 ingetrokken.

XS4all was zeer tevreden met het verloop van de diverse procedures. Na het intrekken van het cassatieverzoek door Scientology bood zij haar abonnees een T-shirt te koop aan met de tekst "Final victory" en op de achterkant fijntjes: "Scientology - XS4all: 0-4"..

Aansprakelijkheid van providers is inmiddels in belangrijke mate in wetgeving geregeld, mede als gevolg van Europese richtlijnen (waaronder de Richtlijn Elektronische Handel). Meer hierover in het vervolgvak Hoofdstukken Informatierecht.

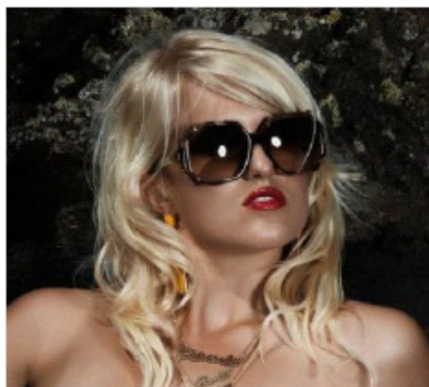


➤ Wat is het verschil tussen bovenstaande uitspraak en de uitspraak inzake de Kabelpiraten? Welke rol speelt de positie van de internet provider respectievelijk de kabelexploitant in dat verschil?

Gerechtshof Amsterdam 19 november 2013, IEPT 20131119; GeenStijl / Sanoma

De website GeenStijl heeft hyperlinks geplaatst naar nog niet gepubliceerde blootfoto's van Britt Dekker die in Playboy zouden gaan verschijnen maar voortijdig op de "clouddienst" Filefactory waren gezet. Volgens Sanoma, de uitgever van Playboy, vormt dat inbreuk op haar auteursrecht op de foto's, omdat de foto's op deze manier openbaar gemaakt zijn. Volgens GeenStijl kan het plaatsen van een hyperlink echter nooit als openbaar maken worden aangemerkt. Het openbaar maken vindt immers al elders op internet plaats; met de hyperlink wordt daar alleen maar naar verwezen.

De rechtbank Amsterdam oordeelt in december 2012 dat GeenStijl door te linken naar de zip-file



met de foto's op Filefactory deze inderdaad had openbaar gemaakt en daarmee auteursrechtinbreuk had gepleegd. De rechtbank overwoog daarbij dat een hyperlink die verwijst naar een voor het publiek toegankelijke site in beginsel weliswaar geen zelfstandige openbaarmaking is: het ter beschikking stellen van het publiek vindt immers plaats op de site waarnaar wordt gelinkt. In dit geval waren de files op Filefactory echter alleen te vinden geweest voor personen die de exacte URL van de vindplaats konden intoetsen. En die was via geen enkele zoekmachine te vinden. Dus, zo redeneerde de rechtbank, kwamen de foto's pas ter beschikking van het

publiek doordat GeenStijl de link naar die exacte URL verschafte.

De uitspraak van de rechtbank wordt echter vernietigd door het gerechtshof. Het hof benadrukt daartoe allereerst het vrije en open karakter van internet en houdt vast aan de bestaande leer dat wie iets plaatst op internet openbaar maakt en dat wie daarnaar linkt in feite alleen verwijst, als in een soort voetnoot:

"Degene die een werk op internet plaatst zodanig dat dit toegankelijk is voor het publiek [...] is degene die dit werk ter beschikking stelt van het publiek en dus openbaart. Verwijzing met een hyperlink naar een aldus op een andere locatie openbaar gemaakt werk is niet veel anders dan met een voetnoot in een boek of tijdschriftartikel verwijzen naar een reeds gepubliceerd ander werk. Een zelfstandige manier van openbaar maken of van interventie daarbij is het geven van een hyperlink in dat geval in beginsel niet."

Playboy kende deze bestaande leer natuurlijk ook wel, maar benadrukte ook in hoger beroep dat het hier nu juist anders lag omdat Filefactory een soort "internetkluis" is (vergelijkbaar met Dropbox of Google drive), waar gebruikers bestanden kunnen opslaan. Anderen dan de gebruiker kunnen daar niet bij, tenzij de gebruiker de *access code* met hen deelt. GeenStijl bestreed dat echter: volgens haar was die "kluis" helemaal niet zo privé of onvindbaar voor een groter publiek. Het hof komt hier niet uit: als Playboy stelt dat het om strikte privéopslag gaat dan is dat natuurlijk geen openbaarmaking. Maar dan had Playboy die stelling wel moeten bewijzen en daar is zij niet in geslaagd. Het hof gaat er dus van uit dat de foto's al beschikbaar waren voor het publiek zodra zij in Filefactory waren geplaatst. En dus heeft GeenStijl met haar link niet openbaar gemaakt.

Overigens oordeelt het hof dat GeenStijl *wel* onrechtmatig heeft gehandeld:

"GS Media wist dat de publicatie van de foto's door vorenbedoelde derde onrechtmatig was. Niet alleen had zij dat al kunnen begrijpen doordat zij de link naar de foto's kreeg toegespeeld door iemand die zich van een kennelijke schuilnaam bediende, maar Sanoma heeft haar nog vóór de publicatie van het artikel met de hyperlink erop gewezen dat de foto's op onrechtmatige wijze waren verkregen en bovendien heeft zij GS Media kort na de plaatsing van de hyperlink gesommeerd deze te verwijderen, waaraan GS Media niet heeft voldaan."

Daar komt nog het een en ander bij:

"Bovendien heeft zij nadat Filefactory had voldaan aan de sommatie van Sanoma c.s. een nieuwe link geplaatst en voorts toegelaten dat haar "reaguurders" nieuwe links plaatsten. Uit niets blijkt dat het geenstijlpubliek de foto's zonder hulp en bijstand van GS Media op eenvoudige wijze had kunnen vinden. Het plaatsen van de hyperlink had derhalve in hoge mate een faciliterend karakter en bovendien kunnen de teksten van de artikelen waarin de hyperlinks waren opgenomen niet anders worden begrepen dan als enthousiasmerend voor het geenstijlpubliek om de illegaal geplaatste foto's te bekijken."

Dat alles bijeen maakt dat GS Media jegens Sanoma c.s. heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt."

Deze uitspraak is overigens ook nog om enkele andere redenen interessant. Zie daarvoor nader hieronder bij de behandeling van het citaatrecht en bij de behandeling van het portretrecht.

De Europese dimensie

De Auteursrechtlijn (als bijlage opgenomen achterin deze bundel) kent het begrip “openbaar maken” niet. In plaats daarvan wordt in artikel 3 van de richtlijn gesproken van “het recht van mededeling aan het publiek” ten aanzien van werken. Grof gezegd zou dat kunnen worden vertaald met “immaterieel openbaar maken”. Daarnaast is in artikel 4 sprake van het “recht de distributie van het origineel of een kopie van een werk toe te staan of te verbieden”. Dat kan worden vertaald met “materieel openbaar maken”.

Waar het begrip “openbaar maken” op Europees niveau niet bestaat is uiteraard ook geen ruimte voor begrippen als primair en secundair (immaterieel) openbaar maken. Nu moet gezegd worden dat dit ook in Nederland meer begrippen uit de rechtswetenschap dan uit de jurisprudentie zijn. Rechter spreken doorgaans alleen van openbaar maken of van een “verder gaande openbaarmaking” zonder daarbij de aanduidingen primair of secundair te gebruiken.

Omdat “mededeling aan het publiek” door de Auteursrechtlijn een communautair begrip is geworden wordt de uitleg daarvan binnen de Europese Unie geharmoniseerd. Het is uiteindelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU –zie Hoofdstuk 0) dat hierin leidend is. Bij de uitleg van dit begrip is het HvJEU uiteraard haar eigen weg ingeslagen. Dat heeft geleid tot een aantal uitspraken die enigszins afwijken van de tot dan toe geldende Nederlandse jurisprudentie.

HvJEU 7 december 2006 IEPT 20061207 (SGAE / Rafael Hoteles)

SGAE is de “Spaanse Buma”. Zij spant een procedure aan tegen de Spaanse hotelketen Rafael. SGAE is namelijk van mening dat o.a. “door het gebruik van televisietoestellen [...] in [een] hotel waarvan de vennootschap Rafael eigenaar is, in de periode van juni 2002 tot maart 2003, werken van het door haar beheerde repertoire aan het publiek zijn meegedeeld.” Zij heeft daarvoor geen toestemming gegeven en dus is er volgens haar sprake van auteursrechtinbreuk. Haar vordering wordt door de Juzgado de Primera Instancia n° 28 de Barcelona (de rechter in eerste aanleg) gedeeltelijk toegewezen. In hoger beroep bij de Audiencia Provincial de Barcelona is dit college van mening dat een beslissing uitleg vergt van het begrip “mededeling aan het publiek” uit de Auteursrechtlijn. De Audiencia stelt daarom prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU (zie hoofdstuk 0).



Het HvJEU overweegt:

“Uit de drieëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2001/29 [de Auteursrechtlijn, LB] blijkt dat aan het begrip „mededeling aan het publiek” een ruime betekenis moet worden gegeven. Een dergelijke uitlegging lijkt overigens onontbeerlijk om de belangrijkste doelstelling van deze richtlijn te bereiken, die, zoals uit de negende en de tiende overweging van de considerans ervan blijkt, erin bestaat een hoog beschermingsniveau voor onder meer de auteurs te verwezenlijken, zodat dezen met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen.”

Het Hof refereert vervolgens aan het feit dat in eerdere uitspraken al is bepaald dat met het woord “publiek” bedoeld wordt op “een onbepaald aantal televisiekijkers”. Concreet kijkend naar de situatie in het hotel merkt het Hof op dat niet alleen rekening moet worden gehouden met klanten die in de kamers van de hotelinrichting logeren, maar ook met klanten die in elke andere ruimte

aanwezig zijn en dáár naar een televisietoestel kunnen kijken. Verder moet ook in aanmerking worden genomen dat de klanten elkaar gewoonlijk snel opvolgen. Het hof:

*“Het gaat in de regel om een vrij groot aantal personen, zodat deze personen als een publiek moeten worden aangemerkt, gelet op de belangrijkste doelstelling van richtlijn 2001/29 [...]. Bovendien kan de beschikbaarstelling van werken aan dergelijke potentiële televisiekijkers, gelet op de cumulatieve gevolgen ervan, in die context een aanzienlijke omvang nemen[...]. Tevens moet erop worden gewezen dat een mededeling die [onder deze] omstandigheden [...] wordt verricht, volgens artikel 11bis, eerste alinea, sub ii, van de Berner Conventie moet worden gezien als een mededeling die door een andere organisatie van wederdoorgifte dan de oorspronkelijke organisatie wordt gedaan. Een dergelijke doorgifte geschiedt dus ten behoeve van een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een **nieuw publiek**.*

[...]

*Hotelgasten vormen een dergelijk nieuw publiek. Het voor deze gasten ten gehore brengen van een uitgezonden werk door middel van televisietoestellen is immers niet een eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren. Integendeel is het hotel het orgaan dat, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, **tussenkomt** om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek in deze zone bevinden, in beginsel immers niet van het uitgezonden werk kunnen genieten.*

Verder volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 [...] dat er reeds van mededeling aan het publiek sprake is, wanneer het werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is. Derhalve is, anders dan de vennootschap Rafael en Ierland betogen, niet van beslissend belang dat de gasten die het televisietoestel niet hebben aangezet, niet daadwerkelijk toegang tot de werken hebben gehad.

*Daarnaast blijkt uit de aan het Hof overgelegde stukken dat de tussenkomst van het hotel dat aan zijn gasten toegang tot het uitgezonden werk heeft verschaft, moet worden beschouwd als een extra dienstverrichting die wordt verricht om er een bepaald **profijt** uit te trekken. Het aanbod van deze dienst heeft immers onbetwistbaar een invloed op de standing van het hotel en dus op de prijs van de kamers.”*

Afrondend concludeert het hof:

“[...] ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties als zodanig geen mededeling in de zin van richtlijn 2001/29, het doorgeven van een signaal door middel van televisietoestellen door een hotel aan de gasten die in zijn kamers verblijven [vormt], ongeacht de gebruikte techniek van doorgifte van het signaal, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van deze richtlijn[...].”

En de beslotenheid van de hotelkamers wordt niet als een beletsel beschouwd; het Hof overweegt: *“dat het privékarakter van hotelkamers niet eraan in de weg staat dat een aldaar verrichte mededeling van een werk door middel van televisietoestellen, een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt”.*

Naar Nederlands recht zouden we gemakkelijk tot de conclusie komen dat een hoteleigenaar die het signaal van televisieprogramma's doorgeeft naar in de hotelkamers geplaatste televisies “secundair openbaar maakt”. Hij is immers een *autre organisme* dat de openbaarmaking “verder zet” en daar financieel beter van wordt; met andere woorden: hij exploiteert.

Het is goed te constateren dat het HvJEU weliswaar tot eenzelfde uitkomst komt, maar langs een andere weg. Hoewel het begrip *autre organisme* en zelfs artikel 11bis van de Berner Conventie expliciet ter sprake komen, blijken zij voor het Hof slechts een middel te zijn om het criterium **nieuw publiek** nade-

re inhoud te geven. Naast dit criterium zijn verder het begrip **tussenkomst** (in latere uitspraken ook **interventie** genoemd en het begrip **profijt** of **winst** van belang. Het *autre organisme* **interveniet** in de openbaarmaking, bereikt daardoor een **nieuw publiek** en behaalt daar **winst** mee. Dat is de strekking.

Het HvJEU zette deze lijn door met betrekking tot satelliettelevisie in de onderstaande uitspraak.

HvJEU 13 oktober 2011, IEPT 20111013 (Airfield)

De Belgische vennootschap Airfield is een zustervenootschap van Canal Digitaal. Zij biedt onder de naam TV Vlaanderen via de Astra satelliet een pakket satellietzenders aan voor haar abonnees in België en Luxemburg. De abonnees kunnen deze bekijken door middel van een satellietdecoder; het abonnement geeft recht op een decodeerkaart. Technisch ondersteund door Canal Digitaal geeft Airfield op deze manier rechtstreeks de programma's van diverse omroeporganisaties door. Zij betaalt die omroepen daarvoor ook een vergoeding.

Sabam (het "Belgische Buma/Stemra") en Agicoa (een Belgische collectieve beheersorganisatie voor de rechten van producenten van audiovisuele werken) beginnen een procedure tegen Airfield



en Canal Digitaal. Volgens hen voeren deze "een heruitzending uit van de door de omroeporganisaties reeds uitgezonden televisieprogramma's" en hebben zij daarvoor toestemming nodig van de makers van de uitgezonden werken. Airfield c.s. ontkennen dit: zij "heruitzenden" helemaal niks, maar bieden enkel in opdracht van de omroeporganisaties hun televisieprogramma's per satelliet aan het publiek aan. Het gaat volgens hen om een eerste en enige uitzending per satelliet door de omroeporganisaties zelf, waarvoor deze op technisch vlak een beroep doen op de diensten

van Airfield en Canal Digitaal. Alleen de omroeporganisaties verrichten een auteursrechtelijk relevante handeling, aldus Airfield c.s.

De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel wijst de vorderingen van Sabam en Agicoa toe. Het Hof van Beroep te Brussel oordeelt dat voor de behandeling vragen van uitleg nodig zijn betreffende de Europese Richtlijn inzake satelliettelevisie (Richtlijn 93/83) en stelt aldus prejudiciële vragen aan het HvJEU.

Het HvJEU overweegt dat niet alleen genoemde richtlijn, maar ook de Auteursrechtlijn van toepassing is. Daarnaast stelt het Hof vast dat de doorgifte door Airfield bovenop de (gelijktijdige) uitzending door de omroepen zelf komt. Ten aanzien van het begrip "mededeling aan het publiek" overweegt het Hof als volgt:

*"Eerst en vooral volgt uit artikel 2 van richtlijn 93/83 [de richtlijn Satelliettelevisie, LB] dat de houders van auteursrechten toestemming moeten verlenen voor elke mededeling van beschermde werken aan het publiek per satelliet. Vervolgens volgt uit de rechtspraak van het Hof dat deze toestemming moet worden verkregen door met name de persoon die deze mededeling opstart of die daarin een **interventie** uitvoert zodat door middel van deze mededeling de auteursrechtelijk beschermde werken toegankelijk worden voor een **nieuw publiek**, dat wil zeggen een publiek dat de auteurs van de beschermde werken niet voor ogen hadden toen zij aan een andere persoon toestemming verleenden."*

Het Hof verwijst in dit kader o.a. naar haar eerdere uitspraak naar aanleiding van het begrip mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van de Auteursrechttrichtlijn inzake Rafaël hoteles (zie hierboven). Het Hof stelt vervolgens vast dat toestemming van de auteursrechthebbers *niet* nodig is als de “*interventie tijdens de mededeling aan het publiek [...] uitsluitend bestaat in de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties die [de] mededeling mogelijk moeten maken of tot stand brengen.*”

Dat is hier echter niet aan de orde. De activiteit van Airfield, bestaande uit het (doen) coderen van de uitzendingen (de “mededelingen” in de woorden van het hof) en ten tweede het ter beschikking stellen van de benodigde decodeer-apparatuur aan de abonnees “*valt [...] niet samen met een loutere terbeschikkingstelling van fysieke installaties om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied mogelijk te maken of te verbeteren, [...], maar deze activiteit vormt een interventie zonder welke deze abonnees de uitgezonden werken niet kunnen bekijken of beluisteren hoewel zij in dat gebied wonen. Deze personen behoren dus tot het doelpubliek van de aanbieder van het satellietpakket zelf, waarbij deze aanbieder door zijn interventie in de betrokken mededeling per satelliet de beschermde werken toegankelijk maakt voor een publiek dat ruimer is dan het doelpubliek van de betrokken omroeporganisatie.*

Bovendien vormt de interventie van de aanbieder van het satellietpakket een zelfstandige dienst die hij met een winstoogmerk verricht, aangezien deze personen de abonnementsprijs niet aan de omroeporganisatie, maar aan deze aanbieder betalen.

Ten slotte maakt de aanbieder van een satellietpakket niet de toegang door zijn abonnees tot de door één enkele omroeporganisatie verrichte mededeling mogelijk, maar groepeer hij verschillende mededelingen van verschillende omroeporganisaties in een nieuw audio-visueel product, en het is de aanbieder van het satellietpakket die beslist over de samenstelling van dit pakket.

Derhalve dient te worden vastgesteld dat de aanbieder van een satellietpakket de kring van personen die toegang tot de televisieprogramma's hebben, opentrekt en het mogelijk maakt dat een nieuw publiek toegang krijgt tot de beschermde werken en ander beschermd materiaal. Bijgevolg moet deze aanbieder van een satellietpakket voor zijn interventie in de mededeling per satelliet de toestemming van de betrokken rechthebbenden verkrijgen [...].”

Dat het invullen van het begrip “mededeling aan het publiek” soms lijnrecht tegenover bestaande Nederlandse jurisprudentie kan komen te staan leren de volgende twee uitspraken. Hier slaat het Hof weg in die *niet* meer een zelfde resultaat opleveren als een beoordeling naar (oud) Nederlands recht. In de Nederlandse auteursrechtelijke literatuur was er dan ook veel kritiek op. De eerste uitspraak beperkt het begrip mededeling aan het publiek voor een Nederlandse blik onnodig. De tweede verruimt het verder dan wenselijk lijkt... Opvallend genoeg werden beide uitspraken op dezelfde dag gewezen.

HvJEU 15 maart 2012, IEPT 20120315 (SCF / Del Corso)

SCF is een Italiaanse collectieve beheersorganisatie voor de inning en repartitie van de naburige rechten van exploitanten van fonogrammen. Marco del Corso is een tandarts in het Italiaanse Turijn. SCF heeft Del Corso gedagvaard voor het Tribunale di Torino tot vaststelling dat hij in zijn particuliere tandartspraktijk in Turijn als achtergrondmuziek auteursrechtelijk beschermde fonogrammen uitzond en dat daarvoor een billijke vergoeding verschuldigd is, aangezien het hier zou gaan om een „mededeling aan het publiek”. Del Corso heeft zich o.a. verweerd met de argumenten dat de muziek in zijn praktijk via de radio werd uitgezonden en dat het bij mededelingen aan het publiek gaat om gebruik in openbare ruimten. Een tandartspraktijk is dat volgens hem niet. Hij krijgt in eerste aanleg gelijk. In hoger beroep stelt het Corte d'appello di Torino vragen van uitleg aan het HvJEU. Dat overweegt:

“Om te beoordelen of een gebruiker een mededeling aan het publiek in de zin van [...] richtlijn 92/100 [de verhuur- en naburige rechten richtlijn, LB] verricht, moeten [...] de situatie van een specifieke gebruiker en die van alle personen aan wie hij de auteursrechtelijk beschermde fonogrammen meedeelt, worden beoordeeld volgens [een] geïndividualiseerde benadering [...].

Bij een dergelijke beoordeling is het van belang rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke bijkomende criteria. [...]

In dit verband dient erop te worden gewezen dat het Hof reeds bepaalde criteria heeft uitgewerkt in de iets andere context van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 [de Auteursrechtlijn, LB].

In de eerste plaats heeft het Hof reeds de niet te negeren rol van de gebruiker benadrukt. Zo heeft het met betrekking tot een exploitant van een hotel en een café-restaurant geoordeeld dat hij een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, intervenieert om zijn klanten toegang te verlenen tot een uitzending die het beschermde werk bevat. Zonder zijn interventie zouden deze klanten, hoewel zij zich fysiek in het ontvangstgebied van die uitzending bevinden, immers in beginsel het uitgezonden werk niet kunnen horen.”

Het Hof verwijst hierbij expliciet naar de uitspraak inzake Rafaël hoteles (zie hierboven) en naar de niet in deze uitspraak opgenomen uitspraak “Premier League” over doorgifte van de uitzending van een voetbalwedstrijd in een café.

“In de tweede plaats heeft het Hof reeds een aantal aan het begrip publiek inherente aspecten verduidelijkt. Het „publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 ziet – aldus het Hof – op een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers en impliceert overigens een vrij groot aantal personen.”

Hierbij verwijst het Hof nogmaals naar Rafaël hoteles en naar een tweetal andere uitspraken.

“Wat allereerst de „onbepaaldheid” van het publiek betreft, is het van belang erop te wijzen dat het erom gaat „een werk [...] op elke passende wijze waarneembaar [te] maken voor personen in het algemeen, met andere woorden, niet beperkt tot specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren[...].”

“Wat vervolgens het criterium „een vrij groot aantal personen” betreft, heeft dit tot doel erop te wijzen dat het begrip publiek een zekere de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen niet onder dit begrip valt. Om dit aantal te bepalen heeft het Hof rekening gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van werken aan de potentiële luisteraars of kijkers (zie arrest [Rafaël hoteles])[...]. In dit opzicht is het niet enkel relevant te weten hoeveel personen tegelijk toegang hebben tot hetzelfde werk, maar ook hoeveel personen er opeenvolgend toegang toe hebben.

In de derde plaats heeft het Hof in [...] het arrest [...] Premier League [...] geoordeeld dat het winstoogmerk van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 relevant is.[...] Meer in het bijzonder heeft het Hof reeds geoordeeld dat de interventie van de hotelexploitant die tot doel heeft aan zijn klanten toegang tot een uitgezonden werk te verschaffen, moet worden beschouwd als een extra dienst die wordt verleend om er een bepaald voordeel uit te trekken, aangezien deze dienstverlening een invloed heeft op de standing van het hotel en dus op de prijs van de kamers [Rafaël hoteles, LB]. Naar analogie heeft het Hof geoordeeld dat de vertoning van uitgezonden werken door de exploitant van een café-restaurant gebeurt met het doel en in staat kan zijn om gevolgen te hebben voor het aantal bezoekers van die horecagelegenheid en uiteindelijk voor de financiële resultaten ervan [Premier League, LB]. [...] Aldus wordt verondersteld dat het publiek waaraan de mededeling wordt verricht, door de gebruiker als

doelgroep is gekozen en bovendien op één of andere manier ontvankelijk is voor zijn mededeling en deze niet toevallig „opvangt”.

Het Hof past deze criteria vervolgens toe op de situatie in de tandartspraktijk van Del Corso:

“Allereerst dient te worden opgemerkt dat zoals in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten [Rafaël hoteles] en [...]Premier League[...], de patiënten van een tandarts, hoewel zij zich binnen het ontvangstgebied van het dragersignaal van de fonogrammen bevinden, deze fonogrammen slechts kunnen horen omdat de tandarts dit doelbewust mogelijk heeft gemaakt. Bijgevolg moet worden aangenomen dat deze tandarts welbewust interenieert in de uitzending van deze fonogrammen.

Wat vervolgens de patiënten van een tandarts [...] betreft, is het van belang erop te wijzen dat zij normaliter een geheel van personen vormen waarvan de samenstelling grotendeels stabiel is en dat zij dus een bepaald geheel van potentiële luisteraars uitmaken, aangezien andere personen in beginsel geen toegang hebben tot de zorgverlening van deze tandarts. Bijgevolg gaat het niet om „personen in het algemeen”, anders dan de in [het bovenstaande] gegeven omschrijving.



Tandarts Marco del Corso en zijn team

Daarenboven moet aangaande het aantal personen voor wie hetzelfde fonogram door de tandarts hoorbaar wordt gemaakt [...] worden vastgesteld dat het aantal personen vrij beperkt en zelfs onbeduidend is in het geval van patiënten van een tandarts, aangezien de kring van personen die tegelijk in zijn kabinet aanwezig zijn, doorgaans zeer beperkt is. Zo de patiënten op elkaar volgen, neemt dit bovendien niet weg dat deze beurtelings aanwezige patiënten in de regel niet dezelfde fonogrammen, met name de via de radio uitgezonden fonogrammen, horen.

Ten slotte kan niet worden betwist dat [...] een tandarts die als achtergrondmuziek fonogrammen uitzendt in aanwezigheid van zijn patiënten, louter wegens deze uitzending redelijkerwijs niet kan verwachten dat het aantal patiënten van zijn praktijk zal toenemen, of dat hij de prijs van de zorgverlening zal kunnen verhogen. Bijgevolg kan een dergelijke uitzending op zich geen invloed hebben op de inkomsten van deze tandarts. De patiënten van een tandarts gaan immers uitsluitend voor tandverzorging naar een tandartspraktijk en daarbij is een uitzending van fonogrammen geen aan tandverzorging inherent aspect. Zij horen toevallig en buiten hun wil bepaalde fonogrammen, afhankelijk van hun aankomsttijdstip in de praktijk en hun wachttijd alsook van de aard van de behandeling. In deze omstandigheden kan niet worden verondersteld dat de normale kring van patiënten van een tandarts ontvankelijk is voor de betrokken uitzending. Bijgevolg vertoont een dergelijke uitzending geen winstoogmerk, zodat niet is voldaan aan het [hierboven] vermelde criterium.”

Op grond van deze afwegingen komt het Hof tot de conclusie dat in een situatie als die van de tandartspraktijk van Del Corso geen sprake is van een mededeling aan het publiek.

Naar Nederlands recht zouden wij, overeenkomstig “Wasserij de Zon”, ongetwijfeld zijn uitgekomen op het aannemen van een secundaire immateriële openbaarmaking. Buma vraagt ook daadwerkelijk vergoedingen van tandartsen. Het HvJEU vindt dit echter geen mededeling aan het publiek. Is dit slechts casuïstiek? De tijd zal het leren.

Intussen geeft bovenstaande uitspraak wel een mooi overzicht van de elementen die een rol spelen bij het aannemen van een mededeling aan het publiek en van de toepassing daarvan in een concreet geval. Met name de specifieke invulling van het element “(nieuw?) publiek” is duidelijk.

➤ Zet voor jezelf nog eens op een rijtje welke elementen het HvJEU van belang vindt voor het aannemen van een mededeling aan het publiek. Vat vervolgens samen hoe deze hier worden toegepast en wat de doorslag geeft voor het *niet* aannemen van een dergelijke mededeling in dit geval.

HvJEU 15 maart 2012, IEPT 20120315 (PPL / Ierland)

In deze zaak ging het formeel niet om het auteursrecht maar om één van de naburige rechten, namelijk het recht van de producent van een fonogram op een billijke vergoeding bij openbaarmaking daarvan (geregeld in de EU Richtlijn 2006/115 “betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom” en in Nederland uitgewerkt in artikel 17 van de Wet op de Naburige Rechten, WNR). Omdat ook dit recht gekoppeld is aan het begrip “mededeling aan het publiek” is de uitspraak evengoed van toepassing op de auteursrechtelijke mededeling aan het publiek en dus op de uitleg van de Auteursrechtlijn.

PPL (Phonographic Performance (Ireland) Limited) is een Ierse organisatie die de belangen behartigt van producenten van fonogrammen in Ierland. De Ierse nationale wetgever had in de Copyright and Related Rights Act 2000 een uitzondering opgenomen voor het doorgeven van geluidsopnamen, omroepuitzendingen of kabelprogramma's in hotelkamers: dat werd niet als auteursrechtinbreuk beschouwd. Als gevolg daarvan werd ook geen billijke vergoeding betaald op basis van het naburige recht van de fonogrammenproducenten. Volgens PPL is de bepaling in de Ierse wet in strijd met de Europese Richtlijnen over naburige rechten en derhalve onrechtmatig. Zij eist schadevergoeding van de staat Ierland, bestaande uit de ten onrechte niet ontvangen vergoedingen. De Ierse rechter stelt prejudiciële vragen van uitleg aan het HvJEU.



Het HvJEU bevestigt allereerst dat het doorgeven van radio en tv naar hotelkamers een mededeling aan het publiek is. Dat was niet verrassend, want dat was al uitgemaakt in de bovenstaande uitspraak inzake Rafael Hoteles. Het HvJEU verbindt daaraan in deze uitspraak dat de hoteleigenaar óók een billijke vergoeding moet betalen voor de doorgifte van uitgezonden fonogrammen.

Maar de verwijzende rechter had o.a. ook nog gevraagd hoe het zat als een hotelexploitant zijn gastenkamers niet met televisie- en/of radiotoestellen uitrust maar met *andere afspeelapparatuur* voor fonogrammen, en daar fonogrammen in fysieke of digitale bij beschikbaar stelt. Is daar dan óók sprake van een mededeling aan het publiek? Tot verbijstering van Nederlandse auteursrechtjuristen antwoordde het HvJEU ook op deze vraag bevestigend.

Het Hof verwijst allereerst naar het aan de toepasselijke richtlijn 2006/115 ten grondslag liggende WIPO verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen uit 1996. Daarin is bepaald dat onder het begrip “mededeling aan het publiek” tevens dient te worden verstaan “het voor het publiek hoorbaar maken van de op een fonogram vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden.” Het Hof stelt vast dat dit dus ook geldt voor de uitleg van de richtlijn, hetgeen “*overigens steun vindt in de bewoordingen zelf van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115, waarin is gepreciseerd dat het betrekkingheeft op „enigerlei” mededeling aan het publiek en dus op elke denkbare en uitvoerbare mededelingswijze.*” Het Hof vervolgt:

“Een hotelexploitant die zijn gastenkamers uitrust met andere afspeelapparatuur dan televisie- en/of radiotoestellen, en er fonogrammen in fysieke of digitale vorm beschikbaar stelt die door middel van zulke apparatuur kunnen worden afgespeeld of gehoord, verstrekt precies de twee elementen die noodzakelijk zijn om op deze fonogrammen vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden hoorbaar te maken én de materiële dragers van deze geluiden en weergaven van geluiden, te weten de fonogrammen. Deze mededelingswijze valt dan ook binnen de werkingssfeer van artikel 8, lid 2, van richtlijn 2006/115 [...].

[...]. Uit het feit dat een hotelexploitant zijn gastenkamers uitrust met dergelijke afspeelapparatuur en er fonogrammen beschikbaar stelt, en zijn gasten zodoende de twee elementen verschaft die noodzakelijk zijn om van de betrokken werken kennis te kunnen nemen, blijkt dat deze werken voor zijn gasten niet toegankelijk zijn zonder zijn tussenkomst. De hotelexploitant heeft dus een centrale rol.”

Dit is vanuit Nederlands perspectief wel érg veel van het goede. In een commentaar op dit arrest op boek 9.nl⁴ merkt prof. D.J. Visser mijns inziens terecht op dat hier een doorkruising plaatsvindt “van het traditionele onderscheid tussen wat wij in Nederland materieel en immaterieel openbaar maken noemen.” Het beschikbaar stellen van fysieke dragers van een werk is materieel openbaar maken en zou ook in de Europese dimensie onder het verspreidingsrecht van artikel 4 van de Auteursrechtverdracht moeten worden gebracht (en *niet* onder de mededeling aan het publiek van artikel 3). Bij tijdelijke beschikbaarstelling is het verhuur- of leenrecht van toepassing. Mededeling aan het publiek (NL: immateriële openbaarmaking) betreft vertonen, ten gehore brengen, uitzenden! Dat is hier allemaal niet aan de orde.

Visser stelt in zijn commentaar een aantal interessante vragen die dit arrest oproept. “Is het verhuren van settop-boxen een mededeling aan het publiek? Is het verkopen van zowel cd’s als cd spelers een mededeling aan het publiek? Is het exploiteren van een internet-café met pc’s en wifi een mededeling aan het publiek?” Je zou het op basis van deze uitspraak kunnen beargumenteren. Vermoedelijk zal de soep echter niet zo heet gegeten worden. We zullen de verdere jurisprudentie van het Europese Hof moeten afwachten.

Dat de Nederlandse rechter niettemin uitstekend uit de voeten kan met de nieuwe Europese benadering en daarbij toch tot (ook vanuit de oude Nederlandse jurisprudentie bezien) acceptabele uitspraken kan komen leert de volgende zaak,

Rb. Den Haag, 19 december 2012, IEPT 20121219 (Radioportals)

X exploiteert websites waarop radioportals worden aangeboden. Dat wil zeggen dat op de betreffende website hyperlinks worden aangeboden naar uitzendingen van diverse radiostations op internet (radiostreams). Voor Nederland zijn dit er twee: www.nederland.fm en www.op.fm. Daarnaast zijn er nog een stuk of twaalf portals met links naar buitenlandse radiostations. De homepage van de website Nederland.fm ziet er uit als hiernaast weergegeven. Naast de diverse aanklikbare logo’s van de radiostations is er plaats voor door de exploitant geplaatste reclame. In het voorbeeld hieronder is in de balk onder de vlaggetjes bijvoorbeeld reclame te zien van Cheap Tickets.nl.

Als de bezoeker van de website één van de logo’s aanklikt wordt de radiostream van het betreffende station doorgegeven. Bovendien verschijnt het logo van het betreffende station dan in het midden van de pagina. In het hieronder weergegeven geval was dit Sky Radio. Bij Op.fm werkt het iets anders. Daar wordt na het aanklikken van het gewenste station het betreffende station via

4. https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/20070/boek9_-_dirk_visser_-_de_italiaanse_tandarts_en_de_ierse_hotelkamer%5B1%5D.pdf?sequence=6

een klein pop-up venster doorgegeven. Het grootste deel van de homepage (en met name ook de daarop aangebrachte reclame) blijft echter eveneens zichtbaar.

X verdient aan de websites door de verkoop van de op de sites aanwezige advertentieruimte en door de verkoop van gegevens over het klik- en luistergedrag op de websites.

Buma begint een procedure tegen X, o.a. stellende dat X zonder haar toestemming muziek openbaar maakt (of tenminste mede verantwoordelijk is voor die openbaarmaking) door internetgebruikers in de gelegenheid te stellen naar de muziek in de radiostreams te luisteren.

De Rechtbank stelt allereerst vast dat partijen het erover eens zijn dat het laten horen van een radiostream kwalificeert als het openbaar maken van de in die radiostream opgenomen muziek, ook



als de radiostream te horen is nadat een bezoeker van een van de websites van X heeft geklikt op een link naar die radiostream. Het verschil van mening zit hem in de vraag of X (mede) verantwoordelijk is voor die openbaarmaking wanneer (zoals hier gebeurt) de browser van de gebruiker, na het klikken op de link bij bijvoorbeeld nederland.fm, de radiostreams rechtstreeks ophaalt bij de mediaservers van de radiostations.

De Rechtbank meent van wel, omdat X zijn websites zo heeft ingericht dat de gelinkte radiostreams worden beluisterd “in het kader van zijn websites”:

[...] “Voorop staat dat de betrokkenheid van X bij de openbaarmaking verder gaat dan het enkele aanbieden van een hyperlink naar de radiostreams. Bij Nederland.fm heeft X ervoor gekozen om de radiostreams en de daaraan gekoppelde visuele content te presenteren in een frame binnen de homepage van Nederland.fm. Op die manier bewerkstelligt X dat de bezoeker tijdens het beluisteren van de radiostreams de homepage van Nederland.fm gepresenteerd krijgt. Bij Op.fm bereikt X een vergelijkbaar effect door de radiostream te presenteren in een pop-up scherm. [...] De betrokkenheid van X bij de openbaarmaking gaat daarmee verder dan de beschikbaarstelling van faciliteiten om een openbaarmaking mogelijk te maken.

Het gevolg van de interventie van X is dat de radiostreams worden gepresenteerd aan de bezoekers van de websites van X. Daarmee worden de daarin opgenomen muziekwerken toegankelijk voor een ander publiek dan het publiek dat Buma/Stemra voor ogen had toen zij toestemming verleende voor het gebruik van de muziekwerken door de radiostations. De websites van X zijn namelijk andere audiovisuele producten dan de websites van de radiostations. Zij hebben daarom een ander publiek. Daarbij staat vast dat Buma/Stemra niet de bezoekers van de websites van X voor ogen heeft gehad, toen zij toestemming verleende voor de openbaarmaking van de muziekwerken door de radiostations.” [...]

“Dat X de radiostreams presenteert in het kader van zijn eigen websites is auteursrechtelijk relevant omdat hij op die manier de mogelijkheid schept om zelf profijt te trekken uit de radiostreams

en de daarin opgenomen muziekwerken. In feite eigent X zich door zijn handelswijze de mogelijkheid toe om de muziekwerken te exploiteren. X maakt ook gebruik van die mogelijkheid. Op de homepage van zijn websites worden namelijk advertenties gepresenteerd. Vanwege de genoemde inrichting van zijn websites, blijven die advertenties zichtbaar tijdens het afspelen van de radiostreams. Aldus genereert X inkomsten mede met de auteursrechtelijk beschermde muziekwerken van de bij Buma/Stemra aangesloten partijen.

Het enkele feit dat de radiostreams die in het kader van de websites van X te beluisteren zijn, door de browser van de bezoeker rechtstreeks van de mediaservers van de radiostations worden gehaald, kan niet leiden tot een ander oordeel. Dat feit brengt mogelijk mee dat de radiostations mede verantwoordelijk zijn voor de openbaarmaking. Of dat laatste het geval is kan in deze procedure in het midden blijven omdat de radiostations geen partij zijn. De betrokkenheid van de radiostations laat in ieder geval de verantwoordelijkheid van X voor zijn eigen interventie onverlet”.

X had ook nog aangevoerd dat het verbieden van de doorgifte van de radiostreams via zijn portals een niet toegestane inmenging zou opleveren in zijn vrijheid van meningsuiting en in de vrijheid van zijn bezoekers om informatie te ontvangen. Daarmee maakt de Rechtbank korte metten. Vrijheid van meningsuiting is niet absoluut: er zijn beperkingen op toegestaan. In casu zijn deze noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van de auteursrechten van de makers van muziekwerken.

“Het betoog van X dat de bescherming van de informatievrijheid vóór zou moeten gaan, is gebaseerd op zijn stelling dat een portal met hyperlinks een belangrijke functie heeft bij het ontsluiten van informatie op internet. Dat mag zo zijn, maar X doet met zijn radioportals meer dan slechts het bieden van een overzicht met hyperlinks. Zoals hiervoor is vastgesteld, heeft X zijn websites zo ingericht dat na het aanklikken van de hyperlinks de radiostreams kunnen worden beluisterd in het kader van zijn eigen websites, waardoor hij zich de mogelijkheid toe-eigent om de muziekwerken zelf te exploiteren. Die specifieke inrichting van de website tast het exclusieve exploitatierecht van de maker aan, zonder dat daar een duidelijk voordeel voor de informatievrijheid tegenover staat.”

De Rechtbank spreekt een verbod uit tot het verder doorgeven van radiostreams op de Nederlandse portals Nederland.fm en op.fm. Ten aanzien van de op het buitenland gerichte portals acht de Rechtbank Buma niet bevoegd. Daarnaast worden o.a. schadevergoeding of (indien hoger) winstafdracht bevolen.

Inmiddels is de technische situatie bij het doorgeven van radio- en televisiesignalen ook veranderd. De signalen die bij de kabelexploitanten binnenkomen komen niet meer uit de ether, maar worden door de omroepen rechtstreeks per kabel aan de exploitanten beschikbaar gesteld. Onder die omstandigheden kan lastig meer worden gesproken van een secundaire openbaarmaking. De omroepen hebben dit signaal immers niet primair openbaar gemaakt. Dat heeft in 2012 geleid tot de onderstaande uitspraak van het Gerechtshof te Den Haag.

Gerechtshof Den Haag 10 april 2012, IEPT 20120410 (Norma / Kabelaaars)

In deze zaak gaat het eigenlijk niet om auteursrecht maar om naburige rechten van uitvoerende kunstenaars. De stichting Naburige Rechtenorganisatie voor Musici en Acteurs (NORMA) behartigt hun belangen voor zover het niet het openbaar maken van fonogrammen betreft (daarvoor is de stichting SENA in het leven geroepen). Norma heeft hierdoor ook een duidelijke rol bij het innemen en verdelen van vergoedingen die door kabelexploitanten moeten worden betaald.

Als vaststaand wordt in deze procedure aangenomen dat de kabelexploitanten vroeger de benodigde signalen opvingen uit de ether, maar dat deze tegenwoordig door de omroepen worden klaargezet in de Media Gateway in Hilversum, waarna deze door de kabelexploitanten worden opgehaald en op de kabel gezet ter distributie naar het publiek. Volgens Norma is hierbij nog altijd sprake van “heruitzenden” (en daarmee auteursrechtelijk van secundair immaterieel openbaar maken). Zij meent derhalve ten behoeve van haar aangeslotenen aanspraak te kunnen maken op vergoedingen.

Het hof oordeelt evenwel:

“dat de programmadragende signalen die de omroepen aan de kabelexploitanten aanleveren niet op zodanige wijze aan het algemene publiek ter beschikking zijn gesteld dat dit publiek toegang heeft tot de daarin vervatte programma's. Dat publiek kan die toegang pas krijgen na doorgifte van die signalen via de kabel.

Hoewel het in casu niet om auteursrecht maar om naburige rechten gaat, is niettemin het volgende van belang [...]. Voor auteurs is het recht van mededeling aan het publiek, met inbegrip van het recht op beschikbaarstelling van het werk, neergelegd in artikel 3 lid 1 van [de Auteursrecht-richtlijn]. In zijn arrest van 7 december 2006 inzake ' [Rafael] Hoteles' [...] het [...] HvJEU overwogen dat 'uit artikel 3, lid 1, van (de Auteursrecht-richtlijn) (volgt), dat van een mededeling aan het publiek sprake is wanneer het werk op zodanige wijze aan het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor leden van dit publiek toegankelijk is [...] [en] dat onder 'publiek' moet worden verstaan het 'onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers [...]. In zijn arrest van 9 juni 2009 inzake 'Buma/Chellomedia' heeft de HR beslist dat de[ze] uitleg [van] het begrip 'publiek' [...]bepalend is 'voor de thans aan 'openbaarmaking' in artikel 12 Aw te geven richtlijnconforme uitleg'. In aanmerking nemende dat de bij de Media Gateway aangesloten partijen niet het 'onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers' vormen, volgt hieruit [...]dat de aanleveringshandelingen van de omroepen niet als openbaarmakingen/mededelingen aan het publiek in auteursrechtelijke zin kunnen worden gekwalificeerd.

Conclusie voor het hof: *“de omroepen verrichten bij het aanleveren aan de kabelexploitanten geen (primaire) openbaarmaking, ook niet in de zin van de WNR [Wet Naburige Rechten, LB]”. En dus: “Omdat de omroepen in de huidige situatie niet openbaar maken (zie de rov. 4.1-4.6) kan het handelen van de kabelexploitanten niet als secundaire openbaarmaking worden betiteld, maar moet dit als een primaire openbaarmaking worden gezien. Gezien het onder 4.13 overwogene moet derhalve worden geoordeeld dat de kabelexploitanten niet 'heruitzenden' in de zin van artikel 14a WNR, zodat Norma zich thans niet met vrucht op dit artikel kan beroepen”*

Mede vanwege de wijze waarop de overdracht van rechten van de rechthebbenden aan Norma was geformuleerd had Norma derhalve geen aanspraak op vergoedingen jegens de kabelaanbieders.

Uitputting

HR 18 december 1953, NJ 1954, 258 (Polak/de Muinck)

De firma de Muinck heeft het auteursrecht op een aantal kunstreproducties. De firma Polak heeft een aantal van deze reproducties zonder toestemming van de Muinck in haar bezit gekregen (hoe, wordt niet precies duidelijk) en deze verkocht. De Muinck begint daarop een procedure wegens auteursrechtinbreuk. Polak verweert zich met de stelling dat De Muinck zelf al enkele geheel overeenstemmende reproducties openbaar gemaakt had, zodat niet meer van inbreuk kon worden gesproken. Openbaarmaking moet volgens haar namelijk gezien worden als "*openbaarmaking van een als één verveelvoudiging te beschouwen uitgave (oplage) en niet van ieder der exemplaren van die uitgave (oplage) afzonderlijk*". De Hoge Raad maakt hiermee korte metten:

" *dat echter het uitsluitend recht tot openbaarmaking van een werk niet slechts omvat, en dus niet is uitgeput met, de openbaarmaking van één of meer verveelvoudigingen van dat werk, doch -zoals ook art. 12 onder 1e van de Auteurswet doet blijken- ten aanzien van elke verveelvoudiging de auteursgerechtigde en deze alleen de bevoegdheid toekomt deze openbaar te maken;*
dat dan ook exemplaren zonder haar toestemming in omloop gebracht zijn aan te merken als voorwerpen in strijd met haar auteursrecht openbaar gemaakt".

HR 25 januari 1952, NJ 1952, 95 (leesportefeuille)

Uitgeverij "De Spaarnestad" is uitgever van onder andere de tijdschriften Libelle en Panorama. Op de voorpagina van deze bladen heeft zij de volgende tekst aangebracht: "dat de uitgeefster dit tijdschrift slechts ter beschikking stelt onder de uitdrukkelijke voorwaarde, dat iedere verkrijger door het enkele feit van zijn verkrijging jegens haar [...] de verplichting op zich neemt het tijdschrift niet ter beschikking te stellen [...] van een leesportefeuille [...]". De Vennootschap onder Firma "Leesinrichting Favoriet" heeft de bladen niettemin in haar leesportefeuille opgenomen. De Spaarnestad meent dat hiermee auteursrechtinbreuk heeft plaatsgevonden, omdat op haar uitsluitend recht tot openbaar maken (inhoudend het recht te bepalen onder welke restricties zij tot dit openbaar maken wil overgaan) inbreuk is gemaakt.

De Hoge Raad overweegt hierover:

" *dat uit het bij artikel 12, 1e lid, aanhef en onder 2 der Auteurswet 1912 bepaalde volgt dat het opnemen, of doen opnemen in een leesportefeuille van in druk verschenen uitgaven niet als openbaar maken in de zin dier wet is aan te merken;*
dat dan ook een beding, gelijk de Spaarnestad [...] op haar uitgaven deed drukken, het beoogde gevolg niet kan brengen, daar de Spaarnestad niet aan zich kon houden een recht, dat haar, nadat de uitgaven in druk waren verschenen niet toekwam. "

De Spaarnestad had ter ondersteuning van haar vordering ook nog een parallel gelegd met het caféhouder-arrest. Het door een caféhouder in het openbaar ten gehore brengen van een door een zendstation uitgezonden muziekuitsvoering zou vergelijkbaar zijn met het onderhavige geval. Het Hof reageerde hierop met de overweging dat het in het geval van de caféhouder gaat om een uit-



voering, welk begrip door wetsduiding onder het begrip openbaar maken is gebracht (art. 12 lid 1 sub 3). Daarmee is nog niet gezegd dat ook het in een bredere kring verbreiden van exemplaren van een uitgave onder "openbaar maken" valt.

De Hoge Raad onthield zich van een inhoudelijke behandeling van dit verweer, stellende dat het de toepasselijkheid van art. 12 lid 1 sub 2 onverlet laat.

We worden hier geconfronteerd met het verschil tussen **materiële openbaarmaking** en **immateriële openbaarmaking**. In het laatste geval speelt de problematiek van de secundaire (en verder gaande) openbaarmaking, in het eerste wordt dit geblokkeerd door het leerstuk van de uitputting. Materiële openbaarmaking speelt bij werken die in de vorm van het in het verkeer brengen van één of meer exemplaren openbaar gemaakt worden (boeken, voorwerpen van kunstnijverheid). Met de eerste rechtmatige vervreemding van een exemplaar van zo'n werk is het uitsluitend recht tot het in het verkeer brengen van dat exemplaar uitgeput. De eigenaar van het exemplaar mag **met dit exemplaar** verder doen wat hij wil.

In feite zien we in het leerstuk van de uitputting het logische resultaat van de botsing van auteursrecht en eigendomsrecht. Het auteursrecht kan er niet aan in de weg staan dat de eigenaar van een rechtmatig in het verkeer gebracht exemplaar van een werk zijn eigendomsrechten uitoefent. Deze eigendomsrechten betreffen niet alleen het genot van de zaak maar ook de beschikking daarover: het recht de zaak door te verkopen, te verhuren, uit te lenen etc. Maar **niet**: in het openbaar voorlezen, omdat dat immers aan het werk als zodanig raakt en niet louter aan een exemplaar daarvan, en dus ook niet aan het uitoefenen van de eigendomsrechten t.o.v. een exemplaar in de weg staat.

Inmiddels heeft de wetgever in 1995 echter ook het *verhuren* van een werk tot openbaar maken bestempeld. Het kan worden betwijfeld of daarvoor de bovenstaande verklaring ("raakt niet louter aan een exemplaar van het werk") nog wel opgaat. Dat heeft de wetgever echter voor lief genomen: belangrijker was dat men tegemoet wilde komen aan de belangen van uitgevers en (met name) producenten van beeld- en geluidsdragers, die bij een geheel vrijlaten van de verhuur van door hen geëxploiteerde producten belangrijke inkomsten zouden mislopen. (Zie hierover nader onder de uitspraak Free Record Shop, hieronder).

Bij immateriële openbaarmaking gaat het steeds om exploitatie waarbij **geen** exemplaren van werken in het geding zijn, zoals de uitvoering van een muziekstuk of de vertoning van een film. Hier worden geen exemplaren verhandeld, zodat geen uitputting plaatsvindt. In plaats daarvan geldt het leerstuk van de secundaire (en verdere) openbaarmaking: iedere nieuwe vorm van openbaarmaking (uitzending, kabeldoorgifte, distributie in een hotel) is dus weer aan toestemming van de rechthebbende onderhevig.

Dat de uitputtingsleer echter ook niet geheel absoluut is leert het volgende geval:

HR 19 januari 1979, NJ 1979, 412 (Poortvliet)

Rien Poortvliet heeft aan Unieboek toestemming gegeven dertien van Poortvliet's schilderijen te gebruiken voor de uitgave van een kalender. Hovener koopt een aantal van deze kalenders, knipt de reproducties eruit en plakt deze op spaanplaat. Vervolgens brengt hij de reproducties in de handel. Pleegt hij hiermee auteursrechtinbreuk?

De President van de Rechtbank Rotterdam vindt van niet. Hij meent:

" dat Hovener door die prijs te betalen geacht moet worden aan Poortvliet door middel van Unieboek de vergoeding, die Poortvliet van Unieboek heeft bedongen [...] te hebben betaald; dat op het ogenblik dat Unieboek een kalender [...] tegen betaling aan Hovener [...] heeft verkocht en geleverd, de openbaarmaking van een in die kalender belichaamde verveelvuldiging van een werk van kunst [...] is voltooid en dat op het ogenblik het uitsluitend recht tot openbaarmaking in de vorm van bovenbedoelde kalenders [...] is uitgeput. "

Het Hof vernietigt dit vonnis echter. De Hoge Raad schaart zich daarachter. Eerst wordt gesteld dat Poortvliet aan Unieboek slechts het recht heeft gegeven de schilderijen voor een kalender te verveelvoudigen en openbaar te maken, en niet om deze als losse reproducties in de handel te brengen. Nu dat laatste is gebeurd is er van uitputting dan ook geen sprake, ongeacht de bepaling van artikel 12, lid 1 sub 2, omdat Hovener:

"aan de reproducties die onderdeel waren van de kalenders -naar hun aard slechts gedurende een korte periode voor en in het jaar waarvoor zij bestemd waren, op normale wijze verkoopbaar- een andere vorm heeft gegeven en ze in die vorm afzonderlijk onder het publiek heeft verspreid."



Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 januari 2012, LJN BV0773 (Canvastransfer)

Het Limburgse bedrijf Art&All Posters koopt posters in en biedt die vervolgens via internet te koop aan. Je kunt er de posters ook ingelijst kopen én desgewenst ook op canvas. In dat laatste geval wordt een papieren poster via een chemisch proces, genaamd "canvastransfer", overgezet op canvas. In dat proces gaat de oorspronkelijke papieren poster verloren. (In dit youtube filmpje kun je in vijf minuten zien hoe dit werkt: <http://www.youtube.com/watch?v=noJkhc7aFzA>).

Pictoright, een Nederlandse organisatie voor visuele makers, begint een procedure tegen Art&All wegens auteursrechtinbreuk. Zij beheert namelijk o.a. de rechten van enkele kunstschilders van wier werken ook canvastransfers waren gemaakt. Art&All verweert zich met een beroep op de uitputtingsregel. Zij heeft de posters netjes ingekocht van aanbieders die deze met toestemming van de maker van het afgebeelde werk in het verkeer brachten.

De zaak komt allereerst bij de rechtbank Roermond. Als eerste behandelt deze de vraag of de canvastransfer een verveelvoudiging in gewijzigde vorm oplevert. Volgens de rechtbank is dat niet het geval: *"Verveelvoudigen betekent letterlijk: 'in aantal doen toenemen'. Nu voor 'canvas transfer' nu juist kenmerkend is dat de afbeelding niet wordt vermeerderd, kan eenvoudigweg geen sprake zijn van verveelvoudigen. Er is en blijft sprake van één afbeelding. Op zichzelf is de opvatting van Pictoright, dat nagenoeg iedere transformatie van een bestaand werk een verveelvoudiging oplevert, juist. Pictoright verliest echter uit het oog, dat een bewerking van een werk zoals bedoeld in artikel 13 Aw een ander, nieuw exemplaar veronderstelt."*



Vervolgens kwam de (kern)vraag aan de orde of het in het verkeer brengen van zo'n afbeelding-in-ge(canvas)transfereerde-vorm een openbaarmaking van het daarin belichaamde werk opleverde. De rechtbank meende van niet: *"De rechtbank acht in de eerste plaats van zwaarwegend belang, dat bij 'canvas transfer' het werk van de kunstenaar, de afbeelding zoals weergegeven op het posterexemplaar, in het geheel niet wordt veranderd. De afbeelding wordt alleen op een andere drager geplaatst. Dat brengt de rechtbank op de tweede reden. Zowel een poster (al dan niet ingelijst) als een canvasdrager behoren tot de productgroep wanddecoratie. Beide dragers vervullen dus dezelfde functie en er wordt dus geen nieuwe markt aangesproken. Dat brengt de rechtbank op de derde reden. Het is weliswaar juist dat een canvasproduct ten opzichte van een papieren poster meer kost. Dat verschil dient echter direct gerelativeerd te worden. Indien een canvasproduct wordt gekocht, heeft de klant als het ware poster en lijst ineen. De rechtbank is daarom van oor-*

deel, dat een canvasproduct qua prijs niet vergeleken mag worden met een losse poster [maar] vergeleken [moet] worden met een ingelijste poster."

Dat prijspeil is ongeveer gelijk. Omdat aldus geen nieuwe markt wordt aangeboord concludeert de rechtbank dat de uitputtingsregel gewoon van toepassing is.

Pictroright gaat in hoger beroep bij het gerechtshof te Den Bosch. Zij blijft van mening dat de andere vorm die aan de posters is gegeven à la het Poortvliet arrest de uitputtingsregel zou moeten doorbreken. Het Hof is het daarmee eens:

"Ingevolge het Poortvliet-arrest is er sprake van een nieuwe openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw in geval het door de rechthebbende in het verkeer gebrachte exemplaar in een andere vorm onder het publiek wordt verspreid. Het gaat dan om een nieuwe vorm die aan het exemplaar is gegeven, hetgeen leidt tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor degene die deze nieuwe vorm van het oorspronkelijk in het verkeer gebrachte exemplaar verhandelt"

Het Hof stelt vervolgens vast dat de canvastransfer inderdaad een andere vorm aan het exemplaar van het werk (de poster) geeft: *"Het losmaken van de drukinkt van het papier en de overbrenging daarvan op canvas vormt een verandering in de toestand van de betrokken exemplaren die van een wezenlijk andere aard is dan het inlijsten van de bewuste poster. Het Hof heeft ter zitting kunnen vaststellen dat die exemplaren vanwege de 'door de afbeelding heen' zichtbare structuur van de canvas-ondergrond en het matte aanzien een ander uiterlijk krijgen."* Ook de kleuren zijn na het transfer proces niet meer helemaal hetzelfde als op de poster.

À la Poortvliet hoort de volgende vraag dan te zijn *"of deze nieuwe vorm leidt tot een nieuwe exploitatiemogelijkheid voor Allposters en daarmee een nieuwe openbaarmaking inhoudt."* Jazeker, zegt het Hof, en kijkt daarbij naar de prijsstelling. Anders dan de rechtbank vergelijkt het Hof de prijs van de papieren poster met het die van het canvasproduct: de papieren poster is immers het exemplaar dat in het verkeer was gebracht en waarop het auteursrecht dus wel of niet uitgeput is. Het canvasproduct is natuurlijk veel duurder dan de poster.

Het hof: *"Deze hogere prijsstelling en de nieuwe vorm die 'canvas transfers' hebben ten opzichte van de posters waarvan ze worden vervaardigd, brengen mee dat Allposters een andere doelgroep kan bereiken, namelijk de consumenten die meer geld willen uitgeven om een ander product aan de muur te hebben dan een poster."*

De uitputtingsregel is daarom niet van toepassing.

De zaak is hiermee overigens nog niet afgedaan. Art&All Posters is van de uitspraak van het hof in casusatie gegaan bij de Hoge Raad. Deze heeft bij arrest van 12 juli 2013 (IEPT 20130712) prejudiciële vragen van uitleg gesteld aan het HvJEU (met name betreffende de uitleg van artikel 4 van de auteursrechtlijn). Het antwoord van het HvJEU zal nog wel even op zich laten wachten..

HR 20 november 1987, NJ 1988, 280 Free Record Shop

De Stichting Stemra houdt zich bezig met de rechten inzake het vastleggen van muziek op geluidsdragers. Zij vertegenwoordigt daartoe de componisten, maar heeft, in tegenstelling tot Buma dat zich met de uitvoeringsrechten bezighoudt, geen wettelijk monopolie.

Stemra werkt met standaardcontracten waarin producenten toegestaan wordt grammofoonplaten van de onder haar beheer vallende werken te maken ten verkoop aan het publiek voor privé-gebruik. De producent dient dan ook op het label van elke plaat een mededeling op te nemen, waarin staat dat alle rechten van de platenfabrikant en van de eigenaar van het opgenomen werk

zijn voorbehouden: "Behoudens toestemming zijn kopieëring, verhuur, uitlenen en gebruik van deze plaat voor openbare uitvoering en radiuitzending verboden."

Free Record Shop BV verkoopt niet alleen grammofoonplaten aan particulieren, maar verhuurt deze ook bedrijfsmatig aan individuele klanten, tegen betaling. Stemra verzet zich hiertegen, stellende dat zij zich dat recht heeft voorbehouden, hetwelk de verhuur tot een ongeautoriseerde openbaarmaking maakt.

De Hoge Raad beslist:

" Wanneer een grammofoonplaat waarop een auteursrechtelijk beschermd werk is legd -dus een verveelvoudiging van dat werk- eenmaal met toestemming van de rechthebbende op het auteursrecht [...] in het verkeer is gebracht, is daarmee de openbaarmaking van die verveelvoudiging voltooid, zodat verdere beschikbaarstelling van die verveelvoudiging aan derden, door verhuur, bruikleen of op andere wijze [...] niet als een verdere openbaarmaking in de zin van de Auteurswet is aan te merken. [...] Dat wordt niet anders door enige mededeling op de grammofoonplaat [...] daar de rechthebbende [...] zich niet door zulk een mededeling rechten kan voorbehouden die hem na openbaarmaking van die verveelvoudiging van het werk niet meer toekomen."

➤ Wat valt op bij vergelijking tussen deze "uitputtings-arresten" en de "secundaire openbaarmakings-arresten"?

Terug dus, tot het Leesportefeuille-arrest. Zolang de verveelvoudiging zijn oorspronkelijke vorm maar behoudt (en dat was dus met name in de Poortvliet en canvastransfer zaken niet het geval) mag hij na de eerste rechtmatige openbaarmaking vrijelijk worden doorverkocht, verhuurd of uitgeleend.

Het zal duidelijk zijn dat deze leer tot een gevoelig omzetverlies van de platenproducenten leidde, omdat de voornaamste aantrekking van het huren van een plaat of cd in de praktijk toch bleek te liggen in de mogelijkheid tot het maken van een (toegestane, zie art. 16 b Aw) thuiskopie. Een onderzoek van de Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam uit 1979 vermeldt dat in dat jaar in Nederland naar schatting 47 miljoen uur muziek werd opgenomen (ofwel 70 miljoen albums).

Onder druk van de platenlobby heeft het antwoord van de wetgever niet te lang op zich laten wachten. Sinds 1 januari 1991 staan de artikelen 16c t/m 16g in de Auteurswet. Deze artikelen bepalen dat voor de thuiskopie op een beeld- of geluidsdrager een vergoeding verschuldigd is aan de maker van het gekopieerde werk. De verplichting tot het betalen van die vergoeding is gelegd bij de producent van blanco beeld- en geluidsdragers. De producent berekent deze kostenstijging door aan het publiek. De inning en repartitie van de vergoedingen is in handen gelegd van de "Stichting de Thuiskopie", een sterk aan Buma/Stemra gelieerde organisatie.

Maar daar bleef het niet bij. Als gevolg van bovengenoemde heffing was weliswaar de thuiskopieerder "aangepakt", maar de verhuurder kon nog altijd zijn gang gaan en geld blijven verdienen op basis van de creatieve inspanningen van anderen. Ook dat is inmiddels echter anders. In december 1995 is, onder invloed van (alweer) een Europese Richtlijn, een regeling getroffen betreffende het verhuren van werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Als gevolg van een aan artikel 12 toegevoegd derde lid wordt ook verhuren en het uitlenen van werken voortaan gezien als een vorm van openbaar maken. Verhuren valt onder het algemene verbodsrecht van de auteursrechthebbende: voor het; voor het uitleenen is in de nieuwe artikelen 15c t/m 15g een uitvoerige regeling voor een wettelijke licentie opgenomen.

De onderhavige wetswijzigingen laten het leerstuk van de uitputting overigens in principe onverlet.

➤ Vragen bij de laatste vijf uitspraken:

Wat is het cruciale verschil tussen de situatie in Polak/de Muinck enerzijds en die in Leesportefeuille anderzijds?
Welk ander recht botst met het auteursrecht in Leesportefeuille? Welk recht wint?

Mag, gezien de uitspraak in Leesportefeuille, de eigenaar van een "Libelle" daaruit in het openbaar voorlezen?

Welke leer volgt de President in Poortvliet?

Wat is volgens Hof en Hoge Raad het cruciale verschil tussen de casus in Leesportefeuille en die in Poortvliet?

Met welke uitspraak komt Free Record Shop overeen? Is dat naar uw mening terecht?

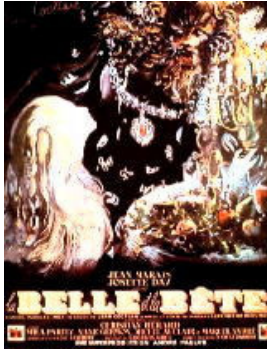
Welk verschil blijkt bij vergelijking van deze vijf uitspraken en de overige uitspraken onder het kopje "Openbaar maken"?

Losse Vragen

1. Geef drie eigen voorbeelden van het openbaar maken van een werk en drie van het verveelvoudigen van een werk.
2. Hoe kwalificeert u, auteursrechtelijk gezien:
 - a. het "hangen" van een schilderij in een museum?
 - b. het opnemen van een reproductie van dat schilderij in een catalogus?
 - c. het vertalen van een boek?
 - d. het verschijnen van die vertaling in de boekhandel?
 - e. de kabeldoorgifte van een televisieprogramma, waarin wordt voorgelezen uit eigen werk
3. Bij wijze van verrassing wordt voor een noodlijdende componist een benefietconcert gegeven waar zijn werken zullen worden gespeeld. Alle opbrengsten gaan naar de componist. Is auteursrechtelijke toestemming vereist?
4. Betekent het gestelde bovenaan bladzijde 70 dat "Gone with the Wind" verfilmd had kunnen worden zonder toestemming van Margaret Mead?
5. De excentrieke Japanse kunstliefhebber Yoa Tatzuki koopt voor 3 miljoen gulden een schilderij van Karel Appel. Hij plaatst dit thuis in een tot kluis omgebouwde kamer, waar hij alleen zelf toegang heeft. Kan Appel eisen dat zijn schilderij ten toon gesteld wordt? Motiveer.
6. Welke belangrijke onderscheidingen kunnen in het begrip openbaar maken worden gemaakt?
7. Maakt een internetprovider naar uw mening openbaar?
8. Verklaar waarom een antenneverbod in strijd zou zijn met artikel 10 EVRM.
9. Verklaar op economische argumenten waarom openbaarmaking via een cai als een zelfstandige openbaarmaking moet worden gezien.
10. Waarom impliceert toestemming tot het mechanische vastleggen van een muziekwerk nog niet de toestemming tot het ten gehore brengen van die vastlegging?
11. Moet een kapsalon zgn. "buma rechten" (wat zijn dat?) betalen
 - als daar audio-tapes worden gedraaid?
 - als men een radio laat spelen, afgestemd op een officiële zender?
 - idem, afgestemd op een piratenzender?

4. Uitspraken over Maker

HR 25 maart 1949, NJ 1950, 643 (La Belle et la Bête)



De componist van de muziek bij de geluidsfilm "La belle et la bête" maakt bezwaar tegen de openbare vertoning van deze film. Hij (of beter: Buma, namens hem) is van mening dat hem een auteursrechtvergoeding toekomt. De Bioscoopmaatschappij te Eindhoven, tegen wie zijn bezwaren zich richten, voert daar tegen aan dat een geluidsfilm een op zichzelf te beschouwen kunstwerk is (en niet een verzameling van afzonderlijke kunstwerken), waarvan de elementen onder leiding en toezicht (vgl. art. 6 Aw.) van de producent zijn samengesmolten. Daarnaast zou de componist door aan de productie mee te werken automatisch toestemmen in een normale exploitatie van de film.

Het Hof overweegt o.a.:

- " [met betrekking tot het eerste verweer:] dat artikel 6 in [de Auteurswet] is opgenomen om de vraag op te lossen wie als maker is te beschouwen in de gevallen, dat de schepper van de grondgedachte van het werk voor de uitvoering gebruik maakt van personen, wier arbeid van min of meer scheppende en dus niet in hoofdzaak mechanische aard is; dat de wet deze vraag aldus beantwoordt dat auteursrecht uitsluitend aan de schepper van de grondgedachte toekomt, indien deze zijn medewerkers zodanig door leiding en toezicht heeft geïnspireerd dat te hunnen opzichte van een eigen schepping niet kan worden gesproken; [...] dat [...] kan worden toegegeven dat bij de vervaardiging van een [geluidsfilm] de componist werkt in opdracht en volgens instructies, welke hem door of namens de filmproducent zijn verstrekt; dat evenwel [...] een en ander zonder meer niet voldoende is om daaruit te besluiten dat de muziek [...] is tot stand gebracht naar het ontwerp van de vervaardiger van de film en onder diens leiding en toezicht, immers daaruit niet kan worden afgeleid dat de producent met name de componist Georges Auric zodanig door leiding en toezicht heeft geïnspireerd, dat te zijnen opzichte van een eigen schepping niet kan worden gesproken ".
- " [met betrekking tot het tweede verweer:] dat toch de producent voor de vervaardiging van een geluidsfilm en het verhuren daarvan slechts nodig heeft het recht of de toestemming van de componist om de door hem gecomponeerde muziek op de filmband vast te leggen, doch niet het uitvoeringsauteursrecht op die muziek; dat dan ook uit aard en strekking van de tussen producent en componist gesloten overeenkomst geenszins voortvloeit, dat laatstgenoemde door zijn toestemming tot medewerking automatisch tevens toestemming geeft om zijn werk als deel van de film in het openbaar ten gehore te brengen ".

De Bioscoopmaatschappij gaat in cassatie en voegt daarbij aan het eerste verweer nog toe dat zo al niet van de situatie van artikel 6 zou moeten worden gesproken, er toch in ieder geval geen sprake is van een afzonderlijk auteursrecht van de componist. De Hoge Raad volgt het Hof in de uitleg van artikel 6 en oordeelt over de aanvulling:

- " dat ook dit betoog faalt; dat toch voor de vraag of er is een gemeenschappelijk auteursrecht als bedoeld in artikel 26 van de Auteurswet, toekomende aan de gezamenlijke makers van eenzelfde werk, waarbij ieders bijdrage slechts aandeel geeft in het auteursrecht op het ge-

heel, niet doorslaggevend is of uit de samenwerking van twee of meer kunstenaars een zelfstandig kunstwerk is geboren, waarin hun bijdragen tot één esthetische eenheid zijn geworden, maar beslissend is of dit werk is ontstaan door zodanige samenwerking [tussen de] kunstenaars, dat ieders afzonderlijke bijdrage daarvan niet meer is te scheiden, zodat het buiten het verband van het geheel geen afzonderlijk voorwerp van artistieke beoordeling kan zijn; dat dit laatste als regel juist wél het geval is, indien kunstenaars, die een verschillende kunstsoort beoefenen, te samen een werk voortbrengen, waarbij dan ieders bijdrage tot het geheel als product van diens arbeid op eigen kunstgebied te herkennen blijft en dan doorgaans, ook gescheiden van het geheel, als kunstwerk is aan te merken "

Dat laatste is nu, volgens de Hoge Raad, bij een geluidsfilm het geval.

Over het tweede verweer zegt de HR nog:

" dat toch, al moge de vervaardiging van een geluidsfilm geschieden met het enige doel, dat de film zal worden geëxploiteerd door haar in het openbaar te laten vertonen dit [...] geenszins insluit, dat om een normale exploitatie van de vervaardigde film door de producent mogelijk te maken, deze méér van de componist zou moeten bedingen dan het recht om diens muziek op te nemen op de filmband en om het verfilmde product in circulatie te brengen; [...] [bioscoopexploitanten behoeven de toestemming om bij het vertonen van de film de muziek te laten horen] niet van de filmproducent of diens vertegenwoordiger te verkrijgen, maar kunnen zich door een overeenkomst met de betrokken nationale auteursrechtvereniging van dit recht ten aanzien van alle door hen gehuurde geluidsfilms verzekeren "

- Bij wie ligt het auteursrecht wanneer in het geval dat door het Hof in de tweede alinea wordt genoemd wél van een eigen schepping van de medewerkers kan worden gesproken?
Waar komt de aanvulling van het eerste verweer in cassatie op neer?
Geef in eigen woorden weer welke regel de Hoge Raad formuleert naar aanleiding van die aanvulling.
In welke bepaling uit de Auteurswet vinden we het resultaat van deze regel terug?
Hoe zou u "het in circulatie brengen van het verfilmde product (5e regel van 2e citaat HR) auteursrechtelijk kwalificeren? Ondergraaft dat de argumentatie van de HR?
Wat vindt u van het oordeel van het Hof over het tweede verweer? En van dat van de HR?
Wat is de strekking van de laatste vier regels (waarom zijn ze opgenomen)?

HR 1 juni 1990, NJ 1991, 377 (Kluwer/Lamoth)

Lamoth heeft als free-lance fotograaf voor het door Kluwer uitgegeven handwerkmaandblad "Ariadne" een groot aantal foto's gemaakt. Kluwer heeft die foto's ook aan buitenlandse persbureaus ter beschikking gesteld. Lamoth stelt nu in een procedure dat het auteursrecht op die foto's bij hem berust, zodat Kluwer dat niet zonder zijn toestemming had mogen doen. Kluwer verweert zich daartegen o.a. met de stelling dat de bij haar in dienst zijnde hoofdredactrice en/of de stylist óók een bijdrage aan de foto's hebben geleverd.

Het Hof stelt vast dat het rangschikken van de te fotograferen objecten (i.e. het uitkiezen daarvan en het bepalen van de achtergrond en de onderlinge relatie) in overwegende mate door redactie en stylist geschieden. Tevens heeft het Hof dit gekarakteriseerd als creatieve arbeid die medebepalend was voor het uiteindelijk resultaat van de gezamenlijke werkzaamheden. Het heeft niettemin geoordeeld dat (werkgeefster) Kluwer niet aangemerkt kan worden als medeauteur van de foto's. Dat gaat de Hoge Raad te ver:

" Dit oordeel heeft het Hof niet anders gemotiveerd dan door te overwegen dat bedoelde creatieve arbeid op zichzelf niet is het (mede-)maken van een foto [...zodat] het Hof als een "fotografisch werk" uitsluitend beschouwt: het "eindproduct van de gebruikmaking van de techniek

van het fotograferen" en dan ook als het maken van zulk een werk enkel aanmerkt: het met behulp van een camera of een soortgelijk instrument door de inwerking van licht op een film/gevoelige plaat vastleggen van een afbeelding van personen of objecten. [...]

[Die technische opvatting komt ook terug in het criterium van het Hof voor het aannemen van eigen, persoonlijk karakter:] "volgens die maatstaf valt daartoe in hoofdzaak te letten op foto-technische elementen als de wijze waarop gebruik is gemaakt van licht en lichtinval, van (de instelling van) de afstand van de camera ten opzichte van het gefotografeerde object en de hoek waaronder dit is gefotografeerd, terwijl het rangschikken [...] daarbij slechts als laatste element aan de orde komt. In deze overwegend technische opvatting van het begrip fotografisch werk in de zin van de Aw. spreekt het inderdaad ook zonder nadere motivering van zelf dat uitsluitend degene die het fototoestel heeft gehanteerd en dusdoende gebruik heeft gemaakt van de techniek van het fotograferen, als de maker van het resultaat -de foto- kan worden aangemerkt."

Het Hof is daarbij echter van een onjuiste opvatting uitgegaan:

" *[Het Hof heeft] vooreerst miskend dat de Aw., zoals mede blijkt uit art. 6, strekt ter bescherming van het werk als geestelijke schepping, zodat voor beantwoording van [de vraag wie de maker van een foto is] niet enkel beslissend kan zijn wie het stoffelijke voorwerp waarin deze schepping tot uitdrukking komt, heeft vervaardigd. En voorts dat ook bij het tot stand brengen van een fotografisch werk de technische kant daarvan slechts één van de aspecten is van de daartoe noodzakelijke creatieve arbeid die, wil er sprake zijn van een werk in de zin van de Aw. moet leiden tot een voortbrengsel met een eigen, persoonlijk karakter dat het persoonlijk stempel van de maker draagt: onder omstandigheden kan dat eigen karakter mede of in overwegende mate worden bepaald door de keuze en de compositie van het te fotograferen onderwerp, dat wil zeggen juist door het resultaat van dát onderdeel van het tot stand brengen van een foto dat het Hof [...] samenvattend heeft aangeduid als "het rangschikken".*

- Kunt u zich een foto voorstellen zonder eigen, persoonlijk karakter: a.) in de opvatting van het Hof en b.) in de opvatting van de HR? Geef zo mogelijk voorbeelden.
Hoe blijkt uit art. 6 Aw. "dat de Auteurswet strekt ter bescherming van het werk als geestelijke schepping"?
Voelt u meer voor de opvatting van het Hof of voor die van de Hoge Raad?

Prof. H. Cohen Jehoram concludeerde in zijn noot bij dit arrest in het maandblad *Ars Aequi* (jrg 40, 1991, blz. 74v.) dat in de uitspraak *Kluwer/Lamoth* is afgeweken van het "La belle et la bête-criterium" inzake gemeenschappelijk auteursrecht. Hij stelde o.a.:

" Voor wat het onderhavige geval betreft van het werk van de stylist van te fotograferen objecten en het technische fotowerk van de fotograaf zelf zou men aan de hand van het criterium van de Hoge Raad evenzeer tot de conclusie moeten komen dat er geen sprake was van een gemeenschappelijk auteursrecht op de uiteindelijke foto's. Stylist en fotograaf zouden ieder hun eigen auteursrecht hebben op hun afzonderlijke werk, dat immers "Afzonderlijk voorwerp van artistieke beoordeling kan zijn". De Advocaat-Generaal Asser merkte in zijn conclusie voor het onderhavige arrest op "dat het nadeel van het criterium is dat het geen recht doet aan de situatie waarin een samenwerking tussen personen er op gericht was een bepaald werk tot stand te brengen en in dat resultaat elementen te herkennen zijn die op zichzelf als werken in auteursrechtelijke zin kunnen worden beschouwd, maar daaruit niet los te maken zijn zonder het geheel aan te tasten". Volgens de Advocaat-Generaal hoort het accent te liggen op de door de samenwerkende auteurs beoogde eenheid van het werk in plaats van op het makerschap van de samenstellende delen. [...] Ofschoon ons hoogste rechtscollege niet expliciet een nieuwe definitie geeft van mede-makerschap volgt het toch mijns inziens de Advocaat-Generaal in zijn critiek op de oude beperkte omschrijving uit 1949."

Rechtbank Middelburg 18 juli 1984, NJ 1985, 882 (stagiaire)

Onderstaande uitspraak is een overnake uit het tijdschrift "Nederlandse Jurisprudentie", jaargang 1985, uitgegeven door Tjeenk Willink, Assen.

Nr. 882

ARR.-RECHTBANK MIDDELBURG

18 juli 1984

(Mn. Afdel. de h. Pers., Vervolgt. Middelburg)

1984 1985 p. 47

Ontwerp platenbak auteursrechtelijk werk.
Stage-overeenkomst geen dienstbetrekking in zin
Auteurswet.

1. Hoewel het juist is dat het idee van een dergelijke bak al bestond en aan dat idee elders was vormgegeven, neemt zulke niet weg dat een auteursrecht kan ontstaan op een andere voorstelling van datzelfde idee.

2. Voor de bepaling van art. 7 Auteurswet kan een stage-overeenkomst niet op zijn eigen grond worden met een dienstbetrekking.

(Auteurswet art. 7, lid)

J. A. van 't Leven, te Hantsweer, gem. Reimerswaal, eiser, proc. Mr. E. H. A. Schutte, tegen

De gem. Goes, te Goes, gedaagde, proc. Mr. J. J. van der Weel.

2. De feiten

2.1. Van 't Leven heeft van 15 tot 20 juli 1977 in het kader van zijn opleiding aan de Koninklijke Academie van Beeldende Kunsten te Den Haag stage gelopen bij de afd. Stadsontwikkeling van de gemeente.

Deze stage werd beheerd door een tussen de Academie en de gemeente gesloten stageovereenkomst.

Deze overeenkomst bevat o.m. de volgende bepaling:

2. De stageovereenkomst zal de mogelijkheid stellen werkzaamheden opdragen die een duidelijk beoogd opleidingsdoel hebben en die in hun geheel beschouwd de stageovereenkomst geen of slechts geringe mate van commerciële opbrengst opleveren.

In deze overeenkomst is niet opgenomen dat de gemeente aan Van 't Leven geen vergoeding

goeding zou betalen.

2.2. De afd. Stadsontwikkeling beschikte over een afdeling van een straatmeubel uit Oudenburg (BRO), dat de functionele platenbak, afbak en afsluitende eenheidskast. De gemeente was een aanvrager van een vergoeding. De afdeling heeft daarop een programma van eisen opgesteld, waaraan de Goes bak moest voldoen. Vervolgens heeft hij de medewerkers van de afd. uitgenodigd aan de hand van het Oudenburg voorbeeld en het door hem opgestelde programma van eisen een ontwerp te maken. De tekening van Van 't Leven werd uitgekozen. Op 6 mei 1977 heeft Van 't Leven zijn ontwerp bij het belastingkantoor te Middelburg laten registreren.

2.3. Vervolgens heeft de gemeente 25 teksten met tekeningen van Van 't Leven door middel van 25 teksten verspreiden en in Goes deze plaatsen. Nadat heeft deze nog 15 teksten verspreiden en plaatsen zonder toestemming van Van 't Leven.

3. De beoordeling van het geschil

4.1. Allereerst dient de vraag aan de orde te komen of de bakken zoals deze in Goes zijn geplaatst te beschouwen zijn als een werk in de zin van de Auteurswet en zo ja of het auteursrecht hierop in beginsel aan Van 't Leven kan komen.

Volgens de gemeenteraad bestaat een dergelijke bak al en is er van een eigen scheping van Van 't Leven geen sprake.

Op zichzelf is het juist dat het idee voor een dergelijke bak al bestond en dat aan dat idee elders was vormgegeven. Dat neemt echter niet weg dat een auteursrecht kan ontstaan op een andere voorstelling van datzelfde idee.

Van 't Leven bevestigt de verschillen tussen de bak in Goes en de bestaande bak en de gemeente bevestigt de overeenkomsten tussen beide bakken. Wat hieruit voortvloeit: De gemeente heeft niet de bestaande bak geplaatst maar een afgeleide daarvan en die, ook ten opzichte van de reeds bestaande bak, het karakter van een persoonlijke scheping heeft. Daar de gemeente nog niet bevestigd dat aan de hand van een programma van eisen van stadsontwikkeling aan

worden ontwikkeld. Tussen op staat vast dat het ontwerp dat toen door Van 't Leven is gemaakt vervolgens ook is uitgevoerd.

Meestal, althans en aanpakken kunnen wij de door de afdeling zijn gegeven, maar het is niet op het is dat het auteursrecht ontwerp van Van 't Leven afkomstig was.

Het bovenstaande leidt tot de slotsom dat de bak zoals deze in Goes is geplaatst beschouwd kan worden als een werk in de zin van de Auteurswet en dat het auteursrecht hierop in beginsel aan Van 't Leven toekomt. Eenz.

4.3. Ook het beroep van de gemeente op art. 7 Auteurswet dient verworpen te worden. Een werkgever kan ingevolge dit artikel het auteursrecht op een bepaald werk behouden, wanneer zijn werknemer op grond van zijn dienstbetrekking dat werk heeft te verrichten.

De Rb. is van oordeel dat een stage-overeenkomst voor de toepassing van art. 7 Auteurswet in het algemeen gesproken niet op één lijn geacht kan worden met een dienstbetrekking. De positie van een stagiair verschilt van die van een werknemer in dienstbetrekking doordat de stagiair niet in een gezagsverhouding ten opzichte van een werkgever werkzaamheden verricht te gen een bepaalde vergoeding, doch veelmeer al geen "vergoeding" van werkzaamheden. Het is de Rb. van oordeel dat de stage-overeenkomst op te denken moet als een afgeleide van werkzaamheden voor de stad, dan het gebieden van praktisch onderwijs door de stagiaire. In het onderhavige geval zijn geen omstandigheden gesteld of gebleken die tot gevolg hebben dat zulke i.c. anders zou zijn. Eenz.

(Bij eindoordeel van 3 april 1985 heeft de Rb. de vergoeding die de gemeente aan Van 't Leven diende te betalen voor het gebruik van het ontwerp, bepaald op f 2000, zijnde 5% van de per dekking van de teksten, Red.)

Maarom zou Van 't Leven zijn ontwerp bij het belastingkantoor te Middelburg hebben laten registreren?
Wat vindt u van de beoordeling die de Rb. van de stage-situatie geeft?

5. Uitspraken over persoonlijkheidsrechten

Pres. Rb. Leeuwarden 12 juli 1988, AMI 1989/1, p.17 (Zonwering)

Architect Bonnema heeft voor de gemeente Tietjerksteradeel de uitbreiding van het gemeentehuis ontworpen. De gemeente wil nu op enkele van de buitenwanden van dit gebouw zonwering laten aanbrengen. De architect is van mening dat zijn werk daarmee zou worden verminkt en eist in kort geding een verbod. De gemeente is van oordeel dat de door haar voorgenomen wijziging redelijk is en bovendien driemaal goedkoper dan de door de architect voorgestelde oplossing (een aanpassing van de binnenkoeling).

De President overweegt o.a.:

" *Het bepaalde in de Auteurswet met betrekking tot de bescherming van werken als de onderhavige maakt onderscheid tussen verminking als zodanig, waartegen de rechthebbende op de bescherming zich zonder meer kan verzetten en de wijziging van het gebouwde waartegen de schepper van het werk zich slechts binnen de grenzen van de redelijkheid kan verzetten.*"

De President. heeft allereerst willen beoordelen of van een verminking sprake zou kunnen zijn en is daartoe het gebouw gaan bekijken.

" *Bij ons oordeel hebben wij als uitgangspunt gekozen dat de essentie van het gebouwde zich voordoet als een aantal, diep zwart gekleurde, wanden die vanaf de begane grond zijn opgetrokken en zijn gevormd uit, eveneens rechthoekig op elkaar geplaatste, zwart gekleurde raamlijsten waarin zwart, althans donker gekleurd, spiegelend glas is aangebracht dat de naaste omgeving en/of de buitenlucht weerkaatst. Die wanden zijn soms als geheel weer verbonden met, eveneens vanaf de begane grond tot gelijke hoogte opgetrokken, witte althans licht gekleurde muur- of toegangspartijen en aldus wordt de indruk gewekt van zwarte "kooien" tussen witte muurpartijen, die aan de voorbijganger en/of bezoeker niet alleen een duidelijk beeld van de bestemming van het gebouwde onthouden, maar ook de indruk van een gesloten- en/of beslotenheid oproepen.*



Het door een dergelijke vormgeving voor buitenstaanders mogelijk afwijzend werkend aspect van het gebouw wordt echter bij binnenkomst verrassend en volledig opgeheven dankzij het door die duister aandoende raampartijen binnenvallende licht. Kortom naar ons voorlopig oordeel een schepping van een bouwwerk waardoor dankzij de vormgeving en het gebruik van daartoe geëigende moderne materialen een bijzonder eigen karakter is verkregen dat als zodanig terecht d bescherming van de Auteurswet geniet.

Op basis van door ons verstrekte gegevens zal echter, opnieuw naar ons voorlopig oordeel het aanbrengen van buitenzonwering het eigen karakter van het gebouwde ingrijpend aantasten, enerzijds omdat a;s gevolg van die zonwering aan iedere buitenstaander bij eerste waarneming reeds duidelijk zal zijn dat het hier om de vestiging van een, wellicht afwijkend geconstrueerd maar normaal, kantoorgebouw gaat -onverschillig van welk bedrijf dan ook- en voorts omdat niet alleen aan de symmetrie van het raamwerk maar ook aan de weerspiegeling

zoals die door de buitenwanden als geheel mogelijk is gemaakt, ingrijpend afbreuk zal worden gedaan. [...]

Bovendien zal het aan te brengen lijstwerk van de wanden die op elkaar staan, ter hoogte van de verbindingshoeken, de verbrokkeling van de huidige vlakke lijnvoering nog meer, in nadelig te achten zink, versterken. Met betrekking tot de thans mogelijk gemaakte weerspiegeling van de naaste omgeving en de wolkenpartijen, behoeft het geen betoog dat de aan te brengen lijsten en zeker het gebruik van de zonwering zelf [...] daarop een dusdanig nadelig en verbrokkelend effect zal gaan uitoefenen dat ook dit aspect van het gebouw niet meer aan de oorspronkelijke opzet daarvan zal beantwoorden. [...]

dit voorlopig oordeel heeft geleid tot onze verwachting dat de rechter ten gronde het aanbrengen en gebruik van zonwering op de wijze waarop en de vorm waarin deze thans wordt overwogen, zal aanmerken als een vermindering van het gebouwde en mitsdien met toepassing van artikel 25 Auteurswet, zal verbieden.[...]

Uiteraard beseffen wij dat deze beslissing voor de gemeente tot gevolg zal kunnen hebben dat óf veel meer kosten moeten worden aangewend tot oplossing van het zich voordoende probleem [...] of dat genoeg zal moeten worden genomen met oplossingen die voor de, binnen het gebouw werkzame ambtenaren minder aantrekkelijk kunnen worden geacht. Dit nadeel kan echter niet worden betrokken in de absolute bescherming die de wetgever de architect biedt bij dreigende vermindering van zijn schepping. "

De President verbiedt het aanbrengen van de buitenzonwering onder verbeurte van een dwangsom van 1 miljoen gulden en duizend gulden per dag dat de overtreding voortduurt.

- Waarom is het proces-economisch verstandig allereerst te bekijken of wellicht van een vermindering sprake is?
Waarom spreekt de President steeds van zijn "voorlopig" oordeel?
Had de architect ook schending van zijn **auteursrecht** kunnen stellen?
Wat is na het lezen van deze uitspraak uw oordeel over de stelling dat het systeem van de Auteurswet aldus is, dat de rechter helemaal geen kunstcriticus hoeft te zijn?

Hof Amsterdam 16 juni 1977, NJ 1978, 218 (Koetsier / Schiphol)

Koetsier heeft in 1968 à raison van f 5000,- in opdracht van de KLM een wandschildering gemaakt voor de toenmalige behuizing van de KLM in een kantoorgebouw op Schiphol. Het werk bestaat uit een aantal formica panelen die met schroeven aan de muur zijn bevestigd en twee van de vier wanden geheel bedekken.

De KLM verlaat begin 1971 haar van de luchthaven gehuurde kantoorruimte. Personeelsleden van de luchthaven verwijderen het kunstwerk -niet wetende dat het een kunstwerk is. Koetsier eist schadevergoeding wegens inbreuk op zijn persoonlijkheidsrecht.

Het gerechtshof overweegt o.a.:

" Dat deze wanddecoratie door eiser in opdracht van de KLM was vervaardigd was gedaagde onbekend. Voor zover personeel van gedaagde iets afwist van het bestaan van deze wanddecoratie (het ging niet om een voor het publiek toegankelijke ruimte) meende men, dat één en ander was vervaardigd door één van de eigen afdelingen van de KLM. [...]

De KLM heeft meegenomen wat zij wilde behouden en de in de ruimte achtergebleven goederen zijn door of in opdracht van gedaagde verwijderd. Gedaagde had immers de betreffende ruimte zelf nodig, maar niet als vergaderzaal, doch als kantoor kamers. Zij heeft daartoe de

langwerpige kamer moeten herverdelen in drie normale kantoorvertrekken en heeft daartoe [...] ook de wanddecoratie moeten verwijderen.

De formica panelen zijn losgeschroefd en van de muur gehaald. Daarbij zijn die panelen onmiddellijk scheluw getrokken. [...] De panelen zijn weggevoerd en zijn niet meer aanwezig.[...]

Er [is] geen sprake van dat het paneel is "vernietigd" door Schiphol. Onder "vernietigen" wordt verstaan (Van Dale): "tot niet maken, vernielen, bijv. verbranden"; met andere woorden: moedwillig zó handelen dat iets dat bestaat ophoudt te bestaan. Door of vanwege Schiphol is niets van dien aard gedaan met de panelen. Wél is juist dat de panelen [...] door Schiphol, althans op order van Schiphol, zijn "verwijderd". Door Koetsier wordt dit in strijd geacht met zijn "droit au respect" [...].

Het moge zo zijn dat de woorden "misvorming", "verminking" en "wijziging" in [artikel 25] niet beperkt zijn tot handelingen welke bepaaldelijk het intreden van één van die drie gevolgen beogen, niettemin vallen duidelijk buiten het bereik van deze bepaling: menselijke handelingen welke een niet beoogd en niet voorzien gevolg in de natuur of in door mensenhand vervaardigde stoffen teweegbrengen. [...]A]n de zijde van Schiphol [is] sprake geweest van dat laatste, immers van een bij het verwijderen van de panelen niet voorziene en -voor zover gebleken- niet voorzienbare "werking" van het materiaal waarop het werk van Koetsier was aangebracht."[...]

Het verwijderen [...] geschiedde opzettelijk, doch het is zeker geen daad welke van gebrek aan respect voor het werk getuigde.: de muur waarop het werk [...] was aangebracht, zou door verbouwing in drie delen, gescheiden door tussenmuren, worden verdeeld en Koetsier kan niet geacht worden te hebben gesteld dat ook het paneel met zijn schildering dat lot diende te ondergaan.

Blijft te beoordelen of Schiphol bij [...] het (doen) verwijderen zich in enigerlei vorm zo onachtzaam heeft gedragen dat zij daardoor handelde in strijd met de zorgvuldigheid die haar betaamde tegenover Koetsier of diens werk.

Op grond van het [eerder] overwogene moet worden aangenomen dat Schiphol niet heeft onderkend dat het hier een werk in de zin van de Auteurswet betrof en dat haar personeel- voor zover het dat wél mocht hebben onderkend- meende dat het door (een afdeling van) de KLM was gemaakt, m.a.w. dat een eventueel auteursrecht toekwam aan de KLM. In dit geding komt het Hof mitsdien niet toe aan de vraag hoe ver de zorgvuldigheid dient te gaan van iemand die bevoegd is over een stoffelijk goed te beschikken waarop of waarin, naar hij weet, een kunstwerk van een derde is belichaamd; dat geval immers deed zich hier niet voor. "

Koetsier stelt echter dat normale mensen in de wandschildering een kunstwerk zouden hebben onderkend.

" *Het gaat [echter] te ver om te eisen dat ieder (althans ieder met een "normale ontwikkeling") die iets ziet dat een werk is in de zin van de auteurswet dit object aanstonds als zodanig **behoort** te onderkennen. Dat geldt wel in het bijzonder in dit geval, nu de oorspronkelijk beschikkingsbevoegde -de KLM- het stoffelijk voorwerp waarin het werk was belichaamd, had prijsgegeven.*

- Welk concreet persoonlijkheidsrecht lijkt u hier in het geding?
Zitten daar beperkingen aan?
Zou de zaak anders gelegen hebben als de KLM zélf de schildering zou hebben verwijderd?

Hof 's Hertogenbosch, 17 december 1990, NJ 1991, 443 (Afbraak kunstwerk)

Lenartz heeft in opdracht van de gemeente Heerlen een kunstwerk vervaardigd in de vorm van een fontein, bevattende zitblokken en met keramiek beklede kolommen. Het staat op de openbare weg. De gemeente wil het afbreken, Lenartz tracht dat middels een kort geding te voorkomen. Het gerechtshof overweegt in hoger beroep o.a.:

" *Lenartz stelt zich te dezen op het standpunt dat afbraak [...] niet alleen valt onder het in art. 25 eerste lid sub d genoemde criterium "andere aantasting van het werk" doch evenzeer onder de in dat lid genoemde criteria "misvorming en verminking van het werk". [...]*
Het Hof deelt deze opvatting niet. Art. 25 eerste lid sub d Auteurswet ziet naar het voorlopig oordeel van het Hof op inbreuken op werken, waarbij het werk zelf, zij het wellicht in een 9zeer0 afwijkende vorm, in stand blijft en daarvan is in geval van sloop [...] geen sprake.[...]
Tussen partijen staat onweersproken vast dat het kunstwerk sedert de oprichting in 1977 ten gevolge van weersinvloeden, vandalisme e.d. aanmerkelijk in kwaliteit is achteruit gegaan ten gevolge waarvan het uiteindelijk volledig in verval is geraakt. Partijen zijn het erover eens dat, wilde het kunstwerk weer in redelijke staat worden gebracht, daarvoor aanmerkelijke kosten zouden moeten worden gemaakt [...].

Naar het voorlopig oordeel van het Hof kan Lenartz onder deze omstandigheden in redelijkheid niet van de gemeente vergen dat zij het kunstwerk in stand houdt, nog daargelaten de vraag of in een geval als het onderhavige, waar dienaangaande tussen partijen niets is overeengekomen, op de gemeente wel de plicht rust om het kunstwerk te onderhouden. [...]

De afwijzing van de vordering door de President wordt bekrachtigd.

➤ Hoe verhoudt zich deze uitspraak tot de vorige?

Gerechtshof Leeuwarden 17 maart 1999, NJ 1999, 707 (De Golfslag)

Wederom een uitspraak waarin architect Bonnema is betrokken. Ditmaal gaat het om het bejaardentehuis "De Golfslag" te Emmeloord. De eigenaar kiest voor sloop en nieuwbouw boven renovatie. Bonnema verzet zich daartegen met een beroep op artikel 25 lid 1 sub d Aw.

Het Hof overweegt:



"Het antwoord op de vraag of een voorgenomen sloop de eer of naam van een architect zou kunnen schaden zal met name daarvan afhangen of de eigenaar gegronde redenen heeft voor de voorgenomen sloop. Naarmate een vernietiging van een werk (door of in opdracht van de eigenaar) minder voor de hand ligt, moet deze aantasting als kwetsender en daarom nadeliger voor de maker worden aangemerkt. Bij derden zal dan immers de gedachte kunnen postvatten dat de waarde van het ontwerp weinig gewicht in de schaal heeft gelegd. Het vorenoverwogene noopt ertoe omtrent de argumenten op grond waarvan SBB kiest voor volledige afbraak inhoudelijk een voorlopig oordeel te geven."

Het Hof constateert vervolgens dat sloop wellicht voordelen heeft voor de eigenaar maar dat met instandhouding van het karakteristieke van het werk dezelfde doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt tegen lagere kosten. Sloop wordt niet toegestaan.

Annotator Kabel spreekt in AMI (1999/10) van een "elegante" uitspraak. Het Hof had eerst (in een hier niet opgenomen gedeelte van de uitspraak) overwogen dat een belangenafweging niet aan de orde was, nu in casu artikel 25, lid 1 sub d (en niet sub c) in het spel is. Die belangenafweging vindt dan ook niet plaats. Afgewogen wordt slechts in het kader van de beoordeling in hoeverre schade wordt gedaan aan de reputatie van de architect.

Praktisch is het resultaat natuurlijk niet. In de juridische literatuur is er om die reden wel kritiek op geuit. Quaadvlieg wijst in een artikel in IER (2000/1) daarnaast op het feit dat het moeilijk is het nadeelcriterium (afbreuk aan de reputatie) los te zien van een belangenafweging. Gaat het bij dat oordeel van die derden "dat de waarde van het ontwerp weinig gewicht in de schaal heeft gelegd" immers toch niet net zo goed om een belangenafweging? Je kunt je afvragen waar die "schaal" anders vandaan komt...

We hebben nu een aantal uitspraken gezien, met telkens net verschillende benaderingen van wat "afbraak" betekent in relatie tot artikel 25 lid 1 sub d. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in 2004 de knoop doorgehakt in het volgende arrest:

HR 6 februari 2004, IER 2004/19 Jelles / Gemeente Zwolle

Architect Jelles heeft omstreeks 1967 een kantoorgebouw ontworpen voor de NV Wavin te Zwolle. Het gebouw nam door ontwerp en ligging een markante plaats in. Wavin heeft het gebouw na enige tijd verkocht aan een school en nog weer later heeft de gemeente Zwolle het gekocht. De gemeente wil het slopen en in plaats van het gebouw een zorgcomplex met ouderenappartementen bouwen.

De gemeente vraagt advies aan de organisatie "Het Oversticht" betreffende de monumentale waarde van het gebouw. Het Oversticht rapporteert dat het Wavin-gebouw een zorgvuldig op een modulair systeem ontworpen kantoorgebouw uit 1967 is, en representatief is voor de late jaren 1960 en voor het oeuvre van architect Jelles. Geadviseerd wordt het gebouw te behouden. Dan zou het zelfs een gemeentelijk monument kunnen worden, maar alleen als "de originele kleur en raamdetaillering teruggebracht worden". De gemeenteraad ziet echter grote problemen gezien de aanwezigheid van asbest en hoge verbouwingskosten. Bovendien zouden er niet genoeg appartementen in het gebouw kunnen worden gerealiseerd. Behoud is daarom financieel geen optie.



De gemeente bespreekt het voornemen tot sloop met Jelles; deze verzet zich hiertegen. De Rijksbouwmeester prof. ir. W. Patijn wordt nog om advies gevraagd. Deze concludeert dat er geen doorslaggevende argumenten zijn tegen sloop. Wel beveelt hij een uitgebreide documentatie van het gebouw aan, "gelet op het belang van het gebouw voor de geschiedenis en vakontwikkeling". Op 1 maart 2000 bericht de gemeente aan Jelles dat definitief is gekozen voor sloop. Wel zal een uitgebreide documentatie worden gemaakt en krijgt Jelles daartoe ook zelf de gelegenheid.

Jelles spant een procedure aan, waarin hij zich uitsluitend beroept op artikel 25, lid 1 sub d Aw. De Rechtbank wijst zijn vordering af, omdat naar haar oordeel de totale vernietiging van een werk niet is begrepen onder het begrip "aantasting" in dat artikel. Het Hof bekrachtigt die uitspraak, maar op andere gronden. Het Hof is van mening dat de term "andere aantasting" ook de vernietiging of sloop van een werk kan omvatten. Na afweging van de betrokken belangen en toetsing van de handelwijze van de gemeente aan de van haar in dit verband te verlangen zorgvuldigheid is zij echter tot het oordeel gekomen dat de gemeente goede redenen had om tot sloop over te gaan en van haar niet te vergen was dat zij haar sloopplannen zou laten varen. Daarom was van een nadeel

aan de eer of de naam van Jelles of aan zijn waarde in de hoedanigheid van ontwerper geen sprake.

In 2003 wordt het Wavin gebouw gesloopt. Jelles is inmiddels in cassatie gegaan bij de Hoge Raad. Deze oordeelt:

“[artikel 25 lid 1 sub d] is ontleend aan art. 6bis Berner Conventie (BC), zoals dat sedert de herziening van dat Verdrag in 1948 luidt. [...]. [D]e de deelnemers aan de Diplomatieke Conferentie van Brussel in 1948 [hebben] de vernietiging van auteursrechtelijke werken uitdrukkelijk buiten het bereik van die bepaling willen houden en die derhalve niet willen brengen onder de term "atteinte" ("aantasting" in de Nederlandse tekst)[...].

[D]e Nederlandse wetgever [heeft] bij de aanpassing van art. 25 Aw in 1972 niet meer of anders voor ogen gestaan dan art. 6bis BC te implementeren, en in het bijzonder [...]

niet verdergaande aanspraken aan de maker [...]willen toekennen dan uit de Berner Conventie voortvloeien [, waarbij] [...] de minister [...]nadrukkelijk in twijfel heeft getrokken of sloop van een gebouw door de architect zou kunnen worden belet met een beroep op art. 25 Aw.

Ook in de ons omringende landen wordt [...] sloop van een gebouw in het algemeen niet aangemerkt als een door de maker op grond van zijn persoonlijkheidsrecht te verhinderen beschikkingshandeling van de eigenaar. [...] Daaraan] ligt met name ten grondslag dat een andere opvatting ten gevolge zou hebben dat een architect met een beroep op zijn persoonlijkheidsrecht de afbraak van het door hem ontworpen gebouw in beginsel steeds zou kunnen blokkeren indien hij door die afbraak reputatieschade lijdt, ook al zou het voornemen tot afbraak zijn ingegeven door een wijziging van bestemming, inzichten of opvattingen waarmee het voortbestaan van dat gebouw niet te verenigen zou zijn. Een zo vergaande bescherming van de belangen van de architect, ten nadele van de eigenaar van het door hem ontworpen gebouw, zou tot maatschappelijk moeilijk te aanvaarden gevolgen leiden.

[... Daarom moet] worden geoordeeld dat de totale vernietiging van een voorwerp waarin een auteursrechtelijk beschermd werk is belichaamd, niet kan worden aangemerkt als een aantasting van het werk in de zin van art. 25 lid 1 aanhef en onder d Aw.

Dat betekent niet dat het de eigenaar van een [...] exemplaar van het werk steeds vrijstaat dat voorwerp aan vernietiging prijs te geven en dat de belangen van de maker aan de beschikkingsmacht van die eigenaar steeds ondergeschikt zijn. De vernietiging van een exemplaar van het werk kan immers misbruik van zijn bevoegdheid door de eigenaar opleveren in gevallen als in art. 3:13 lid 2 BW bedoeld, dan wel anderszins onrechtmatig jegens de maker zijn. Ook een derde die een zodanig voorwerp vernietigt, kan daarmee onrechtmatig jegens de maker handelen. Van zodanig misbruik of anderszins onrechtmatig handelen zal eerder sprake zijn, naarmate er minder exemplaren van dat werk bestaan. Gaat het om unieke exemplaren, zoals veelal bij gebouwen het geval is, dan kan van de eigenaar onder omstandigheden verlangd worden dat hij slechts dan tot vernietiging overgaat indien daarvoor een gegronde reden bestaat en hij zich de gerechtvaardigde belangen van de maker ten minste in zoverre aantrekt dat hij er desgevraagd voor zorg draagt het bouwwerk behoorlijk te doen documenteren, althans de maker de gelegenheid biedt daartoe zelf het nodige in het werk te stellen.”

Het cassatieberoep wordt verworpen.

Tot dusver zijn bijna alle uitspraken in deze bundel afgedrukt in een enigszins bewerkte vorm, dat wil zeggen: met een geparafraseerde weergave van de feiten en uitsluitend de belangrijkste overwegingen van het rechterlijk college letterlijk geciteerd.

Om ook eens te laten zien hoe een “echte” uitspraak eruit ziet, in het onderstaande een overdruk uit het tijdschrift Kort Geding uit 1988 in een frappante zaak over beweerdelijke wijziging of verminking van een werk.

Why does it work?

HR 1 juli 1985, NJ 1986,692 (Frenkel / KRO)

Frenkel heeft een overeenkomst gesloten met de KRO, waarin hem als freelancer de opdracht is gegeven een voor uitzending geschikte documentairefilm te maken over "de dromers van Senoi", een in Maleisië levend volk, waaraan een bepaalde droomcultus wordt toegeschreven. In de overeenkomst staat ook dat de KRO niet verplicht is tot uitzending over te gaan.

De eindversie van de documentaire wordt geaccepteerd. De documentaire wordt echter niet uitgezonden, omdat deze "verwarrend" zou zijn en niet in overeenstemming met het script, terwijl zendtijd een schaars artikel is. Frenkel vordert in kort geding uitzending.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad:

" Aangenomen moet worden dat zulk een overeenkomst naar zijn aard ten doel heeft dat de in opdracht vervaardigde film -ook al heeft de zendgemachtigde zich niet tot uitzending verplicht- na aanvaarding door deze daadwerkelijk zal worden uitgezonden en dat een zodanige overeenkomst niet is uitgewerkt wanneer het product is afgeleverd en het honorarium betaald, zodat ook nadien met betrekking tot de uitzending, waarbij niet alleen de belangen van de zendgemachtigde, maar ook de belangen en morele rechten van de auteur betrokken zijn, rechten en verplichtingen uit de overeenkomst tussen partijen blijven bestaan. Daarbij is voorts van belang dat de vrijheid die de zendgemachtigde zich heeft voorbehouden om te beslissen of de uitzending al dan niet plaats zal vinden, niet zo ver gaat dat hij bij zijn beslissing omtrent uitzending de gerechtvaardigde belangen en morele rechten van de auteur mag negeren. "

De zaak wordt terugverwezen naar het Hof dat de KRO verplicht tot uitzending over te gaan.

[in dit arrest speelde ook nog een rol dat aan Frenkel een toezegging zou zijn gedaan dat tot uitzending zou worden overgegaan. De overwegingen daaromtrent zijn weggelaten]

- Wordt hier een nieuw persoonlijkheidsrecht (droit à la publication?) gecreëerd?
Welk feit is blijkens de overwegingen van de HR van groot belang?

Losse Vragen

1. In de tekst worden vier persoonlijkheidsrechten onderscheiden. Geef van elk de vindplaats in de Auteurswet.
2. In een fotoboek worden van verschillende fotografen foto's opgenomen. Vóór in het boek staan hun namen genoemd. Acht u dat voldoende?
3. Aan een uitgever is het auteursrecht op een literair werk overgedragen. Is de uitgever bevoegd:
 - a. het werk in verkorte vorm te publiceren?
 - b. spelfouten te verbeteren?
 - c. het boek "in de ramsj te gooien"?
 - d. het werk te laten verfilmen door een regisseur met wie de schrijver knallende ruzie heeft?

6. Uitspraken over beperkingen

HR 10 november 1995, NJ 1996, 177 Knipselkranten

De Stichting Reprerecht is bij besluit van de Minister van Justitie aangewezen als incasso-organisatie, belast met de inning en verdeling van vergoedingen die verschuldigd zijn voor het



verveelvoudigen van geschriften door de overheid, onderwijsinstellingen, bibliotheken en andere instellingen van algemeen nut. Reprerecht heeft geconstateerd dat het Nederlands Bibliotheek en Lectuur Centrum te Den Haag selecties maakt van nieuwsberichten, gemengde berichten en artikel uit dagbladen en tijdschriften, om deze, veelal op onderwerp gerangschikt, te bundelen in zogenaamde “knipselkranten”. Die worden vervolgens tegen betaling verspreid onder daarop geabonneerde openbare bibliotheken. De Provincie Noord Brabant doet iets soortgelijks, maar verspreidt de knipselkranten voornamelijk binnen de eigen organisatie. Beiden zijn van oordeel dat ze geen vergoeding hoe-

ven te betalen aan Reprerecht. Ze beroepen zich daarbij op artikel 15 van de Auteurswet: het overnemen van dergelijke berichten en artikelen is toegestaan als dat gebeurt door een “dag-, nieuws- of weekblad of tijdschrift”. In de procedure gaat het puur om de vraag of een knipselkrant wel als zodanig kan worden aangeduid.

De Rechtbank is van mening dat een knipselkrant wellicht naar de letter niet onder deze bepaling valt, maar dat de ratio van de bepaling met zich meebrengt dat die ook op knipselkranten moet worden toegepast. Het Hof gaat iets verder en oordeelt (met name op grond van de wetsgeschiedenis) dat de knipselkranten inderdaad dag- nieuws-, of weekbladen of tijdschriften zijn in de zin van het artikel.

De Hoge Raad constateert dat het artikel in kwestie zijn basis vindt in de Berner Conventie. Het is echter aan de lidstaten overgelaten zelf invulling te geven aan wat bedoeld wordt met “overname door de pers”.

“Tegen deze achtergrond komt beslissende betekenis toe aan de door het Hof [...] geciteerde uitspraken van de betrokken bewindslieden, in het bijzonder de door hen in de Memorie van Toelichting op het voorgestelde artikel 15 gemaakte opmerking: “De hier voorgestelde regeling is ook voor zogenaamde knipselkranten bedoeld”. Uit deze uitspraken blijkt immers dat men in Nederland in dier voege gebruik heeft willen maken van voormelde, door de Conventie gelaten vrijheid, dat hier te lande mede als “tijdschrift” in de zin van art. 15 [...] Aw. heeft te gelden: een bij tussenpozen, in het belang van de “free flow of information” uitgegeven publicatie die uit niets anders bestaat dan uit een naar onderwerp geselecteerde verzameling van reproducties van in verschillende dag-, nieuws- dan wel weekbladen of tijdschriften verschenen bijdragen als omschreven in de openingszin van art. 15, eerste lid, Aw. De term “tijdschrift” in art. 15 [...] is op zichzelf ruim genoeg om dergelijke knipselkranten te omvatten en [het] kan niet worden gezegd dat [...] de grenzen van de aan de nationale wetgever gelaten vrijheid zijn overschreden.”

Knipselkranten kunnen echter niet alleen in fysieke vorm worden aangeboden. Wellicht was dat in 1995 nog de gebruikelijke *modus operandi*, maar in het digitale tijdperk is natuurlijk veel meer mogelijk. Hoe zit het met de *digitale* knipselkrant? Daarover in het onderstaande een tweetal blogbijdragen van mijn hand. (Wie de aangegeven hyperlinks ook wil kunnen volgen moet even online naar www.wieringa.nl, daar de link volgen naar *weblog* en in het zoekscherm rechtsboven zoeken op: knipselkrant.

Het einde van de gratis digitale knipselkrant?

Datum: 07-03-2005

Door: **Lex Bruinhof**

De Rechtbank Den Haag heeft vorige week zijn **eindvonnis** gewezen in een procedure tussen de Nederlandse dagbladen en de Staat der Nederlanden. Inzet was het feit dat diverse ministeries krantenartikelen laten scannen en deze verwerken in een aan hun ambtenaren beschikbaar gestelde digitale knipselkrant. Zo'n krant is te raadplegen via het intranet van het betreffende ministerie. Althans... was te raadplegen, want van de Haagse Rechtbank mag het niet...

Krantenuitgevers houden niet van knipselkranten. Dat is logisch: het gaat hier immers in de kern toch om een hergebruik van (gedeelten van) hun product dat op deze manier gratis aan belangstellenden wordt aangeboden. Auteursrechtelijk zou dat volgens de basisregels betreffende openbaar maken en verveelvoudigen ook helemaal niet kunnen. Maar op die basisregels bestaan uitzonderingen en een daarvan is de zogenaamde "*persexceptie*". Artikel 15 van de **Auteurswet** staat toe dat nieuwsberichten en dergelijke die in de media zijn openbaar gemaakt onder bepaalde voorwaarden door diezelfde media mogen worden overgenomen. De Hoge Raad had in een procedure uit 1995 al uitgemaakt dat een fysieke knipselkrant ook onder die persexceptie valt. Maar geldt dat ook voor een *digitale* knipselkrant? Daar ging deze procedure over en het antwoord van de Haagse Rechtbank is: "nee".

In september 2004 is de Nederlandse Auteurswet aangepast aan de eisen van de EU Richtlijn betreffende Auteursrecht in de Informatiemaatschappij. Het bovengenoemde artikel 15, onderging daarbij enkele wijzigingen. Zo luidt de tekst sedertdien dat het artikel toepasselijk is op artikelen en dergelijke die in een "dag-, nieuws- of weekblad, tijdschrift, radio- of televisieprogramma of ander medium dat eenzelfde functie vervult, zijn openbaar gemaakt". De Rechtbank Den Haag stelt in zijn vonnis dat dit artikel "richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd". Dat betekent dat bij de uitleg ervan moet worden gekeken naar wat de makers van de Europese Richtlijn voor ogen stond. Zou deze van mening zijn geweest dat een digitale knipselkrant ook een medium is als bedoeld in artikel 15?

De Rechtbank meent van niet. In de Europese Richtlijn is namelijk over alle uitzonderingen op de normale auteursrechtelijke regels een algemene toets gelegd, de zogenaamde *drie-stappen-toets*. Dergelijke uitzonderingen mogen alleen worden toegepast (1) in bijzondere gevallen, (2) mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken en (3) de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad. De Rechtbank vindt dat door de digitale knipselkranten-praktijk van de Staat de normale exploitatie door de uitgevers in gevaar komt (stap 2). Daar hoort volgens de Rechtbank namelijk ook de digitale exploitatie voor de zakelijke of professionele markt bij.

Zelfs als dat niet zo zou zijn (omdat de kern voor die uitgevers tot op heden in een papieren exploitatie ligt) dan geldt volgens de Rechtbank nog altijd dat de uitgevers op onredelijke wijze in hun belangen worden geschaad (stap 3). De digitale vorm van de knipselkranten brengt immers allerlei extra mogelijkheden van raadpleging met zich mee middels zoek- en archiveringsfuncties. En daar zouden de uitgevers nu juist leuk nieuwe markten mee kunnen aanboren!

De Staat geeft door de digitale knipselkranten bovendien het slechte voorbeeld, zo meent de Rechtbank. Wat weerlet de private sector om de overheid na te volgen en aldus geen digitale informatieproducten op maat van de uitgevers af te nemen?

Het is bijzonder interessant dat de Rechtbank in deze uitspraak zelf rechtstreeks de bovengenoemde "driestappentoets" uit de Richtlijn heeft toegepast. Dat smaakt naar meer: het wachten is op de volgende auteursrecht-hebbende die op basis van de driestappentoets een tot dusver erkende uitzondering op het auteursrecht te lijf gaat.

Daarnaast zullen ook andere aanbieders van digitale knipselkranten (waaronder de Orde van Advocaten!), in afwachting van een eventueel hoger beroep in deze zaak, op hun tellen moeten passen...

Digitale knipselkrant terug bij de overheid

Datum: 25-11-2005

Door: **Lex Bruinhof**

Op **7 maart** schreef ik over het eerder die week door de Rechtbank in Den Haag gewezen vonnis waarin het de rijksoverheid werd verboden nog langer krantenartikelen te scannen en via interne netwerken te verspreiden. Volgens de Haagse Rechtbank bracht de vorig jaar september geïmplementeerde Europese Auteursrecht-



lijn met zich mee dat o.a. gekeken moest worden of door de digitale knipselkranten inbreuk werd gemaakt op de normale exploitatierechten van de uitgevers. Dat was volgens de Rechtbank het geval, onder andere vanwege de diverse extra (zoek-)mogelijkheden die het digitaal beschikbaar stellen van artikelen met zich meebrengt. De uitgevers zouden daar nu juist zo leuk mooie nieuwe markten kunnen aanboren.

De uitspraak was lastig voor de overheid, want de digitale knipselkranten vormden een goedkope en efficiënte manier om de ambtenaren te voorzien van specifieke informatie op hun beleidsterreinen. Daarom is overleg gevoerd met de uitgevers, hetgeen nu heeft geleid tot een principe-accord. Artikelen

uit AD, NRC, Trouw, Volkskrant, Telegraaf, FD, Parool, Nederlands Dagblad, Spits en Metro mogen nu worden overgenomen. Voor overname uit andere titels moeten apart afspraken met de uitgevers worden gemaakt.

De gesloten deal brengt met zich mee dat het door de overheid ingestelde hoger beroep tegen het Haagse vonnis wordt ingetrokken. Voor het gebruik van de knipselkranten wordt door de overheid voortaan een 'redelijke vergoeding' betaald. Hoe hoog deze is willen partijen niet zeggen.

Een speciale afdeling van de Stichting PRO (zelf weer een incasso-organisatie van de dagblad- en tijdschriftuitgevers), genaamd "Clip" houdt zich bezig met het sluiten van licentieovereenkomsten met organisaties die knipselkranten willen maken. De stichting stelt zich –ondersteund door een *legal opinion* van prof. D.J. Visser- op het standpunt dat óók voor het maken van een papieren knipselkrant tegenwoordig voorafgaande toestemming van de auteursrechthebbende(n) op de oorspronkelijke tekst is vereist.



In de *legal opinion* (gepubliceerd op de website van Clip (www.clip.nl) staat onder andere:

"In 1995 heeft de Hoge Raad weliswaar een uitspraak gedaan over papieren knipselkranten, waarin kort gezegd, is bepaald dat interne papieren knipselkranten op grond van art. 15 Auteurswet wél zouden 'mogen', maar sindsdien is er het één en ander veranderd, waaronder de tekst van de betreffende wetsbepaling.

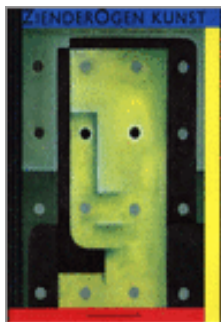
Het belangrijkste verschil is dat de dagblad- en tijdschriftuitgevers heden ten dage het zogenaamde uitdrukkelijke auteursrechtvoorbehoud maken in de zin van artikel 15 lid 1 sub 4 Auteurswet. Zij doen dit in de colofons van de betreffende dagbladen of tijdschriften en in voorkomende gevallen in brieven die zij rechtstreeks aan ondernemingen en instellingen zenden. (Dit voorbehoud speelde in de beoordeling door de Hoge Raad in 1995 geen rol, o.a. omdat die procedure werd gevoerd tussen andere partijen. Eiser was de stichting Reprorecht en niet één of meer uitgevers).

Door het maken van dit voorbehoud wordt de wetsbepaling die papieren knipselkranten zou toestaan grotendeels buitenwerking gesteld. Wanneer het bewuste uitdrukkelijke voorbehoud is gemaakt mogen alleen nog berichten van een zeer beperkte categorie feitelijke mededelingen, omschreven als "nieuwsberichten en gemengde berichten" worden overgenomen. Hierbij moet gedacht worden aan zuiver feitelijke berichten van maximaal enkele zinnen.

Alle andere artikelen en berichten mogen, vanwege het uitdrukkelijke auteursrechtvoorbehoud, niet worden overgenomen. Dit volgt onder andere uit artikel 5 lid 3 sub c van de Europese Auteursrecht-richtlijn die in 2004 in de Nederlandse Auteurswet is geïmplementeerd."

De Hoge Raad heeft zich over deze kwestie (nog) niet uitgelaten, maar dat zal er wel niet meer van komen. Clip heeft zich inmiddels een plek veroverd in het spectrum van beheersorganisaties.

HR 22 juni 1990, NJ 1991, 268 (Zienderogen Kunst)



Malmberg geeft een schoolboek uit, bestemd voor leerlingen van de brugklas VWO, onder de titel "Zienderogen Kunst". Het boek geeft uiteenzettingen over onderwerpen als licht, kleur, ruimte en vorm en het gebruik daarvan in de kunst. In de tekst wordt verwezen naar de in het boek opgenomen foto's, tekeningen en reproducties. Beeldrecht, een stichting die de auteursrechtelijke belangen van bij haar aangesloten beeldende kunstenaars behartigt, stelt dat acht van deze afbeeldingen tot het "beeldrecht-repertoire" behoren en dat door het opnemen daarvan auteursrechtinbreuk is gepleegd. Malmberg beroept zich op het citaatrecht van (thans) artikel 15a Aw.

De Hoge Raad overweegt o.a.:

" Deze bepaling [inzake het citeerrecht] moet worden uitgelegd in samenhang met de strekking van het auteursrecht om aan de maker van een werk bescherming te bieden, onder meer terzake van de exploitatie daarvan door openbaarmaking en verveelvoudiging, op welke bescherming die bepaling een uitzondering vormt.

Het recht om te citeren [...] [vindt] zijn begrenzing mede hierin [...] dat de opneming "in het verband van de tekst" niet wezenlijk afbreuk mag doen aan de door het auteursrecht beschermde belangen van de rechthebbende terzake van de [...] exploitatie [...]. Voor een geval als het onderhavige -waarin het gaat om reproducties van gehele werken van beeldende kunst- laat zich dit aldus concretiseren dat het aankomt op de vraag of de reproducties van kunstwerken een zodanig ondergeschikt onderdeel van die tekst vormen dat de door de opneming in die tekst tot stand gebrachte verveelvoudiging redelijkerwijs niet meer als een vorm van exploitatie van die werken kan worden beschouwd. [...]"

De lay-out van het boek is zodanig dat de linkerpagina steeds afbeeldingen bevat en de rechterpagina voor de helft afbeeldingen en voor de helft een kolom tekst. In die tekst wordt de lezer voortdurend (ook middels opdrachten) naar de illustraties verwezen. De Hoge Raad:

[Het Hof heeft vastgesteld dat] "het de opzet van de auteurs [...] is geweest de lezer door concrete oefeningen met illustratiemateriaal uit het boek tot actief bekijken van de geboden illustraties te dwingen en dat deze illustraties dienen [...] tot onontbeerlijk oefenmateriaal ter verwezenlijking van het doel van het boek: de lezer beter te leren kijken. Het Hof heeft dit aldus samengevat dat de [...] illustraties [...] als onontbeerlijk oefenmateriaal "een zeer zelfstandige functie hadden" en, naast de tekst, "een zelfstandige plaats innamen". Gegeven deze vaststellingen [...] heeft het Hof terecht geoordeeld dat niet is voldaan aan de eisen voor een beroep op het citeerrecht [...]. Een zelfstandige functie als door het Hof aangenomen is immers niet verenigbaar met de voormelde eis dat die reproducties slechts een zodanig ondergeschikt onderdeel van die tekst vormen dat de door de opneming in die tekst tot stand gebrachte verveelvoudiging redelijkerwijs niet meer als een vorm van exploitatie van de betreffende kunstwerken kan worden beschouwd."

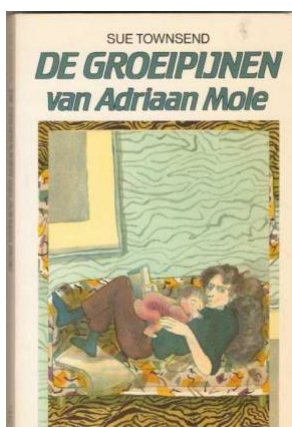
HR 26 juni 1992, NJ 1993, 205 (Damave / Trouw)

Mevrouw Damave heeft de vier tekeningen en de omslagillustratie van het boek "De groeipijnen van Adriaan Mole" gemaakt. Het dagblad Trouw heeft op 30 april 1986 een boekbespreking van dit boek gepubliceerd. Daarbij is één van de vier tekeningen afgedrukt. In de boekbespreking komen de woorden "met zeer aparte tekeningen van Henriëtte Damave" voor.

Damave stelt dat door publicatie van de tekening zonder haar voorafgaande toestemming auteursrechtinbreuk is gepleegd. Trouw beroept zich op het citaatrecht van artikel 15a Aw.

Het Hof overweegt o.a. dat het artikel terecht beschouwd kan worden als een aankondiging als bedoeld in artikel 15a Aw óók van het werk van Damave, bestaande uit de vijf illustraties. Dat volgt door de reeds genoemde vermelding "met zeer aparte tekeningen van Henriëtte Damave" en uit de toevoeging "Illustratie uit "De groeipijnen van Adriaan Mole" van de hand van Henriëtte Damave". Daarbij is volgens het Hof door de kwalificatie "zeer apart" ook sprake van een -zij het summiere- beoordeling.

Het citaat is volgens het Hof toelaatbaar, aangezien er een duidelijk verband bestaat met het be-
toog waarbij de tekening is afgedrukt. De verhouding tussen de tekst en de tekening (die ongeveer 1/4 van het volume van de tekst beslaat) is niet disproportioneel.



Dan rest de vraag of de tekening zoals gepubliceerd door haar grootte of vervaardigingswijze een duidelijk verschil vertoont met het origineel (zoals artikel 15a, lid 2, ten aanzien van beeldcitaten eist). Het Hof constateert dat

" de grootte [...] in casu wel enigszins [verschilt,] doch voor de normaal oplettende toeschouwer niet aanzienlijk (afmetingen in het boek 10,5 bij 10,4 centimeter, afmetingen in de krant 11,3 bij 11,1 centimeter). Voldoende is echter, in samenhang met het -geringe- verschil in grootte, dat de afdruk in "Trouw" aan de bovenzijde en rechts opzij is voorzien van een zwarte rand en voor het overige is omgeven door tekst, zulks terwijl de tekening in het boek is omgrensd door grote delen wit.

[...] Ten overvloede overweegt het Hof dat vorenbedoeld verschil nog temeer geldt nu [...] het gebruikte krantepapier een mindere kwaliteit heeft dan het papier in het boek. "

In zijn beoordeling van deze uitspraak in cassatie overweegt de Hoge Raad:

" [dat] in aanmerking [dient] te worden genomen dat art. 15 a blijkens zijn voorgeschiedenis [...] tot strekking heeft dat de opneming als citaat niet wezenlijk afbreuk mag doen aan de door het auteursrecht beschermde belangen van de rechthebbenden terzake van de exploitatie van het betreffende werk [...] [In het onderhavige geval betekent dit dat sprake is van een toelaatbaar citaat] mits de afbeelding samen met de tekst van de bespreking redelijkerwijs kan worden beschouwd als één geheel dat ertoe strekt om aan de lezer een indruk van het betreffende boek te geven. Voor het antwoord op de vraag of dit het geval is kan mede van belang zijn of in de geschreven tekst ook de illustraties van het boek ter sprake komen, maar in het algemeen zal dit niet beslissend zijn, aangenomen dat het verband tussen tekst en afbeelding, bijv. door plaatsing en onderschrift daarvan, voldoende duidelijk is. De opneming zal evenwel de grenzen van een toelaatbaar citaat te buiten gaan, wanneer op de afbeelding, bijv. door de omvang daarvan in vergelijking met de tekst of door de wijze van opmaak van het dagblad of tijdschrift, een zodanige nadruk komt te liggen dat zij in overwegende mate de functie van versiering van dat dagblad of tijdschrift verkrijgt.

Bij een boekillustratie bestaat reeds voldoende "duidelijk verschil met het oorspronkelijke werk" in de zin van art. 15a tweede lid wanneer die illustratie los van het boek, maar in de hiervoor weergegeven samenhang met de boekbespreking in het dagblad of tijdschrift wordt afgedrukt. Een afwijkend formaat of een afwijkende omlijning is in deze situatie in beginsel niet vereist."

Het cassatie-beroep wordt verworpen.

Gerechtshof Amsterdam 19 november 2013, IEPT 20131119; GeenStijl / Sanoma

We komen terug bij deze uitspraak die al is behandeld bij het begrip openbaar maken. Daar hebben we gezien dat de website GeenStijl hyperlinks had geplaatst naar nog niet gepubliceerde blootfoto's van Britt Dekker die in Playboy zouden gaan verschijnen maar voortijdig op de "clouddienst" Filefactory waren gezet. Daarbij bleef het echter niet. GeenStijl had ook één of twee uitsneden uit de foto's als "teaser" geplaatst bij het artikel waarin de links werden genoemd. De eerste betrof een deel van een foto (buik) in badkleding; de tweede een vergelijkbaar deel (dus eveneens buik) maar dan zonder badkleding. Volgens GeenStijl was de tweede foto niet uit de Playboy bestanden afkomstig; Sanoma kan niet bewijzen dat dit wél het geval was. Het hof beperkt zich daarom tot de eerste foto. GeenStijl verweert zich dienaangaande met de stelling dat van deze uitsnede niet gezegd kan worden dat het een werk is. Het hof verwerpt die stelling en bestempelt de uitsnede als een ongeoorloofd citaat:

"Volgens GS Media is de uitsnede een dermate klein en onherkenbaar deel van één van de foto's, dat deze op zichzelf niet voldoet aan de auteursrechtelijke definitie van een werk, zodat evenmin kan worden gesproken van de openbaarmaking daarvan. Sanoma c.s. voeren daar tegen aan dat ook uit de uitsnede blijkt van originele en subjectieve keuzes van [de fotograaf], zoals compositie, kleur, afstand tot [het object], hoek, belichting en positionering. Het enkele feit dat een derde slechts een klein deel van een beschermd werk verveelvoudigt en openbaar maakt, betekent niet zonder meer dat daardoor geen auteursrecht wordt geschonden. In dit geval was de uitsnede bedoeld als een zogenaamde 'teaser', dat wil zeggen om de aandacht van het geenstijlpubliek naar de gehele foto en de andere foto's te trekken. Het hof beschouwt de uitsnede daarom als een citaat uit de gehele foto. In artikel 15a Aw is geregeld aan welke voorwaarden een citaat moet voldoen om niet te worden beschouwd als een inbreuk op het auteursrecht op een werk. Allereerst is daarvoor van belang dat het werk waaruit wordt geciteerd rechtmatig openbaar is gemaakt. Uit de rechtsoverwegingen 2.4.2 en 2.4.6 volgt dat een derde de foto's zonder recht of titel, en derhalve onrechtmatig, openbaar heeft gemaakt. GS Media was daarvan op de hoogte, zo al niet aanstonds dan toch sinds het verzoek dat Sanoma heeft gedaan om niet tot publicatie over te gaan. Bovendien heeft GS Media verzuimd duidelijk de naam van de maker te vermelden. Nu GS Media niet heeft voldaan aan voornoemde eisen van art. 15a Aw levert de openbaarmaking van de uitsnede inbreuk op auteursrecht op."

➤ Wat vindt u van deze benadering van het hof?

HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 681 Dior / Kruidvat

Dior Frankrijk ontwikkelt en produceert parfums en andere cosmetische producten en brengt die onder verschillende merknamen op de markt. De producten zijn relatief duur en behoren tot de

markt van de luxueuze cosmetische producten. Dior hanteert een gesloten verkooporganisatie. Voor de verkoop in landen buiten Frankrijk zijn alleenverteenwoordiger aangesteld.

De drogisterijketen Kruidvat staat daarbuiten. Desalniettemin is zij er in geslaagd door parallelimport Diorproducten te verkrijgen. In het kader van een kerstactie voor het jaar 1993 heeft zij de Dior-



producten EAU SAUVAGE, POISON, FAHRENHEIT, DUNE en SVELTE te koop aangeboden tegen scherp concurrerende prijzen. In haar reclamefolders heeft zij daartoe de verpakkingen en flesjes van enkele van die producten afgebeeld.

Dior stelt onder andere dat hierdoor inbreuk is gemaakt op het aan Dior toekomende auteursrecht op deze flesjes en verpakkingen en eist een verbod op toekomstige verveelvoudiging en openbaarmaking van (afbeeldingen) van de verpakkingen en flesjes. Zij stelt onder andere schade te onderkennen doordat aldus het prestige en imago van haar producten worden aangetast.

De President van de Rb. Haarlem wijst deze vordering in kort geding toe. Hij overweegt daarbij onder andere:

" *Waar Dior voor de reclame van haar producten gebruik maakt van dure in kleur uitgevoerde advertenties waaraan veel zorg is besteed, heeft [Kruidvat] de Dior-producten afgebeeld op een goedkope wijze die niet strookt met de door Dior gehanteerde wijze van adverteren. "*

Het Hof vernietigt deze uitspraak in hoger beroep. Omdat het hier tevens een merkenrechtelijk geschil betreft worden in cassatie nogal wat vragen opgeworpen van EU- en Beneluxrecht. De Hoge Raad komt daarom niet tot een eindbeslissing, maar stelt vragen aan het Hof van Justitie, resp. het Benelux Gerechtshof. Wel komt de Hoge Raad echter reeds tot de volgende interessante overwegingen:

" *[Het gaat hier om een geval waarin] een product op de verpakking waarvan de producent auteursrecht toekomt, na door die producent in het verkeer te zijn gebracht, door anderen verder wordt verhandeld, terwijl de producent zich niet tegen dat verder verhandelen kan verzetten. De vraag is echter of de producent zich in zodanig geval wèl met een beroep op zijn auteursrecht ertegen kan verzetten dat zonder zijn toestemming de wederverkoper [...] in zijn reclamemateriaal [...] afbeeldingen van de verpakkingen van het product openbaar maakt en verveelvoudigt [...].*
Aangenomen moet worden [...] dat de wetgever deze vraag niet onder ogen heeft gezien. Wèl is in par. 6 van Hoofdstuk I van de Auteurswet een aantal beperkingen van het auteursrecht opgenomen, waaraan in de regel een afweging ten grondslag ligt van de belangen van de rechthebbende op het auteursrecht tegenover de maatschappelijke of economische belangen van anderen of tegen het algemeen belang. Deze uitdrukkelijke beperkingen sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen. "

De Hoge Raad stelt vervolgens dat daarbij aansluiting kan worden gezocht bij wèl in de wet opgenomen beperkingen.

" *In dit verband is van belang dat de [wetgever] in een enigermate vergelijkbare situatie - die waarbij de maker van een teken-, schilder-, bouw-, of beeldhouwwerk het werk heeft vervaardigd en de nieuwe eigenaar het, met het oogmerk het te verkopen, in een catalogus wenst af te beelden - de balans ten gunste van de belangen van de eigenaar heeft laten doorslaan (art. 23 Auteurswet). Zo dient ook hier in beginsel doorslaggevende betekenis te worden toegekend aan het belang van de wederverkoper om op een in de betrokken tak van handel gebruikelijke wijze reclame te kunnen maken voor door hem te koop aangeboden*

waren [...]. In dit verband moet worden bedacht dat de rechthebbende die zijn product in een auteursrechtelijk beschermde verpakking op de markt brengt, daarmee zijn recht op openbaarmaking en verveelvoudiging van die verpakking [...] in beginsel uitput; zijn belang zich te verzetten tegen een verdere openbaarmaking en verveelvoudiging in de vorm van afbeeldingen van het verpakte product alleen met het oog op de verdere verhandeling daarvan, weegt daarom niet zwaar. "

Daar zijn echter uitzonderingen op, zo meent de Hoge Raad. Allereerst moeten de persoonlijkheidsrechten in acht worden genomen. Maar daartoe blijft het niet beperkt. Er kan óók een uitzondering worden aangenomen

" indien anderszins de openbaarmaking en verveelvoudiging plaatsvindt onder zodanige omstandigheden dat aan de rechthebbende schade kan worden toegebracht. Als zodanige schade komt in aanmerking de schade die Dior stelt te lijden als gevolg van de wijze waarop Kruidvat voor de door haar te koop aangeboden Dior-producten adverteert. "

Bij dit laatste lijkt de Hoge Raad met de ene hand terug te nemen wat hij met de andere heeft gegeven. Er zijn weliswaar nog andere beperkingen op het absolute auteursrecht mogelijk dan die welke de wet noemt, maar dat betekent ook weer niet dat men vervolgens "zijn gang maar kan gaan". Indien de omstandigheden waaronder de toe te laten openbaarmaking plaatsvindt schade kunnen opleveren aan de auteursrechthebbende, gaat het feest alsnog niet door. Schade aan de uitstraling en status van een produkt is daarbij uitdrukkelijk in aanmerking te nemen.

Overigens is het inmiddels ten zeerste de vraag of er nog nieuwe, niet rechtstreeks uit de wet voortvloeiende beperkingen bij zullen komen (en ook of, indien zich opnieuw een situatie voordoet als die welke onderwerp was van het bovenstaande arrest, daarop nog op dezelfde wijze zal kunnen worden beslist). De Europese Richtlijn inzake het Auteursrecht in de Informatiemaatschappij die inmiddels van kracht geworden is kent een gesloten stelsel van beperkingen. Lidstaten kunnen geen andere beperkingen op het auteursrecht toestaan dan die welke in de "catalogus" van de Richtlijn zijn opgenomen. (Meer daarover bij het vervolgvak Hoofdstukken Informatierecht).

7. Uitspraken over Portretrecht

HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220 (Ja zuster, nee zuster)

Lever's zeepmaatschappij te Rotterdam heeft in het kader van een reclamecampagne voor het schoonmaakmiddel Andy een serie sleutelhangers onder het publiek verspreid. Aan de sleutelhangers waren plastic poppetjes bevestigd, die de figuren "Zuster Klivia", "Gerrit" en "Opa" uit de televisieserie "Ja, zuster, nee zuster" voorstellen. De poppetjes zijn met toestemming van de schep- per van de figuren, Annie M.G. Schmidt, vervaardigd.

De vertolkers van de figuren, de acteurs H. Blok en L. Jongewaard, menen dat door de versprei- ding van de sleutelhangers inbreuk is gemaakt op hun portretrecht. Zij stellen dat zij er als acteurs een redelijk belang bij hebben dat niet zon- der hun toestemming van hun portretten gebruik gemaakt wordt voor louter commerciële doeleinden. Er worden hun exploitatiemoge- lijkheden uit handen genomen en hun image bij het publiek is in het ge- ding.



Hun vordering wordt echter in alle instanties afgewezen. De Hoge Raad oordeelt dat onder een portret verstaan moet worden datgene wat in de Memorie van Toelichting bij artikel 18 van de Auteurswet is vermeld, namelijk:

" een afbeelding van het gelaat van een persoon, met of zonder die van verdere lichaamsdelen, op welke wijze zij ook vervaardigd is. "

Aangezien de gelaatstrekken van de poppetjes beslist niet overeenstemmen met die van de eisers zijn de poppetjes dus geen portretten.

Ook is het verspreiden van de poppetjes geen onrechtmatige daad. Van de zijde van eisers werd aangevoerd dat het gebruikelijk is om acteurs en actrices te betrekken bij onderhandelingen over het gebruik van afbeeldingen van door televisie bekende figuren voor reclamadoeleinden. Het Hof meent echter dat niet vast staat dat dit ook dan gebruikelijk is, wanneer het gaat om afbeeldingen waarin de betreffende personen niet herkenbaar zijn. De Hoge Raad sluit zich hierbij aan. Ook het feit dat de populariteit van de figuren mede is ontstaan door de vertolking door de eisers mag hen niet baten: ook dat maakt het gedrag van de gedaagde niet onrechtmatig.

Indien echter het gelaat van een acteur, sporter of andere "Bekende Nederlander" wél herkenbaar is, is het mogelijk dat een redelijk belang zich tegen openbaar maken verzet. Dat redelijke belang in de zin van art. van de Auteurswet is dan een financieel belang. Voorbeelden daarvan vinden we in de juris- prudentie met de cast van het destijds populaire televisieprogramma "'t Schaap met de vijf pooten" (wederom Leen Jongewaard, naast anderen) en wat meer recent de bokser Arnold Vanderlijde, zoals onderstaande uitspraak leert:

Hof Amsterdam 27 mei 1993, NJ 1994, 658 (Vanderlijde)

In Panorama nr. 37 van 1988 is op de twee middenpagina's een grote foto (een poster) geplaatst van bokser Arnold Vanderlijde. Vanderlijde stelt dat hij als amateurbokser een grote p[populariteit] geniet die hij onder meer te gelde weet te maken door zich voor publicatie van portretten als de onderhavige te laten betalen. De Spaarnestad (uitgever van Panorama) stelt daar tegenover dat de amateurstatus van Vanderlijde aan een dergelijk geldelijk belang in de weg staat.

Het Hof:

“Het gaat [...] er niet om of Vanderlijde de status van amateurbokser of van beroepsbokser heeft. Het gaat erom of de populariteit die Vanderlijde zich als bokser heeft verworven zodanig is dat een commerciële exploitatie van zijn populariteit door het openbaar maken van zijn portret mogelijk is.”

Dat nu lijkt volgens het Hof geen twijfel: Vanderlijde is hoogst populair en weet die populariteit middels sponsoring ook op grote schaal te verzilveren. Het financiële belang is derhalve aan te merken als een redelijk te honoreren belang.

Een beroep van De Spaarnestad op de persvrijheid (de foto was afgedrukt bij een artikel “Kassa voor amateurs” en zou dienen om de zeggingskracht van het geschreven woord te versterken) wordt afgewezen:

“Het Hof stelt voorop dat De Spaarnestad recht heeft op vrijheid van meningsuiting, waaronder tevens is begrepen het recht op vrije geïllustreerde nieuwsvoorziening Dit impliceert dat Spaarnestad in beginsel de vrijheid heeft om een artikel [...] te illustreren met een portret van Vanderlijde.

Ter beoordeling is derhalve of het hier gaat om een publicatie van het portret van Vanderlijde ter illustratie en ondersteuning van het geschreven woord of om een publicatie voor in overwegende mate commerciële doeleinden.”

Het Hof stelt vast dat het gaat om een portret dat, zonder begeleidende tekst de totale oppervlakte van twee middenpagina's beslaat.

“Door die wijze van publicatie staat het portret tot op zekere hoogte op zichzelf en daardoor los van de inhoud van het artikel [...]. Voorts vormt het aldus een aantrekkelijk verzamelobject voor dat deel van het publiek waar Vanderlijde populariteit geniet Spaarnestad is zich hier blijkbaar terdege van bewust geweest. Bij de inhoudsopgave [...] staat het portret van Vanderlijde in kleiner formaat afgedrukt, begeleid door de teksten: “Aan de muur en in de ring” en “Wij zijn in ieder geval klaar voor een nieuwe vedette en U ook, met de poster op pagina 54”.

Die wijze van openbaarmaking, veeleer als op zichzelf staande afbeelding dan als illustratie van een tekst, laat geen andere conclusie toe dan dat Spaarnestad het portret van Vanderlijde uit in overwegende mate commerciële overwegingen heeft gepubliceerd Dit betekent dat zij zich [...] niet [...] op haar pers- en publicatievrijheid kan beroepen.”

Het vonnis van de Rechtbank, waarbij De Spaarnestad o.a. is veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van fl. 30.000,- wordt bekrachtigd.

Naast een financieel belang kan het redelijk belang van art. 21 ook gelegen zijn in de bescherming van de privacy.

HR 30 oktober 1987, NJ '88, 1000 (Vondelpark)

In de Nieuwe Revu is een artikel verschenen onder de titel "Vondelpark vrijplaats voor geluk", waarbij vijf grote en elf veel kleinere foto's zijn afgedrukt. De fotograaf had de opdracht gekregen de vier seizoenen in het Vondelpark in beeld te brengen. Eén van de grote foto's toont eiseres L. in "innige" omarming met haar (toenmalige) vriend. De foto is genomen en gepubliceerd zonder toestemming van L.. De relatie tussen L. en de man op de foto was toen inmiddels verbroken.

L. stelt een rechtsvordering in bij de Kantonrechter tot vergoeding van geleden immateriële schade ten bedrage van f 3.000,-. De Kantonrechter wijst de vordering toe. De Rechtbank vernietigt dit vonnis in hoger beroep. De Hoge Raad overweegt onder andere:

" L. heeft haar vordering tot vergoeding van "immateriële schade" primair gebaseerd op art. 21 Aw en daartoe gesteld dat haar redelijk belang zich tegen openbaarmaking van die foto verzet omdat deze openbaarmaking inbreuk maakt op haar recht op bescherming van haar persoonlijke levenssfeer. Deze stelling is door de Ktr. juist bevonden, maar door de Rb. verworpen. (...)

De Rb. heeft aldus oordelend miskend dat uit het recht van eenieder op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, dat naar zijn inhoud mede door art. 8 EVRM wordt bepaald, voortvloeit dat indien de openbaarmaking van een portret op dit recht inbreuk maakt, in beginsel sprake is van een redelijk belang van de geportretteerde als bedoeld in artikel 21 Aw (...). Of van een zodanige inbreuk sprake is hangt af van de feitelijke omstandigheden, met name de aard en mate van intimiteit waarin de geportretteerde is afgebeeld, terwijl ook het karakter van de foto en de context van de publicatie van belang kunnen zijn. "



De Rechtbank had nog overwogen dat de reactie van L. uitzonderlijk was "in het licht van de zedelijke opvattingen die heersen onder (en ten aanzien van) jongelui van de leeftijd van L. die in de tachtiger jaren in het Vondelpark wandelen op de wijze als afgebeeld op de onderhavige foto". Daarover zegt de HR:

" dat de Rb. aldus oordelend miskent dat de vraag of L. een redelijk belang heeft moet worden beoordeeld in het licht van haar concrete omstandigheden en haar achtergrond en dat daarbij niet relevant is of dezelfde bezwaren zich bij anderen zouden voordoen. "

De HR verwijst de zaak naar het Hof te Amsterdam, ter verdere (feitelijke) behandeling en beslis-sing.

- Wat is immateriële schade?
- Hoe is de toetsing van het redelijk belang, zoals in het laatste citaat verwoord aan te duiden?
- Waarom doet de HR de zaak zelf niet af?

Hof Amsterdam 27 april 1989, NJ 1990,370 (Vondelpark II)

Vervolg op het vorige arrest. Het Hof overweegt ten aanzien van de vraag of in het licht van het door de HR geformuleerde criterium van inbreuk op de privacy sprake is (en daarmee van een re-delijk belang ex 21 Aw) als volgt:

" Ten aanzien van de omstandigheden waaronder de foto is gemaakt komt betekenis toe aan het feit dat de foto is gemaakt in het Vondelpark te Amsterdam. Daarmee staat enerzijds vast dat L. op het moment dat de foto werd gemaakt zich bevond op een voor het publiek algemeen toegankelijke plaats, doch anderzijds geldt dat een park een zekere beslotenheid biedt aan degene die zich daar ophoudt. Op die beslotenheid wordt inbreuk gemaakt in een situatie als in de onderhavige, waarbij uit de begeleidende woorden van de fotograaf blijkt, dat hij de fo-to met opzet op een voor de geportretteerden volslagen onverwacht moment heeft gemaakt, kort nadat zij, elkaar omhelzend, uit een laantje in het park kwamen.

De foto is afgedrukt in het weekblad Nieuwe Revu, welk tijdschrift, naar vast staat, een oplage van ongeveer 200.000 exemplaren heeft. Daarmee staat vast dat de afbeelding van L. in tweehonderdduizendvoud over Nederland is verspreid. De kans dat de foto van L. onder ogen zou komen van personen uit haar directe omgeving, die haar, gelet op het formaat van de afbeelding en de herkenbaarheid van de geportretteerden zonder enige twijfel zouden kunnen herkennen als de afgebeelde persoon, is daardoor zeer groot. Verspreiding van een foto onder een zo groot publiek doet de mogelijkheid dat door de publicatie inbreuk wordt gemaakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde toeneemen. "

Het Hof geeft vervolgens een omschrijving van de context waarin de foto is geplaatst en overweegt dan:

" Deze publicatie in zijn geheel beoordelend treedt daarin op de voorgrond een suggestie van in het Vondelpark te vinden erotiek en vrijheid van opvattingen en gedragingen. L. heeft erop gewezen dat zij zich gegriefd acht door het feit dat haar portret in deze reportage is afgedrukt. [...] Door deze, L. in de geschetste mate van intimiteit weergevende, foto te publiceren in de hierboven beoordeelde context wordt deze foto betrokken in een sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen, waardoor de getoonde intimiteit wordt versterkt en geassocieerd met een context die door L. als storend kan worden ervaren. "

Het Hof oordeelt op grond van het bovenstaande dat van inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer sprake is. De Geïllustreerde Pers had nog aangevoerd dat L. dit alles over zichzelf had afgeroepen door zich in de afgebeelde mate van intimiteit in het publieke Vondelpark te vertonen. Het Hof:

" [Dat] betoog [...] gaat niet op. Wanneer, zoals in dit geval, openbaarmaking van de foto inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, heeft de geportretteerde zulk een redelijk belang en is er daarnaast voor een verwijt van "eigen schuld" geen plaats meer.

Ook het verweer dat de onrechtmatige daad niet aan GP zou kunnen worden toegerekend, nu zij de "hoogst uitzonderlijke" reactie van L. niet kon voorzien baat niet. Het Hof:

" Openbaarmaking van de onderhavige foto in de gekozen context schept voor GP bijzondere risico's ten aanzien van de persoon en de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde die zij kon en moest voorzien. aan GP valt daarvan eerst dan geen verwijt te maken, als zij zich er in redelijke mate van had vergewist dat die belangen van de geportretteerde geen gevaar zouden lopen. Zodanig onderzoek heeft echter niet plaats gevonden. [...] De schade, bestaande in gevoelens van onlust, schaamte en verdriet die als gevolg van deze openbaarmaking bij haar zijn ontstaan, staat niet in een zo ver verwijderd verband tot de onrechtmatige daad dat zij niet aan GP kan worden toegerekend. "

Het Hof bepaalt naar billijkheid de door de openbaarmaking voor L. veroorzaakte immateriële schade op f 1.000,-

- Maak een opsomming van de factoren die volgens het Hof een redelijk belang opleveren. Welke "grondrechten" botsen in deze casus?

De botsing van grondrechten als hierboven bedoeld wordt in het bijzonder belicht in de volgende uitspraak:

HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (Ferdie E.)

Ferdie E., de man die Gerrit Jan Heijn heeft ontvoerd en vermoord, maakt bezwaar tegen de openbaarmaking van zijn portret in twee afleveringen van Panorama. Hij stelt dat het redelijke belang op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer zich daartegen verzet.

De Rechtbank Haarlem, waarvoor de zaak in eerste instantie dient stelt hem in het gelijk, stellende dat wanneer eenmaal vast staat dat een geportretteerde een redelijk belang heeft dat zich tegen openbaarmaking verzet, die publicatie onrechtmatig is, *“zonder dat zijn belang nog moet worden afgewogen tegen andere –wellicht ook redelijke- belangen zoals het belang van vrije nieuwsgaring.*

Het gerechtshof te Amsterdam is een andere mening toegedaan; volgens het Hof is er wél plaats voor belangenafweging, zij het dat de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer op de eerste plaats staat en de vrije nieuwsgaring hooguit een rechtvaardiging voor inbreuk kan inhouden. Die rechtvaardigingsgrond acht het Hof in dit concrete geval aanwezig in de grote aandacht van het publiek, waardoor de publicaties een sterke nieuwswaarde hadden.

De Hoge Raad bekijkt het nog weer anders en komt tot de volgende overwegingen. Het Hof heeft ten onrechte aan het recht op eerbiediging van de privacy een absoluut gewicht gegeven dat in beginsel groter is dan dat van het recht op vrije meningsuiting:

“Het gaat hier om twee vrijheden die zowel voor de ontplooiing van het individu, als voor een democratische samenleving als zodanig wezenlijk zijn, er bestaat geen grond tussen deze beide een rangorde te aanvaarden [...]. Evenmin is er een deugdelijke reden om, ingeval buiten toestemming van de geportretteerde publiceren van diens portret de vrijheid van meningsuiting in conflict brengt met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, ter beoordeling van de vraag aan welk van beide vrijheden in het gegeven geval voorrang toekomt, anders te werk te gaan dan wanneer zodanig conflict zijn grond vindt in een andersoortige publicatie, zoals die van mededelingen [...].”



Ter onderbouwing geeft de Hoge Raad en passant een "authentieke uitleg" van zijn eigen Vondelpark-arrest:

“Het Vondelpark-arrest mag [...] niet zo worden begrepen dat daarin zou zijn beslist dat ook in gevallen als het onderhavige voor een nadere afweging als hiervoor bedoeld geen plaats is, omdat het bij art. 21 Aw. uitsluitend daarop aankomt of het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is geschonden. Deze uitleg van het arrest miskent vooreerst dat daarin ruimte werd gelaten voor een nadere afweging, immers werd overwogen dat indien openbaarmaking van een portret inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw [...], en voorts en vooral dat het in dat arrest ging om de grenzen van het redelijk belang in de zin van deze wetsbepaling en niet om de vraag of, eenmaal aangenomen dat die grenzen zijn overschreden, beroep op het recht van vrijheid van meningsuiting tot een nadere afweging kan leiden.”

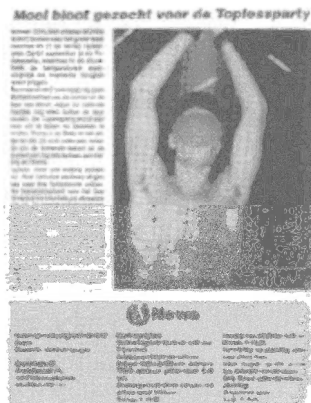
Het antwoord op de vraag of een openbaarmaking jegens een geportretteerde onrechtmatig is:

“kan slechts worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt.

“Dit is een methode die het Hof ook heeft toegepast; het oordeel van het Hof dat de belangen van De Spaarnestad zwaarder wogen kan dan ook in stand blijven.

- Wat is het verschil tussen de regel geformuleerd door het Hof en die, geformuleerd door de Hoge Raad?
- Wat wordt bedoeld met een “authentieke uitleg”?
- Omvat de vrijheid van meningsuiting naar uw oordeel het plaatsen van foto's?

HR 2 mei 1997, AMI 1997/7 (Disco danser)



In discotheek IT te Amsterdam wordt door een groep van ongeveer acht personen dansend opgetreden. In augustus 1991 heeft M. in dat verband een dansoptreden verzorgd, tegen een honorarium van fl. 75,-. Van dat optreden is een foto gemaakt die door Bios Amsterdam B.V., de exploitant van de IT, is gebruikt voor een reclamefolder met het opschrift: “Mooi bloot gezocht voor de toplessparty”. Bios heeft die folder bovendien in zijn geheel laten afdrukken op de achterkant van de GAY-krant van 7 september 1991.

M. vordert een schadevergoeding van fl. 10.000,- wegens inbreuk op zijn portretrecht en daarmee op zijn persoonlijke levenssfeer.

Bios stelt dat aan belangstellenden voor een dansoptreden, en in het bijzonder ook aan M., vooraf is meegedeeld dat tijdens het optreden

foto's zouden worden gemaakt die door Bios voor reclamedoelinden konden worden gebruikt. De Rechtbank legt Bios op dat te bewijzen. Daartoe worden getuigen gehoord; de Rechtbank is daardoor overtuigd en wijst de vordering van M. af. In hoger beroep is het Hof niet van oordeel dat uit de getuigenverklaringen kan worden afgeleid dat M. expliciet of impliciet toestemming heeft gegeven.

Toch bekrachtigt het Hof het vonnis van de Rechtbank. M. maakte bezwaar tegen de publicaties “omdat hij daardoor door bekenden in zijn omgeving geassocieerd werd met de homobeweging, een associatie die hij, zelf geen homo zijnde, niet wenst”. Dat vindt het Hof onder de gegeven omstandigheden geen reden om de onderhavige openbaarmaking van het portret van M. aan te merken als een inbreuk op diens persoonlijke levenssfeer, die een beroep op een redelijk belang in de zin van art. 21 Aw. kan schragen. Daartoe is volgens het Hof in het bijzonder van betekenis:

“dat M. zelf, door zijn (betaalde) optreden, in de bij hem (en ook landelijk) bekende “IT”-discotheek, zich heeft begeven in een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen en hij hiermee tot op zekere hoogte een associatie als door hem bedoeld welbewust over zich af heeft geroepen.”

Voor de Hoge Raad is dit aanleiding tot de volgende –geheel nieuwe- overwegingen:

“Bij de beoordeling van het [cassatie- LB] middel moet worden vooropgesteld, dat de bescherming die art. 21 Aw. [...] aan de geportretteerde toekent met name tegen inbreuk op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer, meebrengt dat de geportretteerde in beginsel steeds een redelijk belang zal hebben om zich te verzetten tegen gebruik van zijn portret als ondersteuning van een commerciële reclame-uiting. De opname van een portret in een reclame voor een product of dienst heeft immers tot gevolg dat de geportretteerde door het publiek geassocieerd zal worden met dat product of die dienst, waarbij het publiek in het algemeen –en doorgaans terecht- ervan uit zal gaan dat het gebruik van het portret niet zal zijn geschied zonder toestemming van de geportretteerde en de opname van het portret in de reclame-uiting zal opvatten als een blijk van publieke ondersteuning van het product of de dienst door de geportretteerde. Op deze gronden is het op een dergelijke wijze gebruiken van een portret in beginsel aan te merken als een inbreuk op

de persoonlijke levenssfeer van de geportretteerde. Dit brengt met zich mee dat in beginsel sprake is van een redelijk belang als bedoeld in art. 21 Aw. dat zich tegen die openbaarmaking verzet. De grond waarop het Hof de vordering van M. heeft afgewezen, komt in de kern erop neer dat de aard van de publicaties geen andere was dan de aard van de dienst aan het verrichten waarvan M. incidenteel had meegewerkt, en dat daarom de publicaties geen inbreuk vormden op de persoonlijke levenssfeer van M. Aldus oordelend heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het enkele feit dat de geportretteerde door zijn medewerking aan het voortbrengen van het product of het verrichten van de dienst waarop de reclame betrekking heeft, reeds binnen een bepaalde kring met het product of de dienst zal worden geassocieerd brengt niet mee dat het openbaar maken van zijn portret in een reclame-uiting en de daaruit resulterende associatie van de geportretteerde met het product of de dienst bij een ruimer publiek niet kan worden beschouwd als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of dat geen redelijk belang van de geportretteerde zich meer tegen de inbreuk verzet. Het is derhalve voor de vraag of in strijd is gehandeld met art. 21 Aw niet van belang of de aard van de publicatie overeenstemt met de aard van het product of de dienst.

Van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is in het bijzonder sprake, als de reclame-uitingen zoals het Hof in het onderhavige geval heeft vastgesteld de geportretteerde brengen “in een openbare sfeer van erotiek en vrijheid van opvattingen”. [...] Het middel slaagt derhalve. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat Bios [...] in strijd heeft gehandeld met art. 21 Aw. De zaak moet echter naar een Hof worden verwezen voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding waarop M. aanspraak heeft.”

HR 2 mei 2003, AMI 2003 nr 5 (Breekijzer)



De commerciële televisiezender SBS 6 zendt regelmatig het televisieprogramma “Breekijzer” uit. In dat programma worden klachten van consumenten belicht en wordt

verslag gedaan van het werk van presentator Pieter Storms om “individuen die beknelde geraakt zijn in een raderwerk van instellingen hulp te bieden”. IPA is (her)verzekeraar en hulpverleningsorganisatie in het kader van onder meer via Aegon afgesloten reisverzekeringen. Pieter Storms is benaderd door de echtgenote van een patiënt die op reis in Frankrijk door een hartinfarct is getroffen en naar haar oordeel niet op passende wijze, middels repatriëring, door IPA is bijgestaan.

Na op 24 augustus 2000 door klagster te zijn benaderd, verschijnt Pieter Storms op 28 augustus 2000 tezamen met klagster en vergezeld van een cameraploeg onaangekondigd in de bedrijfsruimte van IPA, waar hij erop aandringt met de directeur te spreken. Directeur N. deelt daarop aan Storms mee niet voor hem beschikbaar te zijn (vanwege de aanwezigheid van buitenlandse gasten en het feit dat hij eerst het dossier wil bestuderen). Storms reageert daarop met de mededeling dat klagster al honderdduizend keer contact had gezocht met IPA met het verzoek om iets te regelen, maar dat er geen actie werd ondernomen. Daarop vindt verdere discussie plaats, waarbij Storms o.a. dreigt de buitenlandse gasten van N. erover te zullen inlichten “hoe de praktijken van de organisatie klaarblijkelijk zijn”. Uiteindelijk heeft Storms de bedrijfsruimte van IPA verlaten.

Nadat op 29 augustus 2000 telefonisch contact tussen de redactie van Breekijzer en N. had plaatsgevonden verschijnt Storms op 31 augustus 2000 opnieuw met lopende camera op het kantoor van IPA. In het daaropvolgende gesprek tussen Storms en N. tracht laatstgenoemde zijn visie op de zaak te geven. Hij wordt daarbij echter voortdurend door Storms in de rede gevallen met opmer-

kingen als: “Dan bent u een hopeloze, waardeloze, organisatie.” en “Als uw organisatie pretendeert dat u een SOS-hulpdienst bent, dat u mensen in het buitenland kunt bijstaan bij problemen, dan moet u onmiddellijk aan de gang gaan, anders moet u onmiddellijk hier het pand verlaten en aftreden als directeur want dan bent u geen [knip] voor de neus waard.”

Storms en SBS zijn voornemens in het programma Breekijzer een item over IPA op te nemen, dat is samengesteld uit het op 28 augustus en 31 augustus 2000 opgenomen filmmateriaal. N. en het kantoor van IPA komen daarbij herkenbaar in beeld en beiden worden met naam en toenaam vermeld. Nadat Storms en SBS niet zijn ingegaan op een verzoek van uitzending af te zien, volgt een door N. en IPA aangespannen kort geding. De President van de Rechtbank te Amsterdam verbiedt daarin de opnamen uit te zenden en negatieve uitingen van bepaalde aard over IPA en N. te doen. Daarop verschijnt Storms op 21 september 2000 opnieuw onaangekondigd met een camera-ploeg het kantoor van IPA. N. vraagt Storms het pand te verlaten en verbiedt hem opnamen van hem te maken. Uiteindelijk worden beveiligingsbeambten ingeschakeld en verlaat Storms na een schermutseling het pand. Daarop volgt een nieuw kort geding waarin N. en IPA vorderen aan de productie- maatschappij van Storms te verbieden het kantoor van IPA te betreden, actief contact te zoeken met (medewerkers van) IPA en/of N. in verband met de onderhavige zaak en medewerkers en/of klanten van IPA en N. hinderlijk te volgen of van hen filmopnamen te maken en bovendien aan de productiemaatschappij en SBS te verbieden beeldmateriaal van die opnamen van 21 september 2000 uit te zenden. Ook deze vorderingen worden door de President toegewezen, bij vonnis van 13 oktober 2000.

Maar zelfs na afloop van de rechtszitting waarin deze zaak werd behandeld worden bij het verlaten van de rechtbank nog weer opnamen gemaakt door een filmploeg op aanwijzing van Storms. De filmploeg volgt N. en diens raadsman op straat tot het kantoor van de raadsman. Dat feit geeft aanleiding tot een derde kort gedingprocedure waarin bij vonnis van 16 oktober 2000 door de president wordt beslist dat ook die op 11 oktober 2000 gemaakte opnamen niet mogen worden uitgezonden.

Storms, zijn productiemaatschappij en SBS stellen hoger beroep in tegen alle drie de uitspraken in kort geding. Het Hof geeft hen ongelijk en de zaak belandt bij de Hoge Raad. De Hoge Raad gaat uitvoerig in op door Storms en SBS aangevoerde argumenten op basis van de vrijheid van meningsuiting. Ook komen echter portretrechtelijke kwesties aan de orde. Alleen deze laatste worden hier behandeld.

Storms en SBS stellen allereerst dat aan artikel 21 Auteurswet geen grondslag kan worden ontleend om zich te verzetten tegen openbaarmaking van film- of televisieopnamen waarin iemand te zien en/of te horen is. Daarover oordeelt de Hoge Raad: *“Dit standpunt kan niet als juist worden aanvaard. Noch de tekst, noch de strekking van artikel 21 Auteurswet geeft grond voor de opvatting dat de technische wijze van vervaardiging van een portret beslissend is voor het antwoord op de vraag of de geportretteerde zich op voet van artikel 21 Auteurswet tegen openbaarmaking kan verzetten.”*

Daarnaast voeren Storms en SBS aan dat een portretrechtelijk verbod zich niet kan uitstrekken tot van de opnamen deel uitmakende geluidsopnamen. Ook die opvatting wordt door de Hoge Raad niet gevolgd: *“Het verbod zoals in eerste aanleg gevorderd en toegewezen had betrekking op opnamen van beeld en geluid die waren bedoeld om in die vorm, derhalve inclusief geluid, te worden uitgezonden. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het Hof in de grieven niet de klacht gelezen dat het door de president gegeven verbod te ruim was, in die zin dat het geen betrekking kan hebben*

op het van de opnamen deel uitmakende geluid. Het stond het Hof derhalve niet vrij het verbod te beperken tot de beeldopnamen.”

Ten slotte voeren Storms en SBS aan dat een portretrechtelijke claim niet aan de orde kan zijn als het gelaat van de betrokkene wordt afgeblokt of in het beeld volledig onherkenbaar wordt gemaakt. De HR beslist echter dat die algemene stelling niet als juist kan worden aanvaard:

“Zij miskent immers dat het geheel of gedeeltelijk onherkenbaar maken van een gelaat van een afgebeelde persoon niet eraan in de weg hoeft te staan dat sprake is van een portret in de zin van artikel 21 Auteurswet, nu ook uit hetgeen de afbeelding overigens toont, de identiteit van die persoon kan blijken, en dat derhalve openbaarmaking van een dergelijke afbeelding op de voet van deze bepaling kan worden verboden.”

De Hoge Raad verwijst hierbij naar een uitspraak uit 1987, waarin ten aanzien van een foto van een naturiste met afgewend gelaat reeds was uitgemaakt dat ook overige elementen die tot herkenning kunnen leiden, zoals een karakteristieke lichaamshouding, tot het aanmerken van een afbeelding als “portret” kan leiden. De Hoge Raad vervolgt: *“Hierbij verdient nog opmerking dat door het afblokken of anderszins onherkenbaar maken van het gelaat het onrechtmatige karakter van de uitzending in het kader van het onderhavige programma niet wordt weggenomen, maar eerder wordt geaccentueerd, aangezien bij het grote publiek immers wellicht de indruk zal ontstaan dat een aldus afgebeelde persoon als verdachte, zo niet als schuldige moet worden aangemerkt.”*

Met de laatste overwegingen gaat de Hoge Raad mijns inziens wel heel erg ver. Een portretrechtelijke inbreuk aanwezig achten als de geportretteerde geheel onherkenbaar is gemaakt lijkt immers in strijd met de geaccepteerde betekenis van een portret.

- Hoe hadden de eisers het kunnen inkleden toch een veroordeling te krijgen, zonder dat daarvoor inbreuk op het portretrecht nodig zou zijn geweest?

Overigens zijn er ook in de nieuwe benadering nog altijd grenzen, zoals (wederom) de zaak GeenStijl / Sanoma leert:

Gerechtshof Amsterdam 19 november 2013, IEPT 20131119; GeenStijl / Sanoma

Ten aanzien van de bij het citaatrecht al genoemde “teaser”-foto, waarop de in badkleding gehulde buik van de geportretteerde Britt Dekker te zien werd van de zijde van Sanoma c.s. ook nog een beroep op schending van het portretrecht. Daar maakte het hof korte metten mee:

“Verder betoogt GS Media dat het openbaar maken van de uitsnede geen inbreuk is op het portretrecht van [Britt], omdat daaruit niet kan worden afgeleid om wie het gaat. [Britt] bestrijdt dat, omdat volgens haar uit de context van het artikel waarbij de uitsnede was geplaatst, duidelijk blijkt dat zij en geen ander kon zijn bedoeld.

Onder een portret is te verstaan een herkenbare afbeelding van (het gelaat van) een persoon met of zonder andere lichaamsdelen. In dit geval is niet het gelaat van [Britt] afgebeeld bij meerge-noemd artikel doch haar in badkleding gehulde buik. Zelfs met een ruime uitleg van het begrip portret, kan in dit geval niet worden aanvaard dat GS Media een portret van [Britt] heeft geopenbaard [...].”

EHRM 24 juni 2004, NJ 2005,22 Caroline von Hannover / Duitsland

Caroline von Hannover is de dochter van prins Reinier III van Monaco. Als lid van de familie van de prins vervult ze enkele functies op cultureel en liefdadigheidsgebied. Ze heeft geen formele functie binnen of namens de staat Monaco. Ze wordt veelvuldig gefotografeerd in privé situaties en die foto's worden dan gepubliceerd in roddelbladen. Sinds begin jaren negentig probeert ze dat al tegen te gaan, vaak ook via gerechtelijke procedures. De onderhavige zaak is begonnen naar aanleiding van publicaties van foto's in 1993 in twee Duitse roddelbladen: *Bunte* en *Neue Post*. Zes van de foto's tonen klagster met acteur Vincent Lindon, ver achterin de binnenplaats van een restaurant gezeten. Naar aanleiding daarvan vordert Caroline een verbod van verdere publicatie van foto's van haarzelf en/of haar kinderen bij activiteiten variërend van winkelen tot fietsen.



Voor de Hamburgse rechtbank beriep zij zich daartoe o.a. op haar portretrecht en op het recht op privacy, beiden zoals in Duitsland geldend (enigszins afwijkend van de Nederlandse situatie). De rechtbank wees onder toepassing van Duits recht de vordering af, voor zover die betrekking had op publicatie in Duitsland. Voor “absoluut publieke figuren der tijdgeschiedenis” zoals Caroline stopt naar Duits recht de privacy bij de voordeur. Alle foto's waren in openbare plaatsen gemaakt. Verdere publicatie in Frankrijk werd onder "toepassing van Frans recht (art. 9 Code Civil)" wél verboden.

In beroep kwam het gerechtshof te Hamburg tot hetzelfde oordeel. “Zelfs als zou de constante achtervolging door fotografen haar het leven moeilijk maken, die achtervolging was ingegeven door de legitieme wens het publiek te informeren.”

In cassatie vond het Federale Hof (*Bundesgerichtshof*, BGH) dat alleen publicatie van de foto's van klagster met Lindon ver achterin de binnenplaats van een restaurant een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer waren. De bescherming van de privacy strekte zich volgens het BGH ook uit tot gevallen waarin een publiek persoon zich weliswaar buitenshuis bevindt, maar wel in een afgezonderde ruimte, waarbij het “objectief kenbaar is dat hij zich wil onttrekken aan glurende ogen, zich onbespied mag wanen en zich daarom anders gedraagt dan hij in het openbaar zou doen.” Maar publieke personen moeten zich wel de publicatie laten welgevalen van foto's die zijn gemaakt in openbare plaatsen, ook als die foto's niet betrekking hebben op de uitoefening van openbare functies maar op het dagelijks leven.

Dat was volgens Caroline nog altijd te ruim. Ze ging naar het Constitutionele Hof (*Bundesverfassungsgericht*) om te klagen over de criteria die het Federale Hof had gehanteerd. Deze zouden zo strikt zijn, dat ze in de praktijk overal en altijd buiten haar woning gefotografeerd zou kunnen worden. Volgens Caroline moest, zeker waar de foto's van privésituaties enkel dienen om lezers te vermaken, de grondwettelijk verankerde persvrijheid wijken voor het persoonlijkheidsrecht zoals gegarandeerd door art. 2(1) juncto 1 van de Duitse Grondwet. (NB: dit is uiteraard een ander soort persoonlijkheidsrecht dan de persoonlijkheidsrechten die wij in de Auteurswet kennen).



Het Constitutionele Hof benadrukt dat het persoonlijkheidsrecht niet meebrengt dat het zonder toestemming publiceren beperkt is tot foto's van “absoluut publieke personen der tijdgeschiede-

nis” in de uitoefening van publieke functies. Als dat zo zou zijn, zou onvoldoende rekening worden gehouden met de terechte publieke belangstelling voor deze personen. Bovendien zou het een selectieve weergave bevorderen, die het publiek bepaalde noodzakelijke mogelijkheden zou ontnemen om zich oordelen te vormen over sociaal-politieke figuren, in aanmerking genomen dat dergelijke personen als rolmodel dienen en gezien de invloed die ze hebben. Het BGH had dan ook de juiste maatstaf aangelegd. Het BGH had ook terecht rekening gehouden met de wijze waarop de informatie is verkregen. Overigens vormt het feit dat foto's in het geheim zijn gemaakt, of zonder dat de gefotografeerde persoon zich daarvan bewust is, volgens het Constitutioneel Hof op zich zelf genomen geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer buitenshuis.

Maar ten aanzien van de foto's met de kinderen oordeelt het Constitutioneel Hof anders. Het algemene persoonsrecht van prinses Caroline wordt namelijk versterkt door het recht op intieme relaties met haar kinderen op grond van art. 6 van de (Duitse) Grondwet. De publicatie van de foto's van klaagster met haar kinderen dient daarom opnieuw beoordeeld te worden. Het Constitutionele Hof weigerde het beroep van klaagster in nog twee andere procedures in behandeling te nemen, met verwijzing naar bovenvermelde uitspraak.

Nu de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput wendt Caroline zich tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het EHRM komt tot de volgende uitspraak.

Daarbij begint het EHRM, zoals gebruikelijk, met een opsomming van het toepasselijke recht. Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan een resolutie van de Raad van Europa (de organisatie waarvan het EHRM als het ware de “rechtsprekende tak” is). De betreffende resolutie was door de Raad genomen naar aanleiding van de omstandigheden rond de dood van de Engelse prinses Diana.

“Resolutie 1165 (1998) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa

Naar aanleiding van de dood van de Prinses van Wales in 1997 en het debat dat naar aanleiding daarvan werd gevoerd in de Parlementaire Vergadering, heeft de Parlementaire Vergadering op 26 juni 1998 Resolutie 1165 aanvaard. De punten 7-9 van de Resolutie luiden:

7. Publieke personen zijn mensen die een openbare functie vervullen en/of publieke middelen gebruiken en, ruimer gesproken, alle personen die een rol in het openbare leven vervullen, hetzij in de politiek, economie, kunst, sociale sfeer, sport of welk ander domein dan ook.

8. Het is vaak in naam van een eenzijdige interpretatie van het recht op vrije meningsuiting zoals gegarandeerd in artikel 10 EVRM dat de media inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van personen, stellend dat de lezers het recht hebben om alles te weten over publieke personen.

9. Bepaalde feiten over het privé-leven van publieke personen, met name politici, kunnen inderdaad van belang zijn voor burgers, die ook stemmers zijn, en het kan daarom gerechtvaardigd zijn dat lezers over die feiten worden geïnformeerd.

In de punten 10-11 benadrukt de Vergadering het belang om een balans te vinden in de uitoefening van de twee gelijkwaardige, door het EVRM gegarandeerde fundamentele rechten op privacy en vrijheid van meningsuiting.

In punt 12 stelt de Vergadering dat het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet alleen geldt tegenover autoriteiten, maar ook tegenover personen en instellingen, daaronder begrepen de massamedia. De Vergadering roept verdragsstaten op om te voorzien in diverse maatregelen: onder meer een verbod op het zodanig volgen en fotograferen van personen dat ze daardoor niet de normale rust kunnen genieten die ze in hun privéleven verwachten (resolutie punt 14 v), en de mogelijkheid voor personen om middels een spoedprocedure publicatie te voorkomen (punt 14 vii). Ook zou het slachtoffer een civiele procedure moeten kunnen beginnen tegen paparazzi die opnamen hebben gemaakt met behulp van versterkende (audio)visuele middelen zonder welke ze die opnamen niet gemaakt zouden kunnen hebben (punt 14 vi).”

Caroline voert voor het Hof o.a. het volgende aan:

“44. The applicant stated that she had spent more than ten years in unsuccessful litigation in the German courts trying to establish her right to the protection of her private life. She alleged that as soon as she left her house she was constantly hounded by paparazzi who followed her every daily movement, be it crossing the road, fetching her children from school, doing her shopping, out walking, practicing sport or going on

holiday. In her submission, the protection afforded to the private life of a public figure like herself was minimal under German law because the concept of a "secluded place" as defined by the Federal Court of Justice and the Federal Constitutional Court was much too narrow in that respect. Furthermore, in order to benefit from that protection the onus was on her to establish every time that she had been in a secluded place. She was thus deprived of any privacy and could not move about freely without being a target for the paparazzi."

Het EHRM overweegt o.a.:

" 59. Although freedom of expression also extends to the publication of photos, this is an area in which the protection of the rights and reputation of others takes on particular importance. The present case does not concern the dissemination of "ideas", but of images containing very personal or even intimate "information" about an individual. Furthermore, photos appearing in the tabloid press are often taken in a climate of continual harassment which induces in the person concerned a very strong sense of intrusion into their private life or even of persecution. [...]

61. The Court points out at the outset that in the present case the photos of the applicant in the various German magazines show her in scenes from her daily life, thus engaged in activities of a purely private nature such as practicing sport, out walking, leaving a restaurant or on holiday. The photos, in which the applicant appears sometimes alone and sometimes in company, illustrate a series of articles with such anodyne titles as "Pure happiness", "Caroline ... a woman returning to life", "Out and about with Princess Caroline in Paris" and "The kiss. Or: they are not hiding anymore ..." [...]

*63. The Court considers that a fundamental distinction needs to be made between reporting facts - even controversial ones - capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions, for example, and reporting details of the private life of an individual who, moreover, as in this case, does not exercise official functions. While in the former case the press exercises its vital role of "watchdog" in a democracy by contributing to "impart[ing]" information and ideas on matters of public interest (Observer and Guardian, cited above, *ibid.*) it does not do so in the latter case.*



private life.

*64. Similarly, although the public has a right to be informed, which is an essential right in a democratic society that, in certain special circumstances, can even extend to aspects of the private life of public figures, particularly where politicians are concerned (see Plon (Société), cited above, *ibid.*), this is not the case here. The situation here does not come within the sphere of any political or public debate because the published photos and accompanying commentaries relate exclusively to details of the applicant's*

65. As in other similar cases it has examined, the Court considers that the publication of the photos and articles in question, of which the sole purpose was to satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of the applicant's private life, cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society despite the applicant being known to the public [...]

68. The Court finds another point to be of importance: even though, strictly speaking, the present application concerns only the publication of the photos and articles by various German maga-

zines, the context in which these photos were taken - without the applicant's knowledge or consent - and the harassment endured by many public figures in their daily lives cannot be fully disregarded (see paragraph 59 above). In the present case this point is illustrated in particularly striking fashion by the photos taken of the applicant at the Monte Carlo Beach Club tripping over an obstacle and falling down (see paragraph 17 above). It appears that these photos were taken secretly at a distance of several hundred metres, probably from a neighbouring house, whereas journalists and photographers' access to the club was strictly regulated. [...]

77. Furthermore, the Court considers that the public does not have a legitimate interest in knowing where the applicant is and how she behaves generally in her private life even if she appears in places that cannot always be described as secluded and despite the fact that she is well known to the public.

Even if such a public interest exists, as does a commercial interest of the magazines in publishing these photos and these articles, in the instant case those interests must, in the Court's view, yield to the applicant's right to the effective protection of her private life. ”

Conclusie:

“ 80. There has therefore been a breach of Article 8 of the Convention. ”

Prof. E.J. Dommering besloot zijn noot bij deze uitspraak in de NJ als volgt:

“Voor de redactionele praktijk van de pers in het algemeen en de roddelpers in het bijzonder heeft het arrest daardoor grote gevolgen. Dat wil niet zeggen dat zij niet meer over prominenten in het openbare leven en de wereld van de entertainment zullen kunnen berichten. Dezen hebben immers zelf ook een commercieel belang bij publicatie over hun persoon. Je zou kunnen zeggen dat de transactieverhoudingen tussen de pers en de prominenten zijn aangescherpt. De prominenten hebben in hun permanente onderhandelingsrelatie met de pers met dit arrest een wapen in handen om te zeggen: Tot hier en niet verder. Met dank aan Prinses Diana, Johnny Halliday en Caroline van Hannover.”

Feit is dat deze uitspraak in Nederland heeft geleid tot de Mediacode die de Rijksvoorlichtingsdienst eind 2004 opstelde. Daarin is onder meer opgenomen “*dat de leden van het Koninklijk Huis [...] erop mogen vertrouwen met rust gelaten te worden op de momenten, dat zij niet op grond van hun officiële functies naar buiten treden.*”

Gesterkt door bovenstaande uitspraak heeft Caroline van Hannover vervolgens in een andere zaak nóg een keer doorgeprocedeerd tot aan het EHRM. Dat had voor haar een minder goede afloop. Het HvJEU zag namelijk aanleiding de bovenstaande uitspraak te nuanceren.

EHRM 7 februari 2012, IEF 10878 (Caroline II)

Caroline von Hannover had wederom bezwaar gemaakt tegen publicatie van enkele foto's, deze maal gemaakt tijdens een ski-trip in St. Moritz. Dat werd door de Duitse rechter ten aanzien van een aantal actie ski-foto's gehonoreerd. Een foto gemaakt tijdens een wandeling van de prinses en haar echtgenoot vond echter wel genade bij de rechter. Die foto was als illustratie geplaatst bij een artikel over de slechte gezondheid van haar vader prins Rainier. Het artikel kwam erop neer dat de zuster van Caroline, prinses Stéphanie, voor haar zieke vader zorgde, terwijl Caroline op ski-vakantie was. De Duitse rechter had geoordeeld dat de gezondheidstoestand van de regerende prins in de publieke belangstelling stond en dat de pers mocht berichten over de manier waarop diens kinderen hun familieverplichtingen combineerden met hun privéwensen, bijvoorbeeld om op vakantie te gaan.

Het EHRM ging daarin mee en nuanceerde daarbij aanzienlijk de uitspraak uit 2004. Het hof:

“[...] under Article 10 of the Convention [EHRM, LB], the Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent an interference with the freedom of expression protected by this provision is necessary[...].

106. In cases such as the present one, which require the right to respect for private life to be balanced against the right to freedom of expression, the Court considers that the outcome of the application should not, in theory, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 8 of the Convention, by the person who was the subject of the article, or under Article 10 by the publisher. Indeed, as a matter of principle these rights deserve equal respect [...]. Accordingly, the margin of appreciation should in theory be the same in both cases.[...]

108. Where the right to freedom of expression is being balanced against the right to respect for private life, the criteria laid down in the case-law that are relevant to the present case are set out below.

(a) Contribution to a debate of general interest

109. An initial essential criterion is the contribution made by photos or articles in the press to a debate of general interest [...] The definition of what constitutes a subject of general interest will depend on the circumstances of the case. The Court nevertheless considers it useful to point out that it has recognised the existence of such an interest not only where the publication concerned political issues or crimes [...], but also where it concerned sporting issues or performing artists [...]. However, the rumoured marital difficulties of a president of the Republic or the financial difficulties of a famous singer were not deemed to be matters of general interest [...]

(b) How well known is the person concerned and what is the subject of the report?

110. The role or function of the person concerned and the nature of the activities that are the subject of the report and/or photo constitute another important criterion, related to the preceding one. In that connection a distinction has to be made between private individuals and persons acting in a public context, as political figures or public figures.

(c) Prior conduct of the person concerned

111. The conduct of the person concerned prior to publication of the report or the fact that the photo and the related information have already appeared in an earlier publication are also factors to be taken into consideration [...].

(d) Content, form and consequences of the publication

112. The way in which the photo or report are published and the manner in which the person concerned is represented in the photo or report may also be factors to be taken into consideration [...]

(e) Circumstances in which the photos were taken

113. Lastly, the Court has already held that the context and circumstances in which the published photos were taken cannot be disregarded. In that connection regard must be had to whether the

person photographed gave their consent to the taking of the photos and their publication [...] or whether this was done without their knowledge or by subterfuge or other illicit means [...]”

Het Hof past deze criteria vervolgens toe op het onderhavige geval. Het stelt daarbij vast dat de Duitse rechter terecht heeft kunnen concluderen dat de ziekte van prins Rainier een maatschappelijk relevante gebeurtenis is. De rechter had onder deze omstandigheden terecht publicatie toegestaan van foto's van prinses Caroline en haar echtgenoot die in beeld brachten dat zij op vakantie waren terwijl prinses Stéphanie thuis was gebleven om voor de zieke prins Rainier te zorgen. Deze foto's dragen, in ieder geval tot op zekere hoogte, bij aan een publiek debat. Daarbij betreft het Hof dat publicatie van twee foto's van de skivakantie die alleen maar voor entertainmentdoeleinden waren gepubliceerd (actie ski-foto's, in plaats van de toegestane wandeling foto) door de Duitse rechter niet was geaccepteerd.

Caroline had in dit verband nog opgemerkt dat de media “an event of contemporary society” kunnen misbruiken, door bij privéfoto's zo'n gebeurtenis te verzinnen, maar daarin ging het Hof niet mee. Het Hof kijkt alleen naar de voorliggende publicatie en niet naar eventuele toekomstige uitingen; die moeten maar worden voorgelegd als het zover is.

Geconstateerd wordt voorts dat de foto niet op een bijzonder opdringerige of achterbakse wijze was genomen, terwijl prinses Caroline en haar man onmiskenbaar bekende personen zijn. Dit leidt tot de conclusie dat de privacyrechten niet geschonden zijn.

Net als de Hoge Raad deed in Vondelpark II, stelt het EHRM hier vast dat het grondrecht op bescherming van de privacy van gelijke waarde is als het grondrecht op vrijheid van meningsuiting, zodat van geval tot geval moet worden gekeken welk recht de doorslag geeft. Het Hof somt een aantal omstandigheden op die daarbij kunnen worden meegewogen. Het criterium “(publiek debat over een) zaak van maatschappelijk belang” wordt daarbij in deze uitspraak behoorlijk opgerekt. Tevens wordt nog eens duidelijk gemaakt dat ook niet met een officieel ambt beklede personen publieke figuren kunnen zijn.

8. Exploitatie

Rb. Amsterdam 24 september 1997, AMI 1997, 194 Heg c.s. / De Volkskrant

Heg, Mulder en Stam leveren reeds sinds vele jaren als freelance journalisten regelmatig door hen geschreven bijdragen voor het dagblad De Volkskrant. Het auteursrecht op die bijdragen berust bij ieder van hen afzonderlijk. Sinds ca. 1993 is De Volkskrant begonnen met het uitgeven van “De Volkskrant op CD-ROM”, die eenmaal per kwartaal verschijnt. Sinds april 1996 exploiteert ze een website. Van alle drie de journalisten staan artikelen op de CD-ROM. Het werk van Stam staat bovendien op de website.

Heg, Mulder en Stam stellen dat ze slechts toestemming hebben verleend voor de eenmalige publicatie van hun bijdragen in de krant en niet voor de afzonderlijke verveelvoudiging en openbaarmaking van dezelfde werken op CD_ROM of Internet. De Volkskrant heeft volgens hen daarom auteursrechtinbreuk gepleegd, als gevolg waarvan zij schade hebben geleden, bestaande uit gederfde royalties in verband met de elektronische (her)uitgave en aantasting van de waarde van hun auteursrechten wegens verlies van exclusiviteit van de elektronische rechten op hun bijdragen. Bovendien zouden hun morele rechten geschonden zijn, omdat hun de bevoegdheid is ontnomen zelfstandig te beslissen over het (al dan niet) in elektronische vorm heruitgeven van oude bijdragen, eventueel onder de voorwaarde van het redigeren of schrappen van verouderde of minder geslaagde bijdragen.

De Volkskrant stelt o.a. dat Heg, Mulder en Stam reeds begin jaren tachtig, bij het aangaan van hun freelance overeenkomsten met De Volkskrant toestemming hebben gegeven voor het gebruik van hun bijdragen voor documentatiedoeleinden, ongeacht de daarvoor gebruikte techniek en dus ook door middel van CD_ROM en de website. Wat Stam betreft moet gelden dat zijn toestemming bij het aangaan van zijn freelance overeenkomst naar redelijkheid en billijkheid geacht moet worden ook de plaatsing van zijn recensies op de website te omvatten. Deze bevindt zich immers in een experimenteel stadium en De Volkskrant lijdt er verlies op.

De Rechtbank overweegt onder andere:

“In geschil is in de eerste plaats of de plaatsing van diezelfde bijdragen op de CD_ROM en de website is te beschouwen als hetzelfde of een voortgezet gebruik van [de] toestemming [tot het plaatsen in de krant] dan wel als een vorm van verveelvoudiging en openbaarmaking waarvoor afzonderlijk toestemming is vereist. Daartoe is van belang of de plaatsing [...] op CD_ROM en/of de website al dan niet een zelfstandige vorm van verveelvoudiging en openbaarmaking door De Volkskrant is.

Partijen zijn het er over eens dat de CD_ROM geen elektronische reproductie is van de papieren edities van de krant.”

De Rechtbank verwijst in dit verband naar het ontbreken van artikelen uit buitenlandse dagbladen (omdat deze geen toestemming geven), naar de afwijkende lay-out en naar het feit dat het een compilatie betreft van losse artikelen.

“Reeds gelet op het voorgaande kan [...] niet worden gezegd dat de CD-ROM slechts de bestaande archief- of documentatiemiddelen van de krant voortzet of vervangt[...]. [...] Plaatsing van hun bijdragen op de CD-ROM [is daarom] een zelfstandige vorm van verveelvoudiging en openbaarmaking.”

Voor wat betreft de website verwijst de Rechtbank naar het feit dat deze meer en andere informatie bevat dan de krant. Ook de opmaak is anders. Bovendien is de website voor iedereen “op het net” wereldwijd toegankelijk.

Plaatsing van Stams bijdrage op de website kan dan ook niet worden beschouwd als de enkele opslag van diens eerder in de krant verschenen bijdragen, maar moet worden gezien als een zelfstandige vorm van verveelvoudiging en openbaarmaking daarvan door De Volkskrant in een ander medium dan de krant.”

“De conclusie [...] is dat De Volkskrant inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht [en] de morele rechten van Heg, Mulder en Stam, indien [plaatsing van de artikelen op CD-ROM en website] zonder hun toestemming is geschied. [...]

Anders dan gedaagden naar voren hebben gebracht, was het in de jaren tachtig voor Heg, Mulder en Stam ten tijde van het geven van toestemming voor verveelvoudiging en openbaarmaking in de krant niet voorzienbaar dat hun bijdragen ook op de CD-ROM en de website zouden worden opgenomen. Naar niet in geschil is, hebben immers de ontwikkeling en toepassingen van CD-ROM en Internet in relatief korte tijd een grote vlucht genomen.

Of gedaagden als commerciële onderneming al dan niet winstgevend zijn bij hun exploitatie van de CD-ROM en de website regardeert Heg, Mulder en Stam niet. Anders dan gedaagden kennelijk menen, leidt de redelijkheid en billijkheid er niet toe dat zij op die grond hun toestemming zonder meer dienen te geven.

Uit het voorgaande volgt dat De Volkskrant inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht [...].

Volgt verklaring voor recht, schadevergoeding en kostenveroordeling

9. Prestatiebescherming

HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Holland Nautic-Decca)

Decca heeft een omvangrijk radio-navigatiesysteem ontwikkeld. Ketens van radiozendstations zenden signalen uit, die door een ontvanger aan boord worden opgevangen. Deze ontvanger "vertaalt" het opgevangen signaal met behulp van een ingebouwd computergeheugen in getallen, waarmee de positie kan worden bepaald. De ontvangers worden door Decca verhuurd voor ongeveer f 10.000,- per jaar. Uit deze opbrengsten worden o.a. een aantal zendstations bekostigd (een aantal zijn ook aan de desbetreffende Staten overgedragen).

Holland Nautic importeert en verkoopt radio-ontvangers die zijn ontwikkeld en bestemd om gebruik te maken van het Decca systeem. Ze worden verkocht voor ongeveer f 10.000,-. Decca stelt dat Holland Nautic door deze ontvangers te verhandelen onrechtmatig jegens haar handelt.

De Hoge Raad overweegt onder andere:

" *[Hier] past in zoverre terughoudendheid dat de rechter door [...] het verhandelen van de radio-ontvangers van Holland Nautic te verbieden, aan Decca een bescherming biedt die niet wezenlijk verschilt van die waarvan zij zou hebben geprofiteerd indien zij zich ter bescherming van het [systeem] op octrooirechten zou hebben kunnen beroepen of zich anderszins zou hebben kunnen baseren op schending van een absoluut recht van intellectuele eigendom. Ontbreekt een dergelijk absoluut recht dan is bij een stand van zaken als zich hier voordoet voor een vergelijkbare bescherming via het recht van de ongeoorloofde mededinging in beginsel ten minste vereist dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen.* "

De Hoge Raad ziet daartoe in het gegeven geval geen aanleiding.

" *Daaruit volgt tevens dat te dezen zich niet het geval voordoet waarin het profiteren van eens anders bedrijfsdebiët bij uitzondering, op grond van bijkomende omstandigheden onrechtmatig moet worden geoordeeld en dat Holland Nautic niet kan worden verweten dat zij niet bijdraagt in de kosten van het [systeem]*".

Met bovenstaande uitspraak is de leer van de zogenaamde "eenlijnsprestatie" geïntroduceerd. Pas wanneer sprake is van een prestatie die op één lijn gesteld kan worden met een prestatie die voor bescherming van een intellectueel eigendomsrecht in aanmerking komt is er ruimte voor bescherming op grond van het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad. Zo lang dat niet zo is, verzet de zogenaamde "negatieve reflexwerking" die uitgaat van de intellectuele eigendomsrechten zich daartegen.

Dit is ingewikkelde materie, maar laat mij toch proberen dit uit te leggen. Om in aanmerking te komen voor de bescherming van een intellectueel eigendomsrecht is altijd nodig dat aan bepaalde vereisten wordt voldaan. Zo geldt in het octrooirecht bijvoorbeeld het vereiste dat een nieuwe uitvinding "voldoende uitvindingshoogte" heeft: de uitvinding moet, gezien de bestaande stand van de techniek, niet té zeer voor de hand hebben gelegen. In vergelijkbare zin kennen wij in het auteursrecht de "werktoets": voor auteursrechtelijke bescherming is nodig dat een werk een eigen oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt. Voldoet een werk niet aan dat vereiste (of heeft een uitvinding onvoldoende uitvindingshoogte) dan wordt *niet* de bescherming van het intellectuele eigendomsrecht verleend.

De genoemd zou e "negatieve reflexwerking" van de intellectuele eigendomsrechten houdt nu in dat wij geneigd (moeten) zijn wanneer niet aan de eisen voor "verkrijging" van een intellectueel eigendomsrecht wordt voldaan, óók geen algemene bescherming onder de onrechtmatige daad te bieden. Het re-

sultaat zou dan immers praktisch hetzelfde zijn: de maker van zo'n niet-werk of nep-uitvinding zou als nog beschermd zijn.

Daar moeten we mee oppassen, zegt de Hoge Raad nu in dit arrest. Het moet in beginsel slechts in uitzonderingsgevallen toegestaan zijn die bescherming via de onrechtmatige daad te bieden (en daarmee de negatieve reflexwerking uit te schakelen). Daarvoor is alleen ruimte in situaties die héél dicht aanliggen tegen situaties die wél tot bescherming via een intellectueel eigendomsrecht leiden. Zó dicht, dat ze daarmee in feite op één lijn gesteld kunnen worden. "Eenlijnsprestaties", derhalve.

Er is vaker een beroep gedaan op het bestaan van een dergelijke eenlijnsprestatie. Wat dacht u bijvoorbeeld van de prestatie van een beroepsvoetballer?

HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 310 (NOS-KNVB)

Er bestaat onenigheid tussen de omroepverenigingen (vertegenwoordigd door de NOS) en de voetbalverenigingen (vertegenwoordigd door de KNVB) over het al dan niet bestaan van het recht



van de KNVB om het maken van radio- of televisiereportages te verbieden, dan wel slechts tegen vergoeding toe te staan. Het geschil spitst zich toe op de rechtstreekse reportages die in het radio-programma "Langs de lijn" plaatsvinden.

De KNVB is van mening dat de door haar georganiseerde wedstrijden een product opleveren van dien aard dat de exploitatie daarvan door ongeschreven normen als bedoeld in art. 1401 BW (thans art. 6:162 BW) wordt beschermd. Subsidiair is zij van mening dat de clubs op basis van hun eigendoms- / gebruiksrecht van de terreinen aan het betreden van die terreinen voorwaarden kunnen verbinden.

De NOS beroept zich o.a. op het recht van vrije nieuwsgaring en ontkent dat er een bescherming naar ongeschreven recht bestaat van het "voetbal-product".

De Hoge Raad overweegt o.a.:

" Uitgangspunt dient te zijn dat het enkele feit dat de NOS of de zendgemachtigden [...] door hun uitzendingen profiteren van de door de KNVB georganiseerde wedstrijden, op zichzelf nog niet in strijd is met de zorgvuldigheid die de NOS [c.s.] jegens de KNVB en de clubs in het maatschappelijk verkeer betaamt, ook niet voor zover de KNVB of de clubs door die uitzendingen nadeel zouden lijden."

De HR verwijst vervolgens naar het Decca-arrest.

" dat onder ogen dient te worden gezien of hier reden is voor een vergelijkbare bescherming als die welke de wet biedt in geval van absolute rechten van intellectuele eigendom, zoals een octrooirecht. Een zodanige reden ontbreekt. Niet kan worden gezegd dat voldaan is aan de in voormeld arrest [...] gestelde minimumeis dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen."

Niettemin moet worden aangenomen dat de KNVB en zijn clubs op een zekere bescherming ter zake van de uitzending van wedstrijden aanspraak kunnen maken, zij het ook een aanspraak van een ánder karakter dan aan een absoluut recht van de bovenbedoelde soort zou worden ontleend."

Vervolgens komt de Hoge Raad tot een bescherming op basis van de beslotenheid van de terreinen; het is redelijk dat slechts tegen een vergoeding het maken van opnamen wordt toegestaan, mede gezien het feit dat als gevolg van de uitzendingen minder mensen naar de wedstrijd gaan.

Het maken van opnamen zónder het betalen van deze redelijke vergoeding wordt als onrechtmatig bestempeld.

Geen eenlijsprestatie, derhalve, maar een oplossing langs andere weg, via het eigendomsrecht van de terreinen.

HR 20 november 1987, NJ 1988, 311 (Staatsdrukkerij-den Ouden)



De Staatsdrukkerij en -Uitgeverij is belast met het vervaardigen en uitgeven van het Staatsblad. In dit officiële periodiek verschijnen alle wetten. Hiertoe wordt steeds het nodige zetwerk verricht.

Zo verscheen in het Staatsblad 1983, nr. 682 het Binnenvaartpolitiereglement. De kosten van het vervaardigen van de noodzakelijke litho's bedroegen hiervoor f 60.000,-. Met behulp van deze litho's bracht de Staatsdrukkerij vervolgens commerciële edities van het reglement op de markt, tegen een publieksprijs van f 19,50.

Den Ouden, een bedrijf in watersport- en scheepvaartartikelen, kopieert met behulp van fotografische technieken het reglement (gedeeltelijk uit het Staatsblad en gedeeltelijk uit de commerciële uitgave. Haar kosten zijn ongeveer f 8.000,-. De uitgave wordt vervolgens op de Hiswa verkocht voor f 6,90. Volgens de Staatsdrukkerij handelt zij aldus onrechtmatig.

De Hoge Raad overweegt:

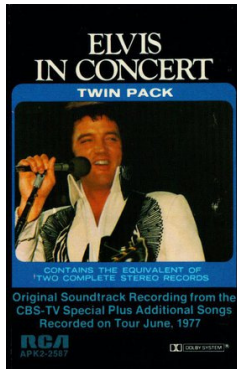
" *Uitgangspunt dient te zijn dat de omstandigheden dat Den Ouden profiteert van de inspanning, het inzicht en de kennis waarmee de voormelde litho's en uitgave [...] zijn tot stand gebracht en dat Den Ouden de Staat aldus nadeel toebrengt, niet meebrengen dat Den Ouden als concurrent van de Staat bij het op de markt brengen van het [reglement] in strijd handelt met de haar jegens de Staat in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid. Het is weliswaar niet uitgesloten dat bijkomende omstandigheden een dergelijk profiteren onrechtmatig maken, doch bij het aannemen daarvan dient terughoudendheid te worden betracht, zowel op de algemene grond, aangegeven in [het Decca-arrest] als in het onderhavige geval in verband met artikel 11 Auteurswet dat onder meer bepaalt dat op wetten, besluiten en verordeningen geen auteursrecht bestaat en waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat de teksten daarvan gemeengoed behoren te zijn [...].*

Ten betoge dat hier niettemin onrechtmatigheid moet worden aanvaard heeft de Staat zich in cassatie in het bijzonder op drie omstandigheden beroepen, te weten:

- a. dat tussen de uitgaven van de Staat en van Den Ouden "volkomen gelijkheid" bestaat als gevolg van het door Den Ouden toegepaste fotografisch procedé;*
- b. dat Den Ouden deze gelijkenis nodeloos heeft doen ontstaan;*
- c. dat Den Ouden door het toepassen van [dit] procedé haar uitgave op de markt heeft kunnen brengen tegen een aanzienlijk lagere prijs [...].*

Deze omstandigheden kunnen echter [...] niet tot de slotsom leiden dat de voormelde handelingen van Den Ouden daardoor jegens de Staat onrechtmatig worden. "

HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701 (Elvis Presley)



BMG Music Partnership heeft in het verleden van Elvis Presley de uitsluitende rechten gekregen om de van de optreden van Elvis Presley gemaakte geluidsopnamen openbaar te maken, te vervelvoudigen en te verhandelen. BMG/Ariola Benelux BV heeft daartoe een "licentie" gekregen voor de Benelux en maakt grammofoonplaten, muziekcassettes en compact discs en verhandelt die. Boogaard Trading en Sonortape Nederland hebben soortgelijke geluidsdragers met opnamen van Elvis Presley gefabriceerd en in de Benelux verhandeld.

BMG stelt dat hiermee jegens haar een onrechtmatige daad is gepleegd en eist een verbod.

De Hoge Raad overweegt:

" Het [H]of heeft [...] terecht en op juiste gronden geoordeeld dat aan de prestaties van Elvis Presley als uitvoerend kunstenaar in beginsel bescherming toekomt. Die bescherming die -evenals de bescherming krachtens het auteursrecht- ertoe strekt de kunstenaar de mogelijkheid te geven tot exploitatie van zijn prestaties, houdt o.m. in dat deze zich ertegen kan verzetten dat van zijn prestaties zonder zijn toestemming (geluids)opnamen worden gemaakt. Aldus wordt het hem immers mogelijk aan zijn toestemming een vergoeding te verbinden en daaraan eventueel voorwaarden te verbinden. De in 1961 tot stand gekomen Conventie van Rome betreffende de bescherming van uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten en omroeporganisaties waartoe Nederland [...] thans voornemens is toe te treden, kent ook in artikel 7 een zodanig recht van verzet (als minimumbescherming) aan de uitvoerende kunstenaar toe.

Het met deze bescherming beoogde doel brengt mee dat degenen die met toestemming van de uitvoerende kunstenaar geluidsopnamen van diens uitvoeringen maakt, zich zijnerzijds tegen overname van die geluidsopnamen op een geluidsdrager moet kunnen verzetten [...] omdat anders de mogelijkheid van die kunstenaar om voor zijn toestemming een redelijke vergoeding te bedingen op onaanvaardbare wijze wordt ondergraven.

Een en ander leidt, in afwachting van de [...] aangekondigde wetgeving tot de conclusie dat de fonogrammenproducent die met toestemming van de uitvoerende kunstenaar (geluids)opnamen van diens uitvoeringen heeft gemaakt, een in rechte te respecteren en door artikel 1401 (BW) beschermd belang heeft zich tegen [...] overname van die opnamen op voor commerciële doeleinden vervaardigde geluidsdragers en tegen het verhandelen van zulke geluidsdragers te verzetten. "

Hieruit vloeit voort "dat Boogaard c.s. jegens BMG c.s. onrechtmatig handelen. "

- Waarom gaat het in deze uitspraak niet over auteursrecht? Welke rol speelt de Conventie van 1961? Betekent deze uitspraak dat het thuiskopiëren van geluidsdragers ook onrechtmatig is? Heeft deze uitspraak ook gelding voor prestaties buiten de fonografische industrie?

Inmiddels is op 1 juli 1993 de Wet op de Naburige Rechten (WNR) van kracht geworden. Deze wet geeft met het auteursrecht vergelijkbare bevoegdheden aan drie categorieën vervaardigers van artistieke prestaties: uitvoerende kunstenaars, producenten van geluidsdragers en omroeporganisaties. Zij krijgen aldus een positie die in sterke mate overeenkomt met die van de makers van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst. Wie de WNR leest, herkent soms letterlijk passages uit de Auteurswet.

Met name ten aanzien van de uitvoerende kunstenaars is in de literatuur wel betwijfeld of zij voor hun bescherming in deze nieuwe wet thuishoren. De mening wordt wel verkondigd dat zij in feite bestaande werken door hun interpretatie zodanig herscheppen, dat van een bewerking in de zin van artikel 13 van de Auteurswet kan worden gesproken. In die theorie zou hen een zelfstandig auteursrecht toekomen (onverminderd het auteursrecht op het oorspronkelijke werk). Deze zienswijze vindt echter geen navolging in rechterlijke uitspraken.

De WNR laat overigens de rechtspraak op het vlak van de prestatiebescherming (waar naast het Elvis Presley arrest ook andere uitspraken thuishoren) onverlet. Er zijn immers nog andere prestaties dan die van de drie in deze wet geregelde categorieën, die voor een dergelijke bescherming in aanmerking kunnen komen.

- Waar plaatst u in dit verband de beroepsvoetballer?

Bijlage

Auteursrecht-richtlijn

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

[NB: de richtlijn begint met 61 overwegingen waarin achtergronden en redenen voor de richtlijn worden weergegeven. Deze zijn hier weggelaten. Ze zijn desgewenst gemakkelijk online te vinden.]

HOOFDSTUK I

Doel en werkingssfeer

Artikel 1

Werkingsfeer

1. Deze richtlijn heeft betrekking op de rechtsbescherming van het auteursrecht en de naburige rechten in het kader van de interne markt, met bijzondere klemtoon op de informatiemaatschappij.
2. Behoudens de in artikel 11 bedoelde gevallen, doet deze richtlijn geen afbreuk aan en raakt zij op generlei wijze aan de bestaande bepalingen van de Gemeenschap betreffende:
 - a) de rechtsbescherming van computerprogramma's;
 - b) het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom;
 - c) het auteursrecht en de naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel;
 - d) de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten; en
 - e) de rechtsbescherming van databanken.

HOOFDSTUK II

Rechten en beperkingen

Artikel 2

Reproductierecht

De lidstaten voorzien ten behoeve van

- a) auteurs, met betrekking tot hun werken,
- b) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
- c) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
- d) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en
- e) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, in het uitsluitende recht, de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden.

Artikel 3

Recht van mededeling van werken aan het publiek en recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek

1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.
2. De lidstaten voorzien ten behoeve van:
 - a) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen,
 - b) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen,
 - c) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en
 - d) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, in het uitsluitende recht, de 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 tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden.
3. De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.

Artikel 4

Distributierecht

1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbieden.
2. Het distributierecht met betrekking tot het origineel of kopieën van een werk is in de Gemeenschap alleen dan uitgeput, wanneer de eerste verkoop of andere eigendomsovergang van dat materiaal in de Gemeenschap geschiedt door de rechthebbende of met diens toestemming.

Artikel 5

Beperkingen en restricties

1. Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé en die worden toegepast met als enig doel
 - a) de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of
 - b) een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.
2. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:
 - a) de reproductie op papier of een soortgelijke drager, met behulp van een fotografische techniek of een andere werkwijze die een soortgelijk resultaat oplevert, met uitzondering van bladmuziek, op voorwaarde dat de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen;
 - b) de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt, en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ontvangen waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal;
 - c) in welbepaalde gevallen, de reproductie door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, of door archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven;
 - d) tijdelijke opnamen van werken, gemaakt door omroeporganisaties met hun eigen middelen ten behoeve van hun eigen uitzendingen; bewaring van deze opnamen in officiële archieven kan wegens hun uitzonderlijke documentaire waarde worden toegestaan;
 - e) met betrekking tot reproducties van uitzendingen door maatschappelijke instellingen met een niet-commercieel oogmerk, zoals ziekenhuizen of gevangenissen, mits de rechthebbenden daarvoor een billijke compensatie krijgen.
3. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:
 - a) het gebruik uitsluitend als toelichting bij het onderwijs of ten behoeve van het wetenschappelijk onderzoek, de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt, en voorzover het gebruik door het beoogde, niet-commerciële doel wordt gerechtvaardigd;
 - b) het gebruik ten behoeve van mensen met een handicap, dat direct met de handicap verband houdt en van niet-commerciële aard is en voorzover het wegens de betrokken handicap noodzakelijk is;
 - c) weergave in de pers, mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling van gepubliceerde artikelen over actuele economische, politieke of religieuze onderwerpen of uitzendingen of ander materiaal van dezelfde aard, in gevallen waarin dat gebruik niet uitdrukkelijk is voorbehouden, en voorzover de bron, waaronder de naam van de auteur, wordt vermeld, of het gebruik van werken of ander materiaal in verband met de verslaggeving over actuele gebeurtenissen, voorzover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is en, voorzover, de bron - waaronder de naam van de auteur - wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt;
 - d) het citeren ten behoeve van kritieken en recensies en voor soortgelijke doeleinden, mits het een werk of ander materiaal betreft dat reeds op geoorloofde wijze voor het publiek beschikbaar is gesteld, indien de bron - waaronder de naam van de auteur - wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt en het citeren naar billijkheid geschiedt en door het bijzondere doel wordt gerechtvaardigd;
 - e) het gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid of om het goede verloop van een administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedure of de berichtgeving daarover te waarborgen;
 - f) het gebruik van politieke toespraken en aanhalingen uit openbare lezingen of soortgelijke werken of ander materiaal, voorzover dit uit een oogpunt van voorlichting gerechtvaardigd is en mits de bron, - waaronder de naam van de auteur - wordt vermeld, tenzij dit niet mogelijk blijkt;
 - g) het gebruik tijdens religieuze bijeenkomsten of door de overheid georganiseerde officiële bijeenkomsten;
 - h) het gebruik van werken, zoals werken van architectuur of beeldhouwwerken, gemaakt om permanent in openbare plaatsen te worden ondergebracht;
 - i) het incidentele verwerken van een werk of materiaal in ander materiaal;
 - j) het gebruik voor reclamadoeleinden, voor openbare tentoonstellingen of openbare verkopen van artistieke werken, voorzover dat noodzakelijk is voor de promotie van die gebeurtenissen, met uitsluiting van enig ander commercieel gebruik;
 - k) het gebruik voor karikaturen, parodieën of pastiches;
 - l) het gebruik met het oog op demonstratie of herstel van apparatuur;
 - m) het gebruik van een artistiek werk in de vorm van een gebouw of een tekening of plan van een gebouw met het oog op de wederopbouw van het gebouw;
 - n) het gebruik van niet te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen werken of ander materiaal dat

onderdeel uitmaakt van de verzamelingen van de in lid 2, onder c), bedoelde instellingen, hierin bestaande dat het werk of materiaal, via speciale terminals in de gebouwen van die instellingen, voor onderzoek of privéstudie meege-deeld wordt aan of beschikbaar gesteld wordt voor individuele leden van het publiek;

o) het gebruik in andere, minder belangrijke gevallen, wanneer reeds beperkingen of restricties bestaan in het natio-nale recht mits het alleen analoog gebruik betreft en het vrije verkeer van goederen en diensten in de Gemeenschap niet wordt belemmerd, onverminderd de in dit artikel vervatte beperkingen en restricties.

4. De lidstaten kunnen op grond van de leden 2 en 3 niet alleen een beperking of restrictie op het reproductierecht vaststellen, maar ook op het in artikel 4 bedoelde distributierecht, voorzover dit gezien het doel van de toegestane reproductie gerechtvaardigd is.

5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

HOOFDSTUK III

Bescherming van technische voorzieningen en informatie over het beheer van rechten

Artikel 6

Verplichtingen inzake technische voorzieningen

1. De lidstaten voorzien in een passende rechtsbescherming tegen het omzeilen van doeltreffende technische voor-zieningen door een persoon die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij aldus handelt.

2. De lidstaten zorgen voor een doelmatige rechtsbescherming tegen de vervaardiging, invoer, distributie, verkoop, verhuur, reclame voor verkoop of verhuur, of het bezit voor commerciële doeleinden van inrichtingen, producten, onderdelen of het verrichten van diensten die:

- a) gestimuleerd, aangeprezen of in de handel gebracht worden om de bescherming te omzeilen, of
- b) slechts een commercieel beperkt doel of nut hebben, naast de omzeiling van de bescherming, of
- c) in het bijzonder ontworpen, geproduceerd of aangepast zijn met het doel de omzeiling mogelijk of gemakkelijker te maken van doeltreffende technische voorzieningen.

3. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder "technische voorzieningen" verstaan technologie, inrichtingen of onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken of ander materiaal, die niet zijn toegestaan door de houders van auteursrechten, wettelijk vast-gelegde naburige rechten of het sui generis recht bedoeld in hoofdstuk III van Richtlijn 96/9/EG. Technische voorzie-ningen worden geacht "doeltreffend" te zijn indien het gebruik van een beschermd werk of ander beschermd materi-aal wordt gecontroleerd door de rechthebbenden door toepassing van een controle op de toegang of een bescher-mingsprocédé zoals encryptie, versluiering of een andere transformatie van het werk of ander materiaal of een kopi-erbeveiliging die de beoogde bescherming bereikt.

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

Een lidstaat mag zulke maatregelen ook nemen ten aanzien van de begunstigde van een beperking of restrictie over-eenkomstig artikel 5, lid 2, onder b), indien reproductie voor privégebruik niet reeds overeenkomstig artikel 5, lid 2, onder b), en lid 5, mogelijk is gemaakt door de rechthebbenden, voorzover dat nodig is om de beperking of restrictie te genieten, zonder de rechthebbenden ervan te weerhouden overeenkomstig deze bepalingen adequate maatreg-e-len te nemen betreffende het aantal reproducties.

De technische voorzieningen die door de rechthebbenden vrijwillig worden getroffen, met inbegrip van die ter uitvoe-ring van vrijwillig gesloten overeenkomsten, alsook de technische maatregelen die krachtens de maatregelen van de lidstaten worden getroffen, genieten de in lid 1 bedoelde rechtsbescherming.

De bepalingen van artikel 6, lid 4, eerste en tweede alinea gelden niet voor werken of ander materiaal voor het pu-bliek beschikbaar gesteld op grond van overeengekomen bepalingen op zodanige wijze dat leden van het publiek daartoe toegang hebben op een door hen individueel gekozen plaats en tijd.

Bij toepassing van dit artikel in samenhang met Richtlijnen 92/100/EEG en 96/9/EG is dit lid mutatis mutandis van toepassing.

Artikel 7

Verplichtingen inzake informatie over het beheer van rechten

1. De lidstaten voorzien in een passende rechtsbescherming tegen eenieder die opzettelijk op ongeoorloofde wijze een van de volgende handelingen verricht:

- a) de verwijdering of wijziging van elektronische informatie betreffende het beheer van rechten,
- b) de verspreiding, de invoer ter verspreiding, de uitzending, de mededeling aan het publiek of de beschikbaarstel-ling voor het publiek van werken of ander materiaal beschermd krachtens deze richtlijn of krachtens hoofdstuk III

van Richtlijn 96/9/EG, waaruit op ongeoorloofde wijze elektronische informatie betreffende het beheer van rechten is verwijderd of waarin op ongeoorloofde wijze dergelijke informatie is gewijzigd, en die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij zodoende aanzet tot een inbreuk op het auteursrecht en de wettelijk vastgestelde naburige rechten of op het in hoofdstuk III van Richtlijn 96/9/EG bedoelde sui generis recht, dan wel een dergelijke inbreuk mogelijk maakt, vergemakkelijkt of verbergt.

2. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder "informatie betreffende het beheer van rechten" verstaan alle door de rechthebbenden verstrekte informatie die dient ter identificatie van het werk of het andere materiaal, bedoeld in deze richtlijn of bestreken door het in hoofdstuk III van Richtlijn 96/9/EG bedoelde sui generis recht, dan wel van de auteur of een andere rechthebbende, of informatie betreffende de voorwaarden voor het gebruik van het werk of het andere materiaal, alsook de cijfers of codes waarin die informatie vervat ligt.

De eerste alinea is van toepassing, wanneer bestanddelen van deze informatie zijn verbonden met een kopie van, of kenbaar worden bij de mededeling aan het publiek van een werk of ander materiaal bedoeld in deze richtlijn of bestreken door het in hoofdstuk III van Richtlijn 96/9/EG bedoelde sui generis recht.

HOOFDSTUK IV

Gemeenschappelijke bepalingen

Artikel 8

Sancties en rechtsmiddelen

1. De lidstaten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen met betrekking tot inbreuken op de in deze richtlijn omschreven rechten en verplichtingen en dragen er zorg voor, dat deze sancties en rechtsmiddelen daadwerkelijk worden toegepast. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend en evenredig zijn en bijzonder preventieve werking hebben.

2. Elke lidstaat draagt er zorg voor, dat rechthebbenden wier belangen worden geschaad door een inbreukmakende handeling die op zijn grondgebied plaatsvindt, een vordering tot schadevergoeding en/of beëindiging van de inbreuk en in voorkomend geval een vordering tot inbeslagneming van het inbreukmakende materiaal en de in artikel 6, lid 2, bedoelde inrichtingen, producten of onderdelen kunnen instellen.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.

Artikel 9

Voortgezette toepassing van andere wettelijke bepalingen

Deze richtlijn doet geen afbreuk aan bepalingen betreffende met name octrooirechten, handelsmerken, rechten inzake tekeningen of modellen, gebruiksmodellen, topografieën van halfgeleiderproducten, lettertypes, voorwaardelijke toegang, toegang tot de kabel van omroepdiensten, de bescherming van nationaal bezit, vereisten inzake wettelijk depot, beperkende praktijken en oneerlijke concurrentie, handelsgeheimen, veiligheid, vertrouwelijkheid, gegevensbescherming en persoonlijke levenssfeer, toegang tot overheidsdocumenten en het overeenkomstenrecht.

Artikel 10

Toepassing in de tijd

1. De bepalingen van deze richtlijn zijn van toepassing op alle in deze richtlijn bedoelde werken en ander materiaal, welke op 22 december 2002 door de wetgeving van de lidstaten inzake het auteursrecht en de naburige rechten worden beschermd of aan de criteria voor bescherming krachtens deze richtlijn of de in artikel 1, lid 2, bedoelde bepalingen voldoen.

2. Deze richtlijn laat alle vóór 22 december 2002 verrichte handelingen en verkregen rechten onverlet.

Artikel 11

Technische aanpassingen

[...]

Artikel 12

Slotbepalingen

1. Uiterlijk 22 december 2004 en vervolgens om de drie jaar legt de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Economisch en Sociaal Comité een verslag over de toepassing van deze richtlijn voor, waarin zij, onder meer op basis van de haar door de lidstaten te verschaffen relevante informatie, in het bijzonder de toepassing van

de artikelen 5, 6 en 8 onderzoekt in het licht van de ontwikkeling van de digitale markt. Wat artikel 6 betreft, gaat de Commissie in het bijzonder na of dit artikel een voldoende hoog beschermingsniveau biedt en of bij wet toegestane handelingen een nadelige invloed ondervinden van het gebruik van doeltreffende technische voorzieningen. Wanneer dit noodzakelijk is, in het bijzonder met het oog op de goede werking van de interne markt, zoals in artikel 14 van het Verdrag omschreven, dient de Commissie voorstellen tot wijziging van deze richtlijn in.

2. De bescherming van de naburige rechten laat onverlet en is op generlei wijze van invloed op de auteursrechtelijke bescherming.

3. Hierbij wordt een contactcomité ingesteld dat bestaat uit vertegenwoordigers van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Het wordt voorgezeten door een vertegenwoordiger van de Commissie en komt op diens initiatief dan wel op verzoek van een delegatie van een lidstaat bijeen.

4. De taken van dit comité zijn

- a) de gevolgen van deze richtlijn voor de werking van de interne markt bestuderen en eventuele moeilijkheden onder de aandacht brengen;
- b) regelmatig overleg voeren over problemen in verband met de toepassing van deze richtlijn;
- c) informatie uitwisselen over relevante ontwikkelingen die zich in wetgeving en rechtspraak en op economisch, sociaal, cultureel en technologisch gebied voordoen;
- d) fungeren als forum waar de digitale markt voor werken en ander materiaal, het kopiëren voor privé-gebruik en het gebruik van technische voorzieningen daaronder inbegrepen, wordt geëvalueerd.

Artikel 13

Implementatie

1. De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk 22 december 2002 aan deze richtlijn te voldoen. Zij stellen de Commissie daarvan onverwijld in kennis.

Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in die bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor die verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.

2. De lidstaten delen de Commissie de tekst van de bepalingen van intern recht mede die zij op het onder deze richtlijn vallende gebied vaststellen.

Artikel 14

Inwerkingtreding

Deze richtlijn treedt in werking op de dag van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

Artikel 15

Adressaten

Deze richtlijn is gericht tot de lidstaten.