



ZELFREGULERING:

De balans voor een evenwichtig auteursrecht 2.0 hersteld?

Andrea van den Bosch

-Tilburg University-

Zelfregulering: de balans voor een evenwichtig auteursrecht 2.0 hersteld?

Een verkennend onderzoek naar de wijze waarop zelfregulering kan bijdragen aan een evenwichtig auteursrecht

Utrecht, 8 september 2013

Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

Andrea van den Bosch (ANR 405063)

Begeleider

Prof. mr. W.A. Hoyng

-Tilburg University-

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	5
1. Inleiding	6
2. Van Kopijrecht naar auteursrecht in digitale omgeving	9
2.1 <i>Ontwikkeling van kopijrecht naar auteursrecht</i>	9
2.1.1 Het ontstaan van de Auteurswet in Nederland	10
2.1.2 Berner Conventie voor een uniform internationaal auteursrecht.....	10
2.1.3 Ook Nederland treedt toe tot de Berner Conventie.....	11
2.2 <i>Het auteursrecht rust op twee grondslagen</i>	11
2.3 <i>Ontwikkelingen van de Auteurswet tot de jaren '90 in vogelvlucht</i>	13
2.3.1 De opkomst van auteursrechtenorganisaties	13
2.3.2 Verdrag van Rome en de Overeenkomst van Genève	14
2.3.3 De band-, cassette-, en videorecorder	15
2.3.4 Verbetering van de handhavingsmiddelen in de wet in de strijd tegen piraterij	15
2.3.5 Computerprogramma's en radio-uitzendingen.....	15
2.3.6 De geschiedenis laat zien dat evenwicht belangrijk is.....	17
2.4 <i>Auteursrechten in een digitale omgeving</i>	17
2.4.1 Internet kent geen landsgrenzen	18
2.4.2 Bescherming van de auteursrechten op Europees en internationaal niveau.....	18
2.4.3 Verschillen tussen de digitale wereld en de analoge wereld	19
2.4.4 Ontwikkelingen rondom handhaving van het auteursrecht in de jurisprudentie	20
2.4.5 Enige nuancering ten aanzien van de schade die piraterij aanricht	24
2.5 <i>Het stimuleren van nieuwe intellectuele creaties en innovatie</i>	25
2.5.1 Auteursrecht versus de informatievrijheid.....	26
2.5.2 User-generated content	26
2.5.3 Legale muziekdiensten	27
2.6 <i>Conclusie</i>	28
3. Terug naar een flexibel auteursrecht	29
3.1 <i>Flexibiliteit via een open norm</i>	29
3.2 <i>Flexibiliteit via zelfregulering</i>	30
3.3 <i>Zelfregulering nader beschouwd</i>	30

3.3.1	Totstandkoming van zelfregulering	33
3.3.2	Randvoorwaarden voor zelfregulering	34
3.3.3	Naar effectieve zelfregulering	35
3.3.4	Naleving en handhaving	37
3.4	<i>De voor- en nadelen van zelfregulering</i>	37
3.4.1	Voordelen	37
3.5.2	Nadelen	39
3.5	<i>Conclusie</i>	41
4.	Vijf randvoorwaarden ter bescherming van belangen van auteur	42
4.1	<i>Analyse van gebeurtenissen levert vijf randvoorwaarden op</i>	42
4.1.1	Eerste bevindingen	42
4.1.2	Terug naar de basis	43
4.2	<i>De vijf randvoorwaarden nader toegelicht</i>	44
4.3	<i>Conclusie</i>	45
5.	Bevorderen van innovatie en creativiteit in de muziekbranche	46
5.1	<i>De muziekbranche</i>	46
5.2	<i>Digitalisering van de muziekbranche</i>	47
5.3	<i>Nieuwe innovatieve businessmodellen worden afgeremd</i>	47
5.3.1	Streamen	47
5.3.2	Rechthebbende(n)	47
5.3.3	Toestemming via licentie of overdracht via akte	48
5.4	<i>Knelpunten voor innovatie</i>	49
5.4.1	Het aantal rechthebbenden is groot	49
5.4.2	(Te) sterke onderhandelingspositie van rechthebbenden	50
5.4.3	De uitdaging voor de muziekbranche	50
5.5	<i>Zelfregulering toegepast in de muziekbranche</i>	50
5.5.1	Wijze van tot stand komen van zelfregulering	51
5.5.2	Gebruikers	51
5.5.3	Overheid	53
5.5.4	Overige belanghebbenden	53
5.5.5	Faciliterende instanties	54
5.6	<i>Naar effectieve zelfregulering</i>	54
5.7	<i>Conclusie</i>	57
6.	Conclusies	58

7. Aanbevelingen.....	62
Literatuurlijst	64
Jurisprudentielijst.....	68
Bijlage 1. Schematisch overzicht zelfreguleringsinstrumenten	71
Bijlage 2. Geschiedenis van het auteursrecht schematisch weergegeven	72

Lijst van afkortingen

Aw Auteurswet

BREIN Stichting ter Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland

BUMA Bureau voor Muziek-Auteursrechten

BW Burgerlijk wetboek

CAI Centrale Antenne-inrichting Amstelveen

CBO Collectieve beheersorganisatie

CISAC International Confederation of Societies of Authors and Composers

EG Europese Gemeenschap

EU Europese Unie

EVRM Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte

GW Grondwet

HR Hoge Raad

IFPI International Federation of the Phonographic Industry

LIRA Literaire rechten auteurs

LJN Landelijk Jurisprudentie Nummer

MvT Memorie van Toelichting

NJ Nederlands Juristenblad

PRS for Music Performing Right Society - Mechanical Copyright Protection Society

SENA Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten

Stb Staatsblad

STEMRA Stichting ter Exploitatie van Mechanische Reproductierechten voor Auteurs

VEVAM Vereniging ter Exploitatie van Vertoningsrechten op Audiovisueel Materiaal

VOI©E Vereniging van Organisaties die Intellectueel eigendom Collectief Exploiteren

WIPO World Intellectual Property Organization

WNR Wet op de Naburige Rechten

1. Inleiding

Het jaar 1990. Sir Tim Berners-Lee legt samen met zijn collega de basis voor wat wij nu kennen als 'internet'. Op dat moment konden zij nog niet voorzien hoe belangrijk het 'World Wide Web' uiteindelijk zou zijn voor de wereld. Nu drieëntwintig jaren later is internet niet meer weg te denken uit onze samenleving. We doen vrijwel alles digitaal, zelfs het sociale leven wordt grotendeels via internet geleefd en beleefd. Er is dan ook sprake van een vergaande digitalisering van de maatschappij die zich in een rap tempo ontvouwt. Deze ontwikkelingen hebben in grote mate invloed op het auteursrecht. De kracht van internet is namelijk dat informatie snel verspreid kan worden over de hele wereld. Dit leidde er in eerste instantie toe dat met name piraten gebruik maakte van de nieuwe technieken. Auteursrechtelijk beschermde werken werden namelijk niet langer één op één gekopieerd, maar in grote aantallen tegelijkertijd uitgewisseld over de hele wereld, vaak zonder toestemming van de auteur. De impact op handhaving was groot. Bescherming van de belangen van auteurs heeft de afgelopen jaren daardoor hoog op de agenda gestaan. Steeds meer partijen willen de kansen die internet biedt op eerlijke wijze aangrijpen om auteursrechtelijk beschermde werken op nieuwe en innovatieve wijze aan te bieden via internet, vaak wereldwijd.

Probleem

Innovatie zou echter worden afgeremd door het auteursrecht waardoor het auteursrecht uit balans raakt. Er gaan namelijk over het algemeen twee prikkels uit van het auteursrecht, te weten een belonende prikkel voor auteurs en een stimulerende prikkel voor innovatie. De auteur krijgt zeggenschap over zijn werk, waardoor hij een *vergoeding* kan vragen aan degene die het werk wil gebruiken. Daarnaast worden innovatie en het creëren van nieuwe intellectuele creaties gestimuleerd. Piraterij vormt al jaren de grootste dreiging voor de vergoeding die auteurs kunnen vragen voor hun inspanningen. Ook piraten profiteren namelijk van technologische vooruitgang door de nieuwe technieken te gebruiken om auteursrechtelijk beschermde werken illegaal uit te wisselen. De snelheid, eenvoud en het bereik waarmee piraatproducten verspreid kunnen worden bemoeilijken de handhaving van auteursrechten en vormen daarmee een bedreiging voor de belangen van auteurs. Auteurs lopen hierdoor inkomsten mis. Er is de laatste jaren met name door de wetgever veel aandacht besteed aan het verbeteren van de handhaving van auteursrechten. Nu klinkt echter de roep om meer flexibiliteit ten behoeve van innovatie. Innovatie zou namelijk niet langer gestimuleerd worden door het auteursrecht, maar afgeremd. De huidige Auteurswet stamt uit 1912 en heeft vele ontwikkelingen doorgemaakt, waardoor veel van de flexibiliteit van de wet verloren zou zijn gegaan. Het wachten is dus in feite op de wetgever. Een wijziging van de Auteurswet kan echter jaren in

beslag nemen en de vraag is of de Auteurswet tegen die tijd nog wel voldoende actueel is gezien de snelheid waarmee technologische ontwikkelingen vandaag de dag plaatsvinden. Op internationaal en nationaal niveau werd nagedacht over mogelijke oplossingen.¹ Tijdens de internationale conferentie ‘Towards flexible copyright’ stelden enkele aanwezigen uit het bedrijfsleven voor om via zelfregulering tot een oplossing te komen.² Zelfregulering wordt in verschillende sectoren op nationaal en Europees niveau al veelvuldig toegepast.

Verdere afbakening

Er zijn vele sectoren gemoeid met auteursrechten, zoals de boekenbranche, gamebranche, filmbranche en de muziekbranche. Wegens het aantal partijen en de verscheidenheid aan problemen die er rondom het auteursrecht en digitalisering van deze branches zijn ontstaan laat deze scriptie onvoldoende ruimte om voor al deze branches te bepalen of zelfregulering geschikt is. Het onderzoek zal zich om die reden tot de muziekbranche beperken.

Doel

Het doel van deze scriptie is om inzicht te geven in de wijze waarop zelfregulering kan worden toegepast ten aanzien van auteursrechten in de muziekbranche in het digitale tijdperk, zodat een meer evenwichtig auteursrecht kan worden bereikt.

Onderzoeksvraag

De volgende vraag staat centraal in deze scriptie:

Op welke wijze kan zelfregulering bijdragen aan een evenwichtig auteursrecht in de muziekbranche, zodanig dat de belangen van auteurs worden beschermd en innovatie wordt gestimuleerd?

Om een antwoord op de centrale vraag te krijgen zijn de volgende subvragen geformuleerd.

- 1. Wanneer is er sprake van een evenwichtig auteursrecht?*
- 2. Wat houdt zelfregulering in?*
- 3. Welke randvoorwaarden kunnen uit de geschiedenis van de Auteurswet worden afgeleid die bepalend zijn voor de bescherming van de belangen van auteurs?*
- 4. In hoeverre kan zelfregulering ten aanzien van auteursrechten en naburige rechten in de muziekbranche worden toegepast?*

¹ Hugenholtz en Senfleben 2011. De onderzoeksresultaten werden tijdens de conferentie ‘Towards flexible copyright?’ gepresenteerd.

² Frequin 2012. Te raadplegen via www.voice-info.nl/voice/149542.

Wijze van aanpak

Er is voornamelijk literatuuronderzoek en rechtshistorisch onderzoek verricht dat ondersteund wordt door jurisprudentie. Deze scriptie is bedoeld om inzicht te geven in de wijze waarop zelfregulering kan bijdragen aan een evenwichtig auteursrecht in de muziekbranche. Het *evenwichtig auteursrecht* zal aan de hand van de geschiedenis van de totstandkoming van het auteursrecht en gebeurtenissen op nationaal, internationaal en Europees niveau die van invloed zijn geweest op auteurswetgeving worden bepaald. Daarbij is tevens jurisprudentie die betrekking heeft op piraterij van auteursrechtelijk beschermde werken in de muziekbranche van belang. De Auteurswet biedt een hoog beschermingsniveau van de belangen van auteurs. Om dit ook te kunnen bereiken via zelfregulering worden de eerder genoemde gebeurtenissen op nationaal, Europees en internationaal niveau aan de hand van literatuur en kamerstukken geanalyseerd. Vervolgens zullen randvoorwaarden worden geformuleerd die belangrijk zijn voor zelfregulering. Om te kunnen beoordelen of zelfregulering in de muziekbranche kan worden toegepast zal eerst zelfregulering als zodanig worden beschouwd. Daarbij worden tevens twee vormen van zelfregulering kort besproken, te weten de Code Banken en de Corporate Governance Code. Er is gekozen voor deze twee vormen van zelfregulering, omdat beide sectoren veel ervaring hebben met zelfregulering en de werking van deze codes ook regelmatig wordt gecontroleerd. Om die reden zijn zij geschikt om te kijken of daar nog lessen uit afgeleid kunnen worden. Aan de hand van de randvoorwaarden en het onderzoek van Baarsma³ zal vervolgens worden bepaald in hoeverre zelfregulering kan worden toegepast in de muziekbranche.

Opbouw

Deze scriptie is als volgt opgebouwd. Om te kunnen bepalen wat een evenwichtig auteursrecht inhoudt wordt in hoofdstuk twee eerst gekeken de wijze waarop het auteursrecht is ontstaan en hoe steeds werd gereageerd op technologische ontwikkelingen. In het derde hoofdstuk wordt 'zelfregulering' nader beschouwd. Vervolgens wordt de analyse van gebeurtenissen die van invloed zijn geweest op auteurswetgeving in het vierde hoofdstuk besproken en zullen de randvoorwaarden worden toegelicht. In het vijfde hoofdstuk wordt beoordeeld in hoeverre zelfregulering in de muziekbranche kan worden toegepast.

³ Baarsma e.a. 2003. Het onderzoek van Baarsma e.a. vormt een handreiking naar partijen die een bepaald probleem wil aanpakken via zelfregulering en helpt bij het beoordelen of zelfregulering geschikt is en haalbaar in hun specifieke situatie en welk zelfreguleringsinstrument men kan gebruiken.

2. Van Kopijrecht naar auteursrecht in digitale omgeving

In dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de oorsprong en geschiedenis van het auteursrecht. Om erachter te komen waardoor het auteursrecht uit balans is geraakt is het namelijk belangrijk om eerst terug te gaan naar de basis en te kijken naar het doel van het auteursrecht, de belangen die gemoeid zijn met het auteursrecht en wat er in al die jaren veranderd is. Op die manier wordt duidelijk wat partijen nodig hebben van het auteursrecht in het internettijdperk.

We gaan nu eerst kijken naar de totstandkomingsgeschiedenis van het auteursrecht. De huidige Auteurswet stamt uit 1912 en heeft in de afgelopen honderd jaar vele (technologische) ontwikkelingen doorstaan. Deze ontwikkelingen worden kort uiteengezet. Zij zijn interessant, omdat zij inzicht geven in de problemen die er op auteursrechtelijk gebied ontstonden en welke belangen steeds een rol speelden.

2.1 Ontwikkeling van kopijrecht naar auteursrecht

Het vertellen en schrijven van verhalen en het maken van muziek is al zo oud als de mensheid. Toen rond 1445 de boekdrukkunst werd uitgevonden, werden er ook economische rechten toegekend aan partijen, respectievelijk de maker van het werk en de drukker.⁴ Boeken en muziekstukken werden gedrukt via een drukpers. De auteur leverde zijn manuscript aan bij een drukker, zodat deze zijn werk kon drukken. Er werd een contract tussen de auteur en de drukker gesloten, waarmee de drukker het exclusieve recht verkreeg om het werk te blijven drukken. De auteur ontving eenmalig een (kleine) vergoeding en verdween daarna uit beeld. Op den duur werd dit exclusieve recht door uitgeverijen en drukkers het *kopijrecht* genoemd. Het kopijrecht wordt gezien als de voorloper van het auteursrecht. Het gold als een recht van de uitgever of drukker om een werk uit te geven en was met name bedoeld om de drukker de kosten die hij had gemaakt te laten terugverdienen. Dit weerhield andere partijen er niet van om een boek of muziekstuk na te drukken, ofwel illegaal te kopiëren. Om het kopijrecht te beschermen en op te treden tegen nadruk, kon een drukker een ‘privilege’ bij de Republiek der Nederlanden aanvragen. Een privilege kon men tegen vergoeding krijgen en gaf voor beperkte duur bescherming tegen nadruk. Naast een (kleine) financiële vergoeding en vermelding van naam en titel op het werk had de auteur geen middelen om zijn werk te beschermen als intellectuele creatie.

⁴ Schriks 2004, p. 23.

2.1.1 Het ontstaan van de Auteurswet in Nederland

Pas in de tweede helft van de achttiende eeuw kwam er een omslag in de tot dan toe weinig vruchtbare juridische en economische positie van de auteur.⁵ De auteur kon ook een aanvraag voor een privilege indienen en daarmee zijn werk beschermen tegen nadruk en misdruk. Later werd er zelfs een verordening uitgegeven voor een groep auteurs waarin stond dat een werk niet mocht worden gedrukt zonder toestemming van de auteur.⁶ In 1817 werden de rechten van auteurs voor het eerst bij wet vastgelegd in de zogeheten Auteurswet 1817. Met de komst van deze wet werden de rechten van auteurs en drukkers voor heel Nederland gelijk. Het recht van kopij werd toegekend aan de auteurs van letter- en kunstwerken en diens rechtverkrijgenden en gaf hen uitsluitend het recht om het originele werk te laten drukken, te verkopen of te doen verkopen.⁷ Het kopijrecht was dus niet meer enkel een recht voor de drukker om ervoor te zorgen dat deze zijn investeringen kon terugverdienen. De auteur kreeg langzaam de touwtjes in handen. Het kopijrecht veranderde in het auteursrecht. Een verschil tussen het kopijrecht en het auteursrecht is dat het kopijrecht veelal een economisch belang van de drukker beschermd, terwijl het *auteursrecht* een intellectuele creatie van de auteur beschermt en een middel biedt voor de auteur om een financiële beloning te vragen voor zijn geleverde prestaties.

De opvolger van de Auteurswet 1817 is de Auteurswet 1881 (hierna Aw 1881). Ook de Aw 1881 gold voor heel Nederland. Het verschil tussen beide wetten ligt vooral in de beschermingsomvang. Uit artikel 1 Aw 1881 blijkt dat het auteursrecht niet alleen gold voor letter- en kunstwerken, maar ook voor muziek- en toneelwerken die in het openbaar werden opgevoerd. Kort na de inwerkingtreding van deze wet werd de Berner Conventie in 1886 geïntroduceerd.

2.1.2 Berner Conventie voor een uniform internationaal auteursrecht

De Berner Conventie komt voort uit een behoefte naar meer uniformiteit op internationaal niveau op het gebied van auteursrechten. Voorafgaand aan de Berner Conventie bestonden er bilaterale verdragen waarin de wederzijdse erkenning van auteursrechten was vastgelegd. Deze bilaterale verdragen brachten echter geen uniformiteit aan in een onderwerp dat al lang niet meer enkel gold binnen de landsgrenzen. Manuscripten werden in meerdere talen vertaald, gedrukt en verkocht over de hele wereld. De Berner Conventie voor bescherming van werken van letterkunde en kunst is een multilateraal verdrag dat vrij algemene regels bevat die het minimumniveau van bescherming van werken van letterkunde en kunst aangeven. De conventie kent drie basisprincipes. Het eerste principe is dat een lidstaat dezelfde auteursrechtelijke bescherming moet geven aan onderdanen uit een ander land als aan haar eigen burgers.

⁵ Schriks 2004, p. 146-149.

⁶ Schriks 2004, p. 149.

⁷ *Kamerstukken II* 1816/17, 14, nr. 2, p. 225.

Het tweede principe is dat een auteursrecht automatisch ontstaat, dus zonder formaliteiten. Dit betekent dat het verkrijgen van auteursrechtelijke bescherming niet afhankelijk mag worden gesteld van een schriftelijke aanvraag, beoordeling, financiële vergoeding of inschrijving in een register. Het auteursrecht komt dus automatisch te rusten op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst. Vanuit internationaal perspectief betekent dit dat de auteursrechthebbende⁸ geen rekening hoeft te houden met formaliteiten in andere landen die eveneens zijn aangesloten bij de Berner Conventie. Het derde principe is dat het genot en uitoefening van het auteursrecht aan geen enkele formaliteit mag worden onderworpen en dat het genot en de uitoefening onafhankelijk zijn van het bestaan van bescherming in het land van oorsprong. Hiermee wordt bedoeld dat een lidstaat geen voorwaarden mag creëren waaraan een auteur moet voldoen om auteursrechtelijke bescherming te krijgen, ongeacht of het werk auteursrechtelijk beschermd wordt in het land van oorsprong.

2.1.3 Ook Nederland treedt toe tot de Berner Conventie

Het heeft enige tijd geduurd voordat de Berner Conventie ook in Nederland in werking trad. Toetreding tot de Berner Conventie zou namelijk een grondige herziening van de Aw 1881 betekenen, omdat de Aw 1881 minder onderwerpen behelsde dan de Berner Conventie. Toetreding tot de Berner Conventie zonder de Aw 1881 aan te passen, betekende dat het beschermingsniveau voor auteurs in Nederland lager zou zijn dan het beschermingsniveau voor auteurs uit landen die ook tot de Berner Conventie waren toegetreden. Herziening van de Aw 1881 was om die reden onvermijdelijk. Pas in 1912 trad Nederland toe tot de Berner Conventie, gelijktijdig met de van kracht worden van de Auteurswet 1912. Inmiddels is de Berner Conventie diverse malen herzien en door 165 landen ondertekend. De Berner Conventie speelt nog steeds een belangrijke rol in de ontwikkeling en verbetering van bescherming van werken van letterkunde en kunst wereldwijd. We hebben nu gezien hoe het auteursrecht vanaf de boekdrukkunst tot aan begin twintigste eeuw is ontstaan. In de volgende paragraaf wordt beoordeeld op welke grondslagen het auteursrecht berust.

2.2 Het auteursrecht rust op twee grondslagen

In de periode van de boekdrukkunst was de achterliggende gedachte van het kopijrecht dat *een drukker zijn financiële investeringen moest terugverdienen*. De inspanningen die de auteur geleverd had, werden niet beloond. Later kwam hier verandering in. De auteur *kreeg zeggenschap over zijn creatie en kon daardoor ook een financiële vergoeding vragen voor zijn inspanningen*. Het auteursrecht werd een middel voor auteurs om een financiële tegenprestatie te bedingen voor de door hen geleverde inspanningen om een creatieve prestatie neer te zetten.

⁸ De auteursrechthebbende is degene die bevoegd is om het auteursrecht uit te oefenen. De auteursrechthebbende kan de maker zijn van het werk, maar dat hoeft niet altijd. Het kan ook een derde zijn aan wie het auteursrecht is overgedragen. Gemakshalve zullen de termen 'rechthebbende' of 'rechthebbenden' worden gebruikt.

Quaedvlieg noemt drie grondslagen waar het auteursrecht op rust. De eerste grondslag is de bescherming van de persoonlijkheidsbelangen van de auteur. De tweede grondslag is de rechtvaardigheid voor de auteur en het economisch nut voor de industrie, doordat het auteursrecht de mogelijkheid schept om een tegenprestatie te bedingen voor investeringen in arbeid, marktrisico, tijd, talent en geld. De derde grondslag is het stimuleren van intellectuele innovatie op het gebied van informatie, cultuur, wetenschap, maatschappelijke meningsvorming en technische kennis.⁹

In zekere zin sluiten de grondslagen die Geerts noemt aan op de grondslagen die Quaedvlieg noemt. Geerts noemt de billijkheid dat de maker zeggenschap heeft over zijn schepping en daar voordeel van mag genieten als meest bevredigende rechtsgrond. Daartegenover staat volgens Geerts het voordeel voor de samenleving dat deze auteurs geheel of gedeeltelijk worden ‘vrijgesteld’ van scheppende arbeid.¹⁰ Ook Verkade erkent de zekere behoefte om zeggenschap te geven over het gebruik van intellectuele prestaties in het economisch verkeer en het belonen van de auteur voor de geleverde prestatie. Verkade noemt daarnaast als grondslag nog de ontplooiingsvrijheid van beroep en bedrijf.¹¹

Spoor, Visser en Verkade kiezen voor een ruimere benadering van de rechtsgronden van het auteursrecht. Volgens Spoor, Visser en Verkade zijn de overwegingen die aan het auteursrecht ten grondslag liggen, zowel van *maatschappelijk nut* als van *rechtvaardigheid*, waarbij het maatschappelijk nut zich vertaalt in het bevorderen van exploitatie en indirect ook in het scheppen van werken.¹² Het argument dat ten grondslag ligt aan rechtvaardigheid vormt eigenlijk een samenvatting van eerder genoemde grondslagen en luidt als volgt:

*Zonder de auteur zou het werk niet bestaan, en zou niemand daarvan kennis kunnen nemen; het is dan ook niet meer dan billijk dat de auteur op zijn werk een recht toekomt, dat hem hopelijk in staat stelt, deel te hebben aan de baten die het werk oplevert, en dat bescherming biedt tegen aantasting van het werk en zijn reputatie.*¹³

Ik sluit me aan bij Spoor, Visser en Verkade en kies daarmee voor een brede benadering van de grondslagen van het auteursrecht, namelijk dat het auteursrecht is gebaseerd op argumenten van, zowel *maatschappelijk nut* als *rechtvaardigheid*. Enerzijds vormt het *maatschappelijk nut* een grondslag voor het

⁹ Quaedvlieg 1998, p. 55.

¹⁰ Geerts 2009, p. 51.

¹¹ Verkade 1991, p. 860.

¹² Spoor, Visser, Verkade 2005, p. 10-12

¹³ Spoor, Visser, Verkade 2005, p. 10-12.

auteursrecht, omdat innovatie en nieuwe intellectuele creaties gestimuleerd worden. Anderzijds is het de auteur die arbeid verricht en tijd en geld investeert om een intellectuele prestatie neer te zetten en daar ook voor moet worden beloond. De auteur krijgt zeggenschap over zijn werk, zodat hij een beloning kan vragen voor de door hem geleverde inspanningen en zijn persoonlijke belangen¹⁴ kan beschermen. De vraag die rijst is: hoe verhouden beide grondslagen zich tot elkaar?

Volgens Spoor, Visser en Verkade sluiten de grondslagen elkaar niet uit.¹⁵ Als beide grondslagen naast elkaar kunnen bestaan, dan zal mijns inziens rekening moeten worden gehouden met het gewicht dat aan iedere grondslag wordt toegekend. Het benadrukken van de ene grondslag leidt namelijk tot meer aandacht voor de belangen die daardoor worden beschermd. Stel, de wetgever focust zich voornamelijk op de belangen van de auteur, dan zullen er minder beperkingen van het auteursrecht in de Auteurswet worden opgenomen. De belangen die gemoeid zijn met het auteursrecht vanuit het maatschappelijk nut worden hierdoor benadeeld. Alberdingk Thijm zegt hierover het volgende:

Het aanvaarden van de twee tegenstrijdige verklaringen van het auteursrecht impliceert dat deze allebei tot hun recht moeten komen binnen het auteurswettelijke kader.¹⁶

Met deze informatie gaan we verder kijken naar de ontwikkelingen die de Auteurswet heeft doorstaan om erachter te komen in hoeverre beide overwegingen die ten grondslag liggen aan het auteursrecht ook daadwerkelijk tot hun recht komen. Daarbij kijken we hoofdzakelijk naar de Auteurswet.

2.3 Ontwikkelingen van de Auteurswet tot de jaren '90 in vogelvlucht

Zoals eerder al is aangegeven, is de Auteurswet (Aw) grotendeels gebaseerd op de Berner Conventie. Ruim 100 jaren later is de Auteurswet nog steeds van kracht, maar wel in een moderner jasje gestoken door de vele ontwikkelingen die steeds vroeger om een herbezinning op de Auteurswet. In deze paragraaf komen de ontwikkelingen tot de jaren '90 aan bod die geleid hebben tot aanpassingen in de Auteurswet.

2.3.1 De opkomst van auteursrechtenorganisaties

Aan het begin van de twintigste eeuw kampten auteurs met problemen rondom de *handhaving* van hun auteursrecht. Het bleek bijvoorbeeld lastig te zijn voor een auteur om te controleren waar zijn muziek zonder zijn toestemming werd (af)gespeeld. Auteurs besloten om, in plaats van zelf te handhaven, auteursrechtenorganisaties in te schakelen om vergoedingen te innen voor het gebruik van hun werk. Er

¹⁴ Door een beroep te doen op artikel 25 Aw kan de auteur zijn persoonlijke belangen grotendeels beschermen. Dit artikel geeft de maker van een werk een handvat om aantasting van zijn werk tegen te gaan. De persoonlijkheidsrechten wijzen naar de persoonlijke band tussen de maker en het werk.

¹⁵ Spoor, Visser, Verkade 2005, p. 9-10.

¹⁶ Alberdingk Thijm 2001, p. 12.

werden auteursrechtenorganisaties opgericht die optraden namens de auteurs. Deze organisaties inden financiële vergoedingen voor auteurs en verdeelden dat later naar evenredigheid. Op deze wijze werden de financiële belangen van auteurs beter beschermd. Dergelijke organisaties bestaan nu nog steeds. Een voorbeeld hiervan is auteursrechtenorganisatie Buma/Stemra.

2.3.2 Verdrag van Rome en de Overeenkomst van Genève

Veel activiteiten op het gebied van wetgeving zijn lange tijd stilgelegd door (de financiële en economische gevolgen van) de Eerste en Tweede Wereldoorlog. Pas in 1961 werd het internationaal Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars¹⁷, producenten van fonogrammen¹⁸ en omroeporganisaties¹⁹ (hierna Verdrag van Rome) geïntroduceerd. Het Verdrag van Rome is ontstaan uit de behoefte om de positie van uitvoerend kunstenaars, producenten en omroeporganisaties te verbeteren door ze *zeggenschap* te geven over het uitzenden, opnemen, verkopen en reproduceren van een uitvoering of opname daarvan. Aanvankelijk ondertekenden weinig staten het Verdrag van Rome, ook Nederland niet. In 1971 werd de Overeenkomst van Genève ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen tot stand gebracht, omdat het illegaal kopiëren van geluidsdragers steeds verder toenam. De Overeenkomst van Genève bevatte regels over de import, verspreiding en reproductie van illegale kopieën.²⁰ Er waren veel gelijkenissen tussen het Verdrag van Rome en de Overeenkomst van Genève. De Overeenkomst van Genève focuste zich echter alleen op de producenten van fonogrammen.

Ook de Overeenkomst van Genève werd aanvankelijk niet door Nederland ondertekend. Pas in de jaren '80 werd het voornemen tot toetreding tot zowel het Verdrag van Rome als tot de Overeenkomst van Genève geuit.²¹ In 1993 trad Nederland toe tot het Verdrag van Rome en tekende tevens de Overeenkomst van Genève.²² Dit heeft in Nederland geleid tot de Wet op de Naburige rechten (WNR). Naburige rechten zijn rechten die verwant zijn aan het auteursrecht. Zo wordt het muziekstuk dat door een componist is opgesteld door het auteursrecht beschermd en wordt de uitvoering van het muziekstuk door een artiest, beschermd door het naburig recht.

¹⁷ Voorbeelden van uitvoerende kunstenaars zijn: zangers, dansers en acteurs.

¹⁸ Een fonogramproducent is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een geluidsopname voor de eerste keer produceert of laat produceren op een geluidsdrager, zoals een cd of cassetteband.

¹⁹ Onder 'omroeporganisatie' wordt verstaan, de organisatie die een radioprogramma uitzendt of laat uitzenden.

²⁰ *Kamerstukken II* 1986/87, 20029, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 1986/87 20012, nr. 3, p. 3 (MvT).

²¹ *Kamerstukken II*, 1985-1986, 19 435, nr. 1, p 1-3.

²² Verdrag van Rome, inwerkingtreding voor Nederland op 7 oktober 1993, *Trb.* 1993, 133, Overeenkomst van Genève, inwerkingtreding voor Nederland op 12 oktober 1993, *Trb.* 1993, 134.

2.3.3 De band-, cassette-, en videorecorder

De bandrecorder maakte het als eerste mogelijk dat een auteursrechtelijk beschermd werk één op één kon worden gekopieerd. Menig huishouden in de jaren '70 en '80 was in het bezit van een bandrecorder en/of cassetterecorder en/of videorecorder. In de jaren '80 werden dan ook op grote schaal televisie- en radioprogramma's thuis opgenomen.²³ Auteurs liepen hierdoor inkomsten mis. Volgens artikel 16c Aw is het toegestaan om voor eigen gebruik, oefening of studie een auteursrechtelijk beschermd werk op te nemen. Om de auteurs(rechthebbenden) te compenseren, werd een thuiskopieheffing²⁴ ingevoerd. Er werd een vergoeding berekend aan de importeur of fabrikant van de blanco banden en deze vergoeding werd in de verkoopprijs doorberekend, zodat uiteindelijk de consument alsnog een (kleine) vergoeding betaalde voor het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken.²⁵ Hetzelfde systeem kon later worden gehandhaafd bij onder andere de cd, dvd, smartphone en laptop.²⁶ Op deze wijze konden de financiële belangen van auteurs behartigd worden.

2.3.4 Verbetering van de handhavingsmiddelen in de wet in de strijd tegen piraterij

Zoals hiervoor al is aangegeven is het toegestaan om voor eigen gebruik, studie of oefening kopieën te maken. Deze kopieën mogen echter niet aan derden verkocht worden zonder dat de auteur daar toestemming voor heeft gegeven. Er wordt dan inbreuk gepleegd op het auteursrecht. Op een gegeven moment waren er veel illegale kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken in omloop, waardoor auteurs financieel benadeeld werden. In de strijd tegen de verkoop van illegale kopieën besloot de wetgever om de bestaande civielrechtelijke en strafrechtelijke mogelijkheden in de wet te verbeteren en nieuwe bevoegdheden te creëren.²⁷ Zo ontstond onder meer de mogelijkheid tot het invoeren van een administratieve verplichting door op een door de Minister van Justitie en Minister van Economische Zaken te bepalen wijze (artikel 30b Aw) en werd de sanctie op het verspreiden van illegale kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken verhoogd naar de vijfde geldboetecategorie (artikel 31a Aw).

2.3.5 Computerprogramma's en radio-uitzendingen

De technologische ontwikkelingen stonden niet stil. Er werd veel tijd en geld geïnvesteerd in de ontwikkeling van computerprogramma's. Om computerprogramma's te kunnen ontwikkelen, zijn veelal grote financiële investeringen nodig en daarom was er een effectief middel nodig om

²³ *Kamerstukken II* 1987/88, 20656, nr. 3, p. 1 (MvT).

²⁴ De thuiskopieheffing vloeit voort uit artikel 16b en artikel 16c Aw. Volgens beide artikelen moet een billijke vergoeding worden gegeven ter compensatie van de inkomsten die auteurs mislopen doordat een auteursrechtelijk beschermd werk voor eigen gebruik, oefening of studie gekopieerd of gereproduceerd mag worden. De hoogte van die vergoeding en de voorwerpen waarover de vergoeding wordt gegeven, wordt vastgesteld bij Algemene Maatregel van Bestuur.

²⁵ *Kamerstukken II* 1987/88, 20656, nr. 3, p. 5-8 (MvT).

²⁶ Regeling thuiskopieheffingen 24 oktober 2012, *Stb.* 2012, 505.

²⁷ *Kamerstukken II* 1986/87, 19921, nr. 3, p. 8-15 (MvT).

computerprogramma's te beschermen tegen piraterij.²⁸ Deze bescherming werd via het auteursrecht geboden. Door toevoeging van het woord 'computerprogramma's' aan de lijst uit artikel 10 Aw kon een computerprogramma als auteursrechtelijk beschermd werk worden aangemerkt, mits er voldaan werd aan de eisen uit de jurisprudentie.²⁹

Ook muziek- en filmwerken die via radio- en televisieprogramma's werden uitgezonden, werden auteursrechtelijk beschermd. Al in 1938 oordeelde de Hoge Raad in het café-radio arrest dat het ten gehore brengen van muziek in een voor publiek toegankelijk café moet worden aangemerkt als een openbaarmaking van een auteursrechtelijk beschermd werk.³⁰ Een café-eigenaar liet via een radio-ontvangtoestel muziek van de Oostenrijk-Hongaarse componist Léhar aan de cafébezoekers horen. De café-eigenaar had daar toestemming voor moeten vragen aan de rechthebbende, omdat hij het werk van Léhar openbaar maakte door het via zijn radio ten gehore te brengen aan de bezoekers van zijn café. Zonder toestemming levert het openbaar maken van een auteursrechtelijk beschermd werk een inbreuk op ingevolge artikel 1 Aw en 12 Aw.

Later in de jaren '80 speelde er een zaak rondom het doorgeven van televisie-uitzendingen via de kabel of satelliet. De Centrale Antenne-inrichting Amstelveen (CAI) ving zonder toestemming via een satelliettoestel signalen op uit de ether die afkomstig waren van binnen- en buitenlandse televisieprogramma's. Deze signalen gaf CAI vervolgens door aan haar abonnees. Hierdoor konden haar abonnees kijken naar televisie-uitzendingen die onder andere auteursrechtelijk beschermde films bevatten. De omroeporganisaties hadden toestemming gekregen van de rechthebbenden om hun werk uit te zenden en daar ook een financiële vergoeding voor betaald. De vraag was of de gelijktijdige doorgifte van uit de ether ontvangen televisie-uitzendingen via een antenne-inrichting door CAI aan haar abonnees moest worden aangemerkt als een zelfstandige openbaarmakingshandeling.³¹ De Hoge Raad oordeelde dat er sprake was van een zelfstandige openbaarmaking van auteursrechtelijk beschermde werken en dat CAI daarvoor toestemming nodig had van de *rechthebbenden*.³² Onder 'rechthebbenden' werden onder meer de makers en producenten verstaan, alsmede de omroeporganisaties. De programma's die door omroeporganisaties werden uitgezonden bevatten een groot aantal auteursrechtelijk beschermde werken, zoals speelfilms en televisieseries. De auteursrechten die daar op rustten werden vaak overgedragen aan de omroeporganisaties, waardoor zij rechthebbenden waren van een groot aantal werken. Het risico ontstond

²⁸ *Kamerstukken II* 1986/87, 19921, nr. 3 (MvT).

²⁹ *Kamerstukken II* 1986/87, 19921, nr. 3 (MvT), p. 4-5. In de jurisprudentie zijn eisen ontwikkeld waaraan een 'werk' moet voldoen om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Een werk dient voor *menselijke waarneming vatbaar* te zijn, een *eigen en oorspronkelijk karakter* te hebben en een *persoonlijke stempel van de maker* te dragen.

³⁰ HR 6 mei 1938 *NJ* 1938,635 (Léhar v Verbeek).

³¹ HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982,435 r.o.v. 1 (Kabel-TV I).

³² HR 30 oktober 1981, *NJ* 1982,435 r.o.v. 6.b (Kabel-TV I) en HR 25 mei 1984 *NJ* 1984,697 r.o.v. 3.4 (Kabel-TV II).

dat omroeporganisaties misbruik zouden maken van hun positie. In de Satelliet en kabelrichtlijn³³ uit 1993 werd dan ook opgenomen dat deze auteursrechten voortaan collectief beheerd zouden worden, zodat kabelexploitanten alleen toestemming nodig zouden hebben van de betreffende collectieve beheersorganisatie, zoals VEVAM (Vereniging ter Exploitatie van Vertoningsrechten op Audiovisueel Materiaal) en Lira (Literaire Rechten Auteurs). Deze richtlijn is geïmplementeerd in de Auteurswet in de artikelen 26a-26c Aw.

2.3.6 De geschiedenis laat zien dat evenwicht belangrijk is

De geschiedenis van de Auteurswet laat zien dat de overwegingen die ten grondslag liggen aan het auteursrecht steeds in bepaalde mate in evenwicht met elkaar worden gehouden. Nieuwe technologische ontwikkelingen werden, al dan niet via een wetswijziging, beschermd via het auteursrecht. Op die manier konden investeringen worden terugverdiend en innovatie worden gestimuleerd. Door technologische ontwikkelingen van de afgelopen jaren werd de toegang tot informatie steeds groter. Deze ontwikkelingen creëerden maatschappelijke vooruitgang. Het leidde tevens tot veranderingen, zoals we zagen bij het thuis kopiëren naar aanleiding van de taperecorder. Ook piraten profiteerden van de nieuwe technieken. Dit had nadelige gevolgen voor de positie van auteurs. Vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid werden maatregelen getroffen om de belangen van de auteurs beter te beschermen. Zo werden de bestaande middelen ter handhaving van auteursrechten verbeterd en werd er een heffing op blanco dragers ingevoerd om auteurs te compenseren.

We hebben nu gekeken naar ontwikkelingen rondom de Auteurswet in het analoge tijdperk. In de volgende paragraaf kijken we naar ontwikkelingen rondom de Auteurswet in het digitale tijdperk. Er zal met name aandacht worden besteed aan de problematiek van handhaving van auteursrechten.

2.4 Auteursrechten in een digitale omgeving

Een van de (misschien wel) meest invloedrijke ontwikkelingen op het auteursrecht van de afgelopen tijd is internet. Met de komst van internet werd een nieuw tijdperk ingeluid, namelijk het digitale tijdperk. De gevolgen van internet op zowel nationaal als internationaal niveau zijn groot. In deze paragraaf worden de ontwikkelingen in het digitale tijdperk en de gevolgen daarvan op handhaving van het auteursrecht besproken.

³³ Richtlijn 1993/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (*PbEG* nr. L 248/15 van 6 oktober 1993).

2.4.1 Internet kent geen landsgrenzen

In de jaren '90 was de overgang van analoog naar digitaal al ingezet. Pas aan het begin van de 21^{ste} eeuw werd de impact van die technologische ontwikkelingen goed zichtbaar. Wereldwijd werden steeds meer mensen aangesloten op het internet en de landsgrenzen vervaagden. Hoewel de omvang van de impact nog niet goed kon worden vastgesteld, werden de risico's ervan langzaam zichtbaar.

De activiteiten rondom het internet bleken namelijk moeilijk te reguleren. Een staat kent grenzen en binnen die grenzen gelden regels die door de wetgever van die staat zijn vastgesteld. Een staat kan binnen die grenzen ook toezicht houden op naleving van die regels. Internet kent echter geen landsgrenzen. Het vaststellen van regels door nationale wetgevers en het houden van toezicht op naleving van die regels is daardoor lastig.

2.4.2 Bescherming van de auteursrechten op Europees en internationaal niveau

De World Intellectual Property Organization (hierna WIPO) startte eind jaren '90 met het project 'digital agenda'. Dit project heeft onder meer geleid tot twee verdragen, te weten het Verdrag van de WIPO inzake auteursrecht (hierna WIPO-auteursrechtverdrag) en het Verdrag van de WIPO inzake uitvoeringen en fonogrammen. Beide verdragen bevatten regels die toegesneden zijn op de digitale omgeving en de uitdagingen die daarbij komen kijken. Er werd met name aandacht besteed aan de bescherming van auteursrechten en naburige rechten in de informatiemaatschappij.³⁴

Op Europees niveau werd in 2001 een richtlijn in het leven geroepen gericht op harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna Auteursrechtrichtlijn).³⁵ De noodzaak voor deze richtlijn was ontstaan doordat Europese lidstaten al begonnen waren met het aanpassen van nationale auteurswetgeving als reactie op de (technologische) ontwikkelingen die ontstonden na de komst van internet. Het risico bestond dat er grote verschillen in nationale wetgeving zouden ontstaan. Het doel van de Auteursrechtrichtlijn was harmonisatie van nationale wetgeving op het gebied van auteursrechten en naburige rechten en verbetering van de rechtsbescherming van auteursrechten en naburige rechten in een digitaal tijdperk, zodat de informatiemaatschappij de ruimte kreeg om zich te ontwikkelen. De gedachte achter een hoog niveau van bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten is het stimuleren van de ontwikkeling en verkoop

³⁴ In de informatiemaatschappij vormen het vergaren van informatie, het delen van informatie en het creëren van informatie de kernactiviteiten.

³⁵ 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. (*PbEG* 2001 167/10).

van nieuwe producten en diensten, en het scheppen van nieuwe intellectuele creaties.³⁶ Dit zou tevens de interne markt in Europa moeten bevorderen. In Nederland heeft de Auteursrechtlijn geleid tot aanpassing van de Auteurswet, de wet op de Naburige rechten en de Databankenwet. Zo werden de wettelijke beperkingen in de Auteurswet geherformuleerd en werd er een regeling toegevoegd omtrent het omzeilen van technische beperkingen.³⁷

Als reactie op de ontwikkelingen naar aanleiding van internet, werden de middelen ter handhaving in de Auteurswet verder aangescherpt en meer geharmoniseerd. Het Europees Parlement en de Europese Raad brachten in 2004 de richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten uit.³⁸ Deze richtlijn voorzag in maatregelen, procedures en rechtsmiddelen en was bedoeld om de handhaving van de intellectuele eigendomsrechten te harmoniseren, zodat inbreuken op die rechten en piraterij effectiever bestreden konden worden. Deze richtlijn is geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving en heeft geleid tot wijziging van onder andere de handhavingsmogelijkheden in de Auteurswet in de artikelen 26d, 26e, 27 en 28 Aw.³⁹

2.4.3 Verschillen tussen de digitale wereld en de analoge wereld

Door de komst van internet ontstonden er nieuwe faciliteiten waarmee het delen van informatie, films, foto's, muziek, boeken en het communiceren over de hele wereld vele malen eenvoudiger en sneller kon plaatsvinden dan voorheen. In de periode van de boekdrukkunst en ook later met de komst van de bandrecorder werd er steeds een één op één kopie gemaakt van een auteursrechtelijk beschermd werk en dat werd vervolgens verspreid. Bij de intrede van die nieuwe technieken waren auteurs vrij argwanend en angstig om (financieel) benadeeld te worden.⁴⁰ Die angst bleek onnodig, omdat een stelstel van heffingen op lege cassettebanden en later op geluidsdragers eenvoudig kon worden gerealiseerd. De huidige innovaties lenen zich echter niet voor dergelijke oplossingen. Door internet is het mogelijk om honderden internetgebruikers tegelijkertijd bestanden (die mogelijk auteursrechtelijk beschermde werken bevatten) met andere internetgebruikers te laten uitwisselen. Fysieke dragers zijn daarbij onnodig. Het aantal werken dat gekopieerd wordt via internet en door wie is moeilijk te controleren. Dit heeft uiteraard een enorme impact op de handhaving van auteursrechten. Uit de volgende paragraaf zal blijken dat rechthebbenden met wisselend succes getracht hebben om inbreuken op auteursrechten te stoppen door het voeren van juridische procedures.

³⁶ 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. (*PbEG* 2001 167/10), overweging 9 t/m12.

³⁷ *Kamerstukken II* 2001/02 28482, nr. 3, p. 16-31 (MvT).

³⁸ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (*PbEG* L 195).

³⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30392, nr. 3 (MvT).

⁴⁰ Gerbrandy 1992, p. 94-96.

2.4.4 Ontwikkelingen rondom handhaving van het auteursrecht in de jurisprudentie

In 1999 werd Napster opgericht. Dit was een van de eerste peer-to-peer netwerken dat succes had onder internetgebruikers over de hele wereld en tevens het eerste netwerk dat vraagtekens deed rijzen in de juridisch wereld over de legaliteit van de activiteiten van dergelijke netwerken. Een peer-to-peer netwerk werkt namelijk als volgt. Er wordt een netwerk van computers gecreëerd waarin bestanden onderling worden uitgewisseld door ze te downloaden en tevens ook weer te uploaden. Naar Nederlands recht is het downloaden van muziek en films voor eigen gebruik toegestaan op grond van artikel 16b Aw en artikel 16c Aw. Het uploaden van een bestand dat auteursrechtelijk beschermd materiaal bevat wordt aangemerkt als een openbaarmakingshandeling en is op grond van artikel 1 Aw juncto artikel 12 lid 1 Aw uitsluitend voorbehouden aan de maker van het werk, dan wel de rechthebbende, behoudens beperkingen bij de wet gesteld. Zonder beperking van het auteursrecht mag een werk alleen openbaar worden gemaakt of verveelvoudigd als de rechthebbende daar toestemming voor heeft gegeven. De bestanden die worden uitgewisseld bevatten vaak auteursrechtelijk beschermde werken. De rechthebbenden van deze werken ontvangen geen vergoeding. Dit leidde tot grote onvrede bij onder meer de film- en muziekindustrie. Napster was een van de eerste peer-to-peer netwerken waar de muziekindustrie haar pijlen op richtte.⁴¹ In de volgende paragraaf worden enkele uitspraken besproken die laten zien welke juridische vraagstukken de afgelopen jaren zijn ontstaan en hoe de activiteiten van beheerders van peer-to-peer netwerken juridisch gekwalificeerd werden.

2.4.4.1 KaZaA pleegt geen inbreuk op auteursrechten

KaZaA stelde peer-to-peer software ter beschikking voor internetgebruikers die via de website van KaZaA kon worden gedownload. Na het downloaden konden internetgebruikers via dat programma zelf, dus zonder tussenkomst van KaZaA, bestanden met elkaar uitwisselen. De vraag in deze zaak was of er door middel van het aanbieden van een softwareprogramma waarmee bestanden die mogelijk auteursrechtelijk beschermde werken bevatten een inbreuk werd gepleegd op auteursrechten, dan wel onrechtmatig werd gehandeld door KaZaA. KaZaA bood slechts een softwareprogramma aan waarmee internetgebruikers *zelf* bestanden met elkaar konden uitwisselen. KaZaA had zelf op geen enkel moment beschikking over of zeggenschap over de bestanden die werden uitgewisseld. Op grond van het Agreed Statement⁴² behorende bij artikel 8 WIPO-auteursrechtverdrag kan het *verschaffen van middelen* voor het openbaar maken of verveelvoudigen van auteursrechtelijk beschermde werken niet worden aangemerkt als een openbaarmakingshandeling. De Hoge Raad oordeelde dat, hoewel KaZaA de programmatuur ter

⁴¹ United States Court of Appeals Ninth Circuit. (Verenigde Staten) 12 februari 2001, *A&M Records, Incorporated, v. Napster, Incorporated* [2001], 239 F.3d 1004. Deze zaak speelde zich af in de Verenigde Staten. De rechter oordeelde dat Napster een inbreuk pleegde op auteursrechten op basis van de US Digital Millennium Copyright Act.

⁴² Te raadplegen via <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/statements.html>.

beschikking stelde waarmee gebruikers bestanden konden uitwisselen, het de gebruikers waren die met die programmatuur onderling de muziek doorgaven.⁴³ Het enkel faciliteren van een programma waarmee bestanden kunnen worden uitgewisseld is dus niet voldoende om te kunnen spreken van een inbreuk op auteursrechten noch van een onrechtmatige daad. Een zware tegenvaller voor Buma/Stemra en voor haar leden, omdat er geen vergoeding was betaald aan auteurs voor het gebruik van de vele werken die waren uitgewisseld. Enkele jaren later heeft de muziek- en filmindustrie alsnog een schikking weten te treffen met KaZaA. Dit is naar aanleiding van juridische procedures die in Australië en de Verenigde Staten zijn gevoerd en waarin in het voordeel van de muziek- en filmindustrie is beslist.⁴⁴

Er werd meer succes behaald in de zaak Mininova/BREIN. Ook Mininova werd aansprakelijk gesteld voor het plegen van inbreuken op auteursrechten en wel door BREIN (Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland). Mininova beheert een BITtorrentplatform waar zogeheten torrents worden opgeslagen die verwijzen naar de vindplaatsen van onder andere bestanden met auteursrechtelijk beschermde werken. Mininova slaat geen bestanden op haar website op, maar verwijst alleen naar de vindplaatsen op andere computers. De torrents worden door Mininova in verschillende categorieën verdeeld, waardoor de gebruiker eenvoudig kan zoeken naar het gewenste bestand. Daarnaast controleert Mininova of de torrents niet verwijzen naar bestanden met illegale inhoud, zoals porno, virussen en drugsgerelateerde zaken. Ook in deze zaak werd gekeken of Mininova inbreuk pleegde op auteursrechten door een BITtorrentplatform te faciliteren, dan wel onrechtmatig handelde. De rechter oordeelde dat Mininova niet rechtstreeks een inbreuk op auteursrechten pleegde met haar BITtorrent-platform, omdat zij geen auteursrechtelijk of nabuurrechtelijk beschermd materiaal opsloeg. Hierdoor had zij op geen enkel moment zelf de macht over het bestand en kon dat ook niet bewerken of verwijderen, noch kon worden voorkomen dat het bestand de downloader bereikte.⁴⁵ Wel handelde Mininova onrechtmatig door haar gebruikers (structureel) gelegenheid te geven en aan te zetten tot het plegen van inbreuk op auteursrechten en naburige rechten en daarvan te profiteren.⁴⁶ In tegenstelling tot KaZaA werd Mininova wel indirect aansprakelijk gehouden voor de inbreuken op auteursrechten die via haar BITtorrent-platform konden worden gepleegd. Daar waar KaZaA enkel de peer-to-peer software aanbood en een passieve rol aannam ten aanzien van het down- en uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal, ging Mininova een stap verder. Mininova nam een actieve rol aan door zich te bemoeien met de inhoud van de bestanden waarnaar de torrents verwijzen, zij moedigde het uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken aan en een enkele keer werd door Mininova zelf ook auteursrechtelijk beschermd materiaal geüpload. De

⁴³ HR 19 december 2003, *LJN AN7253*, r.o.v. 4.3.

⁴⁴ Pfanner 2006.

⁴⁵ Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *LJN BJ6008*, r.o.v. 4.6.

⁴⁶ Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *LJN BJ6008*, r.o.v. 4.30.

rechter sommeerde Mininova om de torrents te verwijderen die verwezen naar bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal.⁴⁷

2.4.4.2 Internetserviceproviders moeten de toegang tot de website van The Pirate Bay blokkeren

Een van de meest bekende en beruchte websites op het gebied van down- en uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal is The Pirate Bay. The Pirate Bay biedt een soortgelijk platform aan als Mininova. Internetgebruikers kunnen via de website zoeken naar torrents waarin de vindplaats van het door hen gewenste bestand staat. Ook hier verwijzen de torrents naar een groot aantal muziek- en filmbestanden waar nog auteursrechten op rusten. The Pirate Bay indexeert en categoriseert de torrents zelf. In verschillende Europese landen stapten auteursrechtenorganisaties naar de rechter om de inbreukplegende handelingen van The Pirate Bay te laten veroordelen, en met succes. The Pirate Bay werd in meerdere Europese landen veroordeeld voor het plegen van inbreuken op auteursrechten, ook in Nederland. De rechtbank Amsterdam veroordeelde The Pirate Bay in een kort geding procedure bij verstek voor het plegen van inbreuk op auteursrechten en sommeerde The Pirate Bay om haar website ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland.⁴⁸ The Pirate Bay kwam tijdig in verzet en voerde verweer. De rechter oordeelde dat niet kon worden vastgesteld dat The Pirate Bay inbreuk pleegde op auteursrechten, omdat niet duidelijk was geworden welke rol The Pirate Bay speelde in het uitwisselen van bestanden.⁴⁹ Wel werd vastgesteld, op dezelfde gronden als in de zaak tegen Mininova, dat The Pirate Bay onrechtmatig handelde jegens BREIN en de bij haar aangesloten rechthebbenden door torrents aan te bieden, waardoor rechthebbenden schade hebben geleden.⁵⁰ De torrents die verwezen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal moesten worden verwijderd van de website, evenals de torrents op aanverwante domeinnamen van de website van The Pirate Bay. In de procedure die daarna volgde werden de oprichters van The Pirate Bay bij verstek veroordeeld tot het staken en gestaakt houden van hun inbreukplegende activiteiten.⁵¹ De activiteiten die The Pirate Bay exploiteert komen in grote mate overeen met die van Mininova, evenals de (actieve) rol die beiden vervullen bij het delen van auteursrechtelijk beschermd materiaal door internetgebruikers. Uit de hiervoor beschreven procesgang blijkt wel dat de activiteiten van The Pirate Bay moeilijker te stoppen zijn. Terwijl Mininova gehoor gaf aan de rechterlijke uitspraak bleef The Pirate Bay doorgaan met haar inbreukplegende activiteiten, ondanks vele sommaties om te stoppen met haar inbreukplegende handelingen. Dit vormde aanleiding om te kiezen voor een andere aanpak. Stichting BREIN startte een procedure tegen internetserviceproviders Ziggo en XS4ALL. BREIN vorderde dat de internetserviceproviders de toegang tot de website van The Pirate Bay van hun

⁴⁷ Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008, r.o.v. 4.63-4.67.

⁴⁸ Rb. Amsterdam 30 juli 2009, *LJN* BJ4466, r.o.v. 4.3-4.4 en 5.1-5.2.

⁴⁹ Rb. Amsterdam 22 oktober 2009, *LJN* BK1067, r.o.v. 5.8.

⁵⁰ Rb. Amsterdam 22 oktober 2009, *LJN* BK1067, r.o.v. 5.10 en 5.12.

⁵¹ Rb. Amsterdam 16 juni 2010, *LJN* BN1626, r.o.v. 3.1-3.3.

abonnees zouden blokkeren. Door sommigen werd dit gezien als een ingrijpende maatregel, omdat daarmee het recht op vrijheid van informatie zou worden beperkt. Ziggo en XS4ALL voerden aan dat een dergelijke maatregel zou leiden tot een beperking van de belangen van hun abonnees. De rechter maakte een afweging tussen enerzijds de belangen van de auteurs bij het handhaven van de auteursrechten en anderzijds de belangen van de abonnees bij het recht van vrijheid van meningsuiting en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen.⁵² De rechter nam daarbij in overweging dat de omvang van het illegaal materiaal dat via The Pirate Bay beschikbaar werd gesteld groot was, en het feit dat het illegale materiaal meer gedownload werd dan het legale materiaal. De belangen van de auteurs bij het handhaven van het auteursrecht wogen dan ook zwaarder. De vordering van BREIN werd toegewezen.⁵³ Later werden ook andere internetserviceproviders bevolen om de website van The Pirate Bay te blokkeren voor internetgebruikers in Nederland.⁵⁴

Met deze uitspraak lijkt een belangrijke stap te zijn gezet in de strijd tegen piraterij. De vraag is alleen in hoeverre deze maatregel ook effectief is. Een korte zoektocht met behulp van de zoekmachine van Google⁵⁵ naar omzeilingen van de blokkade van de website van The Pirate Bay levert vele websites op waarin verwezen wordt naar zogeheten proxy's.⁵⁶ Één van de functies van een proxy is het ip-adres van internetgebruikers verbergen. Normaliter wordt bij het sturen van een aanvraag naar een bepaalde website tevens het ip-adres doorgegeven van de computer vanwaar de aanvraag wordt verstuurd. Iedere computer die is aangesloten op internet heeft een eigen ip-adres waarmee computers geïdentificeerd kunnen worden. Door het versturen van een aanvraag via een proxyserver wordt het ip-adres als het ware verborgen voor de ontvanger. Een internetgebruiker met een Nederlands ip-adres kan vanwege de blokkade geen toegang krijgen tot de website van The Pirate Bay.⁵⁷ Door een proxy in te zetten, wordt het Nederlandse ip-adres van de internetgebruiker niet geregistreerd door de internetserviceproviders die de toegang tot de website van The Pirate Bay blokkeren. Op deze manier kan de blokkade omzeild worden. Een proxy maakt het mogelijk voor een internetgebruiker om anoniem te surfen op het internet. Dit houdt in dat de gegevens van de betreffende internetgebruiker niet zichtbaar zijn voor de ontvanger. Internetgebruikers die de blokkades omzeilen kunnen daardoor niet door de ontvanger worden geïdentificeerd. We kunnen dan ook vaststellen dat de snelle ontwikkeling van technieken en de anonimiteit waarmee op het internet activiteiten kunnen worden ontplooid de handhaving van auteursrechten via internet bemoeilijken. Op het

⁵² Rb. Den Haag 11 januari 2012, *LJN* BV0549, r.o.v. 4.25-4.28.

⁵³ Rb. Den Haag 11 januari 2012, *LJN* BV0549.

⁵⁴ Rb. Den Haag 10 mei 2012, *LJN* BW5387.

⁵⁵ Zoektermen zijn 'omzeilen' en 'Pirate' en 'Bay'.

⁵⁶ Via proxy's kunnen blokkades van The Pirate Bay worden omzeild, doordat niet het ip-adres van de internetgebruiker wordt doorgegeven, maar dat van de proxy.

⁵⁷ Waar wordt verwezen naar de website van The Pirate Bay, wordt tevens bedoeld alle geregistreerde domeinnamen van The Pirate Bay waarvoor het verbod geldt.

eerste gezicht lijkt de maatregel in de praktijk dus weinig effect te hebben. De website van The Pirate Bay is immers via een omweg nog steeds bereikbaar voor internetgebruikers in Nederland. Volgens het International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) is het gedrag van consumenten na het invoeren van de maatregel wel degelijk veranderd. Volgens het IFPI was er na de blokkade van de website van The Pirate Bay door internetserviceproviders in Nederland een daling waarneembaar van 4% van het aantal consumenten dat gebruik maakte van illegale muziekwebsites.⁵⁸ Recent onderzoek laat zien dat dit niet zonder meer geconcludeerd kan worden. Een klein deel van de consumenten die (illegaal) downloaden gaven via vragenlijsten aan dat hun download activiteit verminderde na de blokkade van The Pirate Bay. Dit effect is niet terug te vinden als wordt gekeken naar de hele sample, dus inclusief de consumenten die nog niet downloaden. Poort e.a. geven aan dat dit waarschijnlijk komt doordat consumenten die voor de blokkade aangaven niet te downloaden, na de blokkade alsnog begonnen zijn met het downloaden bij illegale aanbieders. Het percentage consumenten dat muziek illegaal downloadde of streamde bleef na de blokkade gelijk; het percentage dat films, boeken en computerspellen downloadde liep zelfs iets op.⁵⁹ Alle resultaten in ogeschouw nemend zijn er volgens Poort e.a geen sterke aanwijzingen voor lange termijn effectiviteit van het weerhouden van consumenten tot downloaden bij illegale platformen middels blokkades.

2.4.5 Enige nuancering ten aanzien van de schade die piraterij aanricht

We hebben gezien dat piraterij in de digitale wereld een andere vorm heeft aangenomen. Illegale bestanden kunnen sneller en met meerdere personen tegelijkertijd worden uitgewisseld en gedeeld. Door de anonieme omgeving die internetgebruikers via internet kunnen creëren, zijn inbreukplegers moeilijk te identificeren. Daarnaast is het aantal alternatieven voor peer-to-peer netwerken waarvan de toegang wordt geblokkeerd groot en worden er steeds weer manieren ontwikkeld om blokkades te omzeilen. Het aantal inbreuken dat wordt gepleegd heeft in principe zijn weerslag op de inkomsten van auteurs. Uit een onderzoek uit 2009 naar de verliezen aan inkomsten voor auteurs door illegaal downloaden bleek dat de daadwerkelijke omvang van het verlies aan inkomsten lastig is vast te stellen.⁶⁰ De onderzoekers concludeerden namelijk dat het verschil in aantal muziek-, film- of gameproducten dat werd aangeschaft door personen die downloaden en personen die niet downloaden klein was. Een film of game bleek vaak alsnog aangeschaft te worden en downloaders van muziek zouden vaker naar concerten gaan waar ze ook artikelen van de artiesten kopen.⁶¹ Onder gamers kochten downloaders zelfs vaker een game dan niet-downloaders.⁶² Aquiar en Martins hebben recent op basis van klikgedrag van 16.000 downloaders uit vijf

⁵⁸ IFPI 2013, p. 26-28. Te raadplegen via <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2013.pdf>.

⁵⁹ Poort e.a. 2013, p. 6-7.

⁶⁰ TNO 2009, p. 3.

⁶¹ TNO 2009, p.84.

⁶² TNO 2009, p.83.

verschillende landen onderzocht wat de impact van piraterij is op de verkopen van legale muziekbestanden online en hoe online streaming van muziek de aanschaf van digitale muziek beïnvloed. Uit het onderzoek blijkt dat downloaders die illegale muziekbestanden downloaden ook vaker legale bestanden downloaden en streamen (zie paragraaf 5.3.1) dan downloaders die altijd legale bestanden downloaden.⁶³ Aguiar en Martins concluderen dat het illegaal downloaden van muziekbestanden weinig tot geen negatieve invloed heeft op de verkopen van legale muziekbestanden. Sterker nog, illegale muziekbestanden zouden juist de verkopen van legale muziek bevorderen.⁶⁴ Mijns inziens laten de resultaten van dit onderzoek zien dat niet blind moet worden gefocust op het bestrijden van piraterij, maar ook moet worden gekeken naar het creëren van ruimte voor bedrijven die online legale muziekbestanden aanbieden en zorgen voor inkomsten voor auteurs. Zonder voldoende legale online muziekdiensten ontstaat namelijk het risico dat piraterij de overhand krijgt. De vraag die rijst is: wat voor effect heeft de jarenlange focus op handhaving op innovatie en het stimuleren van nieuwe intellectuele creaties? In de volgende paragraaf wordt deze vraag beantwoord.

2.5 Het stimuleren van nieuwe intellectuele creaties en innovatie

De nieuwe technologieën in de digitale wereld maken het mogelijk dat werken op andere wijze gecreëerd, geproduceerd, uitgegeven, gedistribueerd en geconsumeerd worden dan in de analoge wereld. Het auteursrecht zou daar een stimulerende rol in moeten spelen, en geen obstakel mogen vormen, zoals staatssecretaris Teeven aangaf in de speerpuntenbrief Auteursrecht 20©20.⁶⁵ Het belang van internet op economisch en cultureel niveau is groot. Internet heeft nieuwe mogelijkheden voor bedrijven gecreëerd om te innoveren, en toegang tot informatie is nog nooit zo eenvoudig geweest. Rutten en Van Bockxmeer noemen dit ook wel de *digitale paradox*:

*Het potentiële bereik van en de mogelijke toegang tot cultuur nemen door digitalisering enorm toe. Dat geldt ook voor het maatschappelijk en economisch belang van informatie. Tegelijkertijd nemen de daadwerkelijke exploitatiemogelijkheden van cultuur, onder het huidige wetgevende regime en met de huidige stand van techniek, af.*⁶⁶

⁶³ Aguiar en Martens 2013, p. 9 en 8.

⁶⁴ Aguiar en Martens 2013, p. 11-15.

⁶⁵ Kamerstukken II, 2010/11, 29 838, nr. 29 en 30. Teeven gaf aan dat een evenwichtig auteursrecht een stimulans vormt voor creativiteit en innovatie en geen obstakel en rechthebbenden tevens in staat stelt om hun prestaties te beschermen tegen inbreuken in een digitale omgeving.

⁶⁶ Rutten en Van Bockxmeer 2003, p. 64-65.

Dit heeft tot discussie geleid over de positie van het auteursrecht in de huidige maatschappij.⁶⁷ De uitspraak in de volgende paragraaf laat zien dat ook in de rechtspraak de cultuurverandering en behoefte naar meer informatie erkend en ondersteund wordt.

2.5.1 Auteursrecht versus de informatievrijheid

Internet bood niet alleen een podium voor nieuwe technieken, maar ook voor culturele vrijheid. Wereldwijd delen internetgebruikers dagelijks informatie met elkaar. Dit kan tevens informatie zijn waar nog auteursrechten op rustten. In de zaak *Scientology/Spaink* beriep Scientology zich op haar auteursrecht nadat Spaink uit interne documenten van Scientology stukken tekst had geciteerd en op haar website had geplaatst. Naast Spaink werden ook enkele internetserviceproviders verantwoordelijk gehouden voor het openbaar maken van werken van Scientology. Om uit een werk te mogen citeren is volgens artikel 15a Aw onder andere vereist dat datzelfde werk eerder al rechtmatig openbaar is gemaakt. Het hof concludeerde dat de documenten niet rechtmatig openbaar zijn gemaakt en daarmee ook niet rechtmatig geciteerd is uit die documenten.⁶⁸ Een beroep op artikel 15a Aw zou niet zijn geslaagd, omdat de documenten niet rechtmatig openbaar waren gemaakt. Toch werd het citeren uit de documenten door Spaink op basis van artikel 10 lid 1 EVRM, het recht op vrijheid van informatie, geoorloofd geacht. Ondanks het feit dat de documenten van Scientology nog niet eerder openbaar waren gemaakt, achtte het hof dat Spaink met haar handeling een te rechtvaardigen doel diende. Het hof toetste of handhaving van het auteursrecht moest wijken voor de informatievrijheid uit artikel 10 lid 1 EVRM en oordeelde dat het belang bij de informatievrijheid niet hoeft te wijken voor het belang van Scientology.⁶⁹ Ook de internetserviceproviders pleegden geen inbreuk volgens het hof, omdat deze slechts de technische faciliteiten verschaften waarmee anderen de mogelijkheid kregen om gegevens openbaar te maken.⁷⁰ De rechter beperkte in deze zaak het auteursrecht, door te toetsen aan een norm die buiten het repertoire van de Auteurswet valt, namelijk het recht op vrijheid van informatie uit artikel 10 lid 1 EVRM. In de volgende twee paragrafen worden twee voorbeelden genoemd waaruit blijkt dat de Auteurswet de maatschappelijke en technologische veranderingen niet goed kan ondersteunen.

2.5.2 User-generated content

Initiatieven als YouTube en Facebook hebben maatschappelijke veranderingen teweeg gebracht op het gebied van communicatie en delen van informatie. Beiden bieden een platform voor internetgebruikers om (zelfgemaakte) teksten, muziek en/of filmpjes, soms met gebruikmaking van auteursrechtelijk beschermd

⁶⁷ O.a. Smiers 2000, p. 53-57. Smiers betoogt dat het auteursrecht niet langer zijn functie vervult en alleen nog een vorderingsrecht is. Het auteursrecht moet worden volgens Smiers worden afgeschaft. Loenen 2009, te raadplegen via <http://www.trouw.nl>.

⁶⁸ Hof Den Haag 4 september 2003, *LJN* AI5638, r.o.v. 7.9-7.11.

⁶⁹ Hof Den Haag 4 september 2003, *LJN* AI5638, r.o.v. 8.4.

⁷⁰ Hof Den Haag 4 september 2003, *LJN* AI5638, r.o.v. 12

werk, te uploaden en te delen met andere internetgebruikers. Dergelijke filmpjes en foto's, ook wel aangeduid als user-generated content, worden in grote aantallen gecreëerd en verspreid. Bestaande werken werden dus gebruikt om nieuwe werken te creëren. Dit is echter niet toegestaan op grond van artikel 1 Aw zonder toestemming van de auteur. In artikel 1 Aw staat dat alleen de maker van het werk of de rechtverkrijgende(n) van het auteursrecht bevoegd is om zijn werk openbaar te maken, dan wel te verveelvoudigen, behoudens beperkingen bij de wet gesteld. Internetgebruikers die zonder toestemming van de rechthebbende op creatieve wijze auteursrechtelijk beschermde werken gebruiken voor beeld- of geluidmateriaal plegen dus in feite een inbreuk op auteursrechten. Blijkens de lijst van beperkingen die in hoofdstuk 1, paragraaf 6 van de Auteurswet staat, kan er geen beperking op het auteursrecht uit de lijst worden toegepast voor user-generated content. Internetgebruikers lopen dus het risico om aangesproken te worden op het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken voor beeld- of geluidmateriaal door de betreffende rechthebbende. Om user-generated content toch toe te staan heeft de Commissie Auteursrecht onlangs een advies uitgebracht waarin zij een voorstel doet tot het opnemen van een flexibele regeling in de Auteurswet voor user-generated content.⁷¹

2.5.3 Legale muziekdiensten

Enkele voorbeelden van partijen die juist gebruik hebben gemaakt van de nieuwe technologie om op legale wijze muziek aan te bieden zijn Spotify en Pandora. Beide muziekdiensten betraden enkele jaren geleden de markt met een nieuw businessmodel, namelijk het op legale wijze digitaal aanbieden van muziek aan derden door de beschikbaarheid van losse muzieknnummers te verkopen. Pandora en Spotify sluiten namelijk licenties met rechthebbenden en betalen hen een vergoeding. Dit soort initiatieven zouden eigenlijk door het auteursrecht gestimuleerd moeten worden. Toch blijkt het niet eenvoudig voor dit soort bedrijven om wereldwijd hun diensten aan te bieden. Spotify biedt haar online diensten voor het streamen van muziek aan in de Verenigde Staten, Australië, Nieuw-Zeeland en delen van Europa. Wegens de territoriale verschillen in Europa ten aanzien van auteursrechten moet een dienst als Spotify per lidstaat licenties regelen. Dit kost veel tijd en geld. Pandora is een internetradiobedrijf dat haar diensten vooralsnog alleen in Amerika, Australië en Nieuw-Zeeland aanbiedt. Pandora is niet beschikbaar in Europa vanwege licentiebeperkingen.⁷² De licentieproblematiek wordt mijns inziens dan ook terecht door Weda e.a. bestempeld als een 'juridische drempel' voor innovatie.⁷³ Het beschermen van de (financiële) belangen van de auteur heeft in deze situatie de overhand, waardoor innovatie onterecht wordt afgeremd. Immers, dit soort innovatieve businessmodellen dienen mijns inziens *juist* de financiële en persoonlijke

⁷¹ Commissie Auteursrecht 2012, p. 14-16. De Commissie adviseert om aan te sluiten bij de citaat-exceptie uit artikel 15a Aw.

⁷² Lees www.pandora.com/restricted. Bij een bezoek aan de website van Pandora wordt de toegang geblokkeerd. In een mededeling staat dat de blokkade te maken heeft met de licenties die nodig zijn voor het openbaar maken en verveelvoudigen van muziek in Nederland, althans Europa.

⁷³ Weda e.a. 2012, p. 12-14.

belangen van auteurs. Niet alleen ontvangen artiesten een (kleine) vergoeding van streamingsdiensten, maar creëren zij, en dat is met name belangrijk, naamsbekendheid.⁷⁴ Uiteindelijk kunnen auteurs daardoor meer inkomsten halen uit concerten en merchandise. In hoofdstuk vijf zal nader worden ingegaan op de problematiek rondom auteursrechten in de muziekbranche.

2.6 Conclusie

We hebben gezien dat overwegend argumenten van rechtvaardigheid en maatschappelijk nut ten grondslag liggen aan het auteursrecht die op enigerlei wijze met elkaar in evenwicht moeten zijn. Enerzijds is het auteursrecht belangrijk voor het maatschappelijk nut, omdat het innovatie en het maken van nieuwe intellectuele creaties stimuleert. Anderzijds investeert de auteur arbeid, tijd en geld in zijn creaties en wordt hij daarvoor beloond door zijn financiële en persoonlijke belangen te beschermen. Zoals al eerder aangegeven zouden beide grondslagen van het auteursrecht tot hun recht moeten komen binnen het auteurswettelijk kader. Dit zou dan betekenen dat de wetgever, om evenwicht te bewaren, bij iedere wetswijziging omwille van de (financiële) positie van de auteur ook zou moeten kijken naar de gevolgen van de (nieuwe) maatregel voor het stimuleren van innovatie en creativiteit in de toekomst. Door de komst van internet zijn er nieuwe uitdagingen ontstaan. De ontwikkelingen ten gevolge van internet hebben een grote impact op handhaving van auteursrechten. Hierdoor heeft de wetgever haar focus jarenlang beperkt tot het beschermen van de belangen van auteurs en onvoldoende gekeken naar de gevolgen voor het maatschappelijk nut. Het gevolg van de vele wetswijzigingen is dat de bepalingen in de Auteurswet steeds specifiekere werden met als gevolg dat ze minder flexibel zijn. De ontwikkelingen ten aanzien van internet hebben laten zien dat die flexibiliteit in de Auteurswet juist nodig is om op culturele, economische en technologische ontwikkelingen te kunnen inspelen. De huidige Auteurswet remt met name innovatie af. Ten aanzien van het stimuleren van het produceren van nieuwe intellectuele creaties is nu een oplossing bedacht, maar de vraag is hoelang deze oplossing houdbaar is. Hierom moet mijns inziens dan ook weer op innovatie en het maken van nieuwe intellectuele creaties worden gefocust. Het beschermen van de belangen van de auteur is daarbij wel een randvoorwaarde.

⁷⁴ 'Radiohead-frontman haalt albums van Spotify', *Volkskrant* 15 juli 2013. Thom Yorke en Nigel Godrich besluiten om de muziek van Radiohead van Spotify te verwijderen, omdat de onbekende artiesten en kleine platenmaatschappijen maar weinig zou verdienen aan Spotify.

3. Terug naar een flexibel auteursrecht

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat de focus weer moet komen te liggen op innovatie en nieuwe intellectuele creaties. We hebben nu steeds gekeken naar de ontwikkelingen die van invloed zijn geweest op het auteursrecht. Naast terugkijken is het ook belangrijk om vooruit te kijken, want de technologische ontwikkelingen staan niet stil. De huidige Auteurswet is niet flexibel genoeg om in te kunnen spelen op toekomstige ontwikkelingen. Dit leidt ertoe dat het auteursrecht niet in evenwicht is. Om te kunnen bepalen op welke wijze zelfregulering kan bijdragen aan een evenwichtig auteursrecht zal in dit hoofdstuk eerst zelfregulering als zodanig worden beschouwd. Daarbij moet voorop worden gesteld dat om een evenwichtig auteursrecht te kunnen creëren, door meer te focussen op innovatie en nieuwe intellectuele creaties, de financiële en persoonlijke belangen van auteurs goed moeten worden gewaarborgd. In de volgende paragraaf komt eerst een eerder onderzoek aan bod naar het creëren van meer flexibiliteit in auteurswetgeving door het opnemen van de open norm ‘fair use’.

3.1 Flexibiliteit via een open norm

Onlangs is onderzoek gedaan naar het creëren van meer flexibiliteit in auteurswetgeving. Tijdens de conferentie ‘Towards flexible copyright’ op 10 februari 2012 werden de resultaten van het onderzoek van Hugenholtz en Senftleben gepresenteerd. In 2011 hebben Hugenholtz en Senftleben een onderzoek uitgevoerd naar de mogelijkheid voor lidstaten van de Europese Unie om een *flexibel systeem van beperkingen* op het auteursrecht te bewerkstelligen via een open norm als ‘fair-use’.⁷⁵ Hugenholtz en Senftleben beamen de noodzaak van meer flexibiliteit in het huidige auteursrechtensysteem, maar concluderen dat een open norm als ‘fair use’⁷⁶ teveel risico’s en nadelen toebrengt aan een Angelsaksisch systeem waarin de rechten van de auteur een prominente plaats innemen.⁷⁷ Een open norm zou namelijk afbreuk doen aan de rechtszekerheid en daarnaast verschuift de rechtsvormende taak van de wetgever naar de rechter. Dit klinkt aannemelijk, immers zal een open norm als ‘fair use’ wegens de abstracte formulering op korte termijn inderdaad weinig rechtszekerheid creëren, maar op de lange termijn zal de nodige jurisprudentie tot concretisering van deze open norm leiden. Mijns inziens schuilt daarin dan ook niet het grootste gevaar. Het gevaar van een open norm ten behoeve van innovatie en intellectuele creaties is dat de financiële en persoonlijke belangen van rechthebbenden ernstig benadeeld kunnen worden. Normaliter moet eerst toestemming worden gevraagd voor het gebruik van een werk. Vaak wordt die

⁷⁵ Hugenholtz en Senftleben 2011, p. 29-30.

⁷⁶ Fair-use is afkomstig uit de Amerikaanse Copyright Act 1976, titel 17 sectie 107 en bepaalt dat de handelingen die zijn opgesomd in dat artikel geen inbreuk vormen op het auteursrecht. Dit artikel kent een open formulering.

⁷⁷ Hugenholtz en Senftleben, 2011, p. 7-9.

toestemming verleend in de vorm van een licentie. De partij die gebruik maakt van het werk betaalt een financiële vergoeding in ruil voor een licentie. Afhankelijk van de formulering van de open norm ten behoeve van innovatie en nieuwe intellectuele creaties, ontstaat het risico dat het sluiten van licenties overbodig wordt. Auteurs worden daardoor financieel benadeeld.

Hugenholtz en Senfleben adviseren lidstaten om een semi-open norm te creëren in hun nationale wetgeving door het volledige repertoire uit artikel 5 Auteursrechtlijn in hun nationale wet op te nemen en dit te combineren met de driestappentoets. De driestappentoets staat in artikel 9 lid 2 Berner Conventie en is bedoeld als afwegingsinstrument voor landen om te beoordelen of een beperking van het auteursrecht die zij voornemens zijn in nationale wetgeving op te nemen, rechtvaardig is. Beperkingen op het auteursrecht zijn alleen mogelijk (1) in bijzondere gevallen, (2) die geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van werken en (3) de wettige belangen van rechthebbenden niet onredelijk schaden.

3.2 Flexibiliteit via zelfregulering

Enkele sprekers uit het bedrijfsleven opperden tijdens de conferentie ‘Towards flexible copyright’ dat partijen zelf afspraken moeten maken via *zelfregulering* om innovatie te blijven stimuleren.⁷⁸ Er zouden dan afspraken moeten worden gemaakt over de toestemming die steeds voorafgaand aan het gebruik van het werk moet worden gevraagd aan de auteursrechthebbende. Zelfregulering wordt inmiddels in veel sectoren toegepast in allerlei vormen. Baarsma e.a. hebben 22 verschillende verschijningsvormen van zelfregulering gevonden en deze in zes clusters gedeeld (zie bijlage 1).⁷⁹ In de volgende paragraaf wordt eerst ‘zelfregulering’ als zodanig beschouwd. In de navolgende paragrafen kijken we naar de mogelijkheden en voor- en nadelen van zelfregulering.

3.3 Zelfregulering nader beschouwd

Om duidelijkheid te creëren ten aanzien van de term ‘zelfregulering’ zal aan de hand van literatuur in deze paragraaf één definitie worden samengesteld die leidend is voor deze scriptie. Daarnaast worden de verschillende manieren waarop zelfregulering tot stand kan komen besproken, alsmede de randvoorwaarden voor zelfregulering.

⁷⁸ Frequin 2012. Te raadplegen via www.voice-info.nl/voice/149542.

⁷⁹ Baarsma e.a. 2003, p. 23.

Niet-statelijke regels

Van Driel noemt de medewerking van de marktsector als belangrijkste ontstaansvoorwaarde voor zelfregulering.⁸⁰ Van Driel benadrukt in haar definitie dat het gaat om niet-statelijke regels, dus regels die niet afkomstig zijn van de wetgever. Van Driel definieert zelfregulering als volgt:

*Niet-statelijke regels die al dan niet in samenwerking met anderen worden vastgesteld door degenen voor wie de regels bestemd zijn, respectievelijk hun vertegenwoordigers, en waarbij het toezicht op de naleving mede door deze groepen wordt uitgeoefend.*⁸¹

Maatschappelijke partijen nemen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid

Giesen legt in zijn definitie meer de nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van private partijen voor het uitvoeren en handhaven van de regels. Volgens Giesen houdt alternatieve regelgeving in dat private partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels.⁸² Giesen hanteert de volgende definitie:

*Alternatieve regelgeving houdt in dat maatschappelijk partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader.*⁸³

Partijen treden regulerend op ten behoeve van zichzelf en anderen die hun gezag accepteren

Zoals Giesen hanteert ook Black een ruime definitie van het begrip ‘zelfregulering’. Black benadrukt in haar definitie de collectiviteit van zelfregulering. De definitie van Black:

*Self-regulation describes the situation of a group of persons or bodies, acting together, performing a regulatory function in respect of themselves and others who accept their authority.*⁸⁴

Veelzijdigheid van een organisatie betrokken bij zelfregulering

Scott noemt de veelzijdigheid van een organisatie betrokken bij zelfregulering als kenmerkend voor zelfregulering. Bij zelfregulering is degene die de regels heeft opgesteld zelf verantwoordelijk voor het monitoren of geven van feedback voor het naleven van die normen en mechanismen voor aanpassing van het gedrag dat afwijkt van die norm. Dit is een wezenlijk verschil met het klassieke model, waarin de taken van het opstellen van regels, het houden van toezicht en handhaven, en het oplossen van geschillen is verdeeld over verschillende organisaties. Bij zelfregulering worden deze taken vaak door één

⁸⁰ Van Driel 1989, p. 5.

⁸¹ Van Driel 1989, p. 2.

⁸² Giesen 2007, p. 13.

⁸³ Giesen 2007, p. 13.

⁸⁴ Black 1996, p. 27.

organisatie of instelling uitgevoerd.⁸⁵ De veelzijdigheid van een organisatie betrokken bij zelfregulering is ook terug te zien in de definitie van Van Driel. Van Driel laat ruimte open voor samenwerking tussen de betrokken partijen bij het uitvoeren van de verschillende taken.

Naar één definitie

Zelf doen

In het woord ‘zelfregulering’ ligt al besloten dat betrokken partijen *zelf* normen vaststellen. Dit komt ook naar voren in de voorgaande definities. Black benadrukt in haar definitie dat partijen samen regulerend optreden ten behoeve van zichzelf en *anderen die hun gezag accepteren*. De welwillendheid van partijen om normen na te leven die zijn opgesteld door een organisatie *wiens gezag door die partijen geaccepteerd wordt* is aannemelijk. Toch zijn er geen aanwijzingen in de literatuur die ondersteunen dat, wil er sprake zijn van zelfregulering, de opsteller moet beschikken over gezag en dat het gezag door de andere partijen moet worden geaccepteerd. Mijns inziens is acceptatie van het gezag van degene(n) die normen vaststelt door degenen die de normen moeten naleven niet kenmerkend voor zelfregulering, maar wel belangrijk voor de acceptatie en naleving van de normen.

Eigen verantwoordelijkheid

Partijen die via zelfregulering regels opstellen om een bepaald onderwerp te reguleren, moeten ook zelf verantwoordelijkheid nemen en de normen naleven. Deze *eigen verantwoordelijkheid* van betrokken partijen is terug te zien in de reeds genoemde definities. Die eigen verantwoordelijkheid geldt niet alleen voor het opstellen en het naleven van normen, maar in sommige gevallen ook voor het houden van toezicht op naleving. De mate waarin partijen verantwoordelijk zijn voor het houden van toezicht hangt af van de vorm van zelfregulering die wordt gekozen en de mate waarin partijen zijn gebonden aan zelfregulering. Daarnaast is het zo dat, met name door de wetgever, niet altijd moet worden gewacht tot het moment dat private partijen *zelf* verantwoordelijkheid nemen. In sommige gevallen kan het zijn dat er sprake is van een probleem dat niet dermate dringend is dat het door de wetgever moet worden opgelost, maar waar zelfregulering wel een uitkomst kan bieden. De overheid kan dan aansturen op zelfregulering. Giesen tempert die verantwoordelijkheid dan ook met de woorden *in bepaalde mate*.

Niet te verwarren met wetgeving

Zoals Van Driel in haar definitie al aangeeft betreft zelfregulering *niet-statelijke regels*. Zelfregulering is niet te verwarren met wetgeving. Waar wetgeving tot stand komt via een democratisch proces en bindende kracht heeft voor een ieder, worden bij zelfregulering regels opgesteld door één of meerdere private

⁸⁵ Scott 2006, p. 132-133.

partijen die niet democratisch zijn gekozen. Ook hebben de regels alleen bindende kracht voor degenen die behoren tot het collectief waar zelfregulering wordt toegepast.

Op basis van het voorgaande kom ik tot de volgende definitie van zelfregulering:

Niet-statelijke regels die private partijen ten behoeve van zichzelf, al dan niet voor anderen vaststellen en waarvoor partijen in bepaalde mate verantwoordelijkheid nemen voor het uitvoeren en/of handhaven van de normen en/of toezicht houden op de naleving van die normen.

3.3.1 Totstandkoming van zelfregulering

Er zijn verschillende manieren waarop zelfregulering tot stand kan komen. Bepalend voor de totstandkoming van zelfregulering is de prikkel die uitgaat van partijen om tot zelfregulering over te gaan. Die prikkel kan vanuit partijen zelf komen, maar kan ook door de overheid worden gegeven. Wagemans onderscheidt vier typen zelfregulering die met name iets zeggen over de wijze van totstandkoming.⁸⁶ In deze paragraaf worden de vier typen achtereenvolgend besproken.

Pure zelfregulering

Deze vorm van zelfregulering houdt in dat private partijen op eigen initiatief kunnen over gaan tot zelfregulering zonder inmenging of dwang van de overheid. Dit kan bij problemen die niet dermate ernstig zijn dat overheidsbemoeienis nodig is. Zelfregulering komt dan *vrijwillig* tot stand. Een voorbeeld hiervan is de Nederlandse Reclame Code.⁸⁷ Deze code is vrijwillig door de Stichting Reclame Code opgesteld.

Wettelijk geconditioneerde zelfregulering

Bij deze vorm van zelfregulering speelt de overheid wel een rol. Bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering worden private partijen door de overheid gestimuleerd om over te gaan op zelfregulering. De overheid kan partijen ook dwingen om zelf een bepaald probleem te reguleren door te dreigen met strenge overheidswetgeving als partijen er samen niet uitkomen. Bij wettelijk geconditioneerde zelfregulering vindt zelfregulering vaak plaats binnen een door de overheid vastgesteld wettelijk kader, waarin randvoorwaarden zijn opgenomen. De overheid controleert het resultaat.⁸⁸ Een voorbeeld van wettelijk geconditioneerde zelfregulering is de gedragscode voor ouders en keeteigenaren.⁸⁹ Het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft het Trimbos-instituut een gedragscode laten opstellen om de veiligheid en gezondheid van bezoekers van een keet te waarborgen.

⁸⁶ Wagemans 2002, p. 63.

⁸⁷ Te raadplegen via www.reclamecode.nl.

⁸⁸ Giesen 2007, p. 14-15.

⁸⁹ Raadpleeg via www.rijksoverheid.nl, ga naar 'documenten en publicaties', trefwoorden: 'handleiding ketenbeleid' en kies 'download gedragscode voor ouders en keeteigenaren'.

Co-regulering

De overheid kan ook partij zijn bij de totstandkoming van zelfregulering, alsmede bij de uitvoering. Private partijen en de overheid slaan dan de handen ineen. Deze vorm van zelfregulering wordt ook wel *co-regulering* genoemd. Kijkwijzer⁹⁰ is een voorbeeld van co-regulering. De overheid onderhoudt gedeeltelijk het systeem van Kijkwijzer zowel financieel als beleidsmatig.⁹¹

Associatieve zelfregulering

Een laatste vorm van zelfregulering is *associatieve zelfregulering*. Belangengroepen nemen zelf deel aan de opstelling en uitvoering van regels die het gedrag van groepsgenoten moeten sturen in een richting van een door de groep gewenst doel.⁹² Een voorbeeld hiervan is de gedragscode die door de Koninklijke Vereniging van Nederlandse Houtondernemingen (VVNH) is opgesteld. Deze gedragscode is het resultaat van jarenlange inspanningen van nationale en internationale organisaties en samenwerking met VVNH om illegale houtkap tegen te gaan. De gedragscode is bedoeld om illegale houtkap tegen te gaan en duurzaam hout te bevorderen.⁹³

3.3.2 Randvoorwaarden voor zelfregulering

We hebben nu gekeken naar typen zelfregulering. Voordat zelfregulering wordt toegepast moet eerst worden bepaald of zelfregulering überhaupt wel tot de mogelijkheden behoort. Om te kunnen bepalen of zelfregulering in een bepaalde branche tot de mogelijkheden behoort, moet volgens Baarsma worden gekeken naar de context van het probleem. De context wordt bepaald door (1) de gebruikers, (2) de overheid, (3) overige belanghebbenden en (4) faciliterende instanties.⁹⁴ Daarbij zijn de gebruikers de partijen die de regels zelf opstellen/uitvoeren en/of handhaven en de overige belanghebbenden vervullen een adviserende rol. De eigen verantwoordelijkheid van partijen speelt hierin een grote rol, immers de effectiviteit van zelfregulering staat of valt met de welwillendheid en inzet van deelnemende partijen. Aan de hand van onderstaande randvoorwaarden kan worden getoetst of de branche waarin zelfregulering zal worden toegepast volwassen genoeg is om zelf die verantwoordelijkheid te nemen en ook te dragen.⁹⁵

1. Er moet een cultuur bestaan van gedeelde verantwoordelijkheid ten aanzien van een bepaald maatschappelijk probleem
2. Er moet een zekere mate van deskundigheid aanwezig zijn in de branche
3. Er moet een bepaalde mate van organisatie in de branche zijn.

⁹⁰ Te raadplegen via www.kijkwijzer.nl.

⁹¹ Gosselt 2008, p. 26-30.

⁹² Wagemans 2002, p. 63.

⁹³ Te raadplegen via <http://www.vvnh.nl/publicaties>.

⁹⁴ Baarsma 2003, p. 50-56.

⁹⁵ Baarsma 2003, p. 50-51.

Deze voorwaarden zeggen iets over de geschiktheid van de branche om tot zelfregulering over te gaan. De volgende stap is het bereiken van *effectieve* zelfregulering.

3.3.3 Naar effectieve zelfregulering

Volgens Scheltema hangt de effectiviteit van zelfregulering af van het *doel* dat bereikt moet worden, en wordt het mede bepaald door de *mogelijkheden van private handhaving*. Ook Giesen geeft aan dat om succes te kunnen bereiken met zelfregulering handhaving belangrijk is, maar om een begin te kunnen maken met handhaving moet volgens Giesen eerst sprake zijn van *binding van partijen aan normen*. Binding zou naleving van de regels kunnen bevorderen en staat daarmee volgens Giesen aan de basis van handhaving.⁹⁶ We gaan nu eerst kijken naar twee manieren waarop binding kan worden bereikt, namelijk door wettelijke verankering van de vorm van zelfregulering in de wet en door open normen uit het Burgerlijk Wetboek. Daarna wordt naleving en handhaving van zelfregulering besproken.

3.3.3.1 Binding door interventie van de wetgever

De Corporate Governance Code⁹⁷ en de Code Banken⁹⁸ zijn twee voorbeelden van vormen van zelfregulering die in de wet zijn verankerd. Beide codes werken met het ‘pas toe of leg uit’-beginsel. Beursgenoteerde vennootschappen moeten de principes uit de Corporate Governance Code naleven. Indien zij (enkele) principes niet naleven, dan moeten zij de reden daarvoor gemotiveerd in het jaarverslag opnemen. Hetzelfde geldt voor banken die de principes uit de Code Banken moeten naleven of in het jaarverslag moeten uitleggen waarom zij dat niet doen. Voor beide codes zijn monitoringscommissies aangesteld die jaarlijks aan de hand van de jaarverslagen de mate van naleving toetsen. De monitoringscommissie is niet bevoegd om partijen een sanctie op te leggen bij niet-naleving, maar treedt wel met betreffende partijen in dialoog. Daarnaast is er met name voor partijen die zijn aangesloten bij de Corporate Governance Code nog een bijzondere groep die kritische vragen kan stellen als principes niet worden nageleefd, namelijk de aandeelhouders. Uit onderzoek van de monitoringscommissie Corporate Governance blijkt dat ten aanzien van naleving van de code goed wordt gescoord.⁹⁹ In tegenstelling tot de Monitoring Commissie Code Banken gaat de monitoringscommissie Corporate Governance niet in op de mate waarin het doel van de Corporate Governance Code bereikt wordt. Zij beperkt zich enkel tot het toetsen van de mate waarin en de wijze waarop de code wordt nageleefd. De Monitoring Commissie Code Banken constateert dat de Code Banken grotendeels is geïmplementeerd en wordt nageleefd.¹⁰⁰ Toch bleek het vertrouwen in banken verder gedaald te zijn ondanks de maatregelen die zijn genomen ter

⁹⁶ Giesen 2007, p. 55.

⁹⁷ Artikel 2:391 lid 4 BW.

⁹⁸ Artikel 2:391 lid 5 BW.

⁹⁹ Monitoring Commissie Corporate Governance Code 2012, p. 15-23.

¹⁰⁰ Burgmans e.a. 2012, p. 8-13.

implementatie van de Code Banken.¹⁰¹ Dit zou te wijten zijn aan het feit dat om het vertrouwen in de bankensector weer te kunnen herstellen, een cultuuromslag nodig is. Doordat die cultuuromslag nog niet is bereikt is de effectiviteit van de Code Banken niet groot. Volgens de monitoringscommissie laten banken nu nog te weinig aan de buitenwereld zien dat zij de Code Banken naleven, op welke wijze zij dat doen en wat de resultaten zijn. Door het aanpassen van de code op onder meer het gebied van transparantie over de naleving zal volgens de monitoringscommissie het vertrouwen en de geloofwaardigheid weer hersteld worden.¹⁰² We zien dus dat door wettelijke verankering van de Code Banken weliswaar een hoge mate van binding en naleving is bereikt, toch is het vertrouwen gedaald terwijl dat juist had moeten stijgen. Effectieve zelfregulering wordt dan ook niet zomaar bereikt. De normen die worden vastgesteld moeten goed aansluiten op datgene wat bereikt moet worden met zelfregulering. Pas dan zal een hoge mate van implementatie van het zelfreguleringsinstrument en naleving van de normen leiden tot het gewenste doel.

3.3.3.2 Binding door open normen uit het Burgerlijk Wetboek

Naast binding door interventie van de wetgever kan ook binding via open normen uit het Burgerlijk Wetboek worden bereikt. Het privaatrecht is rijk aan open normen, bijvoorbeeld redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en artikel 6:248 BW) en de zorgplicht voor opdrachtnemers (artikel 7:401 BW). Deze open normen zijn nodig, omdat de wetgever niet in alle situaties kan voorzien. Deze open normen worden toegepast door de rechter in specifieke situaties. Op die manier worden open normen door de rechter ingevuld. Bij het invullen van die open normen wordt, afhankelijk van de open norm waar een beroep op wordt gedaan, rekening gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuiging. Dit vinden we terug in artikel 3:12 BW. De vorm van zelfregulering die door partijen is gekozen, bijvoorbeeld een gedragscode, kan door de rechter gebruikt worden als invulling van die rechtsovertuigingen. Op die manier verleent de rechter bindende kracht aan de betreffende vorm van zelfregulering. Indien via zelfregulering een zorgvuldigheidsnorm wordt geconcretiseerd dan hoeft niet altijd eerst artikel 3:12 BW gebruikt te worden, omdat dat soort normen vaak dermate open geformuleerd zijn dat via zelfregulering de inhoud van die norm direct bepaald kan worden.¹⁰³ In dat geval levert het niet nakomen van de regels van zelfregulering een schending op van een zorgvuldigheidsnorm.

De daadwerkelijke binding aan zelfregulering wordt echter niet alleen bepaald door een specifiek gekozen grondslag daarvoor, maar is mede afhankelijk van de vraag of er een sanctie staat op het niet nakomen van

¹⁰¹ Monitoring Commissie Code Banken 2012, p. 5.

¹⁰² Monitoring Commissie Code Banken 2012, p. 5-6.

¹⁰³ Giesen 2007, p.68-74.

de regels en of die sanctie vervolgens ook toegepast wordt.¹⁰⁴ We gaan nu kijken naar de wijze waarop naleving kan worden bewerkstelligd en de middelen ter handhaving die kunnen worden ingezet.

3.3.4 Naleving en handhaving

Naleving is erg belangrijk om resultaat te bereiken. Niet alleen moeten regels van zelfregulering voldoende worden nageleefd, maar zal ook een bepaalde reikwijdte van zelfregulering moeten worden bereikt. Het gaat daarbij om het aantal organisaties dat de regels van zelfregulering naleeft. Zoals eerder al werd aangegeven zijn private partijen in bepaalde mate ook zelf verantwoordelijk voor het naleven van de regels, het houden van toezicht op naleving van de regels en handhaving. De mate van naleving van regels is vaak in grote mate afhankelijk van de inzet van partijen zelf. Door toezicht op naleving te houden kan het doel van zelfregulering worden gewaarborgd. Om toezicht te houden op naleving van de regels kan bijvoorbeeld een commissie worden aangesteld die jaarlijks de naleving van die regels door partijen beoordeelt en daarnaast ook bevordert. Naast toezicht kan handhaving naleving van de regels bevorderen. Om de regels te handhaven kunnen er diverse handhavingsmechanismen worden ingezet. Zo kan er een klachtprocedure worden opgesteld met een onafhankelijke klachtencommissie die de klachten behandelt. Een klachtencommissie geeft vaak een niet-bindend advies, in tegenstelling tot uitspraken van een geschillencommissie. Welke mechanismen het meest geschikt zijn hangt af van de vorm van zelfregulering en degenen die gereguleerd moeten worden. Het is belangrijk dat partijen hier veel aandacht aan besteden. Wanneer zelfregulering op vrijwillige basis tot stand komt, dan kunnen streng toezicht en zware sancties afschrikwekkend werken, waardoor organisaties minder snel bereid zijn om zich aan te sluiten bij het zelfreguleringsinitiatief. Het ontbreken van sancties op niet naleven van regels of lage sancties leidt echter tot niet of onvoldoende naleving. Zelfregulering zal dan nauwelijks effectief zijn.

3.4 De voor- en nadelen van zelfregulering

Na de roep om deregulering in de jaren '80 is zelfregulering inmiddels een bekend verschijnsel dat veelvuldig wordt toegepast. Zelfregulering kent echter niet alleen maar voordelen. De mate waarin de voor- en nadelen zich uiten kan mede worden bepaald door de opstellers van de zelfreguleringsregels via hun beleid, en zal ook afhankelijk zijn van de inspanning en de organisatie van partijen. In deze paragraaf staat een niet-limitatieve opsomming van voor- en nadelen van zelfregulering afkomstig uit literatuur.

3.4.1 Voordelen

Meer specialistische kennis

Marktpartijen beschikken vaak over meer expertise en inzicht dan de overheid in de aard van de problemen en de haalbaarheid van mogelijke oplossingen. Zij zijn in staat om private normen op te stellen

¹⁰⁴ Giesen 2007, p.77.

die aansluiten op de behoeften van de sector.¹⁰⁵ De kennis en deskundigheid waarover marktpartijen beschikken komt ten goede aan de kwaliteit van de regels die zij opstellen, mits zij hun kennis niet misbruiken en daardoor andere partijen benadelen.

Betere naleving met een positief effect op de kosten om te handhaven

Er gaat een prikkel van zelfregulering uit dat het eerder wordt nageleefd door partijen, omdat ze zelf de afspraken formuleren. Kosten om te handhaven kunnen daardoor worden teruggedrongen.¹⁰⁶ Dit voordeel hangt sterk af van het aantal partijen dat deelneemt aan het zelfreguleringsproces. Idealiter zijn de opstellers van de regels ook degenen die de regels moeten naleven. Er ontstaat dan een prikkel om de regels eerder na te leven. In de praktijk komt het vaak voor dat het aantal partijen te groot is om samen regels op te stellen. Partijen worden dan vaak door brancheorganisaties vertegenwoordigd. Een brancheorganisatie zal namens haar leden samen met nog enkele partijen regels opstellen.¹⁰⁷ De opstellers zullen moeten kijken hoe zij de partijen die de regels moeten uitvoeren kunnen binden. Daarnaast is het nog maar de vraag of de kosten om te handhaven ook in dat soort gevallen kunnen worden teruggedrongen.

Flexibel

Overheidsregulering kent over het algemeen beperkte flexibiliteit. Wetgevingsprocessen duren vaak lang. Met zelfregulering kunnen regels sneller en eenvoudiger vastgesteld en gewijzigd worden.¹⁰⁸ Zelfreguleringsregels kunnen vaak eenvoudiger worden gewijzigd dan wetgeving. Wetgevingsprocedures kunnen soms jaren in beslag nemen, terwijl zelfregulering partijen in staat stelt om eenvoudig de regels aan te passen.¹⁰⁹ Sectoren die onderhevig zijn aan snelle (technologische) ontwikkelingen hebben baat bij flexibiliteit. Flexibiliteit in de wereld van auteursrechten, die dankzij de digitale technieken snel verandert, zorgt voor betere aansluiting op de wensen en behoeften van de maatschappij, alsmede op de wensen van auteurs.

Effectiever en doelmatiger handhaven

Er kunnen bij zelfregulering effectievere en doelmatigere mechanismen worden ingezet voor handhaving dan die bij wet.¹¹⁰ Via handhavingsinstrumenten, zoals een klachtenprocedure, kan een onrechtmatigheid

¹⁰⁵ Baarsma e.a 2003, p. 18 en Hugenholtz 2010, p. 306.

¹⁰⁶ Baarsma e.a 2003, p. 19.

¹⁰⁷ Twee voorbeelden zijn 'Kijkwijzer' te raadplegen via www.kijkwijzer.nl/kijkwijzer en het 'CBO-Keurmerk' te raadplegen via www.voice-info.nl/voice/146158/.

¹⁰⁸ Baarsma e.a. 2003, p. 19.

¹⁰⁹ Twee uitzonderingen zijn de ministeriële regeling en Algemene Maatregel van Bestuur. Beiden hoeven niet langs de Eerste en Tweede kamer, waardoor ze relatief snel kunnen worden ingevoerd.

¹¹⁰ Hugenholtz 2010, p. 307.

snel aan het licht worden gebracht en kan er worden ingegrepen. Een onrechtmatigheid kan betekenen dat er een inbreuk wordt gepleegd op een auteursrecht of dat een partij de zelfreguleringsregels niet of niet goed naleeft. Dergelijke procedures zijn korter dan een gerechtelijke procedure. Ook kan er met de juiste partijen doelmatiger tegen inbreuken worden opgetreden.

Verlichting van de taken van de overheid

De taken van de overheid kunnen verlicht worden door zelfregulering. Wanneer partijen zelf regels opstellen en toezien op de naleving daarvan, dan wordt het overheidsapparaat meer ontzien.¹¹¹ Partijen zijn zelf belast met toezicht op naleving en handhaving van de door hen opgestelde regels. Hier geldt dat de mate waarin de taken van de overheid verlicht worden afhankelijk is van de vorm van zelfregulering. Bij co-regulering en wettelijk geconditioneerde regulering zal de mate waarin de overheid van haar taken verlicht wordt relatief laag zijn, omdat beide vormen inspanning(en) vragen van de overheid in het zelfreguleringsproces. De overheid zal op een bepaald onderdeel van haar taken verlicht worden, maar krijgt er tevens nieuwe taken bij.

3.5.2 Nadelen

Oververtegenwoordiging van deel- of groepsbelangen

Er is een kans dat bepaalde deel- of groepsbelangen oververtegenwoordigd raken in het opstellen en handhaven van de regels, waardoor andere belangen in het gedrang raken.¹¹²

Rechtsonzekerheid

Flexibiliteit van zelfregulering werd hiervoor genoemd als voordeel. Maar in flexibiliteit schuilt het gevaar dat regels te snel en te vaak worden aangepast, waardoor de rechtszekerheid in gevaar kan komen. Partijen die betrokken zijn bij zelfregulering moeten de rechtszekerheid op enigerlei wijze bewaken, door in ieder geval niet te vaak de regels aan te passen.

Afhankelijk van de wil van partijen

Zelfregulering is over het algemeen niet voor iedereen bindend, zelfs niet voor degenen die de regels hebben opgesteld, waardoor de kans bestaat dat zelfregulering niet effectief is en dus het doel van zelfregulering niet wordt bereikt.¹¹³ Het succes van zelfregulering hangt af van de mate waarin de regels worden nageleefd en kunnen worden gehandhaafd. Het is daarom aan te raden om partijen op enige wijze te binden aan zelfregulering, dan wel effectieve handhavingsinstrumenten in te zetten.

¹¹¹ Baarsma e.a. 2003, p. 19.

¹¹² Baarsma e.a. 2003, p. 28.

¹¹³ Hugenholtz 2010, p. 307.

Beperkt bereik

Van Driel noemt de juridische reikwijdte en de mogelijkheden tot handhaving de zwakke punten van zelfregulering. Zelfregulering geldt alleen voor diegenen die de regels onderschrijven. De ‘free-riders’ blijven buiten schot.¹¹⁴ Van Driel bedoelt hiermee dat bepaalde partijen die zich niet committeren aan de regels van zelfregulering daar wel de vruchten van plukken. Denk hierbij aan imagoverbetering in een bepaalde sector. Dit nadeel kan beperkt worden indien alle partijen in een bepaalde branche gebonden worden aan de regels van zelfregulering. Brancheorganisaties kunnen een grote rol spelen in het binden van zo veel mogelijk partijen aan de zelfreguleringsafspraken.

Sector bepaalt de richting van regulering

De sector kiest bij het opstellen van regels al voor een bepaalde richting. De wetgever kan daardoor voor een dilemma komen te staan als hij strengere wetgeving overweegt.¹¹⁵ Indien zelfregulering ver doorgevoerd is in een bepaalde sector, dan kan het gevaar ontstaan dat die sector de richting van wetgeving gaat bepalen en daarmee de wetgever voor een dilemma stelt wanneer die overweegt om met strenge wetgeving alsnog in te grijpen. Wettelijk geconditioneerde zelfregulering kan dit nadeel beperken, dan wel nagenoeg geheel uitsluiten. De overheid bepaalt de (wettelijke) kaders waarin branchepartijen de regels moeten opstellen, maar zal daarbij goed moeten nadenken over de ruimte die zij private partijen geeft om zelf regels op te stellen.

Niet geschikt voor situaties waarin fundamentele rechten en vrijheden op het spel staan

Volgens Hugenholtz is zelfregulering niet geschikt voor situaties waarin fundamentele rechten en vrijheden op het spel staan.¹¹⁶ Er moet inderdaad worden voorkomen dat private partijen fundamentele rechten en vrijheden van burgers via zelfregulering beperken. De fundamentele rechten en vrijheden vormen de kern van een democratische samenleving en mogen dan ook alleen door de rechter beperkt worden. Dat wil niet zeggen dat zelfregulering helemaal geen optie is op markten waar fundamentele rechten in het geding zijn. Een voorbeeld hiervan is de mediasector.¹¹⁷ Het recht op vrijheid van meningsuiting, artikel 7 Grondwet speelt in de mediasector een belangrijke rol. Vanuit staatsrechtelijk oogpunt betekent dit dat de overheid zich niet mag inmengen met de vrijheid van meningsuiting. Hierdoor is de overheid huiverig om op dergelijke markten regulerend op te treden.¹¹⁸

¹¹⁴ Van Driel 1989, p. 8.

¹¹⁵ Baarsma e.a. 2003, p. 20.

¹¹⁶ Hugenholtz 2010, p. 320.

¹¹⁷ Een vorm van zelfregulering in de mediasector is Kijkwijzer, te raadplegen via www.kijkwijzer.nl.

¹¹⁸ Baarsma e.a. 2003, p. 14.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is zelfregulering als zodanig nader beschouwd. Zelfregulering kan vanwege de flexibiliteit een uitkomst zijn voor problemen in snel veranderende markten. Daarmee lijkt zelfregulering veelbelovend voor problemen in een tijd die dankzij digitale technieken snel verandert. Partijen zetten zich samen in voor het oplossen van een gezamenlijk probleem en idealiter slagen zij daar ook in. Toch bevindt zich daar juist het risico. Het succes van zelfregulering is namelijk in grote mate afhankelijk van de inzet van partijen. Het is belangrijk dat partijen voordat zij overgaan tot zelfregulering goed overwegen of zelfregulering wel het meest geschikte instrument is en of partijen ook de verantwoordelijkheid kunnen en willen nemen om het tot een succes te maken. We hebben gezien dat binding van partijen aan zelfregulering belangrijk is voor de effectiviteit, evenals de mate waarin de regels worden nageleefd en gehandhaafd. Daarnaast kan het zo zijn dat zelfs als er een hoge mate van binding kan worden bereikt en de normen worden nageleefd, het doel alsnog niet of niet volledig bereikt wordt. Er zal dan ook regelmatig moeten worden gecontroleerd of de betreffende normen nog wel leiden tot het gewenste doel.

4. Vijf randvoorwaarden ter bescherming van belangen van auteur

In het vorige hoofdstuk is zelfregulering als zodanig beschouwd om te kunnen beoordelen of zelfregulering kan bijdragen aan meer flexibiliteit ten behoeve van innovatie en het stimuleren van nieuwe intellectuele creaties. Het beschermen van de persoonlijke en financiële belangen van auteurs is daarbij wel een voorwaarde. In dit hoofdstuk zal ik mijn analyse bespreken van de gebeurtenissen uit hoofdstuk twee op nationaal, Europees en internationaal niveau die van invloed zijn geweest op auteurswetgeving. Het doel van deze analyse is om randvoorwaarden voor het beschermen van de belangen van auteurs te creëren. De analyse levert vijf randvoorwaarden op. De gebeurtenissen die bepalend waren voor de totstandkoming en vorming van het auteursrecht na de boekdrukkunst zijn schematisch weergegeven (zie schema bijlage 2). Per gebeurtenis is gekeken naar welke belangen daarbij waren betrokken, wat het effect van die gebeurtenis was en welke maatregel(en) er werden genomen. Vervolgens is dat vertaald naar vijf randvoorwaarden. Deze randvoorwaarden zijn belangrijk voor zelfregulering, omdat zij aangeven waar zelfregulering aan moet voldoen om de belangen van auteurs te beschermen. De effectiviteit van zelfregulering ter bescherming van de belangen van auteurs zal dan ook mede afhankelijk zijn van de mate waarin aan de randvoorwaarden wordt voldaan.

4.1 Analyse van gebeurtenissen levert vijf randvoorwaarden op

De verschuiving in de 19^{de} eeuw van de positie van de drukker naar de positie van de auteur is belangrijk geweest voor het hedendaagse auteursrecht. Het hedendaagse auteursrecht zorgt ervoor dat de auteur zijn persoonlijke en financiële belangen kan beschermen. In de volgende paragraaf komen de eerste bevindingen ten aanzien van de gebruikers, de betrokken belangen, het effect van de gebeurtenis en de maatregel aan bod.

4.1.1 Eerste bevindingen

De geschiedenis van de huidige Auteurswet laat zien dat de gebeurtenissen varieerden van technologische ontwikkelingen die invloed hadden op de wijze waarop auteursrechtelijk beschermde werken geëxploiteerd konden worden, tot culturele veranderingen die invloed hadden op handhaving, denk hierbij aan het thuis kopiëren van auteursrechtelijk beschermde werken. Ook groeide het aantal werken dat auteursrechtelijk beschermd werd. Deze gebeurtenissen hadden vaak zowel invloed op de belangen van auteurs als op het maatschappelijk nut van het auteursrecht. Als we kijken naar het effect van iedere gebeurtenis, dan kan worden geconstateerd dat niet alleen de persoonlijke belangen van auteurs in belangrijke mate benadeeld dreigden te worden, maar vooral de financiële belangen van auteurs. Bij veel maatregelen lag dan ook de focus op de positie van de auteur. In de volgende paragraaf gaan we dieper in

op de gebeurtenissen om zo randvoorwaarden voor het beschermen van de belangen van auteurs te kunnen formuleren.

4.1.2 Terug naar de basis

Bij iedere (technologische) ontwikkeling werd steeds gekeken naar wat er nodig was om de belangen van auteurs zo goed mogelijk te beschermen, dan wel te dienen. Nieuwe (technologische) ontwikkelingen hadden invloed op zowel piraterij als op maatschappelijke gedragingen. Net als dat de maatschappij profiteert van innovatie, doen piraten dat ook. In de periode van de tape- en videorecorder werden film- en muziekwerken opgenomen en zonder toestemming van de rechthebbende aan derden verkocht. Later na de komst van internet werden auteursrechtelijk beschermde werken ook zonder toestemming digitaal op grote schaal uitgewisseld door internetgebruikers onderling. Om auteursrechten beter te beschermen tegen piraterij werden maatregelen ingevoerd die toezagen op het verbeteren van de *handhaving van auteursrechten*. Veranderingen in maatschappelijke gedragingen traden op naarmate de toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken toenam. Zo ontstond de situatie waarin werken op grote schaal op rechtmatige wijze werden gekopieerd, namelijk voor eigen oefening, studie of gebruik. Dit zagen we bij de intrede van de bandrecorder en later de tape- en videorecorder, waarbij film- en muziekwerken thuis werden opgenomen. In deze situatie profiteerde de maatschappij van innovatie, maar auteurs(rechthebbenden) liepen inkomsten mis. Er werd dan ook gezocht naar rechtvaardige oplossingen. Hoewel het is toegestaan om kopieën te maken van een auteursrechtelijk beschermd werk voor eigen gebruik, oefening of studie, werd het niet rechtvaardig geacht dat de auteur niet *beloond* werd voor zijn inspanningen. De auteur had immers arbeid verricht en mogelijk ook geld geïnvesteerd in het creëren van zijn werk. Daarnaast is het belangrijk dat de auteur erkenning krijgt voor zijn werk en zo gestimuleerd wordt om nieuwe werken te creëren.

Door de jaren heen werden auteursrechtelijk beschermde werken voor een steeds groter wordend publiek toegankelijk gemaakt. Muziek werd vastgelegd op een grammofoonplaat, later uitzendingen via radio- en televisie en werden film- en muziekwerken opgenomen op een videoband, waardoor thuis geluisterd en gekeken kon worden. Nu worden werken eenvoudig over de hele wereld verspreid via internet. Dit resulteerde in een groei van regelgeving op Europees en internationaal niveau ter harmonisatie en verbetering van de rechtsbescherming en handhaving van auteursrechten. Met de aanpassingen van wetgeving naar gelang de ontwikkelingen in de maatschappij werd getracht een hoge mate van *rechtsbescherming en rechtszekerheid* te creëren voor auteurs, zodat innovatie steeds gestimuleerd zou worden. Wat tot slot opviel aan de reacties op het niveau van wetgeving was het tijdig *monitoren* van de ontwikkelingen op wetgeving en het belang daarvan. Door tijdig te monitoren kan worden beoordeeld of regels nog aansluiten op (maatschappelijke) ontwikkelingen.

4.2 De vijf randvoorwaarden nader toegelicht

Adequate handhaving, zodat financiële en persoonlijke belangen beschermd worden

Adequate handhaving is belangrijk, om de belangen van de auteur te kunnen beschermen. Om te kunnen spreken van adequate handhaving moet degene die de regels moet naleven daar op enig moment ook aan worden gehouden. Zowel regels als middelen om te kunnen handhaven moeten de belangen van de auteur voldoende kunnen beschermen. Wanneer regels niet of niet juist zijn nageleefd, dan moet daar adequaat tegen worden opgetreden met passende middelen.

Passende beloning

Het belonen van de auteur voor zijn inspanningen dient zowel zijn persoonlijke als financiële belangen. Het belonen kan zijn een financiële vergoeding en/of erkenning. Een *passende* beloning in de vorm van een financiële vergoeding moet in ieder geval gericht zijn op het laten terugverdienen van de investeringen die de rechthebbende heeft gepleegd. Daarnaast wordt getracht om de auteur te stimuleren om nieuwe werken te creëren. Om dat te kunnen doen moet worden gedacht aan het geven van een beloning in de vorm van erkenning voor de inspanningen die de auteur heeft verricht en het resultaat dat het heeft opgeleverd. Of de beloning in de vorm van erkenning passend is zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de ervaring van de auteur. Het beschermen van die beloning is erg belangrijk. Adequate handhaving en beloning zijn dan ook aan elkaar verbonden; adequate handhaving dient namelijk de beloning veilig te stellen.

Effectieve bescherming van de rechten van de auteur

Voor de inwerkingtreding van de Auteurswet 1817 had de auteur (evenals de drukker) nauwelijks effectieve middelen om zijn werk te beschermen tegen inbreuken. Zij hadden enkel een privilege dat voor bepaalde tijd bescherming bood en een middel was om op te treden tegen nadruk. Wetgeving zorgde er later voor dat daar verandering in kwam. Het recht van kopij werd bij wet aan de auteur toegewezen. De auteur had daardoor een middel om naast zijn financiële belangen ook zijn persoonlijke belangen te beschermen. Met name op internationaal en Europees niveau is steeds veel aandacht besteed aan het verbeteren van de rechtsbescherming. (Rechts)bescherming van de rechten van de auteur ziet er in de kern op toe dat de auteur mogelijkheden worden geboden om zijn rechten te laten gelden, en andere partijen hun verplichtingen te doen naleven. Dit betekent dat er een effectief systeem moet worden ontwikkeld waar partijen hun beklag kunnen doen indien regels niet of niet juist worden nageleefd en/of verplichtingen niet of niet juist worden nagekomen.

Tijdig monitoren

Uit de diverse ontwikkelingen die het auteursrecht hebben gevormd, kan worden afgeleid dat zij een dialoog hebben veroorzaakt. Op Europees, internationaal en nationaal niveau wordt steeds met betreffende partijen gesproken over nieuwe ontwikkelingen en gekeken naar hoe daar op wetgevingsniveau zo goed mogelijk aan kan worden bijgedragen. Daarbij werd steeds gekeken naar de impact van die ontwikkeling en of bestaande wetgeving nog voldoende aansloot op die nieuwe ontwikkelingen. Een vijfde waarborg die mijns inziens dan ook duidelijk terugkomt is het monitoren van de ontwikkelingen in de maatschappij en op het gebied van technologie. Tijdig monitoren houdt in dat, bij voorkeur, jaarlijks wordt gemeten of regels nog aansluiten op de maatschappij en of het doel van zelfregulering met de bestaande regels wel wordt bereikt. Zo niet, dan zal men moeten bijsturen. De dialoog met betrekking tot nieuwe ontwikkelingen en de invloed daarvan op zelfregulering moet worden blijven gevoerd.

Voldoende rechtszekerheid

Voldoende rechtszekerheid houdt in dat voor betrokken partijen duidelijk is welke rechten en plichten zij hebben. Indien regels te vaak worden gewijzigd of niet voldoende duidelijk zijn omschreven, dan wordt er afbreuk gedaan aan rechtszekerheid.

4.3 Conclusie

De gebeurtenissen die de huidige Auteurswet hebben gevormd zijn vertaald naar vijf randvoorwaarden. Deze gebeurtenissen zijn belangrijk voor zelfregulering. Zij laten namelijk zien welke overwegingen steeds ten grondslag hebben gelegen aan nieuwe maatregelen en welke uitgangspunten de wetgever steeds hanteerde om een zo hoog mogelijk beschermingsniveau van de belangen van auteurs te bereiken. De analyse laat zien dat de ontwikkelingen invloed hadden op maatschappelijke belangen, maar vooral op de belangen van auteurs.

5. Bevorderen van innovatie en creativiteit in de muziekbranche

Hiervoor is vastgesteld dat de vergaande focus op handhaving van auteursrechten heeft geleid tot inflexibiliteit van de Auteurswet met als gevolg dat innovatie en nieuwe intellectuele creaties niet langer gestimuleerd worden. Zelfregulering lijkt uitkomst te bieden, mits de financiële en persoonlijke belangen van auteurs beschermd kunnen worden. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van ontwikkelingen in de muziekbranche beoordeeld of zelfregulering geschikt is om evenwicht te creëren. Allereerst wordt de muziekbranche beschreven en de rol die het auteursrecht daarin speelt. Vervolgens worden de knelpunten voor innovatie in de muziekbranche besproken.

5.1 De muziekbranche

De muziekbranche is belangrijk voor zowel de economie, als voor cultuur. Hoofdzakelijk wordt in de muziekbranche muziek geproduceerd en vervolgens geëxploiteerd, via analoge en digitale kanalen. Er zijn diverse partijen in de muziekbranche die geld verdienen aan muziekwerken. Zo wordt een muzieknummer geschreven en gecomponeerd door respectievelijk een tekstdichter en componist, dat muzieknummer wordt vervolgens uitgevoerd door een artiest en diens uitvoering wordt opgenomen en verkocht aan derden. Platenmaatschappijen en muziekuitgeverijen spelen een grote rol in de muziekindustrie. Platenmaatschappijen investeren namelijk in (nieuwe) artiesten en muziekuitgeverijen geven het werk van componisten en tekstdichters uit. Grote labels zoals Sony en Universal Music vertegenwoordigen vaak zowel componisten en tekstdichters als artiesten en producenten. Auteursrechten zijn, net als naburige rechten voor uitvoerende artiesten en producenten, bedoeld om componisten en tekstdichters te belonen voor hun inspanningen, dan wel dat deze partijen de kans krijgen om hun investeringen terug te verdienen.¹¹⁹ Op deze wijze wordt getracht om partijen te stimuleren om nieuwe werken te produceren en vormen auteursrechten en naburige rechten daardoor een basis voor een continu culturele productie. Collectieve beheersorganisaties (hierna cbo's) innen financiële vergoedingen voor het gebruik van auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde werken en verdelen de ontvangen gelden later onder hun leden. Buma/Stemra is belast met het innen van gelden voor muziekwerken die auteursrechtelijk beschermd zijn en Stichting ter Exploitatie van Naburige rechten (SENA) voor muziekwerken die nabuurrechtelijk beschermd worden.

¹¹⁹ Waar vanaf nu verwezen wordt naar *auteursrechten* of *rechthebbenden*, worden ook de *naburige rechten* respectievelijk de *nabuurrechthebbenden* bedoeld.

5.2 Digitalisering van de muziekbranche

Ook voor de muziekbranche geldt dat internet veel teweeg heeft gebracht. Doordat er steeds meer losse muzieknummers via internet worden verkocht moet het oude businessmodel dat is gericht op de fysieke verkoop van dragers, zoals cd's, gemoderniseerd worden. Voor bedrijven (al dan niet in samenwerking met muziekuitgeverijen/platenmaatschappijen) in de muziekbranche biedt internet de gelegenheid om met nieuwe innovatieve business modellen te komen. Het auteursrecht zou hierin een stimulerende rol moeten spelen. Echter, zoals we al eerder hebben gezien werpt het auteursrecht enkele juridische drempels op voor innovatie in de muziekbranche.¹²⁰ In de navolgende paragraaf gaan we hier verder op in.

5.3 Nieuwe innovatieve businessmodellen worden afgeremd

In paragraaf 2.5.3 werd al aangegeven dat legale muziekdiensten die inkomsten kunnen genereren voor auteurs, zoals Spotify en Pandora, worden afgeremd door het auteursrecht. Spotify en Pandora zijn voorbeelden van muziekstreamingdiensten. In deze paragraaf worden de activiteiten van dergelijke streamingdiensten verder uitgewerkt, zodat vervolgens kan worden beoordeeld waar de knelpunten zich bevinden.

5.3.1 Streamen

Streamen houdt in dat muziek of films direct kunnen worden afgespeeld zonder het betreffende bestand te downloaden en op te slaan. Dit is een wezenlijk verschil met de werkwijze van peer-to-peer netwerken. Een voorbeeld van een streamingsdienst in Nederland is Nederland.fm. Onlangs oordeelde de rechtbank in Den Haag dat de radiostream die wordt aangeboden door Nederland.fm geldt als een openbaarmaking van de in de radiostream opgenomen auteursrechtelijk beschermde werken.¹²¹ Dit betekent dat ook voor het streamen van muziek, de partij die de dienst aanbiedt *toestemming* moet vragen aan de rechthebbende om zijn werk ten gehore te brengen. Allereerst kijken we naar het begrip 'rechthebbende' en vervolgens naar de wijze waarop in de praktijk toestemming kan worden verkregen.

5.3.2 Rechthebbende(n)

Ingevolge artikel 3 lid 1 van de Auteursrechttrichtlijn is, voor het online publiekelijk beschikbaar stellen van werken, toestemming van de *rechthebbende* van het auteursrecht vereist. Volgens artikel 1 Aw is het auteursrecht het *uitsluitend recht van de maker* van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, *of van diens rechtverkrijgende* om dit openbaar te maken, en te verveelvoudigen, behoudens beperkingen bij de wet gesteld. De maker van het muziekstuk is degene aan wie het auteursrecht toekomt. Om te kunnen bepalen wie de maker is van een muziekstuk moet worden gekeken naar de artikelen in hoofdstuk 1 paragraaf 2 van de Auteurswet. In artikel 4 lid 1 Aw staat; degene die in of op het werk wordt aangeduid

¹²⁰ Weda e.a. 2012, p. 5-24.

¹²¹ Rb. Den Haag, 19 december 2012, *HA ZA 11-2675*, r.o.v. 4.3-4.8.

als de maker wordt als dusdanig aangemerkt. Indien een dergelijke aanduiding ontbreekt, dan geldt dat degene die bij de openbaarmaking van het werk als maker wordt aangeduid ook als zodanig wordt gezien. Een muziekstuk valt op grond van artikel 10 eerste lid onder 5 Aw onder een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, zoals bedoeld in artikel 1 Aw. De maker (de componist of tekstschrijver) van het muziekstuk is dus in beginsel tevens rechthebbende van het auteursrecht. Het kan zijn dat een ander dan de maker rechthebbende is, doordat de maker het recht aan een derde heeft overgedragen. Een groot aantal tekstdichters en componisten dragen hun auteursrecht over aan een muziekuitgeverij. De muziekuitgeverij wordt dan aangemerkt als rechtverkrijgende. Onder 'rechtverkrijgende' valt ook degene die het auteursrecht verkrijgt door erfopvolging. De beschermingstermijn van auteursrechten bedraagt de duur van het leven van de maker plus zeventig jaar, artikel 37 eerste lid Aw. Na het verstrijken van deze termijn vallen de werken in het publieke domein. Tot die tijd moet voorafgaand aan het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd werk eerst toestemming worden gevraagd aan de rechthebbende.

De uitvoering/productie van een muziekstuk en eventuele reproducties daarvan worden evenals opnamen van een film of televisieprogramma beschermd door de Wet op de naburige rechten. De beschermingstermijn van naburige rechten bedraagt vijftig jaar. De nabuurrechthebbende heeft het uitsluitend recht om toestemming te geven voor onder meer het beschikbaar stellen, verkopen of verhuren van het nabuurrechtelijk beschermd werk. Platenmaatschappijen contracteren veelal artiesten van wie zij vervolgens de naburige rechten exploiteren. In ruil daarvoor ontvangen artiesten royalties.

5.3.3 Toestemming via licentie of overdracht via akte

Het auteursrecht is geen dwingend recht, maar regelend recht. Dat wil zeggen dat er van mag worden afgeweken, echter alleen met toestemming van de rechthebbende(n) of wanneer er sprake is van een wettelijke beperking of uitzondering op het auteursrecht. De rechthebbende kan mondeling of schriftelijk via een (licentie)overeenkomst toestemming geven voor het gebruik van zijn werk door een derde. Het toestemmingsvereiste geeft de rechthebbende zeggenschap over zijn werk en hij kan daarmee onder andere de duur van het gebruik bepalen, de prijs, de wijze van gebruik en het geografisch gebied waarvoor het werk gebruikt mag worden. De rechthebbende heeft dan ook een sterke onderhandelingspositie. In de muziekbranche verlenen BUMA/STEMRA en SENA (Stichting ter exploitatie van naburige rechten) namens hun leden licenties aan derden. Daarnaast geven muziekuitgeverijen en platenmaatschappijen die hun rechten zelf exploiteren licenties uit.

Volgens artikel 2 eerste lid Aw en artikel 9 WNR kan het auteursrecht respectievelijk het naburig recht ook geheel of gedeeltelijk worden overgedragen of overgaan bij erfopvolging. Overdracht vindt plaats via een onderhandse of notariële akte. De (gehele of gedeeltelijke) overdracht van het auteursrecht moet

voldoen aan de eisen van artikel 3:84 lid 1 BW. Voor een geldige overdracht conform artikel 3:84 lid 1 BW moet er sprake zijn van (1) levering, (2) met geldige titel, (3) en moet degene die het recht overdraagt beschikkingsbevoegd zijn. In de akte worden de afspraken tussen partijen vastgelegd.

5.4 Knelpunten voor innovatie

Om aan te kunnen geven in hoeverre het auteursrecht een obstakel vormt voor innovatie in de muziekmarkt worden op basis van het voorgaande de knelpunten aangegeven.

5.4.1 *Het aantal rechthebbenden is groot*

Het aantal rechthebbenden is van belang, omdat elke rechthebbende toestemming moet verlenen alvorens zijn muziekwerk online mag worden aangeboden of anderszins mag worden gebruikt. Het aantal rechthebbenden in Europa is groot en dit wordt nog versterkt door de lange beschermingsduur van werken. Om online muziek aan te bieden moet een licentie worden verkregen. Zoals eerder genoemd worden licenties vaak door cbo's verleend. De licenties van cbo's zijn territoriaal afgebakend. Dit houdt in dat per lidstaat met de betreffende cbo moet worden onderhandeld. Het licentieprobleem werd enige jaren geleden al zichtbaar toen het aantal aanbieders van online muziekdiensten toenam. De Europese Commissie bracht in 2005 al een aanbeveling uit ten aanzien van het verlenen van multiterritoriale licenties.¹²² Dit had tot gevolg dat enkele grote platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen waaronder EMI, Warner Music Group en Universal Music hun rechten uit het collectief beheer in Europa haalden om zelf licenties af te kunnen sluiten met partijen die online muziek wilden aanbieden. Zo heeft EMI bijvoorbeeld in samenwerking met de Engelse cbo PRS for Music en de Duitse cbo GEMA, CELAS opgericht. Via CELAS wordt een deel van het muziekrepertoire van EMI aangeboden voor digitale en mobiele exploitatie. Via slechts één licentie wordt door CELAS aan de betreffende aanvrager toestemming verleend om het muziekrepertoire van EMI te gebruiken voor heel Europa. Dit soort initiatieven zijn toe te juichen, omdat de licentieaanvrager slechts één partij hoeft te benaderen voor een licentie om in Europa online muziek aan te bieden waarvan EMI de rechten bezit. Toch is het probleem van het aantal partijen dat moet worden benaderd voor licenties in Europa hierdoor niet kleiner geworden. Sterker nog, het aantal partijen is juist toegenomen. Doordat muziekuitgeverijen/platenmaatschappijen hun rechten uit het collectief beheer hebben gehaald, moeten aanbieders van online muziek in Europa niet alleen nationale cbo's benaderen voor licenties, maar ook muziekuitgeverijen/platenmaatschappijen. Vanuit economisch oogpunt worden starters en/of kleine aanbieders hierdoor geconfronteerd met een tijd- en geldroevende klus die hen kan afschrikken. Ook bestaande grote partijen ondervinden hinder aan het licentieprobleem in Europa. Als we kijken naar Spotify, dan zien we dat haar diensten slechts in delen van Europa beschikbaar

¹²² Aanbeveling 2005/737/EC van de Europese Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige online muziekdiensten (*PbEU* 2005, L 276/54).

zijn en Pandora is niet in Europa beschikbaar. De territoriale verschillen in Europa en de platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen die hun rechten zelf exploiteren leveren een groot aantal rechthebbenden op. Het aanbod van online muziek in Europa wordt hierdoor beperkt.

5.4.2 (Te) sterke onderhandelingspositie van rechthebbenden

In paragraaf 5.3.3 werd al aangegeven dat de exclusiviteit van het auteursrecht de rechthebbende een sterke onderhandelingspositie geeft bij het bepalen van de inhoud van de licentie over onder meer de prijs, de duur en wijze van het gebruik en het geografische gebied waarin het werk gebruikt mag worden. Het risico bestaat dat deze positie wordt misbruikt, waardoor maatschappelijke belangen mogelijk worden benadeeld. Voor online muziekdiensten die hun service wereldwijd willen aanbieden kunnen (te) strenge voorwaarden nadelig zijn.

5.4.3 De uitdaging voor de muziekbranche

Ook voor de muziekbranche is innovatie belangrijk. Er is vraag naar online muziek met name in de vorm van losse muzieknummers. Enkele jaren geleden profiteerden vooral piraten van de online muziekmarkt. Door legale innovatieve bedrijfsmodellen de ruimte te geven om zich te ontwikkelen kan piraterij gemarginaliseerd worden en inkomsten en naamsbekendheid voor auteurs gecreëerd worden. Nieuwe toetreders tot de digitale muziekmarkt worden echter geconfronteerd met auteursrechten, waardoor ze eerst toestemming moeten vragen aan de betreffende rechthebbende. Met name op Europees niveau vormt dit een probleem. Bedrijven kunnen hun diensten pas uitrollen in Europa als zij toestemming hebben van rechthebbenden om gebruik te maken van hun werk. Daarnaast bestaat het gevaar dat auteurs hun sterke onderhandelingspositie misbruiken, waardoor innovatie wordt afgeremd. Naar mijn mening kunnen alle partijen profiteren van een goede samenwerking. De vraag is echter in hoeverre partijen daadwerkelijk bereid zijn om samen tot een oplossing te komen.

5.5 Zelfregulering toegepast in de muziekbranche

We hebben nu gekeken naar de knelpunten voor innovatie in de muziekbranche. In deze paragraaf wordt beoordeeld in hoeverre zelfregulering kan worden toegepast in de muziekbranche. Vanwege de vergaande harmonisatie van auteursrechten in Europa, dient te worden beoordeeld in hoeverre zelfregulering op Europees niveau kan plaatsvinden.¹²³ Zelfregulering op Europees niveau is verschillend van zelfregulering op nationaal niveau. Bij zelfregulering op Europees niveau moet namelijk rekening worden gehouden met de juridische en culturele verschillen tussen lidstaten, waardoor het tot stand brengen van zelfregulering moeilijker is dan op nationaal niveau. Ook is het aantal partijen groter.

¹²³ Zelfregulering op Europees niveau heeft tot doel om lidstaten van de Europese Unie te laten samenwerken. Landen die wel tot het continent Europa behoren, maar niet zijn aangesloten bij de Europese Unie worden buiten beschouwing gelaten.

5.5.1 Wijze van tot stand komen van zelfregulering

Er zijn verschillende manieren waarop zelfregulering in de muziekbranche tot stand kan komen. Het uitgangspunt is het verkleinen van de territoriale verschillen, zodat nieuwe muzikanten eenvoudiger de digitale muziekmarkt kunnen betreden, maar zodanig dat de belangen van auteurs beschermd worden. Platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen en cbo's uit verschillende lidstaten kunnen op vrijwillige basis (vrijwillige zelfregulering) gaan samenwerken of zelfregulering kan vanuit de Europese Unie worden gestimuleerd (co-regulering). Bij vrijwillige zelfregulering maken cbo's uit de muziekbranche uit verschillende lidstaten en platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen samen afspraken ten einde harmonisatie te bereiken. Partijen moeten op eigen initiatief besluiten om over te gaan op zelfregulering, zonder tussenkomst van de overheid. Dit type zelfregulering geniet mijns inziens echter niet de voorkeur. Allereerst bestaat het risico dat cbo's en muziekuitgeverijen/platenmaatschappijen hun sterke positie misbruiken. Er is geen partij betrokken bij de totstandkoming van zelfregulering die misbruik kan voorkomen. Via co-regulering kunnen partijen gestimuleerd worden om over te gaan op zelfregulering. Daarnaast kunnen de maatschappelijke belangen door de overheid worden bewaakt en kan tevens misbruik van de sterke positie worden voorkomen. De overheid is dan namelijk partij bij de totstandkoming van de regels van zelfregulering en kan voorkomen dat er oneerlijke afspraken worden gemaakt.

Om te kunnen bepalen of zelfregulering geschikt is in de muziekbranche wordt nu eerst naar de context van het probleem gekeken die wordt bepaald door (1) de gebruikers, (2) de overheid, (3) overige belanghebbenden en (4) faciliterende instanties.¹²⁴ Bij iedere categorie wordt de rol van partijen genoemd. Bij de categorie van 'gebruikers' worden tevens de randvoorwaarden van Baarsma (zie paragraaf 3.3.2) toegepast die iets zeggen over de geschiktheid van zelfregulering voor de muziekbranche.

5.5.2 Gebruikers

De *gebruikers* spelen de belangrijkste rol in het zelfreguleringsproces. Meer specifiek zijn dat de maker(s) van het werk, de rechthebbende(n) van het auteursrecht/naburig recht en de uitvoerende kunstenaars met een naburig recht. Om de territoriale verschillen kleiner te maken zullen dus met name cbo's, platenmaatschappijen en muziekuitgeverijen een actieve rol moeten spelen in het zelfreguleringsproces. Zij hebben namelijk ervaring met het vertegenwoordigen van de belangen van auteurs en kennis van de muziekbranche. Zij kunnen onder meer regels opstellen en naleving bevorderen. Ook zal zelfregulering enige invloed hebben op de 'aanbieders' van een online muzikdienst, immers gaat het om het reguleren van uitgifte van licenties op Europees niveau. Er zal dan ook een vertegenwoordiger van de belangen van

¹²⁴ Baarsma 2003, p. 50-56.

het bedrijfsleven betrokken moeten zijn bij het tot stand komen van zelfregulering in de muziekbranche. Er zal nu aan de hand van drie randvoorwaarden worden getoetst of de muziekbranche ook volwassen genoeg is voor zelfregulering.

5.5.2.1 Cultuur van gedeelde verantwoordelijkheid

De eerste randvoorwaarde is dat er een cultuur moet bestaan van gedeelde verantwoordelijkheid ten aanzien van een bepaald maatschappelijk probleem. Als eerste wil ik opmerken dat het auteursrecht en naburig recht iedere rechthebbende exclusiviteit verlenen ten aanzien van het openbaar maken en veelevoudigen van het werk. Die exclusiviteit creëert een sterke onderhandelingspositie voor de rechthebbende die mijns inziens de noodzaak tot (vrijwillige) samenwerking en een gevoel van gedeelde verantwoordelijkheid in zekere zin afschermt. Dit kan de samenwerking bemoeilijken, omdat doorgaans de mate waarin verantwoordelijkheid wordt gedeeld, over het algemeen wordt bepaald door de mate waarin de betrokken partijen zich bewust zijn van elkaars *afhankelijkheid* bij het oplossen van het probleem. Het is dan ook vertrouwenwekkend dat partijen op nationaal, Europees en internationaal niveau toch op verschillende momenten in overleg treden met elkaar over auteursrechten in de digitale wereld.¹²⁵ Partijen die deelnemen aan een dergelijk overleg komen uit het bedrijfsleven, zijn organisaties die de belangen van auteurs behartigen, zoals BUMA/STEMRA of juist de belangen van internetgebruikers en tot slot overheden. Daarnaast laten cbo's in Europa zien dat zij bereid zijn om samen te werken. Zo gaat BUMA/STEMRA samenwerken met ICE (International Copyright Enterprise). ICE verwerkt en beheert auteursrechtgegevens van muziek. ICE is opgericht door de Zweedse cbo STIM en de Engelse cbo PRS. Door samen te werken kunnen cbo's een centrale database creëren met auteursrechtgegevens. Door in overleg met elkaar te treden laten partijen zien dat zij bereid zijn om samen te werken aan een oplossing. De cultuur van gedeelde verantwoordelijkheid op Europees niveau lijkt dan ook te bestaan.

5.5.2.2 Zekere mate van deskundigheid

De tweede randvoorwaarde is dat er een zekere mate van deskundigheid aanwezig moet zijn in de branche. Deze voorwaarde kan niet objectief worden vastgesteld. De branche zal zichzelf moeten afvragen of zij over voldoende deskundigheid beschikt om dit probleem aan te pakken. Wat wel kan worden vastgesteld is dat de cbo's al jarenlange ervaring hebben met het vertegenwoordigen van de makers van auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke werken en dat zij handelen vanuit het belang van de makers zelf.

5.5.2.3 Bepaalde mate van organisatie in de branche

De derde randvoorwaarde is dat er een bepaalde mate van organisatie in de branche moet zijn. Hoe hoger de dekkingsgraad hoe meer partijen aan zelfregulering gebonden kunnen worden en zelfregulering meer

¹²⁵ <http://www.voice-info.nl/voice/152643/>, internationaal congres over auteursrecht, <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/01/24/internationaal-congres-over-auteursrecht.html>.

effect in de muziekbranche kan hebben. Via bijvoorbeeld een brancheorganisatie waar veel partijen uit de branche zijn aangesloten kan een hoge dekkingsgraad worden bereikt. Een groot aantal Europese lidstaten heeft een cbo die de belangen van auteurs behartigen. Het merendeel¹²⁶ van de auteurs- en nabuurrechthebbenden in de muziekbranche is aangesloten bij een cbo of heeft zijn rechten overgedragen aan een platenmaatschappij/muziekuitgeverij. Om op Europees niveau een hoge dekkingsgraad te bereiken is het noodzakelijk dat er een overkoepelende organisatie is die zich inzet voor het beschermen van de belangen van auteurs, waarbij de nationale cbo's zijn aangesloten. Een groot aantal cbo's uit Europese lidstaten is aangesloten bij International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC). CISAC is een organisatie die wereldwijd de belangen van auteurs behartigt. Op Europees niveau kan ten aanzien van cbo's een hoge dekkingsgraad worden bereikt. Ook platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen hebben zich verenigd. De International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) vertegenwoordigt nabuurrechthebbenden zoals platenmaatschappijen wereldwijd, waaronder Sony Music Entertainment, Universal Music Group en Warner Music Group.¹²⁷ Indien IFPI bereid is om mee te werken aan zelfregulering in de muziekbranche in Europa, dan kan ook ten aanzien van platenmaatschappijen in Europa een hoge dekkingsgraad worden bereikt.

5.5.3 Overheid

Voorop moet worden gesteld dat het gaat om *zelfregulering*. Dat houdt in eerste instantie in dat de overheid niet actief betrokken is bij het opstellen van regels en het houden van toezicht op naleving, immers is er dan geen sprake meer van zelfregulering. Toch kan de *overheid* diverse rollen innemen, zonder direct partij te zijn bij zelfregulering. Zo kan de overheid partijen stimuleren om over te gaan op zelfregulering of de kaders bepalen waarin partijen zelf regels mogen vaststellen. Op Europees niveau zal met name de Europese Commissie een rol kunnen spelen in het stimuleren van partijen om zelfregulering in te zetten. De rol van de Europese Commissie kan mogelijk verder gaan dan alleen stimuleren. Er moet namelijk worden voorkomen dat er afspraken worden gemaakt waardoor partijen uit het bedrijfsleven benadeeld kunnen worden. Door op enigerlei wijze betrokken te zijn bij het zelfreguleringsbeleid kan worden voorkomen dat er afspraken worden gemaakt die leiden tot verstoring van de interne markt.

5.5.4 Overige belanghebbenden

Onder *overige belanghebbenden* worden externe partijen verstaan die een bepaalde druk kunnen uitoefenen, waardoor partijen gestimuleerd worden om over te gaan op zelfregulering. Hierbij kan worden gedacht aan maatschappelijke en politieke druk, maar ook druk vanuit het bedrijfsleven. De

¹²⁶ Er kan niet worden uitgesloten dat er auteurs, uitvoerende artiesten of producenten zijn die zich noch bij een cbo hebben aangesloten noch hun rechten hebben overgedragen aan een platenmaatschappij.

¹²⁷ Raadpleeg www.ifpi.org/content/section_links/member_sites.html voor een overzicht van platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen die zijn aangesloten bij IFPI.

maatschappelijke druk wordt groter naarmate het probleem zichtbaarder wordt. Een voorbeeld is het tumult dat ontstond rondom banken naar aanleiding van de financiële crisis. Het vertrouwen in banken daalde en de roep om verandering van de cultuur in de financiële sector werd groter. In Nederland vormde dit de aanleiding voor de Code Banken.¹²⁸ Er is aandacht voor de problemen rondom het auteursrecht in de digitale wereld.¹²⁹ Op Europees niveau kan met name vanuit de politiek meer druk worden uitgeoefend op cbo's om zelf verantwoordelijkheid te nemen ten aanzien van het verkleinen van de territoriale verschillen ten behoeve van de online muziekmarkt.

5.5.5 Faciliterende instanties

Faciliterende instanties kunnen partijen op verschillende manieren begeleiden in het zelfreguleringsproces. Dit zijn vaak organisaties of personen die zelf ervaring hebben met zelfregulering en daarover kunnen adviseren. Er zijn instanties, zoals Euro-label¹³⁰, Coiffure EU¹³¹ en EASA (European Advertising Standards Alliance), die ervaring hebben met zelfregulering op Europees niveau.

5.6 Naar effectieve zelfregulering

Zoals in het derde hoofdstuk al is aangegeven hangt de mate waarin succes wordt verworven en dus het doel bereikt wordt af van de mate waarin zelfregulering effectief is. Het doel van zelfregulering in de muziekbranche is het bereiken van een meer evenwichtig auteursrecht door licentiebepkeringen in de Europese Unie te verminderen, echter is daarbij het beschermen van de belangen van auteurs noodzakelijk. Om dat doel te kunnen bereiken zal in deze paragraaf worden beoordeeld of een sterke mate van binding van partijen aan de regels van zelfregulering kan worden bereikt en een hoge mate van naleving. Tevens wordt beoordeeld of aan de vijf randvoorwaarden uit hoofdstuk vier kan worden voldaan.

Adequate handhaving, zodat financiële en persoonlijke belangen worden beschermd

Het gaat hier om handhaving van de afspraken die partijen samen hebben gemaakt. Via adequate handhaving moet een zo hoog mogelijk niveau van naleving worden bereikt. In paragraaf 3.3.3 is al aangegeven dat om te kunnen handhaven, partijen eerst aan de regels moeten worden gebonden. Een

¹²⁸ Maas e.a. 2009. De aanbevelingen uit dit rapport vormen de aanleiding en basis voor de Code Banken.

¹²⁹ 'Google Nederland en auteursrechtenbelangen op weg naar oplossingen', VOICÉ 26 april 2013, te raadplegen via <http://www.voice-info.nl/voice/152643/> en Kamerstukken II, 2010/11, 29 838, nr. 29 en 30.

¹³⁰ Euro-label biedt een keurmerk aan webshops die voldoen aan de eisen van Euro-label op het gebied van betrouwbaarheid en die een klachtprocedure hanteren.

¹³¹ Coiffure EU vertegenwoordigt werkgeversorganisaties in de kappersbranche uit verschillende Europese landen partijen op Europees niveau.

sterke mate van binding aan de regels van zelfregulering is belangrijk om een zo groot mogelijk bereik te creëren. Daarbij moet rekening worden gehouden met de macht van degenen die de regels opstellen, omdat zij partijen binden aan de door hen opgestelde regels die niet of nauwelijks betrokken zijn bij de totstandkoming van die regels.

Op Europees niveau lijkt het bereiken van een sterke mate van binding niet eenvoudig. Allereerst zijn er verschillen in wetgeving van lidstaten, waardoor mogelijk niet in iedere lidstaat binding via een open norm uit het privaatrecht kan worden bereikt. Het zelfreguleringsinstrument kan wettelijk worden verankerd, maar het is nog maar de vraag of iedere lidstaat daartoe bereid is. Lidstaten zijn namelijk niet of nauwelijks betrokken bij het opstellen van de regels, waardoor de kans groot is dat verlangd wordt dat het instrument eerst wordt aangepast naar gelang de omstandigheden in een bepaalde lidstaat. Het risico ontstaat dat daardoor verschillen optreden in de wijze waarop zelfregulering wordt nageleefd.

Niet alleen de mate van binding is bepalend voor de mate waarin de regels worden nageleefd. Naleving is mede afhankelijk van de sanctie op niet-nakoming en of die sanctie vervolgens ook wordt toegepast. Een duidelijk handhavinginstrumentarium is daarvoor belangrijk. Hierbij moet de regelgeving en de wijze van sanctioneren duidelijk zijn en de dreiging om handhavinginstrumenten toe te passen moet hoog zijn. Daarnaast moet zijn er culturele en juridische verschillen waar rekening mee moet worden gehouden bij de keuze voor handhavinginstrumenten.

Er zal enige vorm van toezicht moeten worden gehouden op naleving van regels. Dit kan bijvoorbeeld door periodiek te meten of de regels worden nageleefd en of op de juiste manier uiting wordt gegeven aan de regels. Toezicht op naleving van de regels op Europees niveau is echter lastiger dan op nationaal niveau. Het aantal partijen en het gebied waarover toezicht moet worden gehouden is erg groot. Mogelijk kan een hoge mate van transparantie tussen alle partijen over naleving van de regels op Europees niveau bijdragen aan het houden van toezicht op naleving. Een andere mogelijkheid is dat vanuit centraal niveau beleid wordt gevoerd ten aanzien van zelfregulering en toezicht wordt gehouden op naleving op decentraal niveau. Vanuit decentraal niveau kan over naleving gerapporteerd worden aan centraal niveau. Op die manier kan er eenvoudiger en sneller worden bijgestuurd.

Passende beloning

De beloning van de auteur is belangrijk en moet *passend* zijn ten aanzien van de tijd, arbeid en het geld dat is geïnvesteerd. Een passende beloning dient bestaande, maar ook nieuwe auteurs te stimuleren tot het produceren van nieuwe intellectuele creaties. De beloning omvat niet alleen een financiële beloning, maar

behelst ook erkenning. Vermelding van naam van de maker is daarom belangrijk. Om aan deze randvoorwaarde te kunnen voldoen moet goed overleg worden gepleegd met producent, makers, uitvoerders, en aanbieders van digitale muziekwerken. Laatst genoemde partij draagt niet alleen in belangrijke mate bij aan de financiële beloning, maar ook aan erkenning. Dit doen zij niet alleen door muziekwerken te etaleren op hun website, maar ook door muziekwerken te promoten.

Tijdig monitoren

Het tijdig meten van de effectiviteit van de zelfreguleringsregels in de praktijk, en indien nodig bijsturen, vinden pas na het invoeren van de regels van zelfregulering plaats. Meten en bijsturen zal *regelmatig* moeten worden uitgevoerd om te controleren of het doel bereikt wordt en de regels nog actueel zijn. Deze taak kan bijvoorbeeld worden toebedeeld aan een commissie die tevens advies uitbrengt aan de opstellers van de regels, zodat er kan worden bijgestuurd.

Voldoende rechtszekerheid

Het is belangrijk dat degenen die aan de regels van zelfregulering moeten voldoen, ook op die regels kunnen vertrouwen. Daarvoor is het belangrijk dat de regels consistent zijn en voldoende nauwkeurig omschreven. De diversiteit in cultuur van lidstaten kan bij de totstandkoming van de normen van zelfregulering leiden tot twee risico's voor de rechtszekerheid. Enerzijds kan men dermate streven naar consensus dat de regels van zelfregulering te 'open' van aard worden. Anderzijds kan de regelgeving te complex worden doordat elke uitzondering en behoefte van lidstaten individueel vertaald wordt in regelgeving. Als zelfregulering eenmaal vorm heeft, dan is flexibiliteit het grote voordeel van zelfregulering in de online muziekmarkt. Het gaat hier namelijk om een zeer dynamische markt die snel verandert. Door flexibiliteit kunnen regels eenvoudig worden aangepast naar gelang de maatschappelijke ontwikkelingen. Indien de regels te vaak worden gewijzigd, dan kan de rechtszekerheid in het gedrang komen. Er moet dus worden voorkomen dat regels te vaak worden gewijzigd waardoor onduidelijkheid ontstaat. Gezien het aantal partijen dat op Europees niveau in overleg moet treden met elkaar neemt het aanpassen van regels hoogstwaarschijnlijk enige tijd in beslag, waardoor rechtszekerheid in belangrijke mate gewaarborgd kan worden.

Effectieve bescherming van de rechten van de auteur

Zelfregulering in de muziekbranche heeft in enige mate ook effect op de rechten van de auteur, immers worden er afspraken gemaakt over het gebruik van diens werk. De auteur moet dan ook de mogelijkheid krijgen om zijn rechten te beschermen, dan wel anderen hun verplichtingen doen naleven. Via een

klachtprocedure kan de auteur zijn beklag doen. Een onafhankelijke klachtencommissie behandelt de klacht. Echter, is de uitkomst van de klachtencommissie vaak niet-bindend. Om *effectieve* bescherming van de rechten van de auteur te bereiken kan bijvoorbeeld een geschillencommissie worden aangesteld waarvan de uitkomst wel bindend is.

5.7 Conclusie

Innovatie in de muziekbranche op het gebied van digitale muziek wordt afgeremd. Dit komt door de territoriale verschillen in Europa en platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen die hun rechten zelf zijn gaan exploiteren. Hierdoor moeten aanbieders van digitale muziek met een groot aantal partijen in onderhandeling treden over licenties. Om innovatie weer te kunnen ondersteunen moet harmonisatie van auteursrechten in de muziekbranche bereikt worden. Er zijn sterke aanwijzingen dat zelfregulering in de muziekbranche daaraan kan bijdragen. Zelfregulering in de vorm van co-regulering geniet de voorkeur, omdat de overheid partijen dan niet alleen kan stimuleren om tot zelfregulering over te gaan, maar ook kan voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van de sterke positie die partijen hebben. Via zelfregulering kan in principe op Europees niveau harmonisatie worden bereikt ten aanzien van auteursrechten in de muziekbranche. Ten aanzien van de effectiviteit van zelfregulering vormt met name het bereiken van binding van partijen aan zelfregulering een groot aandachtspunt. Indien er geen hoge mate van binding kan worden bereikt, worden tevens naleving en handhaving bedreigd. Dit betekent dat naarmate het risico toeneemt dat er geen sterke mate van binding van partijen aan zelfregulering kan worden bereikt, de kans dat zelfregulering in de muziekbranche effectief is, afneemt.

6. Conclusies

Dit onderzoek poogt inzicht te geven in de wijze waarop zelfregulering in de muziekbranche bijdraagt aan een meer evenwichtig auteursrecht in het digitale tijdperk.

De centrale vraag voor dit onderzoek luidt als volgt:

Op welke wijze kan zelfregulering bijdragen aan een evenwichtig auteursrecht in de muziekbranche, zodanig dat de financiële belangen van auteurs worden beschermd en innovatie wordt gestimuleerd.

De centrale vraag bestaat uit vier elementen. 1) Een evenwichtig auteursrecht 2) De wijze waarop zelfregulering kan bijdragen aan een evenwichtig auteursrecht 3) Zodanig dat de financiële belangen van auteurs worden beschermd en 4) innovatie wordt gestimuleerd. Zowel het beschermen van de belangen van auteurs, alsmede het stimuleren van innovatie en nieuwe intellectuele creaties vormen het zwaartepunt van deze vraag.

Evenwichtig auteursrecht

Er is vastgesteld dat er overwegend argumenten van rechtvaardigheid en maatschappelijk nut ten grondslag liggen aan het auteursrecht. Het maatschappelijk nut omdat innovatie en nieuwe intellectuele creaties gestimuleerd worden; rechtvaardigheid omdat de auteur tijd, geld en arbeid investeert in het ontwikkelen van zijn creatie en om die reden ook zeggenschap moet krijgen over zijn werk, zodat hij een financiële vergoeding kan vragen voor de door hem geleverde inspanningen en zijn persoonlijke belangen kan beschermen. De geschiedenis van de Auteurswet laat zien dat bij wetwijzigingen ten gevolge van (technologische) ontwikkelingen steeds het beschermen van de belangen van de auteur, alsmede het maatschappelijk nut als uitgangspunt werd genomen. Door internet veranderde het analoge tijdperk in het digitale tijdperk. Werken worden niet langer één op één gekopieerd, maar door meerdere internetgebruikers tegelijkertijd uitgewisseld via internet.

Focus lag teveel op beschermen van de belangen van auteurs

De impact op handhaving was groot. Dit blijkt ook uit jurisprudentie. Auteursrechtenorganisaties stelden de oprichters van illegale websites aansprakelijk voor het plegen van inbreuk op auteursrechten, maar dat beroep werd niet altijd gehonoreerd. Onlangs richtte BREIN met succes haar pijlen op internetserviceproviders om de toegang tot The Pirate Bay te blokkeren. De toegang tot de website van The Pirate Bay moet door internetserviceproviders in Nederland worden geblokkeerd. Om auteursrechten

te kunnen handhaven focuste ook de wetgever zich op het verbeteren van de handhavingsmiddelen. Nu zien we dat die jarenlange focus op handhaving een nadelig effect heeft op het stimuleren van innovatie en nieuwe intellectuele creaties. Om evenwicht te bewaren moet de wetgever namelijk bij iedere wetswijziging omwille van de financiële positie van de auteur ook kijken naar de gevolgen van de maatregel voor het stimuleren van innovatie en nieuwe intellectuele creaties in de toekomst. Doordat dit onvoldoende is gebeurd, is de Auteurswet inflexibel geworden. Die flexibiliteit is juist nodig om in te kunnen spelen op toekomstige ontwikkelingen.

Stimuleren van innovatie en creativiteit via zelfregulering

De focus moet weer komen te liggen op het stimuleren van nieuwe intellectuele creaties en innovatie. Een open norm leent zich bij uitstek voor het creëren van meer flexibiliteit in de Auteurswet, maar daar ontstaat met name het risico van benadeling van de financiële en persoonlijke belangen van auteurs. Zelfregulering kan met name vanwege de flexibiliteit uitkomst bieden voor problemen in deze snel veranderende markt. Toch is succes niet altijd gegarandeerd. De effectiviteit van zelfregulering is namelijk in grote mate afhankelijk van de inzet van partijen. Partijen moeten zich, voordat zij overgaan tot zelfregulering, er dan ook van vergewissen dat zelfregulering een geschikt middel is om het probleem aan te pakken en dat partijen zich voldoende willen inzetten om zelfregulering te laten slagen. Om effectieve zelfregulering te bereiken is het belangrijk dat allereerst de normen van zelfregulering actueel zijn en leiden tot het doel van zelfregulering. Daarnaast is hoge mate van binding van partijen aan de normen van zelfregulering, alsmede naleving van de regels van belang.

Vijf randvoorwaarden ten behoeve van het beschermen van de belangen van auteurs

Om de effectiviteit van zelfregulering te bevorderen, zijn uit de geschiedenis van het auteursrecht vijf randvoorwaarden afgeleid die gericht zijn op het beschermen van de belangen van auteurs. Er is gekeken naar de gebeurtenis, de belangen die daarbij waren betrokken, het effect van de gebeurtenis en de maatregel. De gebeurtenissen hadden vaak invloed op zowel de belangen van de auteur als op de maatschappelijke belangen. Op basis van de effecten van de gebeurtenissen kan worden vastgesteld dat met name de financiële belangen van auteurs vaker benadeeld dreigden te worden. De maatregelen die vervolgens werden getroffen richtten zich dan ook vaak op het beschermen van de financiële en persoonlijke belangen door onder andere de handhavingsmiddelen te verbeteren. Uiteindelijk zijn de volgende vijf randvoorwaarden vastgesteld:

1. Adequate handhaving, zodat financiële en persoonlijke belangen worden beschermd
2. Passende beloning
3. Effectieve bescherming van de rechten van de auteur

4. Voldoende rechtszekerheid
5. Tijdig monitoren

Innovatie in de muziekbranche wordt afgeremd

De ontwikkelingen in de muziekbranche laten zien dat enkele voorwaarden die verbonden zijn aan auteursrechten innovatie afremmen. Doordat auteursrechten in de Europese Unie nationaal zijn geregeld betekent dit dat per Europese lidstaat licenties moeten worden afgesloten. Het aantal rechthebbenden in Europa dat moet worden benaderd voor licenties is groot. Dit vormt dan ook een knelpunt voor innovatie. Daarnaast bestaat de kans dat een rechthebbende misbruik maakt van zijn positie. De rechthebbende is namelijk degene die bepaalt onder welke voorwaarden het werk gebruikt mag worden. Harmonisatie van auteursrechten op Europees niveau is een vereiste om het auteursrecht niet remmend te laten zijn voor innovatie in de muziekbranche.

Conclusie

Op welke wijze kan zelfregulering bijdragen aan een evenwichtig auteursrecht in de muziekbranche, zodanig dat de financiële belangen van auteurs worden beschermd worden en innovatie wordt gestimuleerd?

Het evenwicht van het auteursrecht in het digitale tijdperk wordt verstoord door de inflexibiliteit van de Auteurswet. Als we kijken naar de muziekbranche dan zien we dat innovatie daar wordt afgeremd door het groot aantal rechthebbenden dat moet worden benaderd voor een licentie. Dit is te wijten aan de territoriale verschillen in Europa en aan platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen die hun rechten uit het collectief beheer hebben gehaald, zodat ze de rechten zelf kunnen exploiteren. Innovatieve business modellen op het gebied van het legaal online muziek aanbieden zouden juist ruimte moeten krijgen om zich te ontwikkelen. Door weer te focussen op het stimuleren van innovatie worden ook de belangen van auteurs beschermd. Dit is belangrijk, omdat niet alleen op het stimuleren van innovatie moet worden gefocust zonder daarbij te kijken naar de belangen van auteurs. Door legale online muziekdiensten kan de schade ten gevolge van piraterij gemarginaliseerd worden. Om evenwicht te creëren moeten de territoriale verschillen ten aanzien van auteursrechten in Europa worden geminimaliseerd. Het minimaliseren van de territoriale verschillen in auteursrechten in Europa komt ten goede aan innovatie in de muziekbranche. Er is gekeken of dit via zelfregulering kan worden bereikt. Zelfregulering vraagt veel inzet van betrokken partijen en succes is dan ook niet altijd verzekerd. Om een evenwichtig auteursrecht te creëren moeten de belangen van auteurs beschermd worden. Dit betekent dat er *effectieve* zelfregulering moet worden gerealiseerd. Het niet bereiken van een hoge mate van binding van partijen aan de regels van

zelfregulering vormt een risico voor de effectiviteit van zelfregulering. Het is namelijk onzeker of en op welke wijze binding van alle partijen in Europa kan worden bereikt. Indien dit risico zich verwezenlijkt, dan heeft dat hoogstwaarschijnlijk ook een negatief effect op naleving en handhaving. Ik concludeer dan ook dat de territoriale verschillen in Europa in principe verkleind worden via zelfregulering op Europees niveau, mits een hoge mate van binding van partijen aan zelfregulering kan worden bereikt.

Op basis van de uitkomsten van dit onderzoek worden in het volgende hoofdstuk enkele aanbevelingen gedaan.

7. Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden in het kort enkele aanbevelingen gegeven die toezien op de conclusies van dit onderzoek. Daarnaast wordt aangegeven welke punten nader onderzoek behoeven. In dit onderzoek zijn de mogelijkheden voor zelfregulering in de muziekbranche bestudeerd ten einde een evenwichtiger auteursrecht te bereiken. Nader onderzoek kan zich richten op de wijze waarop een hoge mate van binding van partijen aan zelfregulering kan worden bereikt, alsmede controle op de naleving. Daarnaast richt dit onderzoek zich alleen op de muziekbranche. Mogelijk kan zelfregulering ook worden toegepast in andere sectoren waar auteursrechten een rol spelen.

Hoge mate van binding van partijen aan zelfregulering

Nader onderzoek naar de wijze waarop een hoge mate van binding van partijen aan zelfregulering kan worden bereikt is belangrijk, omdat het bepalend is voor de effectiviteit van zelfregulering. Zelfregulering krijgt op Europees niveau een extra dimensie door het grote aantal partijen en de verschillen in cultuur waardoor binding lastiger te bereiken is dan op nationaal niveau. Zelfregulering op Europees niveau wordt al toegepast in andere sectoren. Mogelijk kunnen deze vormen van zelfregulering nader onderzocht worden om te kijken of daar lessen uit kunnen worden afgeleid.

Geschikt handhavingsinstrumentarium

De juridische en culturele verschillen tussen de Europese lidstaten eisen nader onderzoek naar een handhavingsinstrumentarium dat, gelet op deze verschillen, resulteert in enkele aanbevelingen van instrumenten die het meest geschikt zijn voor handhaving. Daarbij is een inventarisatie van handhavingsinstrumenten op Europees niveau belangrijk. Ook is het belangrijk om de wijze waarop doorgaans wordt gehandhaafd in de verschillende lidstaten te onderzoeken.

Zelfregulering in andere sectoren

Wegens de beperkte omvang van deze scriptie is alleen onderzocht of zelfregulering in de muziekbranche kan bijdragen aan een evenwichtiger auteursrecht. Nader onderzoek kan zich richten op andere sectoren waar auteursrechten ook een rol spelen en innovatie door het auteursrecht wordt afgeremd. Denk hierbij aan de filmbranche, boekenbranche en gamesector. De resultaten uit de onderzoek kunnen daarvoor worden gebruikt. Ook kan de houdbaarheid en bruikbaarheid van de vijf randvoorwaarden worden onderzocht. Het kan zijn dat blijkt dat de vijf randvoorwaarden in andere situaties niet bruikbaar zijn, of dat de randvoorwaarden nog niet compleet zijn. Literatuur- en jurisprudentie onderzoek zijn daarvoor

belangrijk. Indien mogelijk kan ook empirisch onderzoek worden gedaan om te toetsen in hoeverre de vijf randvoorwaarden in de praktijk bruikbaar zijn.

Zelfregulering op kleiner niveau als proeftuin

Zelfregulering op Europees niveau met als doel om auteursrechten in de muziekbranche te harmoniseren vormt een grote uitdaging. Goede samenwerking tussen partijen is belangrijk, maar tegelijkertijd ook lastig wegens het grote aantal partijen. Ik beveel aan om eerst zelfregulering op kleiner niveau te realiseren. De Nederlandse, Duitse en Engelse cbo's zouden bijvoorbeeld als eerste kunnen samenwerken en daar tevens platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen bij betrekken. Nederlandse cbo's hebben al enige ervaring met zelfregulering en hebben ook al eerder samengewerkt met de Duitse en Engelse cbo's. Als zelfregulering binnen Europa zichtbaar succesvol kan zijn voor een evenwichtig auteursrecht, dan zal het vertrouwen in zelfregulering als middel toenemen en daarmee de binding van partijen aan zelfregulering verhogen. Het resultaat van de samenwerking kan daarmee fungeren als proeftuin voor de rest van Europa. Zelfregulering kan van daaruit als een olievlek verspreiden over de rest van Europa.

Co-regulering

De gebruikers van zelfregulering in de muziekbranche zijn partijen die vooral de belangen van rechthebbenden voor ogen hebben. Om te voorkomen dat deze belangen oververtegenwoordigd worden beveel ik aan om via co-regulering de overheid de maatschappelijke belangen te laten bewaken. Op die manier kan de overheid tevens voorkomen dat de sterke positie die de cbo's en platenmaatschappijen/muziekuitgeverijen hebben wordt misbruikt.

Literatuurlijst

Literatuur

Aguiar en Martens 2013

L. Aguiar, B. Martens, *Digital Music consumption on the internet: evidence from clickstream data*, IPTS digital economy working paper 2013/04.

Alberdingk Thijm 2001

Alberdingk Thijm, *Privacy vs. auteursrecht in een digitale omgeving*, ITeR-reeks, nr. 49, Den Haag 2001.

Baarsma e.a. 2003

Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam, april 2003, SEO-rapport nr. 664.

Black 1996

J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, Modern Law Review, review 59, 1996.

Burgmans e.a. 2012

Burgmans e.a., *Monitoring Commissie Code Banken, Rapportage naleving Code Banken*, 2012.

Commissie Auteursrecht 2012

Commissie Auteursrecht, *Advies aan de Staatssecretaris over de mogelijkheden van het invoeren van een flexibel systeem van beperkingen op het auteursrecht, deel 1: een flexibele regeling voor user-generated content*, maart 2012.

Van Driel 1989

M. van Driel, *Zelfregulering: Hoog opspelen of thuisblijven*, Deventer: Kluwer 1989.

Frequin 2012

Frequin, 'Een meer flexibel auteursrecht?', *VOI@E* 16 maart 2012.

- Te raadplegen via www.voice-info.nl/voice/149542

Geerts 2009

P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2009.

Gerbrandy 1992

S. Gerbrandy, *Auteursrecht in de steigers*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

Giesen 2007

I. Giesen, *Monografieën privaatrecht, alternatieve regelgeving privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Gosselt e.a. 2008

Gosselt e.a., *Horen, zien en verkrijgen? Een onderzoek naar het functioneren van Kijkwijzer en PEGI ter bescherming van jongeren tegen schadelijke mediabeelden*, Den Haag 2008, 273.

Hugenholtz 2010

P.B. Hugenholtz, 'Codes of conduct and copyright enforcement in cyberspace', in: I.A. Stamatoudi, *Copyright Enforcement and the internet*, Deventer: Kluwer 2010.

Hugenholtz en Senfleben 2011

P.B. Hugenholtz en M.R.F. Senfleben, *Fair use in Europe. In search of flexibilities*, Amsterdam UvA, november 2011.

IFPI 2013

IFPI Digital Music report 2013, engine of a digital World, IFPI 2013.

- Te downloaden via www.ifpi.org/content/library/DMR2013.pdf.

Loenen 2009

G. Loenen, 'Auteursrechten zijn niet van deze tijd', Trouw april 2009.

- Te raadplegen via www.trouw.nl.

Maas e.a. 2009

Maas e.a., *Naar herstel van vertrouwen*, 7 april 2009.

Monitoring Commissie Corporate Governance Code 2012

Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code*, Den Haag 2012.

Pfanner 2006

E. Pfanner, 'Record and movie industries reach a settlement with KaZaA', *New York Times* 2006.

Poort e.a 2013

Poort e.a., 'Baywatch: two Approaches to Measure the Effects of Blocking Access to The Pirate Bay', *IViR en CentERdata working paper 22* augustus 2013

Quaedvlieg 1998

Quaedvlieg, 'De maatschappelijke aanvaardbaarheid van het auteursrecht', *AMI* vol. 22, no. 4 april 1998.

Rutten en Van Bockxmeer 2003

P. Rutten en H. v. Bockxmeer, *Cultuurpolitiek, auteursrecht en digitalisering*, TNO-rapport 2003.

Schriks 2004

C. Schriks, *Het Kopijrecht*, Walburg Pers 2004.

Scott 2006

C. Scott, 'Self-regulation and the Meta-regulatory State', in: F. Cafaggi, *Reframing self-regulation in European private law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international 2006.

Smiers 2000

J. Smiers, 'Afschaffing van auteursrechten: beter voor kunstenaars, derde wereldlanden en het publieke domein', *AMI* 2000/4.

Spoor, Visser, Verkade 2005

J.H. Spoor, D.J.G. Visser, D.W.F. Verkade, *Auteursrecht: Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer:Kluwer 2005.

TNO 2009

TNO, 'Ups-and-downs', *Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, films en games*, 2009, nr. 34782.

Verkade 1991

D.W.F. Verkade, 'De rol van rechtsbeginselen in het recht van de intellectuele eigendom en de ongeoorloofde mededinging', *Ars Aequi* 1991.

VOI©E 2013

'Google Nederland en auteursrechtenbelangen op weg naar oplossingen', VOI©E 26 april 2013.

- Te raadplegen via <http://www.voice-info.nl/voice/152643/>

Wagemans 2002

Wagemans, 'Zelfreguleringsinitiatieven', in: R.E. van Esch en J.E.J. Prins, *Recht en elektronische handel*, Deventer:Kluwer 2002.

Weda e.a. 2012

J. Weda e.a., *Digitale drempels, knelpunten voor legaal digitaal aanbod in de creatieve industrie*, Amsterdam 2012.

Websites

www.voice-info.nl/voice/152643/

www.rijksoverheid.nl/nieuws/2012/01/24/internationaal-congres-over-auteursrecht.html

www.commissiecodebanken.nl

www.nvb.nl

www.commissiecorporategovernance.nl

www.trouw.nl

www.vvnh.nl

www.volkskrant.nl

www.easa-alliance.org

www.coiffure.eu

www.euro-label.com

Jurisprudentielijst

Jurisprudentie

HR 6 mei 1938 *NJ* 1938,635
HR 30 oktober 1981 *NJ* 1982,435
HR 25 mei 1984 *NJ* 1984,697
HR 19 december 2003, *LJN* AN7253
Hof Den Haag 4 september 2003, *LJN* AI5638
Rb. Amsterdam 30 juli 2009 *LJN* BJ4466
Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008
Rb. Amsterdam 22 oktober 2009 *LJN* BK1067
Rb. Amsterdam 16 juni 2010, *LJN* BN1626
Rb. Den Haag 11 januari 2012, *LJN* BV0549
Rb. Den Haag 10 mei 2012, *LJN* BW5387
Rb. Den Haag, 19 december 2012, *HA ZA* 11-2675

Buitenlandse jurisprudentie

United States Court of Appeals Ninth Circuit. (Verenigde Staten) 12 februari 2001, *A&M Records, Incorporated, v. Napster, Incorporated* [2001], 239 F.3d 1004

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 1816/17, 14, nr. 2
Kamerstukken II 1985-1986, 19 435, nr. 1
Kamerstukken II 1986/87, 19921, nr. 3 (MvT).
Kamerstukken II 1986/87 20012, nr. 3, p. 3 (MvT)
Kamerstukken II 1986/87, 20029, nr. 3, p. 3
Handelingen II 1987/88, 101
Kamerstukken II 1987/88, 20656, nr. 3, p. 1 (MvT).
Kamerstukken II 2001/02 28482, nr. 3, p. 16-31 (MvT)
Kamerstukken II 2005/06, 30392, nr. 3 (MvT).
Kamerstukken II 2010/11, 29 838, nr. 29 en 30

Europese regelgeving

Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel (*PbEG* nr. L 248/15).

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. (*PbEG* 2001 167/10).

Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (*PbEG* 2004, L 195)

Overige stukken Europese Unie

Aanbeveling 2005/737/EC van de Europese Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige online muziekdiensten (*PbEU* 2005, L 276/54)

Overig

‘CBO-Keurmerk’

Te raadplegen via www.voice-info.nl

‘Code Banken’

Te raadplegen via www.nvb.nl

‘Corporate governance code’

Te raadplegen via www.commissiecorporategovernance.nl

‘Gedragscode Koninklijke Vereniging van Nederlandse Houtondernemingen’

Te raadplegen via www.vvnh.nl

‘Gedragscode voor ouders en keeteigenaren’

Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl

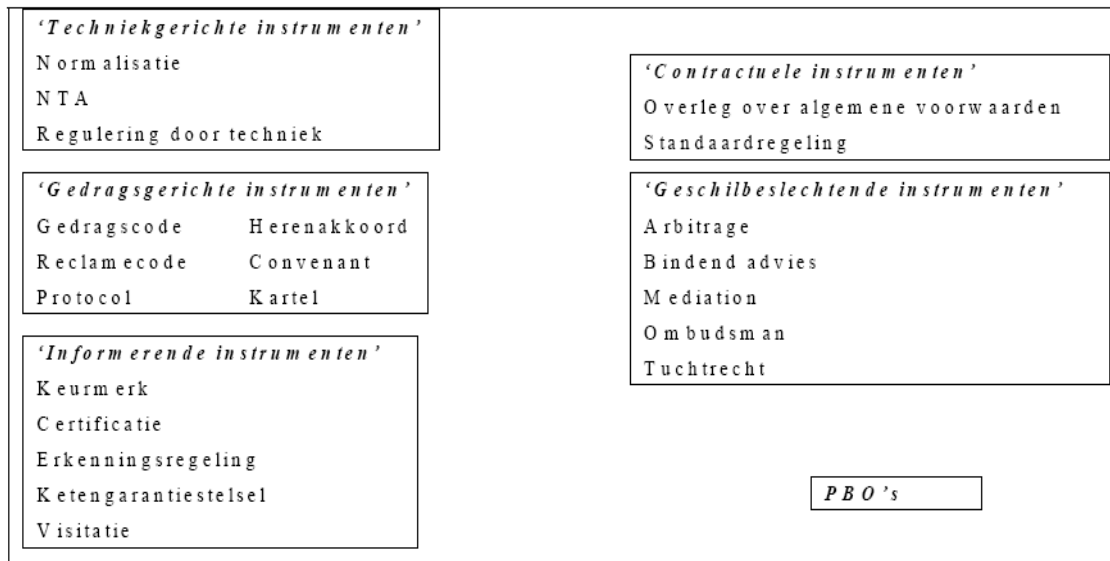
‘Kijkwijzer’

Te raadplegen via www.kijkwijzer.nl

‘De Nederlandse Reclame Code’

Te raadplegen via www.reclamecode.nl

Bijlage 1. Schematisch overzicht zelfreguleringsinstrumenten



Bron: Baarsma e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam, april 2003, SEO-rapport nr. 664, p.6.

Bijlage 2. Geschiedenis van het auteursrecht schematisch weergegeven

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
De boekdrukkunst neemt een vlucht (1445)	Financiële belangen van de uitgever/ drukker (in mindere mate) Financiële belangen van de maker van een werk	Werken van kunst, letterkunde of wetenschap werden gedrukt en verspreid. De uitgever had geld geïnvesteerd en wilde dat graag terugverdienen	De maker en de uitgever sloten een contract waarbij de rechten aan de drukker werden overgedragen, zodat de uitgever het exclusieve recht kreeg om het werk te drukken. De maker van het werk ontving een (kleine) vergoeding

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Uitgevers/drukkers kunnen een privilege aanvragen bij de Republiek der Nederlanden om de door hen uitgegeven werken te beschermen tegen nadruk	Financiële belangen van de uitgever/drukker	Drukkerijen verloren inkomsten door illegale kopieën. Zij investeerden geld in het drukwerk en betaalden voor de rechten van de maker, maar konden de investeringen niet goed terugverdienen	De Republiek der Nederlanden verleende een privilege dat de drukker een middel bood om op te treden tegen nadruk. De drukker moest wel een vergoeding betalen en bescherming was van beperkte duur

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Na uitgevers en drukkers konden ook de makers van een werk in aanmerking komen voor een privilege	Financiële en persoonlijke belangen van makers	De maker van een werk had nu ook een middel om op te treden tegen het illegaal kopiëren en misdrukken van zijn werk	Een privilege gaf de maker een middel om zijn juridische en economische positie te beschermen

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Rechten van auteurs werden bij wet vastgelegd, Auteurswet 1817 (1817)	Financiële en persoonlijke belangen van auteurs en auteursrechthebbenden De wet diende ook maatschappelijke belangen door verbetering van de juridische en economische positie van auteurs werden zij gestimuleerd om nieuwe werken te creëren (hierna maatschappelijk belangen)	Er kwam verandering in de positie van de auteur. Het recht van kopij werd bij wet toegekend aan auteurs. Ook werden de rechten van auteurs voor heel Nederland gelijk	Auteurs kregen betere rechtsbescherming en bij wet werd vastgelegd dat aan de maker van het werk het recht van kopij toekwam

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Harmonisatie van auteurs-wetgeving op internationaal niveau	Financiële en persoonlijke belangen van auteurs en auteurs-rechthebbenden nationaal en internationaal Maatschappelijke belangen	Door het ontbreken van regels/gelijke regels op internationaal niveau werden partijen steeds geconfronteerd met de wetgeving van staten die vaak verschillend was. Werken konden daardoor buiten de landsgrenzen moeilijk beschermd worden	Multilateraal verdrag, Berner Conventie 1886. Werd door Nederland pas in 1912 bekrachtigd

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Inwerkingtreding Auteurswet 1912	Financiële en persoonlijke belangen van auteurs en auteurs-rechthebbenden Maatschappelijke belangen	Versterking van de positie van auteurs en de erkenning daarvan	-

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Auteursrecht bleek moeilijk te handhaven voor auteurs, omdat het voor hen onmogelijk was om te controleren of er ergens een inbreuk werd gepleegd, begin twintigste eeuw	Financiële belangen van auteurs	Auteurs liepen inkomsten mis, doordat zij niet in staat waren om overal in Nederland te controleren of er inbreuken werden gepleegd op hun auteursrechten	Auteursrechten-organisaties traden op voor de financiële belangen van auteurs en inden geld dat naar evenredigheid werd verdeeld onder auteurs

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
De posities van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties werden niet beschermd tegen piraterij	Financiële en persoonlijke belangen van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties	Piraterij werd ook voor de uitvoerende partijen steeds meer voelbaar. Deze partijen investeerden evengoed in de uitvoering van het auteursrechtelijk beschermd werk, maar hun belangen werden niet door de Auteurswet beschermd	Inwerkingtreding van de Wet op de Naburige rechten (1993)

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Komst van band-, cassette- en videorecorders, waardoor gebruikers eenvoudig thuis muziek en films kunnen opnemen	Financiële belangen van auteurs(rechthebbenden) Maatschappelijke belangen	Het kopiëren voor privé-gebruik is toegestaan o.g.v. art. 16c Aw. Auteurs liepen inkomsten mis, omdat muziek en films thuis werden opgenomen en niet meer in de winkel aangeschaft	Er werd een heffing over blanco dragers ingevoerd. Fabrikanten werden verplicht om een bij maatregel vastgesteld bedrag af te dragen. Dit geldt voor cd, dvd, smartphone en laptop

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Computerprogramma's worden ontwikkeld, maar ontwikkelaars ondervinden hinder van piraterij	Financiële belangen van auteurs(rechthebbenden) Maatschappelijke belangen	Er werd veel tijd en geld in het ontwikkelen van computerprogramma's gestoken. Piraterij zorgde ervoor dat het terugverdienen van die investeringen bemoeilijkt werd. De stimulans om te innoveren dreigde af te zwakken	Computerprogramma's werden aangemerkt als een auteursrechtelijk beschermd werk in art. 10 Aw, zodat innovatie gestimuleerd zou worden

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Radio- en televisieprogramma's die via de kabel worden doorgegeven worden auteursrechtelijk beschermd	Financiële belangen van auteurs(rechthebbenden)	Voorafgaand aan de doorgifte van radio- en televisieprogramma's zou toestemming aan <i>iedere</i> individuele auteursrechthebbende moeten worden gevraagd voor het gebruik maken van zijn werk	In de Auteurswet werd een regeling opgenomen voor collectief beheer van auteursrecht

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
De komst van internet	Financiële en persoonlijke belangen van auteurs(rechthebbenden) Maatschappelijke belangen	Werken werden op andere wijze geëxploiteerd Werken werden sneller en eenvoudiger verspreid Piraterij bleek moeilijker te bestrijden in de digitale wereld	Europese richtlijnen betreffende de handhaving van de intellectuele rechten en ter harmonisatie en verbetering van de rechtsbescherming van auteursrechten en naburige rechten

<i>Gebeurtenis</i>	<i>Betrokken belangen</i>	<i>Effect van de gebeurtenis</i>	<i>Maatregel</i>
Opkomst digitale informatiemaatschappij (begin jaren '90)	Financiële en persoonlijke belangen van auteurs(rechthebbenden) Maatschappelijke belangen	Er werd steeds meer via digitale kanalen gecommuniceerd en informatie speelde een belangrijke rol.	WIPO startte het project 'digital agenda' en introduceerde twee verdragen, waarbij de focus lag op verbetering van de bescherming van auteursrechten en naburige rechten