

Aan
de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Den Haag

4 december 2003

Ons kenmerk

MLB/M/2003/51.248

Onderwerp

De auteurs- en nabuurrechtelijke aspecten van
digitale radio en televisie

In deze brief informeren de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, de minister van Justitie en de minister van Economische Zaken u over de auteurs- en nabuurrechtelijke aspecten van digitale radio en televisie. Hiermee voldoen wij aan eerdere verzoeken van de Tweede Kamer die gedaan zijn bij kamerbehandelingen van het kabelbeleid.

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Traditioneel worden radio- en televisieprogramma's in analoge vorm doorgegeven, veelal via de kabel of door de ether. Door de digitalisering van verschillende infrastructuren is de mogelijkheid ontstaan om programma's ook in digitale vorm uit te zenden en te ontvangen. Hierdoor ontstaan feitelijk nieuwe, efficiëntere en tevens kwalitatief hoogwaardige methoden van doorgifte van een signaal en nieuwe mogelijkheden om content te verspreiden.

Door de Tweede Kamer is bij verschillende gelegenheden de zorg geuit dat de ontwikkeling van nieuwe technieken en infrastructuren belemmerd zou kunnen worden als gevolg van het feit dat bij gelijktijdige doorgifte van programma's via alternatieve (digitale) infrastructuren sprake is van zogenaamde secundaire openbaarmaking, waarvoor telkens afzonderlijke auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke vergoedingen verschuldigd zijn (zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 2000/01, 27 088, nrs. 20 en 24).

De toenmalige Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de Minister van Economische Zaken hebben de Tweede Kamer verschillende malen geïnformeerd over de auteursrechtelijke aspecten van digitale doorgifte van programma's, en de uitkomsten van het overleg van de overheid met de bij de ontwikkeling van digitale uitzending, in het bijzonder DVB-T, betrokken partijen (zie onder meer Kamerstukken II, 2001/02, 27 088, nrs. 28 en 31). Voortbouwend op nota's en toezeggingen aan de Kamer van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (zie onder meer diens brief van 16 november 2001), heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken in zijn brief van 7 januari 2003 een aantal aandachtspunten in het kabeldossier voor de komende tijd geschetst. In dat verband zijn ook genoemd de auteursrechtelijke aspecten van de digitale doorgifte van radio- en televisieprogramma's. Daarbij is aangegeven dat met name onder de verantwoordelijkheid van het nieuwe kabinet gedachtevorming over dit onderwerp dient plaats te vinden. In de onderhavige notitie wordt daaraan gevolg gegeven.

1.2. Digitale radio en televisie

Het stimuleren van de (verdere) ontwikkeling van nieuwe infrastructuren voor informatievoorziening en communicatie is een belangrijk uitgangspunt van het overheidsbeleid. Nieuwe digitale aardse zendernetwerken als met name Digital Video Broadcasting Terrestrial (DVB-T; digitale televisie via de ether) en Terrestrial Digital Audio Broadcasting (T-DAB; digitale radio via de ether) kunnen een reëel alternatief gaan vormen voor de uitzendingen via de kabel, satelliet en analoge radio en televisie via de ether. Deze nieuwe technieken zijn van een uitstekende digitale kwaliteit, en maken zeer efficiënt gebruik van frequentieruimte, wat tot een vergroting van het zenderaanbod kan leiden. Daarnaast bieden deze nieuwe technieken meer mogelijkheden om, al dan niet op termijn, naast traditionele omroep ook (interactieve) datadiensten te leveren, zoals interactieve televisie, internet, beeldtelefonie, pay-per-view en elektronische handel. De draadloze ontvangst van DVB-T zorgt bovendien voor meer concurrentie tussen infrastructuren op plaatsen waar de kabel afwezig is en tot nu toe alleen satelliet televisie of analoge ether televisie ontvangen kan worden. Het gaat dan met name om afgelegen gebieden, en op de camping of boot.

Door digitalisering kan de concurrentie op en tussen infrastructuren toenemen. Het creëren van gezonde marktverhoudingen door het stimuleren van concurrentie op en tussen infrastructuren is een belangrijk onderdeel van het kabinetsbeleid (zie hierover onder andere Kamerstukken II, 1999/2000, 27 088, nr. 2). Concurrentie is geen doel op zich, maar een manier om aanbieders van infrastructuur te stimuleren tot optimale dienstverlening. Uiteindelijk kunnen digitalisering en de opkomst van nieuwe infrastructuren leiden tot meer diensten, meer marktwerking en daardoor meer keuzevrijheid voor de consument.

Digitale radio en televisie bevinden zich nog in een marktontwikkelingsfase. Op den duur zal naar verwachting de analoge doorgifte van televisie via de ether volledig worden vervangen door de digitale doorgifte. Dit geldt ook voor radio, maar daar zal de verandering waarschijnlijk pas later plaatsvinden. Gedurende een bepaalde periode zullen radio- en televisieprogramma's gelijktijdig zowel analogoos als digitaal (moeten) worden doorgegeven. De gelijktijdige doorgifte van programma's, die ook wel "simulcasting" wordt genoemd, roept de vraag op wat de auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke aspecten daarvan zijn.

Dergelijke auteursrechtelijke vraagstukken hebben uiteraard een breder bereik dan alleen de omroep en kunnen ook spelen bij andere vormen van openbaarmaking. De in deze notitie besproken auteursrechtelijke vraagstukken zijn bijvoorbeeld ook van groot belang bij de digitalisering van de kabel en andere innovatieve ontwikkelingen in de transitie naar Nederland Breedbandland (zie Kamerstukken II, 2002/03, 26 643, nr. 38).

2. De (internationale) grondslagen van het auteursrecht

Het auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld (artikel 1 van de Auteurswet 1912, hierna ook: Aw). In de Wet op de naburige rechten (WNR) zijn met het auteursrecht corresponderende aanspraken opgenomen voor uitvoerende kunstenaars (bijvoorbeeld musici of acteurs), fonogrammenproducenten (platenmaatschappijen), producenten van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties. Omwille van de eenvoud zal in het navolgende primair worden uitgegaan van het auteursrecht.

De aanspraken op auteursrechtelijke bescherming zijn vastgelegd in verschillende verdragen en Europese regelgeving. De betekenis van de verdragen is dat zij een minimumniveau aan bescherming bieden, terwijl onderdanen van aangesloten staten, binnen de door het verdrag aangegeven grenzen, in

andere verdragslanden dezelfde bescherming genieten voor hun prestaties als eigen onderdanen van die staten. Belangrijk is verder de internationale erkenning van het feit dat voor gebruik van beschermde werken (waaronder openbaar maken) in beginsel voorafgaande toestemming en/of een vergoeding vereist is, en van het feit dat het noodzakelijk is een evenwicht in stand te houden tussen enerzijds de belangen van auteursrechthebbers, uitvoerende kunstenaars, etc. en anderzijds de belangen van de gebruikers.

In dit verband kan allereerst worden genoemd de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst. Sinds de laatste wijziging van de Berner Conventie in 1971 (Trb. 1972, 114 en 157) is mondiaal het besef van het belang van het auteursrecht en de naburige rechten sterk gegroeid. Dit heeft in 1990 geleid tot de ratificatie van de voor Nederland op 1 juli 1993 in werking getreden Conventie van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Trb. 1986, 182). Verder zijn in het kader van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO) diverse regelingen inzake auteursrecht en naburige rechten tot stand gekomen. Het gaat daarbij vooral om het WIPO-verdrag inzake auteursrecht (Trb. 1998, 247; hierna ook: WCT-verdrag) en het WIPO-verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (Trb. 1998, 248; hierna ook: WPPT-verdrag). Andere belangrijke verdragen in dit verband zijn de Overeenkomst ter bescherming van producenten van fonogrammen tegen het ongeoorloofd kopiëren van hun fonogrammen (Conventie van Genève; Trb. 1986, 183) en de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS-Overeenkomst, Trb. 1995, 130).

Ook op Europees niveau is er sprake van een sterk groeiende aandacht voor het belang van het auteursrecht en de naburige rechten, en is men – mede in het kader van de zogenaamde Lissabon-doelstellingen (beleid gericht op innovatie) - gericht op een balans tussen het belang van het auteursrecht, de naburige rechten en innovatie. Inmiddels zijn zeven EG-richtlijnen tot stand gekomen, die het auteursrecht en de naburige rechten in de lidstaten op een gelijkwaardig beschermingsniveau beogen te brengen¹. De aanspraken op auteursrecht en naburige rechten zijn daarmee voor een belangrijk deel Europees geharmoniseerd. Daarnaast is nog in voorbereiding een richtlijn betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten beter te waarborgen. Eén en ander heeft tot gevolg dat het zwaartepunt op het gebied van de ontwikkeling van het auteursrecht en de naburige rechten voor Nederland inmiddels voor het overgrote deel in Brussel ligt.

De hierboven genoemde Europese en internationale regelingen geven de nationale wetgever belangrijke juridische kaders ten aanzien van de nationale regeling voor auteursrechtelijke bescherming van werken, en brengen bovendien een navenante vermindering mee van de autonome, nationale, beleidsruimte op dit punt. Een nationale discussie over de auteursrechtelijke aspecten van

¹ Het gaat hierbij om de volgende richtlijnen: 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PbEG 1991, L122); 92/100 van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van de intellectuele eigendom (PbEG 1992, L346), gewijzigd bij richtlijn 93/83/EEG en 2001/29/EG; 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 1993, L248), gewijzigd bij richtlijn 2001/29/EG; 93/98/EEG van de Raad van 19 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PbEG 1993, L290); 96/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken (PbEG 1996, L77/20); 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, L167); en 2001/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk (PbEG 2001, L272).

de verspreiding van radio- en televisieprogramma's kan daarom niet los worden gezien van deze Europese en internationale context. Een belangrijk uitvloeisel van de genoemde regelingen is dat er in beginsel toestemming nodig is, dan wel een vergoeding verschuldigd is voor ieder gebruik, iedere openbaarmaking, van beschermde werken of prestaties. Dit uitgangspunt kent wel enkele uitzonderingen, die hierna in paragraaf 4 aan de orde zullen komen.

De Europese en (inter)nationale regelingen op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten geven uitdrukking aan de in het collectieve bewustzijn levende gedachte dat auteurs, uitvoerende kunstenaars, etc. een billijke aanspraak hebben op erkenning van hun geestelijke en materiële belangen met betrekking tot de werken die zij hebben voortgebracht. Zonder hen zou het werk of de prestatie niet bestaan, en dus hebben zij ook recht op bescherming tegen het gebruik zonder hun toestemming daarvan of vergoeding daarvoor door anderen.

Het is in dat verband van belang te realiseren dat het auteursrecht en de naburige rechten (vooreerst) effectieve middelen zijn ter bescherming van de exploitatie van werken en prestaties. Deze rechten steunen daarmee de instandhouding van informatiekkanalen, waarvan de uitoefening van het recht van vrije meningsuiting en het verspreiden van informatie afhankelijk is.

3. Auteursrecht en economische activiteiten

De omvang van de auteursrechtelijk gerelateerde economische activiteiten neemt steeds verder toe. Zo berust in Nederland een niet onaanzienlijk deel van de economische activiteiten direct of indirect op de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten. De "auteursrechtindustrie", de sectoren waarvan de producten auteursrechtelijk beschermd worden, levert een aanzienlijke bijdrage aan het bruto nationaal product. Deze wordt voor 1998, het meest recente jaar waarover betrouwbare gegevens beschikbaar zijn, in termen van toegevoegde waarde geraamd op ruim 17 miljard euro (SEO Onderzoek, "De economische betekenis van het auteursrecht in 1998", rapportage 2000, zie hierover verder het rapport "Auteursrecht in de informatiemaatschappij – Bouwstenen voor een justitiestrategie", december 2001, pag. 37; aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van de Minister van Justitie van 19 maart 2002, Kamerstukken II, 2001/02, 26 538, nr. 6). Bovendien lijkt het aandeel in het bruto nationaal product een stijgende tendens te vertonen. Door de opkomst van nieuwe exploitatievormen is het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken verder toegenomen. Dit geeft aan dat het auteursrecht niet als zodanig uitdijt, maar dat het aantal auteursrechtelijke relevante handelingen kan toenemen als gevolg van technologische ontwikkelingen.

Op de betekenis van nieuwe media voor het auteursrecht en de naburige rechten is eerder al dieper ingegaan, onder meer in de brief van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen van 10 mei 1999 aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II, 1998/99, 26 538, nr. 1). In opdracht van het Ministerie van Economische Zaken is een studie verricht naar de economische aspecten van het auteursrecht. Centrale onderzoeksvraag is wat de effecten van het auteursrecht (in samenhang met de naburige rechten) zijn op vernieuwende technieken (innovatie) en marktwerking. U wordt bij afzonderlijke gelegenheid geïnformeerd over de uitkomsten van dit onderzoek.

Onlangs heeft TNO-STB het rapport "Cultuurpolitiek, auteursrecht en digitalisering" opgesteld. Dit rapport is geschreven op verzoek van het Ministerie van OCW ten behoeve van de ontwikkeling van een cultuurpolitieke visie op het auteursrecht. Het bevat een verkenning naar de gevolgen van digitalisering voor het belang en de betekenis van auteursrecht en naburige rechten voor cultuurbeleid. Het rapport is voor commentaar voorgelegd aan diverse betrokken partijen. Mede aan de hand van deze reacties is de Staatssecretaris van OCW voornemens de cultuurpolitieke visie op het auteursrecht verder te ontwikkelen.

4. De auteurs- en nabuurrechtelijke aspecten van digitale radio en televisie

4.1. Het begrip "openbaarmaking"

Zoals uit het voorgaande al volgt, geldt als vertrekpunt dat voor iedere openbaarmaking van een auteursrechtelijk beschermd werk toestemming vereist is c.q. een vergoeding verschuldigd is. Dit uitgangspunt is neergelegd in artikel 1 Aw. In artikel 12 Aw wordt het openbaarmakingsrecht nader uitgewerkt. Het eerste lid van dit artikel bevat een niet-limitatieve opsomming van exploitatievormen die onder het openbaarmakingsrecht ressorteren.

Het feit dat het auteurs- en nabuurrechtelijk belangrijke begrip "openbaarmaking" in de Nederlandse wetgeving niet uitputtend wordt gedefinieerd, geeft deze wetgeving enerzijds een open, dynamisch en daarom ook technologie-onafhankelijk karakter. Dit heeft ervoor gezorgd dat de Nederlandse wetgeving op dit punt de tand des tijds en de moderne ontwikkelingen goed heeft doorstaan. Het heeft echter als keerzijde dat niet bij voorbaat voor alle gevallen onmiddellijk duidelijk is, wanneer sprake is van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking. Uit jurisprudentie volgt dat openbaar maken, ook in de afgeleide betekenissen van het begrip in artikel 12 Aw, veronderstelt dat een werk op een of andere manier aan het *publiek* ter beschikking komt (Hoge Raad, 27 januari 1995, Bigott/Doucal I, NJ 1995, 669).

Een auteursrechtelijk relevante handeling is bovendien de "secundaire openbaarmaking". Het klassieke voorbeeld hiervan is een concert dat wordt gegeven, dat via de radio wordt uitgezonden, en waarbij het radioprogramma weer elders voor het publiek openbaar wordt gemaakt, bijvoorbeeld door in een café de radio te laten spelen. Elk van deze handelingen levert een zelfstandige openbaarmaking op, ook al zijn ze van elkaar afgeleid en vinden deze handelingen gelijktijdig plaats. Omdat een secundaire openbaarmaking een openbaarmaking is in de zin van de Auteurswet, is hiervoor in beginsel afzonderlijk toestemming of een afzonderlijke vergoeding verschuldigd.

4.2. Het begrip "ander organisme"

Uit het zesde lid van artikel 12 Aw volgt dat als afzonderlijke openbaarmaking niet wordt beschouwd de gelijktijdige uitzending van een in een radio- of televisieprogramma opgenomen werk door hetzelfde organisme dat het programma oorspronkelijk uitzendt. Onder "organisme" wordt verstaan het samenstel van organisaties, dat bij de uitzending is betrokken. Bij analoge televisie via de ether zijn dat de omroeporganisatie, NOS/NOB en NOZEMA. Alleen als één en hetzelfde organisme een door haar verzorgde etheruitzending gelijktijdig ook op andere wijze uitzendt, is dat auteursrechtelijk geen afzonderlijke openbaarmaking. Hierbij is gedacht aan bijvoorbeeld het gebruik van steunzenders, of gelijktijdige golflengten en/of frequenties (AM/FM). Voor uitzending op een later tijdstip moet steeds separate toestemming zijn verleend en een vergoeding worden betaald.

Op het gelijktijdig uitzenden via kabel en ether is de Hoge Raad ingegaan in de zogenaamde kabelarresten (uitspraken van 30 oktober 1981, NJ 1982, 435; 25 mei 1984, NJ 1984, 697 en 24 december 1993, NJ 1994, 641). Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de vraag wanneer een "doorgifte" heeft te gelden als een openbaarmaking van het betreffende werk in beginsel op zodanige wijze moet worden beantwoord, dat een resultaat wordt bereikt dat strookt met de Berner Conventie (de zogenaamde verdragsconforme uitleg). Dat brengt mee dat het niet van belang is of met deze doorgifte een nieuw publiek wordt bereikt in de zin van een publiek dat aldus een uitzending kan ontvangen waarvan het anders verstoken zou blijven.

Op basis van dit uitgangspunt kwam de Hoge Raad tot de conclusie dat bij kabeldoorgifte sprake is van een afzonderlijke openbaarmaking door een ander organisme (er is een kabelexploitant bij betrokken) dan het organisme dat het programma oorspronkelijk uitzond.

Met de implementatie van de Europese Satelliet- en Kabelrichtlijn is in de Europese Unie wettelijk bevestigd dat zowel satellietuitzending als gelijktijdige kabeldoorgifte onder de exclusieve rechten van een auteur vallen (zie artikel 26a Aw). Ook verspreiding van programma's via (gemeenschappelijke) satellietschotels wordt beschouwd als nieuwe openbaarmaking waarvoor toestemming moet worden gevraagd en vergoedingen moeten worden betaald (zie artikel 12 lid 7 Aw).

De uitleg van het begrip "ander organisme" staat ook centraal in de discussie rondom Digitenne. Op 31 januari 2002 heeft de regering vergunningen voor het uitzenden van digitale televisie verleend aan de NOS en aan Digitenne. Digitenne is een joint venture van KPN Telecom, Nozema, NOB en Cahanoves Beheer. In Cahanoves Beheer participeren publieke en commerciële omroepen. Digitenne verschilt met rechthebbenden, vertegenwoordigd door CEDAR, VEVAM/SEKAM en OTP, van mening over de auteursrechtelijke relevantie van de uitzendingen van Digitenne. Kort gezegd is Digitenne van mening dat zij uitsluitend fungeert als een faciliterende schakel in een keten die de oorspronkelijke, primaire openbaarmaking verzorgt. De rechthebbendenorganisaties zijn daarentegen van mening dat Digitenne zich toelegt op secundaire openbaarmakingen, waarvoor afzonderlijke vergoedingen verschuldigd zijn. Digitenne heeft met Buma overeenstemming bereikt over de betaling van een lump sum voor het gebruik van beschermd materiaal tot 2005. Andere rechthebbendenorganisaties en Digitenne hebben zich echter tot de rechter gewend om een uitspraak over de kwesties die hen onderling verdeeld houden. Hoewel partijen het nog niet met elkaar eens zijn, heeft dit niet in de weg gestaan aan de start van Digitenne op 23 april 2003. Digitenne heeft op een derderekening een bedrag gestort ter zekerheidstelling van de betaling van verschuldigde vergoedingen voor een jaar, in afwachting van de uitkomst van deze procedure.

4.3. Het begrip "publiek"

In zijn jurisprudentie over artikel 12, zesde lid Aw achtte de Hoge Raad het een taak voor de wetgever om zonnig grenzen te stellen aan het uitgangspunt dat het gelijktijdig uitzenden van in een radio- of televisieprogramma opgenomen werken door middel van de kabel een afzonderlijke openbaarmaking oplevert (24 december 1993, Kleine kabelnetten, NJ 1994, 641). Hierbij komt de vraag op of, en zo ja in hoeverre, de beleidsvrijheid van de nationale wetgever wordt beperkt door internationale regelgeving.

De Minister van Justitie heeft de Commissie Auteursrecht verzocht zich over deze kwestie uit te spreken, naar aanleiding van de ontwikkelingen met betrekking tot satellietontvangstinrichtingen. Beheerders van satellietssystemen werken samen met woningbouwcorporaties aan het GSO-concept (Gereed voor Satelliet Ontvangst). Naast een kabel- en telefoonaansluiting worden appartementencomplexen voorzien van een standaardvoorziening voor satellietontvangst: één (of meerdere) gemeenschappelijke schotel(s) op het dak en een aansluiting in iedere woning. Rechthebbendenorganisaties menen dat hierbij sprake is van opnieuw openbaar maken. De woningbouwverenigingen zijn daarentegen van mening dat zij alleen een technische voorziening leveren.

Aan de Commissie is onder meer de vraag voorgelegd of nieuwe technologische ontwikkelingen er aanleiding toe geven de kwalitatieve en/of kwantitatieve betekenis van het aan de term "openbaarmaking" inherente criterium "publiek" in de Auteurswet en/of de Wet op de naburige rechten te verduidelijken.

De Kamer is van het advies van de Commissie op de hoogte gesteld bij brief van de Minister van Justitie van 6 januari 2003. Volgens de Commissie beschikt de nationale wetgever juridisch gezien over de beleidsvrijheid om het openbaarmakingsrecht te begrenzen door kwantitatieve en/of kwalitatieve eisen te stellen aan de aan de openbaarmaking inherente notie "publiek", mits bij de eventuele uitwerking ervan de bepalingen van het EG-Verdrag over het vrij verkeer van goederen en diensten in acht worden genomen. Mocht de wetgever hiervan gebruik maken, geeft de Commissie in overweging om uit te gaan van een combinatie van kwantitatieve en kwalitatieve criteria, namelijk: niet-straatoverschrijdend en (cumulatief) een al naar gelang de huidige woningbouwomstandigheden aan te passen getalsmatige bovengrens van bijvoorbeeld 100 aansluitingen.

In de brief van de Minister van Justitie van 6 januari 2003 is onder meer aangegeven dat er goede uitzichten zijn op een oplossing in der minne tussen de bij de GSO-kwestie betrokken partijen. Partijen hebben onlangs bevestigd dat de gesprekken in goede chemie verlopen en dat er uitzicht bestaat op voor alle betrokkenen goede afspraken. Daarom lijkt de weg van onderling overleg de meest gerede weg om deze kwestie tot een oplossing te brengen. Ook de Auteurswet gaat uit van een eigen verantwoordelijkheid van gebruikers en rechthebbenden ter zake. Gelet op deze ontwikkelingen is er thans geen noodzaak voor wetwijziging ten aanzien van de termen "openbaarmaking" en "publiek".

4.4. Begrip "billijke vergoeding"

Als er in een situatie van (gelijktijdige) doorgifte van programma's sprake is van een openbaarmaking in de zin van artikel 1 Aw, komt vervolgens de vraag aan de orde wat een billijke vergoeding is voor die openbaarmaking. In dit verband is met name van belang de rechtszaak van de Stichting ter Exploitatie van Naburige rechten (SENA) tegen de NOS, ter zake van de vaststelling van een billijke vergoeding die aan uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten moet worden betaald voor de uitzending van commerciële fonogrammen via radio of televisie. Hoewel de zaak speelt op het terrein van de naburige rechten, heeft zij ook invloed op de uitleg van het begrip "billijke vergoeding" in het auteursrecht.

In deze zaak heeft de Hoge Raad een aantal prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG). Het HvJEG is onder meer gevraagd of het begrip "billijke vergoeding" een communautair begrip is dat in alle lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd en toegepast. Zo ja: Naar welke maatstaven dient de hoogte van de billijke vergoeding te worden vastgesteld? En zo nee: welke ruimte hebben lidstaten dan om eigen criteria vast te stellen?

In zijn uitspraak van 6 februari 2003 (zaak C-245/00) heeft het HvJEG antwoord gegeven op de vragen van de Hoge Raad. Het Hof kwam tot het oordeel dat het begrip "billijke vergoeding" in artikel 8, tweede lid, van de Richtlijn 92/100/EEG van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (PbEG L 346) in alle lidstaten uniform moet worden uitgelegd en in dier voege moet worden toegepast, dat elke lidstaat op zijn grondgebied de meest relevante criteria vaststelt om er binnen de door het gemeenschapsrecht en met name door deze richtlijn gestelde grenzen voor te zorgen dat dit communautaire begrip wordt geëerbiedigd. Artikel 8, tweede lid van de bovengenoemde richtlijn verzet zich volgens het Hof "niet tegen een model voor de berekening van de billijke vergoeding van uitvoerende kunstenaars of producenten dat variabele en vaste factoren bevat, zoals het aantal uren dat fonogrammen worden uitgezonden, de kijk- en luisterdichtheden van de door de omroeporganisatie vertegenwoordigde radio- en televisieomroepen, de bij overeenkomst vastgestelde tarieven op het gebied van de rechten voor uitvoering en uitzending van door het auteursrecht beschermde muziekwerken, de tarieven die de publieke omroepen in de buurlanden van de betrokken lidstaat toepassen, en de door de commerciële omroepen betaalde bedragen, voor zover met dit model een juist evenwicht kan worden bereikt tussen

het belang van uitvoerende kunstenaars en producenten om een vergoeding voor de uitzending van een bepaald fonogram te ontvangen en het belang van derden om dit fonogram onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden en het model niet in strijd is met enig beginsel van het gemeenschapsrecht." Het is nu aan de Hoge Raad om in deze zaak, met inachtneming van de uitspraak van het HvJEG, arrest te wijzen.

4.5. Factoren voor het berekenen van een billijke vergoeding

Naar aanleiding van de uitspraak in de zaak Sena/NOS komt de vraag op welke factoren zoal betrokken kunnen worden bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding. Een belangrijke factor is het kijk- en luisterpubliek. Dit criterium komt ook naar voren in de zaak Sena/NOS. Een berekening kan gebaseerd worden op het feitelijk aantal kijkers en luisteraars (actual audience) of op een mogelijk aantal (potential audience). Verschillende Kamerfracties hebben zich uitgesproken voor het hanteren van het principe van 'actual audience' (zie onder meer Kamerstukken II, 2000/01, 27 088, nr. 24). Zij menen dat een toename van het aantal doorgiftekkanalen niet automatisch betekent dat ook het aantal toeschouwers stijgt. Ten aanzien van de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding is ook in de overgangperiode van gelijktijdig analoog en digitaal naar uitsluitend digitaal doorgeven van programma's een pragmatische benadering gewenst.

Naar mate het aantal kijkers en luisteraars beter meetbaar is, ligt het ook meer voor de hand dat het actual audience-criterium gehanteerd wordt als een belangrijke factor voor de berekening van de billijke vergoeding. Met de komst van digitale technieken en het gebruik van daarvoor benodigde apparatuur, wordt het actual audience steeds beter meetbaar. Voor de ontvangst van digitale televisie moeten consumenten namelijk in het bezit zijn van apparatuur, waarin belangrijke gegevens kunnen worden opgeslagen en gelezen.

Uiteraard zal ook de uitspraak van de Hoge Raad inzake Sena/NOS van groot belang zijn. Ten slotte is bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding van belang de eigen verantwoordelijkheid in dezen van zowel rechthebbenden op als gebruikers van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde werken en prestaties, met name in de overgangperiode. Enerzijds geldt dat voor gebruik van beschermd materiaal of beschermde prestaties in beginsel een vergoeding verschuldigd is, maar aan de andere kant mag van rechthebbenden worden verwacht dat een maatschappelijk verantwoorde uitoefening van auteurs- en naburige rechten kan worden verzoend met de ontwikkeling van nieuwe technieken, infrastructuren en exploitatievormen.

4.6. Toezicht

De uitoefening van rechten gebeurt vaak door collectieve beheersorganisaties, zoals Buma en Sena. Gebruikers van beschermde werken en prestaties hoeven hierdoor in beginsel niet op zoek naar en afspraken te maken met allerlei individuele rechthebbenden, maar kunnen voor toestemming aankloppen bij de beheersorganisatie die de betreffende rechten of prestaties collectief beheert. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen beheersorganisaties die zich bij of krachtens de wet toeleggen op exclusief collectief beheer van rechten (Sena, Buma, Stichting De Thuis kopie, Stichting Leenrecht en Stichting Reprorecht) en beheersorganisaties die een dergelijk monopolie niet bezitten (bijvoorbeeld Stichting De Visuelen/BSB, voor onder meer de exploitatie van de rechten van beeldende kunstenaars, en architecten).

Op 15 juli 2003 is de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten inwerking getreden (Stb. 2003, 111 en 278). Deze wet voorziet in een uniformering en modernisering van het toezicht op de collectieve beheersorganisaties die bij of krachtens de wet aangewezen zijn voor het beheer van rechten. Het is uiteraard van belang dat deze organisaties een transparant en non-discriminatoir tarievenbeleid hanteren. Het toezicht door het op grond van voornoemde wet nieuw ingestelde College van Toezicht collectieve beheersorganisaties kan zich, in voorkomende (individuele)

gevallen, ook uitstrekken tot de transparantie van door collectieve beheersorganisaties gehanteerde tarieven.

5. Conclusies

Nieuwe technologische ontwikkelingen zorgen voor nieuwe verspreidingsvormen van onder andere auteursrechtelijk beschermd materiaal. Dit heeft auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke consequenties, die mede zijn ingegeven door Europese en internationale regelgeving. Deze regelgeving beperkt de nationale beleidsvrijheid sterk.

Het auteursrecht en de naburige rechten kent als achtergrond de bescherming van prestaties van auteurs, uitvoerende kunstenaars, etc. Dit stelt hen in de gelegenheid om een billijke vergoeding te bedingen voor het gebruik van hun prestaties. Uitgangspunt is dat voor ieder gebruik, voor iedere openbaarmaking, van beschermde werken of prestaties in beginsel een vergoeding verschuldigd is. Hierop bestaan een aantal uitzonderingen en beperkingen. Deze houden onder meer verband met de uitleg van de begrippen "openbaarmaking", "ander organisme", "publiek" en "billijke vergoeding". Ten aanzien van deze begrippen zijn op het moment een aantal belangrijke ontwikkelingen gaande. In de discussie omtrent GSO, waarin de vraag centraal staat of het gaat om een secundaire openbaarmaking, zijn partijen in overleg met elkaar. Gelet op de hoopvolle ontwikkelingen in dat dossier is er op dit moment geen noodzaak om ten aanzien van de begrippen "openbaarmaking" en "publiek" wetswijziging door te voeren. De uitleg van het begrip "ander organisme" staat centraal in de discussie rondom Digitenne. Partijen in deze discussie hebben hun geschilpunten voorgelegd aan de rechter.

In het kader van de discussie over de uitleg van het begrip "billijke vergoeding" is de vraag opgekomen welke factoren betrokken kunnen worden bij het vaststellen van de hoogte van deze vergoeding. Naar mate het aantal kijkers en luisteraars beter meetbaar is, ligt het voor de hand om het actual audience-criterium te hanteren als een belangrijke berekeningsfactor. Uiteraard zal ook de uitspraak in de zaak Sena/NOS, die momenteel bij de Hoge Raad aanhangig is, relevant zijn.

Ten slotte is van belang dat bij de digitale doorgifte van programma's sprake is van een overgangsfase. Een overgang van alleen analoog via gelijktijdig analoog en digitaal tot uitsluitend digitaal doorgeven van programma's. Het vraagstuk van de auteursrechtelijke vergoedingen en de secundaire openbaarmaking van radio- en televisieprogramma's is in dat licht van voorbijgaande aard. Deze lopende ontwikkelingen wettigen het vertrouwen dat het ook in de toekomst mogelijk zal blijken om vergoedingen voor openbaarstellingen in het kader van een maatschappelijk verantwoorde uitoefening van aanspraken te blijven verzoenen met het publieke belang van de ontwikkeling van nieuwe technieken, infrastructuur en exploitatievormen.

Deze omstandigheden leiden ons tot de conclusie dat er op dit moment geen reden bestaat tot wettelijk ingrijpen, maar dat er - door met name gebruikers en rechthebbenden - wel gewerkt kan worden aan praktische oplossingen, om nieuwe technologische ontwikkelingen te stimuleren. Hierbij kan gedacht worden aan afspraken over het tijdelijk hanteren van aangepaste tariefstructuren betreffende de vergoeding voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal ("coulance periodes") bij aanvang van nieuwe exploitatie-initiatieven. Daarbij is relevant dat investeringen in nieuwe technieken vaak pas op termijn rendement opleveren. Vroegtijdige samenwerking is van belang om tot goede onderlinge afspraken te komen, hetgeen op termijn kan leiden tot wederzijds voordeel voor alle partijen. Vroegtijdige samenwerking kan bovendien het ontstaan van conflicten voorkomen, omdat in dat geval het onderwerp auteurs- en nabuurrechtelijke vergoedingen niet pas ter sprake komt op een moment vlak voor de voorgenomen investeringsbeslissing of ingebruikneming van nieuwe technieken. Hierbij kan voorlichting een belangrijke rol spelen.

Lopende ontwikkelingen kunnen beter worden afgewacht. Dit laat onverlet dat de overheid tot taak heeft om een balans te bewerkstelligen en te behouden tussen het belang van ontwikkeling van nieuwe media enerzijds en de belangen van rechthebbenden bij een vergoeding voor het gebruik van hun werken anderzijds. Wij zullen er ons voor inspannen om deze balans te blijven bewaken.

De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,

mr. Medy C. van der Laan

De Minister van Justitie,

mr. J.P.H. Donner

De Minister van Economische Zaken

mr. L.J. Brinkhorst