

DIGITAAL DEPOT

Auteursrechtelijk luik: stand van zaken

AUTEURS:
Evi WERKERS en Hannelore DEKEYSER
Legal Researchers ICRI – KULeuven



20 oktober 2006, Leuven

0. INHOUDSTAFEL

0.	Inhoudstafel.....	2
1.	De Richtlijn Informatiemaatschappij	4
2.	Wat beschermt het Belgische auteursrecht?	5
2.1.	Twee beschermingsvoorwaarden	5
2.2.	Wat buiten het toepassingsgebied valt van de A.W.....	5
3.	Wie beschermt het auteursrecht?	6
3.1.	Het uitgangspunt	6
3.2.	Wettelijk vermoeden.....	6
3.3.	Collaboratieve werken.....	7
3.4.	Onvindbare auteurs ("orphan works")	7
3.5.	Websites.....	8
4.	Welke rechten heeft een titularis van auteursrechten of naburige rechten?	10
4.1.	Auteursrechten	10
4.1.1.	Vermogensrechten.....	10
4.1.1.1.	Reproductierecht.....	10
a)	Het reproductierecht sensu stricto	10
b)	Het adaptatierecht/bewerkingsrecht	10
c)	(Het vertaalrecht).....	11
d)	Het distributie- en bestemmingsrecht	11
e)	Het verhuur- en uitleenrecht	11
4.1.1.2.	Het publiek mededelingsrecht en het recht op beschikbaarstelling	12
4.1.2.	De morele rechten.....	12
4.1.2.1.	Divulgiatierecht	12
4.1.2.2.	Recht op erkenning van vaderschap	13
4.1.2.3.	Recht op integriteit.....	13
4.2.	De naburige rechten.....	14
4.3.	Sui generis databankenrecht	14
4.4.	Bescherming technische maatregelen (Digital Rights Management)	15
4.5.	Een bijzonder recht: het portretrecht.....	16
5.	De auteursrechtelijke excepties.....	18
5.1.	Algemeen	18
5.2.	Materieel en personeel toepassingsgebied van de erfgoedexcepties	18
5.2.1.	De exceptie voor de bewaring van erfgoed	19
5.2.2.	De exceptie voor de mededeling van erfgoed	24
5.3.	De rechten van gebruikers in bibliotheken / archieven	26
5.3.1.	Kopies op analoge drager	26
5.3.2.	Kopies op digitale drager	27
5.4.	De gevolgen van illegale werken op vlak van auteursrecht en aansprakelijkheid. 29	
5.4.1.	De Belgische Auteurswet.....	29
5.4.2.	De Belgische Wet Elektronische Handel	29
5.4.3.	Beperkingen aan de communicatievrijheid	34
5.5.	Dwingend karakter?	36
5.6.	De internationale drie-stappen-test?	37
6.	Auteurscontracten.....	40
6.1.	De Belgische regeling voor auteurscontracten	40
6.2.	De voorgeschiedenis van Creative Commons Licenties.....	40
6.3.	De Creative Commons Licentie	42
6.3.1.	Ontstaan en succes van de licentie	42
6.3.2.	De Belgische Creative Commons Licentie	42
6.3.2.1.	De licentieprocedure: keuze uit zes standaardlicenties.....	43
1)	Naamsvermelding – Niet commercieel – Geen bewerkingen.....	43
2)	Naamsvermelding – Niet commercieel – Gelijk delen	43
3)	Naamsvermelding – Niet commercieel	43
4)	Naamsvermelding – Geen bewerkingen.....	43
5)	Naamsvermelding – Gelijk delen	44
6)	Naamsvermelding	44
6.3.2.2.	Begrippen naar Belgisch recht vertaald.....	45
6.3.2.3.	De specifieke kenmerken van de Creative Commons licentie	45

a) Geen afbreuk aan het toepassingsgebied Belgische A.W.	45
b) Geldige toestemming gebruiker	46
c) Kenmerken licentie: niet-exclusief, wereldwijd, onbeperkt in tijd, geen auteursrechtelijke vergoeding	46
d) In licentie gegeven uitoefening van vermogensrechten.....	46
e) Morele rechten	47
f) Speciale voorwaarden	47
g) Beheersvennootschap en/of exclusief contract	47
h) Gebruik Digital Rights Management technieken.....	47
i) Nietigheid	48
j) Garantie/uitsluiting aansprakelijkheid	48
6.4. De Archiveringslicentie.....	48
7. Conclusie	49

1. DE RICHTLIJN INFORMATIEMAATSCHAPPIJ

De Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 van de Europese Raad en het Europees Parlement betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de Informatiemaatschappij (hierna: Richtlijn Informatiemaatschappij) neemt de inhoud van de twee verdragen van WIPO inzake het auteursrecht (WCT) en inzake de uitvoeringen en fonogrammen (WPPT) over in het Europese recht, en heeft *twee doelstellingen* voor ogen. Ten eerste een verdere harmonisering van de vermogensrechten en de naburige rechten in de EU verwezenlijken. Ten tweede het auteursrecht aanpassen aan de uitdagingen van de informatiemaatschappij, waardoor tegemoet gekomen wordt aan de internationale verplichtingen die de lidstaten die leden zijn van de WIPO moeten vervullen¹. De Richtlijn moest in België eigenlijk al zijn omgezet op 22 december 2002 maar de Belgische wetgever schoot te laat in gang en liep een veroordeling op door het Hof van Justitie. Tijdens het wetgevende proces werden ook alle betrokken partijen geconsulteerd, waaronder de sector van archieven, bibliotheken en documentatiecentra². Uiteindelijk werd de Richtlijn pas omgezet door de Wet van 22 mei 2005, die de Belgische Auteurswet van 30 juni 1994 aanpaste³.

¹ Considerans 1, 6, 15 Richtlijn Informatiemaatschappij

² *Parl. St. Kamer* 2003-2004, nr. 1137/013, 14

³ Wet 22 mei 2005 houdende omzetting in Belgisch recht van de Europese Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *B.S.* 27 mei 2005

2. WAT BESCHERMT HET BELGISCHE AUTEURSRECHT?

De Belgische Auteurswet van 30 juni 1994, geeft *geen limitatieve opsomming* van werken die auteursrechtelijk beschermd worden, al wordt reeds in het eerste artikel gesproken over “werken van letterkunde of kunst” wat een begrip is dat breed mag worden geïnterpreteerd. Daarnaast zijn er ook bijzondere regels voor speciale categorieën van werken (bv. werken van beeldende kunst, audiovisuele werken, databanken, computerprogramma's). Algemene beschermingsvoorwaarden waaraan moet voldaan zijn vind je evenmin in de Auteurswet terug. In de Belgische rechtspraak en rechtsleer werden wel enkele basisprincipes uitgewerkt.

2.1. Twee beschermingsvoorwaarden

Enkel datgene dat *zintuiglijk waarneembaar* (hoorbaar/zichtbaar) is en getuigt van *originaliteit* wordt door het auteursrecht beschermd. Ideeën, principes, theorieën, gedachten, opvattingen, concepten, methodes, feiten op zich vallen in het publiek domein en worden dus niet auteursrechtelijk beschermd⁴. Ze moeten als het ware in een concrete en originele vorm/uitdrukkingwijze worden gegoten. Originaliteit bestaat uit twee componenten. Enerzijds moet blijken dat een werk het resultaat is van de intellectuele inspanning van de auteur. Er moet een aanwijsbare activiteit van de menselijke geest kunnen worden aangetoond en de band tussen het werk en de auteur moet duidelijk zijn. De omvang van de geleverde inspanning doet er niet toe, het kan ook een ogenblik van plotse inspiratie zijn. Anderzijds moet het werk de stempel van de persoonlijkheid van de auteur dragen. De hand van de maker moet in het werk kunnen worden teruggevonden, wat niet altijd gemakkelijk vast te stellen is. Om het originele gehalte te beoordelen van bijvoorbeeld een tekst wordt er geen rekening gehouden met de artistieke of esthetische waarde, de kwaliteit, de nieuwheid, de bestemming, het genre, de lengte/omvang, de vorm, de mate van voltooidheid of zelfs de strijdigheid met de openbare orde of goede zeden. Het originele karakter van een werk wordt dus behoorlijk ruim geïnterpreteerd. Teksten op weblogs, recensies, interviews, amateuristische foto's etc. kunnen allemaal in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming.

2.2. Wat buiten het toepassingsgebied valt van de A.W.

Toch zijn er ook een aantal *uitzonderingen*. Wanneer er geen ruimte is voor persoonlijke inbreng, of wanneer er geen enkele keuzevrijheid meer is zoals bij zuiver technische operaties, kan een werk niet auteursrechtelijk worden beschermd. Ook stijlen, officiële akten van de overheid, gewone (onbewerkte) feiten, banale zaken vallen buiten het toepassingsgebied van de auteursrechtelijke bescherming⁵. Wanneer de auteursrechtelijke beschermingsduur van een werk verstreken is (infra), vallen de werken in het openbaar domein en geldt het exclusief auteursrecht niet langer.

⁴ Bijvoorbeeld Vz. Rb. Brussel 8 juli 2002, A.M. 2004, 255

⁵ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Brussel, Larcier, 2005, 65-69, 95-97 ; F. BRISON, “Tien jaar auteurswet: en nu? Haar toepassingsgebied onder de loep genomen, A.M. 2004, 413-426 ; M. BUYDENS, *Auteursrechten en Internet: problemen en oplossingen voor het creëren van een online databank met beelden en/of tekst*, Brussel, Diensten van de Eerste Minister, 1998, 14-16 ; F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Brussel, Bruylant, 2000, 4-7, 12-19 ; G. FREQUIN en H. VANHEES, *Auteursrechtgids voor Nederland en België*, Den Haag, Sdu, 1999, 19-22, 26

3. WIE BESCHERMT HET AUTEURSRECHT?

3.1. *Het uitgangspunt*

De auteursrechten komen “ten originele titel” toe aan de *persoon die een auteursrechtelijk beschermd werk daadwerkelijk tot stand brengt* en dit ongeacht de hoedanigheid van die persoon of de omstandigheden waarin die creatie plaatsvindt. Dit kan dus enkel een natuurlijk fysiek persoon zijn, een rechtspersoon kan de rechten enkel bij overeenkomst bekomen.

Dit principe geldt ook wanneer de auteur een werk creëert als werknemer/ambtenaar of in het kader van een opdracht. De *werknemer/ambtenaar of opdrachtnemer* is de daadwerkelijke auteur. Indien een werkgever/opdrachtgever de auteursrechten wil bekomen, moet hij een (schriftelijke) overeenkomst afsluiten met de auteur.

Soms worden de auteursrechten (meer bepaald vermogensrechten) uitgeoefend door een *auteursrechthebbende*. Daaronder moet worden verstaan de persoon die niet ten originele titel maar op een andere manier in het bezit is gekomen (door overdracht) of een licentie verkreeg met betrekking tot vermogensrechten op een auteursrechtelijk beschermd werk, en op zijn beurt gerechtigd is te contracteren over de exploitatie van het werk. Dit kan op drie manieren: de oorspronkelijke auteursrechthebbende kan zijn auteursrechten (meer bepaald zijn vermogensrechten) overdragen door erfopvolging, door een laatste wilsbeschikking of door een gewone overeenkomst⁶. Auteurs sluiten zich vaak ook aan bij beheersvennootschappen voor auteursrecht, die een beheersmandaat uitoefenen.

3.2. *Wettelijk vermoeden*

In de Belgische Auteurswet bestaat ook een wettelijk vermoeden dat de persoon wiens *naam of letterwoord*, waarmee hij/zij kan worden geïdentificeerd, *op het werk* vermeld staat, de auteur is van het werk. Het begrip letterwoord wordt ruim geïnterpreteerd en omvat alle willekeurige tekens zoals het copyright notice, initialen, pseudoniemen, beeldmerken, logo's, emblemen en stempels. Het is voor buitenstaanders immers niet altijd gemakkelijk te achterhalen wie de werkelijke auteur is. Wanneer een expliciete vermelding ontbreekt, dan kunnen zij zich op dit vermoeden beroepen. Het vermoeden geldt ook ten aanzien van rechtspersonen of rechthebbenden (die de uitoefening van de vermogensrechten verkregen via een overdracht of licentie overeenkomst) en kan met alle rechtsmiddelen worden weerlegd.

Er werd ook een *tweede wettelijk vermoeden* in het leven geroepen ten aanzien van derden. Wanneer een werk anoniem of onder een pseudoniem werd gepubliceerd, wordt de uitgever ten aanzien van derden geacht daarvan de auteur te zijn. Uit de rechtspraak blijkt dat er een brede invulling wordt gegeven aan het begrip “uitgever”. (de persoon die de werken laat vervaardigen en commercialiseert)⁷. Toch bestaat er heel wat discussie over de precieze draagwijdte die aan de bepaling moet worden toegekend. Is de uitgever werkelijk plaatsvervangend auteur (ab initio) ten aanzien van derden zolang de auteur zelf zich niet bekend maakt, of is hij slechts de vertegenwoordiger / mandataris / gevolmachtigde met beperkte bevoegdheden⁸?

Bovendien is dit wettelijke vermoeden geschoeid op werken uit de analoge wereld. Het is onduidelijk of dit vermoeden naar de digitale wereld kan worden getransponeerd, dan wel of dit ook wel de bedoeling is geweest van de wetgever. Bij de omzetting van de Richtlijn Informatiemaatschappij werd aan deze bepaling alleszins niet veranderd. De toekenning van het auteurschap is dan ook een element waarvan de invulling wordt overgelaten aan de nationale staten. Eventueel zou het begrip van de uitgever in de online omgeving kunnen

⁶ M. BUYDENS, o.c., 1998, 29-30

⁷ Antwerpen 20 januari 1997, A.M. 1997, 174 ; Antwerpen 30 november 1998, A.M. 2000, 420, noot E. DERCLAYE ; Luik 16 maart 1999, Ing. Cons. 1999, 392

⁸ A. STROWEL, “Bespreking art. 6 A.W.” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.) *Huldeboek Jan Corbet – De Belgische Auteurswet*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, 176 ; *Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2006, 37-42

worden gelijkgesteld met de uitgever van de website (dus de webmaster / website beheerder of website eigenaar).

3.3. Collaboratieve werken

Het komt wel vaker voor dat auteursrechtelijk beschermde werken door meerdere auteurs tot stand worden gebracht (collaboratief werk). Er zijn *twee manieren* waarop een persoon mede-auteur kan worden. Ten eerste doordat er een creatieve bijdrage wordt geleverd die op zichzelf reeds auteursrechtelijk beschermd wordt. Ten tweede doordat er een creatieve bijdrage wordt geleverd die van dergelijke aard is dat zonder deze bijdrage het gezamenlijke werk niet tot stand zou zijn gekomen of belangrijke verschillen zou vertonen in zijn concrete vorm. Er moet wel sprake zijn van een gemeenschappelijke inspiratie en onderling overleg alvorens er sprake kan zijn van coauteurschap.

De A.W. maakt een onderscheid tussen *deelbare en ondeelbare werken*. Eigenlijk spreken deze termen voor zich. Bij deelbare werken, voortvloeiend uit de samenwerking van meerdere auteurs, kunnen de bijdragen van elkaar onderscheiden worden, bij ondeelbare niet.

Dit onderscheid heeft wel een aantal gevolgen voor de uitoefening van de auteursrechten. In het eerste geval zullen de auteurs, tenzij ze contractueel anders zijn overeengekomen, hun eigen bijdrage afzonderlijk mogen exploiteren maar enkel in die mate dat de exploitatie van het gemeenschappelijke werk daardoor niet in het gedrang komt. Wat de exploitatie van het deelbare werk in zijn geheel betreft zijn de regels met betrekking tot ondeelbare werken van toepassing. De auteurs kunnen bij onderlinge overeenkomst de uitoefening ervan vrij bepalen, zoniet zullen de onverdeelde auteursrechten gezamenlijk moeten worden uitgeoefend. Wanneer er geen overeenstemming tussen de medeauteurs wordt bereikt (b.v. bij onenigheid of ruzie) omtrent de wijze waarop de onverdeelde auteursrechten moeten worden uitgeoefend, mag geen van hen de auteursrechten afzonderlijk uitoefenen en zal er naar de rechter moeten worden gestapt voor een deblokkering van de auteursrechten. De rechter zal een uitspraak doen over de (mogelijke) uitoefening van de rechten en kan daar bepaalde voorwaarden aan verbinden die hij nuttig vindt. Zo kan hij bijvoorbeeld beslissen op verzoek van de medeauteur die zich tegen de exploitatie verzet dat diens naam niet op het werk zal voorkomen of dat hij niet zal delen in de kosten en de baten van de exploitatie. Deze maatregelen werden in de A.W. opgenomen, maar zijn louter exemplatief en niet-limitatief. Wanneer een persoon evenwel onder toezicht en volgens zeer nauwkeurige instructies van de auteurs van een creatie enkel zorgt voor de materiële realisatie (het gieten van een werk in een materiële vorm), dan wordt hij niet als een medeauteur beschouwd. In dat geval bestaat er namelijk geen enkele mogelijkheid tot creatieve inbreng⁹.

Het voorbeeld bij uitstek van een collaboratief werk is natuurlijk een website. Wegens het specifieke karakter van een website besteden we hier een aparte paragraaf aan.

3.4. Onvindbare auteurs (“orphan works”)

Wanneer een auteur onbekend/onvindbaar is, kan je er toch maar beter niet vanuit worden gegaan dat een werk vrij is van auteursrechten. Er bestaat immers steeds het risico dat er vroeg of laat toch een rechthebbende opduikt die een procedure instelt tot stopzetting en een schadevergoeding eist. Belgische rechters oordelen hier over het algemeen behoorlijk streng over. Vaak wordt er een vrijwaringsclausule gehanteerd in de zin van: “*De gebruiker van het bovengenoemde werk heeft alle inspanningen geleverd die in zijn macht lagen om de toepasselijke wetgeving op het gebied van de auteursrechten na te leven en toestemming te bekomen van de rechthebbende. Aangezien, ondanks alle inspanningen niet kon worden achterhaald wie de rechthebbende is, werd besloten het werk te reproduceren met dien verstande dat degene die de auteur/auteursrechthebbende van dit werk is, wordt uitgenodigd contact op te nemen met de gebruiker zodat de nodige regelingen kunnen getroffen worden*”. Sommige auteursrechtverenigingen zoals SOFAM verlenen een borgstelling, ter vrijwaring

⁹ M. BUYDENS, o.c.,1998, 28-29 ; E. DERCLAYE en A. STROWEL, *Droit d’auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimedia: droit belge, européen et comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 39-49

van mogelijke aanspraken indien de auteur toch nog opduiken zou, tegen betaling van een tarief dat door de vereniging wordt gehanteerd. De geldigheid van deze vrijwaring/waarborgclausules wordt echter betwist.

3.5. Websites

Ook een website is meestal auteursrechtelijk beschermd en mag dus niet zomaar worden overgenomen. Bij een website zullen meestal zowel de elementen (tekst, foto's, databanken, geluidsopnamen, logo's, pictogrammen, enz....) waaruit de website/virtuele omgeving is opgebouwd als de opbouw van de site en de omgeving zelf de bescherming van het auteursrecht (opmaak, typografie, tekeningen, selectie van elementen, enz....) genieten wegens het originele karakter¹⁰.

Een website is het voorbeeld bij uitstek van wat men een *multimediatproduct* noemt, en meestal het resultaat van het werk van een heel team waarin een of meer ontwerpers, grafici, tekstschrijvers, informatici, etc. aan hebben samengewerkt. Zowel de verschillende elementen waaruit de website is opgebouwd zoals foto's, teksten, tekeningen, logo's, pictogrammen, geluid, opmaak, etc. kunnen auteursrechtelijk beschermd worden als de website zelf omwille van de zintuiglijk waarneembare en originele oorspronkelijke indeling¹¹. Al wie rechtstreeks meewerkt aan de vormgeving van een website komt in aanmerking als coauteur van een (on)deelbaar werk¹².

Er moet evenwel een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds zij die de selectie en/of presentatie van de website meer bepaald thesaurus, zoekstelsel, etc. hebben geconcipeerd, met andere woorden de coauteurs van een website die auteursrechten hebben op de website en anderzijds de auteurs die auteursrechten hebben op de elementen die op een website werden geplaatst, zonder medeauteur te zijn. Werken van een auteur die niet meewerkte aan de website mogen dus enkel op de website worden geplaatst mits zijn toestemming tenzij er excepties kunnen worden ingeroepen zoals het citaatrecht. Maar zelfs in dat geval moet de naam van de auteur of de rechthebbende ook worden vermeld of eenvoudig kunnen worden achterhaald. Ook privé-gebruikers kunnen een creatieve bijdrage leveren op een ruimte die hen ter beschikking wordt gesteld op het internet, bijvoorbeeld door hun mening te posten op de weblog, door eigen muziek of foto's beschikbaar te stellen, etc.

Over de aard van websites bestaat evenwel discussie. In Belgische rechtsleer en rechtspraak wordt een website op verschillende wijzen gekwalificeerd: als een letterkundig werk¹³, een audiovisueel werk¹⁴, zeer vaak als databank¹⁵ en door sommigen zelfs als een computerprogramma¹⁶.

Een *databank* wordt in de A.W. omschreven als:

- een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen: het kan gaan om auteursrechtelijk beschermde werken, maar ook om feitelijke niet-auteursrechtelijk beschermde data die elk afzonderlijk geraadpleegd kunnen worden
- die systematisch of methodisch geordend zijn
- en die afzonderlijk toegankelijk zijn met al dan niet elektronische middelen: de gebruiker moet de elementen afzonderlijk kunnen bekijken zonder de hele databank telkens te moeten aflopen
- met al dan niet elektronische middelen: de databank kan zowel op een papieren als op een digitale drager staan

¹⁰ Voorz. Rb. Gent 3 september 2001, *I.R.D.I.* 2002, afl. 1, 104, noot E. LAEVENS

¹¹ F. BORNER en G. SPINDLER, *E-commerce law in Europe and the USA*, Berlijn, Springer, 2002, 52

¹² A. BERENBOOM, *o.c.*, 2005, 300-301

¹³ Voorz. Rb. Brussel 23 januari 2003, *A.M.* 2005, afl. 4, 305, noot

¹⁴ Voorz. Rb. Brussel 23 juni 2003, *A.M.* 2003, afl. 5, 395, noot F. BRISON

¹⁵ M. BUYDENS, *o.c.*, 1998, 83-84

¹⁶ H. DEKEYSER, *Digitale archivering: een juridische stand van staken vanuit Belgisch perspectief. Deel 2. Auteursrecht, technische beschermingsmaatregelen en wettelijk depot*, Leuven, DAVID, 2004, 10

Op de elementen van de databank en op de databank zelf zijn de algemene regels van de A.W. van toepassing. Met betrekking tot databanken berust de originaliteit bij de originele selectie en/of ordening van de opgeslagen gegevens, m.a.w. als de selectie/ordening de persoonlijke stempel van de samensteller draagt. Net als bij de overige auteursrechtelijk beschermde werken kan ook een databank in een grafische of niet-grafische vorm/drager zijn vastgelegd. Het kan gaan om een catalogus in boekvorm, of om een elektronische databank, een CD-rom of een website, etc. De producent van een databank, dit is de natuurlijke persoon of rechtspersoon die het initiatief neemt en het risico draagt van de investeringen, heeft een sui generis recht (afzonderlijk recht) waardoor hij het recht op opvragingen of het hergebruik¹⁷ van (een gedeelte van) de databank kan verbieden. Een rechtmatige gebruiker mag evenwel zonder toestemming van de auteur van de databank alle handelingen verrichten die noodzakelijk zijn om toegang te krijgen tot en normaal gebruik te maken van de inhoud van de databank, wanneer deze op een geoorloofde wijze is openbaar gemaakt¹⁸.

¹⁷ Elke vorm van het aan het publiek ter beschikking stellen van de inhoud van een databank of van een substantieel deel ervan door verspreiding van kopieën, verhuur, online transmissie of in een andere vorm, met uitzondering van openbare uitlending.

¹⁸ Art. 20bis t.e.m. 20quater A.W. ; H. VANHEES, *Auteursrecht in een notendop*, Leuven Garant, 1998, 20

4. WELKE RECHTEN HEEFT EEN TITULARIS VAN AUTEURSRECHTEN OF NABURIGE RECHTEN?

De vermogensrechten zijn *splitsbaar*, ze kunnen worden onderverdeeld in een aantal van elkaar te onderscheiden en op zichzelf staande, zelfstandige deelrechten. Het zijn *exclusieve* rechten, in die zin dat een auteur *discretionair* (in alle vrijheid) over de uitoefening ervan beslissen kan. In essentie zijn het ook verbodsrechten. De auteur bepaalt of hij het gebruik van zijn werk verbiedt, dan wel toelaat en zo ja, onder welke voorwaarden. Een (schriftelijke) *toestemming* van de auteur is dus noodzakelijk¹⁹. Enkel op die manier is het voor hem/haar immers mogelijk om er financiële voorwaarden (ook wel een uitgesteld loon genoemd) aan te verbinden. Op deze monopolierechten van de auteurs werden evenwel een aantal wettelijke uitzonderingen in het leven geroepen (cf. infra).

4.1. Auteursrechten

4.1.1. Vermogensrechten

4.1.1.1. Reproductierecht

a) Het reproductierecht *sensu stricto*

De basisregel is dat de auteur het absolute en exclusieve recht heeft om zijn werk te verveelvoudigen of te laten verveelvoudigen, d.i. elke nieuwe vastlegging van het werk in een bestendig vermaterialiseerde vorm. Ongeacht:

- het doel
- het gebruikte reproductiemiddel/proces (grafisch, mechanisch, optisch, elektronisch)
- het een volledige of gedeeltelijke reproductie betreft
- het een directe of indirecte reproductie betreft
- het een tijdelijke of duurzame reproductie betreft

zal er in de regel steeds toestemming van de auteur moeten worden verkregen. Door de snelle evolutie van de informatiemaatschappij winnen de elektronische rechten steeds meer aan belang, meer bepaald: de verveelvoudiging en openbaarmaking van een werk in digitale vorm b.v. wanneer een werk wordt gedigitaliseerd door een scan, door een vastlegging op diskette/CD-rom/harde schijf van een computer, geplaatst of bekeken/geraadpleegd (browsing) op een website d.m.v. proxy caching/mirroring/ transportkopieën via internet en aldus tijdelijk gereproduceerd in het geheugen van de computer, opgenomen in een digitale databank, een digitaal registratiesysteem of geplaatst op de website, etc.

Ook voor reproducties van websites, weblogs etc. met het oog op bewaring zou dus in principe toestemming moeten worden verkregen. Toch werden er ook een aantal gloednieuwe wettelijke uitzonderingen in de A.W. opgenomen. Daardoor kunnen proxy caching en tijdelijke transportkopieën in de toekomst plaatsvinden zonder dat de gebruiker steeds toestemming van de auteur moet vragen²⁰. Ook voor specifieke reproducties met het oog op archivering en ontsluiting werden er een aantal specifieke excepties in het leven geroepen (cf. infra).

b) Het adaptatierecht/bewerkingsrecht

Het adaptatierecht omvat het recht van een auteur om zijn creatie te bewerken of te laten bewerken, en het recht om het *afgeleide werk* dat daaruit voortkomt te exploiteren. De auteur moet zijn toestemming geven wanneer iemand zijn werk wil bewerken, maar wordt daardoor geen coauteur van de adaptatie. Alvorens men van een adaptatie kan spreken moeten wel de volgende *voorwaarden* cumulatief zijn voldaan. Ten eerste moeten er wezenlijke, concrete en originele vormelementen van het oorspronkelijke werk zijn overgenomen. Ten tweede moet een eigen vormgeving (een persoonlijke "touch" zeg maar) zijn toegevoegd. Gewoon geïnspireerd worden door andermans werk is dus niet voldoende, je moet essentiële en

¹⁹ Dit mag ook in elektronische vorm zijn.

²⁰ M. BUYDENS, o.c., 1998, 42-43 ; M.C. JANSSENS, *Intellectuele rechten in de informatiemaatschappij*, Brussel, Bruylant., 1998, 21-22, 28

kenmerkende vormelementen overnemen. Als je geen eigen vormgeving toevoegt, bestaat de kans dat je wordt beschuldigd van plagiaat. Er moet ook worden rekening gehouden met de morele rechten van de auteur van het oorspronkelijke werk²¹. Werken die nog op een analoge drager zijn vastgelegd en worden gedigitaliseerd met het oog op bewaring zullen meestal geen grondige bewerkingen ondergaan, tenzij dit om technische / archivalische redenen noodzakelijk is. De essentie van archivering of bewaring is immers niet het creëren van afgeleide werken, maar het originele werk zo goed mogelijk te bewaren in zijn oorspronkelijke vorm zonder daarbij aan de essentie te raken en zonder er eigen elementen aan toe te voegen. Het is dan ook betwistbaar dat een auteur zich op basis van dit recht zou kunnen verzetten tegen een digitalisering van zijn werk. Het algemeen rechtsbeginsel van verbod van rechtsmisbruik lijkt zich hier ook tegen te verzetten.

c) (Het vertaalrecht)

Dit is het recht om een werk te vertalen of te laten vertalen, en om het vertaalde werk te exploiteren²².

d) Het distributie- en bestemmingsrecht

Bij de recente wetswijziging werd het distributierecht eindelijk uitdrukkelijk ingeschreven in de Auteurswet, al werd het voordien al lang erkend in de Belgische doctrine/rechtspraak die het reproductierecht ruim interpreteerde. Wat houdt dit recht nu in? De auteur heeft het exclusieve recht om zijn creatie of exemplaren (materiële kopieën) ervan in de handel te brengen en te verspreiden of hiervoor zijn toestemming te geven. De auteur kan ook controle uitoefenen op de verhandeling (door verkoop of een andere vorm van eigendomsoverdracht) en het gebruik van zijn creatie (of exemplaren ervan), in die zin dat hij eenzijdig voorwaarden/bepalingen kan opleggen aan elke verkrijger van zijn werk (een medecontractant of een derde). Het distributierecht doet evenwel geen afbreuk aan het *communautair uitputtingsrecht*, wat betekent dat een auteur niet kan verlangen dat exemplaren van zijn werken enkel in één lidstaat van de EU mogen worden verhandeld, maar nooit mogen worden uitgevoerd naar een andere lidstaat. De eerste verkoop of andere eigendomsoverdracht van het origineel of van de kopie in de EU leidt tot uitputting van het distributierecht van dat origineel of die kopie. Wel zullen deze ingevoerde exemplaren in België dan moeten verspreid worden op de wijze en/of via de distributiekanaalen die door de auteur werden bepaald. Er is evenwel geen sprake van uitputting in geval van (online) diensten, waarvoor steeds de toestemming van de auteur moet worden verkregen.

Wat het bestemmingsrecht betreft, zal de auteur bij de uitoefening ervan moeten aantonen dat de derde feitelijke kennis had van de opgelegde gebruiksbeperking of dit normalerwijs had moeten hebben. Het bewijs hiervan is een feitenkwestie die door de rechter geval per geval zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden, maar de bewijsvoering kan natuurlijk wel worden vergemakkelijkt wanneer de auteur de bestemming op het voorwerp zelf plaatst. Of, zoals we verder zullen zien, in de (Creative Commons) licentie op de website bijvoorbeeld.

Ook het WIPO-Verdrag erkent uitdrukkelijk het bestaan van het distributierecht. In de Gemeenschappelijke Verklaring bij artikel 6 werd wel gepreciseerd dat dit artikel enkel slaat op vaste exemplaren die als tastbare voorwerpen in omloop kunnen worden gebracht. Een online distributierecht wordt dus niet erkend. Een auteur kan zich op het bestemmingsrecht beroepen om te voorkomen dat zijn werken via een online databank worden verspreid²³.

e) Het verhuur- en uitleenrecht

In uitvoering van de Europese Richtlijn 92/100²⁴ kan een creatie, of exemplaren ervan, niet worden verhuurd of uitgeleend zonder toestemming van de auteur. Wat is het verschil tussen verhuring en uitleening? *Verhuur* is het voor gebruik ter beschikking stellen voor een beperkte

²¹ Art. 1 § 1, lid 2 A.W. ; A. BERENBOOM, o.c., 2005, 53 ; M. BUYDENS, o.c., 1998, 20 ; G. FREQUIN en H. VANHEES, o.c., 1999, 82-83 ; H. VANHEES, o.c., 1998, 30-31

²² Art. 1, § 1, lid 2 A.W.

²³ M. BUYDENS, o.c., 1998, 21 ; Rb. Brussel 12 maart 1996, A & M 1996, 449

²⁴ Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom, P.B. L. 34, 27 november 1992, 61

tijd en tegen een (in)direct economisch/commercieel voordeel. *Uitlening* vindt daarentegen enkel plaats in via voor het publiek toegankelijke instellingen (openbare bibliotheek, wetenschappelijke bibliotheek, archiefinstelling) zonder dat daar enig voordeel aan bij te pas komt. Indien er toch een bedrag gevraagd wordt, mag dit niet hoger liggen dan hetgeen noodzakelijk is om de huishoudelijke kosten van de instelling te dekken.

Het ter plaatse tijdelijk gratis ter beschikking stellen van auteursrechtelijk beschermde werken in een digitale online omgeving (online consultatie) is geen uitlening, maar een publieke mededeling en een reproductie waar in principe de toestemming van de auteur in kwestie voor nodig is²⁵. Zoals we zullen zien werden er wel enkele specifieke excepties uitgewerkt die kunnen worden ingeroepen waardoor geen toestemming vereist is.

4.1.1.2. Het publiek mededelingsrecht en het recht op beschikbaarstelling

Een auteur heeft het exclusieve recht om, ongeacht welk procédé, zijn creatie(s) in het openbaar mee te delen of te laten meedelen d.i. elke afzonderlijke reproductie van zijn creatie in een niet-bestendig vermaterialiseerde, dus in een niet-duurzame maar efemere vorm (radio, satelliet, kabel etc.). Een op- of uitvoering kan rechtstreeks (live) gebeuren, maar kan ook via technische hulpmiddelen. Gezien de digitalisering werd daar bij de recente wetwijziging aan toegevoegd dat ook “de beschikbaarstelling van een werk voor het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd”, valt onder de auteursrechtelijke bevoegdheid, wat neerkomt op het plaatsen van werken op het internet.

Wat betreft het mededelen van auteursrechtelijk beschermde werken via internet (online transmissies) is er eensgezindheid over het feit dat het niet vereist is dat verschillende personen het werk op eenzelfde tijdstip waarnemen. Een mededeling aan het publiek kan ook gericht zijn tot individuele ontvangers bijvoorbeeld abonnementsleden van een website²⁶, of bijvoorbeeld tot leden die met een bijzonder paswoord toegang krijgen tot een intern netwerk. In tegenstelling tot het distributierecht voor de verspreiding van de materiële exemplaren kan er bij een immateriële verspreiding door publieke mededeling geen sprake zijn van uitputting van het publiek mededelingsrecht²⁷.

4.1.2. De morele rechten

De morele rechten zorgen er eigenlijk voor dat zelfs als de auteur (een deel van) zijn reproductierechten overdroeg, hij toch nog een oogje in het zeil kan houden op het gebruik dat van zijn werk wordt gemaakt door de medecontractant. De medecontractant zal steeds moeten rekening houden met de belangen van de auteur.

4.1.2.1. Divulgiatierecht

Een auteur kan in alle vrijheid beslissen of door hem gemaakte werken geschikt zijn om openbaar gemaakt te worden, wanneer en onder welke voorwaarden dat dient te gebeuren. De beslissing van een auteur om zijn werk bekend te maken is definitief en onherroepelijk. In tegenstelling tot de vermogensrechten kan het divulgiatierecht dus slechts éénmaal worden uitgeoefend, daarna is het uitgeput. Er kan geen beslag worden gelegd op de werken (de materiële drager) en de daarop rustende auteursrechten, vooraleer de auteur zijn divulgiatierecht heeft uitgeoefend. Meestal valt de divulgatie samen met de eerste uitoefening van de vermogensrechten²⁸.

In sommige landen zoals Frankrijk, bestaat er een recht op inkeer / berouwrecht. In België werd dit nooit wettelijk erkend. Dit morele recht kan worden beschouwd als de tegenhanger van het divulgiatierecht: de auteur kan op basis van dit recht zijn openbaar gemaakte werk

²⁵ Art. 1 § 1 lid 3 A.W. ; A. BERENBOOM, *o.c.*, 2005, 53-54 ; M. BUYDENS, *o.c.*, 1998, 20 ; G. FREQUIN en H. VANHEES, *o.c.*, 1999, 52-53 ; M.C. JANSSENS, “De beschermingsomvang in het auteursrecht: een balans na tien jaar toepassing van de Wet van juni 1994”, *A.M.* 2004b, (444)449 ; H. VANHEES, *o.c.*, 1998, 33-35

²⁶ M. BUYDENS, *o.c.*, 1998, 22, 40 ; F. GOTZEN, *Cursus auteursrecht*, Leuven, 2003, 88-89 ; M.C. JANSSENS, “De beschermingsomvang in het auteursrecht: een balans na tien jaar toepassing van de Wet van 1994”, *A.M.* 2004, (444)452

²⁷ art. 3, lid 3 en considerans 29 Richtlijn Informatiemaatschappij

²⁸ Art. 1 § 2, lid 3 en 4 A.W.; G. FREQUIN en H. VANHEES, *o.c.*, 1999, 53, 57-58 ; M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2004, (444)455 ; H. VANHEES, *o.c.* 1998, 52

weer van de markt halen als zijn intellectuele opvatting erover gewijzigd is of omdat hij er wijzigingen in wil aanbrengen en op voorwaarde dat hij eerst de exploitant vergoedt. Wanneer het werk dan later toch weer op de markt wordt gebracht moet dit bij voorkeur opnieuw aan de vroegere medecontractant worden aangeboden. Toch erkent de Belgische rechtspraak het recht op inkeer met betrekking tot portretten²⁹.

4.1.2.2. Recht op erkenning van vaderschap

Een auteur kan op om het even welk ogenblik zich bekendmaken als de auteur van een creatie en verlangen dat zijn originele werk, alsook de exemplaren ervan, verschijnen onder zijn naam, ongeacht of het nu gaat om een papieren of een digitale drager. Het is immers op die manier dat een auteur bekend raakt en een reputatie opbouwt. Indien een derde het vaderschap zou opeisen of indien de naam van die derde op de creatie zou worden geplaatst, dan kan de auteur zich op grond van dit recht daartegen verzetten. Er moet wel worden benadrukt dat het gaat om een recht op erkenning van vaderschap, geen plicht. Dit betekent dat een auteur er kan van afzien dit recht uit te oefenen en kan verkiezen zijn vaderschap te verzwijgen. Het werk verschijnt dan anoniem of soms ook wel onder een pseudoniem/fantasiernaam. Dat neemt niet weg dat de auteur zich steeds naar de buitenwereld toe zal kunnen bekend maken als de daadwerkelijke auteur, tenzij hij zich contractueel ertoe verbonden heeft dat niet te zullen doen. In dat laatste geval moet een welomschreven toestemming worden gegeven in een concreet contractueel geval. Een auteur kan zich er niet toe verbinden nooit te zullen publiceren onder eigen naam³⁰.

4.1.2.3. Recht op integriteit

Dit morele prerogatief reikt wellicht nog het verst. De auteur kan zich steeds, ongeacht enig andersluidend contractueel beding, verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van zijn werk, dan wel tegen enige andere aantasting van het werk die zijn eer of reputatie schaden kan. Concreet wil dit zeggen dat een auteur zich steeds kan verzetten tegen louter materiële wijzigingen (vergrotingen, verkleiningen, wijzigingen van de kleuren, de contrasten of het beeldvak, elementen die uit het werk worden verwijderd, enz...). Hij kan zich ook verzetten tegen het zogenaamde "verraden van de geest" van zijn werk wanneer zijn eer/goede naam daardoor kan worden aangetast b.v. door een werk te publiceren in een totaal andere context zoals politieke propaganda, of nog, door een hypertext-koppeling naar een revisionistische website of andere inhoud waarmee hij niet wil worden geassocieerd³¹. Ten aanzien van bepaalde wijzigingen moet wel enige terughoudendheid aan de dag worden gelegd. Wijzigingen die inherent zijn aan de wijze waarop een werk wordt geëxploiteerd - bijvoorbeeld wanneer het materiaal met akkoord van de auteur wordt gedigitaliseerd - worden niet beschouwd als een schending van het integriteitsrecht³². Specifiek in de situatie van het digitaal depot wil dit zeggen dat bij bewerkingen die noodzakelijk zijn om het werk optimaal te archiveren, er door de auteur bezwaarlijk protest kan worden geleverd. Ook met betrekking tot morele rechten moet een zekere belangenafweging worden gemaakt. Een juridische grondslag daarvoor kan worden teruggevonden in het algemeen beginsel dat overeenkomsten ter goeder trouw moeten worden uitgevoerd en dat geen rechtsmisbruik mag worden gepleegd. Een auteur kan ook nooit (op voorhand) afstand doen van zijn integriteitsrecht, maar kan wel steeds achteraf instemmen met de wijzigingen die zijn medecontractant heeft aangebracht aan zijn auteursrechtelijk beschermd werk³³.

²⁹ Art. 3 § 1 lid 3 A.W. ; A. BERENBOOM, *o.c.*, 2005, 192-193, 238-239, 241 ; M. BUYDENS, 1998, 64; J. CORBET, "Auteursrecht", *A.P.R.*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 61 ; F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, *o.c.*, 2000, 318-319 ; F. GOTZEN, *o.c.*, 2003, 125, 93-95

³⁰ Art. 1 § 2, lid 5 A.W. ; G. FREQUIN en H. VANHEES, *o.c.*, 1999, 58 ; H. VANHEES, *o.c.*, 1998, 53 ; Vred. Leuven 22 februari 1994, *T. Vred.* 1996, 335

³¹ G. PESACH, "The author's moral right of integrity in cyberspace – a preliminary normative framework", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2004, Vol. 34, (250)253

³² M. BUYDENS, *o.c.*, 1998, 77 ; G. FREQUIN en H. VANHEES, *o.c.*, 1999, 132

³³ Art. 1 § 2, lid 6 en 7 A.W. ; M. BUYDENS, *o.c.*, 1998, 44, 85 ; G. FREQUIN en H. VANHEES, *o.c.*, 1999, 59-60 ; M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2004, (444)454 ; G. PESACH, *l.c.*, 2004, (250)257 ; H. VANHEES, *o.c.*, 1998, 53-55

4.2. De naburige rechten

Naburige rechten worden toegeschreven aan *uitvoerende kunstenaars*. Dit zijn natuurlijke, fysieke personen die een lied zingen een muziekstuk of een theatertekst spelen, enz... personen die op een of andere wijze een werk van letterkunde of kunst op- of uitvoeren zoals muzikanten, acteurs, etc.. Wanneer bijvoorbeeld een muziekfragment via streaming op de website kan worden beluisterd, moet daarvoor de uitdrukkelijke toestemming van de auteur(s) worden verkregen via overeenkomst. Uitvoerende kunstenaars hebben net als auteurs, maar wel in beperktere zin, vermogensrechten (reproductie en publiek mededelingsrecht) en morele rechten (recht op vaderschap en recht op integriteit)³⁴. Ook omroepen en producenten werden specifieke naburige rechten toegekend.

Producenten van fonogrammen (vastlegging van geluidswerken) en van de eerste vastleggingen van films bezitten enkel vermogensrechten, meer bepaald een recht op reproductie, uitlening/verhuring, distributie en publieke mededeling in dezelfde zin als in artikel 1 A.W. voor auteurs bepaald is. Alleen de eerste vastlegging geeft aanleiding tot het verwerven van een naburig recht. Het napersen van een bestaande fixatie, of het heruitbrengen van een bestaande film, doet geen nieuw naburig recht ontstaan³⁵.

Net als uitvoerende kunstenaars en producenten hebben ook *omroeporganisaties* bepaalde naburige rechten, meer bepaald vermogensrechten. Dit kan worden beschouwd als een erkenning van de organisatorische, financiële en technologisch geleverde inspanningen en moet hen beschermen tegen piraterij en oneerlijke mededinging. De auteurswet geeft een opsomming van handelingen waarvoor (schriftelijke) toestemming moet worden gevraagd aan de omroeporganisatie, namelijk:

- het rechtstreeks of later heruitzenden van haar uitzendingen daaronder begrepen de doorgifte via de kabel en de mededeling aan het publiek per satelliet
- de reproductie van haar uitzendingen door welk procédé ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk, daaronder begrepen de distributie van vastleggingen van haar uitzendingen
- de mededeling van haar uitzendingen op een voor het publiek toegankelijke plaats tegen betaling van toegangsgeld
- de beschikbaarstelling voor het publiek van de vastleggingen van haar uitzendingen op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn".

Omroeporganisaties hebben tevens een distributierecht dat wordt uitgeput in geval van een eerste verkoop of eerste andere eigendomsoverdracht van de vastlegging van haar uitzending in de Europese Gemeenschap of met hun toestemming³⁶.

De Belgische A.W. riep daarenboven een aantal *vergoedingsrechten* in het leven. Dit zijn geen exclusieve rechten waarbij de auteur beslissen kan of hij ze zal uitoefenen, maar een recht waardoor de auteur aanspraak kan maken op een geldelijke vergoeding. Een voorbeeld is het volgrecht: wanneer een beeldend werk bij publieke verkopen een bepaald verkoopbedrag haalt, heeft de auteur recht op een percentage van de verkoopprijs. Er werden door de wetgever ook bepaalde dwanglicenties/excepties in de A.W. opgenomen. In ruil daarvoor verkrijgen de auteurs en de uitvoerende kunstenaars een (billijke/redelijke) vergoeding (bijvoorbeeld de reprografievergoeding, de leenvergoeding, de vergoeding voor privé-kopie, enz...) waarbij de inning en verdeling dan wordt overgedragen aan een gecentraliseerde beheersvereniging voor auteursrecht.

4.3. Sui generis databankenrecht

Cf. supra, bespreking website.

³⁴ art. 33 t.e.m. 47bis A.W.

³⁵ Art. 39 A.W. ; F. GOTZEN, *Cursus Auteursrecht*, 2002, 170, 173-174; F. DE VISSCHER en B. MICHAUX, o.c., 2000, 302

³⁶ Art. 44. A.W.

4.4. Bescherming technische maatregelen (Digital Rights Management)

De Richtlijn Informatiemaatschappij introduceerde een juridische bescherming van (*doeltreffende*) *technische voorzieningen* (de zogenaamde “derde laag”). Wat deze technische voorzieningen precies inhouden wordt nauwkeurig omschreven door de wetgever: “technologie, inrichtingen of onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken of prestaties, die door de houders van auteursrechten of naburige rechten niet zijn toegelaten”. Ze worden verondersteld *doeltreffend* te zijn wanneer het “gebruik van het werk wordt beheerst door de rechthebbende door toepassing van een controle op de toegang of een beschermingsprocédé zoals een encryptie, versluiering of een kopieerbeveiliging die de beoogde bescherming bereikt”. Ook voorzieningen die het aantal kopieën beperken, kunnen onder deze uitzondering vallen³⁷. De technische voorzieningen kunnen worden opgedeeld in twee soorten, namelijk identificatie en rechtenbeheer/rechtshandhaving. Op de omzeiling van deze technische maatregelen staan aanzienlijke straffen³⁸.

Belangrijker is evenwel het feit dat de Europese wetgever de lidstaten heeft opgelegd *passende maatregelen* te treffen om ervoor te zorgen dat een rechthebbende in bepaalde omstandigheden gebruikers in de mogelijkheid stelt om niettegenstaande de technische beveiliging ook daadwerkelijk de excepties te kunnen uitoefenen³⁹. De rechthebbende krijgt een redelijke termijn waarbinnen hij vrijwillige maatregelen treffen moet, waaronder het sluiten van overeenkomsten met de betrokken gebruikers⁴⁰. Gebeurt dit niet, dan kan een vordering worden ingesteld bij de rechter die de auteur passende maatregelen kan opleggen⁴¹. Er werd nog geen enkele rechtszaak aanhangig gemaakt met de eis van vrijwillige / passende maatregelen als voorwerp, dus wat precies onder die “maatregelen” moet worden begrepen, weet tot dusver niemand⁴².

In de lijst van excepties waarbij zo'n procedure kan worden ingesteld werd ook de exceptie opgenomen van reproducties ter bewaring van het patrimonium (art. 22 § 1 8° A.W.), maar de exceptie voor de mededeling via speciale terminals (art. 22 § 1 9° A.W.) ontbreekt. Met het oog op ontsluitingen van archieven heeft het echter weinig zin wanneer reproducties wel mogen en ter beschikking stellingen niet.

De exceptielijst waarvoor een beroep kan worden gedaan op deze passende maatregelen omvat evenmin de exceptie van de kopie voor privé-gebruik. Deze kan enkel door een K.B. aan het lijstje worden toegevoegd. Dit is in overeenstemming met de overwegingen van de Richtlijn Informatiemaatschappij, die stellen dat de lidstaten maatregelen “kunnen” treffen om ervoor te zorgen dat de begunstigden van de exceptie van de privé-kopie kunnen profiteren⁴³. De gebruiker kan dus niet van de auteur afdwingen dat hij maatregelen treft om het voor hem/haar mogelijk te maken om een privé-kopie te maken. De wetgever besloot dat privé-kopieën beperkt moeten blijven tot enkele exemplaren, maar dat daar voorlopig nog geen geschikte techniek voorhanden voor is⁴⁴. Onderzoek heeft uitgewezen dat in de meerderheid van de Europese lidstaten ervoor werd gekozen de exceptie niet in de lijst van ar. 79bis § 2 A.W. op te nemen. Sommige landen zochten evenwel een creatieve oplossing. Zo wordt in Italië door artikel 71sexies (4) van de auteurswet een werkelijk “recht” verleend aan gebruikers tot het maken van één kopie niettegenstaande het bestaan van technische

³⁷ M. SCHNEIDER, A. HENTEN, “DRMS, TCP and the EUCD: technology and law”, *Telematics and informatics*, Vol. 22, 30-31, 37-38 ; cons. 55 Richtlijn Informatiemaatschappij

³⁸ Art. 79bis § 1 en 79ter A.W.

³⁹ Cons. 51 Richtlijn Informatiemaatschappij

⁴⁰ Art. 79bis § 2 A.W.

⁴¹ Art. 79bis A.W.

⁴² J. DEENE en K. VAN DER PERRE, “Nieuwe Auteurswet. Belang voor de digitale wereld”, *NjW* 2005, (866)886-888

⁴³ Cons. 52 Richtlijn Informatiemaatschappij

⁴⁴ J. DEENE, (noot onder Brussel 9 september 2005), *NjW* 2005, afl. 124, 1063-1064 ; J. DEENE en K. VAN DER PERRE, *l.c.*, 2005, (866)886-887

beschermingsmaatregelen⁴⁵. De complexe verhouding tussen de exceptie van de kopie voor privé-gebruik en TPM blijkt ook uit de rechtspraak.

Bovendien kan de procedure niet worden ingesteld bij *interactieve diensten*⁴⁶. De Belgische Auteurswet verwoordt dit als volgt:

“De § 2 [dit refereert naar de procedure die door de gebruikers kan worden ingesteld opdat vrijwillig maatregelen worden getroffen door de auteur] *geldt niet voor werken of prestaties voor het publiek beschikbaar gesteld op grond van overeengekomen bepalingen op zodanige wijze dat leden van het publiek daartoe toegang hebben op een door hen individueel gekozen plaats en tijd.*”

Deze bewoording refereert naar artikel 6 lid 4 alinea 4 van de Richtlijn Informatiemaatschappij (cf infra). Met andere woorden, bij on demand diensten zal de depotbeheerder geen gerechtelijke procedure kunnen instellen om een reproductie te maken met het oog op bewaring zoals voorzien in de exceptie. Aangezien de on demand diensten aanzienlijk toenemen de laatste jaren, kan volgens S. DUSOLLIER de vrees worden geuit dat binnen korte termijn de excepties misschien enkel zullen gelden voor tastbare werken uit de offline wereld⁴⁷. In de bespreking van het al dan niet dwingende karakter van de excepties gaan we hier verder op in.

Aangezien de lijst uit de Richtlijn Informatiemaatschappij⁴⁸ dwingend van aard is, mogen de lidstaten echter geen andere uitzonderingen in de lijst opnemen. Toch vragen bepaalde rechtsgeleerden zich af of lidstaten deze lijst autonoom zouden kunnen aanvullen. Volgens M.C Janssens is dat niet het geval aangezien een aanvulling van de lijst zou neerkomen op een verzwakking van de rechtspositie van de auteur terwijl lidstaten de positie van auteurs enkel mogen versterken⁴⁹.

4.5. Een bijzonder recht: het portretrecht

Het portretrecht, een bijzondere toepassing van het afbeeldingsrecht, is een *persoonlijkheidsrecht*. Dat zijn subjectieve rechten die men louter door als persoon te bestaan kan invoeren ter bescherming van de fysieke, psychische en morele integriteit. Het recht op afbeelding wordt beschouwd tevens als een onderdeel van het recht op privacy. In het licht van actualiteitsverslaggeving en het recht op informatie / vrije expressie werd er in de rechtspraak wel al uitzonderingen erkend, vooral in verband met publieke personen (politici, bekende Vlamingen, etc...). In het belang van deze fundamentele vrijheden kunnen personen zich ook niet kunnen verzetten tegen een foto van een persoon op een openbare plaats of als onderdeel van een menigte of maatschappelijk gebeuren⁵⁰.

Het portretrecht in de zin van artikel 10 A.W. is van toepassing op allerlei soorten *afbeeldingen*, gaande van etsen tot films, schilderijen, foto's etc. Het portretrecht in de zin van de Auteurswet kan hoe dan ook slechts toepassing vinden indien het portret auteursrechtelijk

⁴⁵ U. GASSER, M. GIRSBERGER, “Transposing the Copyright Directive: Legal Protection of Technological Measures in EU-Member States. A Genie Stuck in the Bottle?”, Paper, Berkman Publication Series N° 2004-10, November 2004, te verkrijgen op <http://cyber.law.harvard.edu/publications>, p. 23)

⁴⁶ Art. 79bis § 3 A.W. bepaalt dat “De § 2 *geldt niet voor werken of prestaties voor het publiek beschikbaar gesteld op grond van overeengekomen bepalingen op zodanige wijze dat leden van het publiek daartoe toegang hebben op een door hen individueel gekozen plaats en tijd.*”

⁴⁷ S. DUSOLLIER, “Bespreking art. 79bis A.W.” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.) *Huldeboek Jan Corbet – De Belgische Auteurswet*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, (367)377-378

⁴⁸ Art. 6.4. Richtlijn Informatiemaatschappij

⁴⁹ M.C. JANSSENS, “De uitzonderingen op het auteursrecht anno 2005 - Een eerste analyse”, *A.M.* 2005, afl. 6, 2005, (482)486-487

⁵⁰ Voor meer informatie zie L. DIERICKX, *Het recht op afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 345 p. ; D. VOORHOOF, “Het recht op afbeelding”, noot onder Brussel 4 oktober 1989, *R.W.* 1989-1990, 651-652 ; Voorz. Rb. Brussel 21 maart 2001, *A.M.* 2002, 75 ; Antwerpen 21 juni 2004, *A.M.* 2005, 76

beschermd is. Is dat niet het geval, dan kan wel nog steeds een beroep worden gedaan op het recht op privacy natuurlijk.

Een portret is een (duurzame) afbeelding van een mens, ongeacht via welke techniek die afbeelding tot stand is gekomen. Dit kan een afbeelding van een gelaat zijn, maar evenzeer een typerende lichaamshouding of een typerende context waardoor een persoon *herkenbaar* is. De auteur, de eigenaar of ieder ander persoon die een portret voorhanden of in bezit heeft kan dit portret niet reproduceren in welke vorm dan ook, en/of publiek mededelen zonder toestemming van de geportretteerde of, gedurende twintig jaar na het overlijden van deze persoon, zonder de toestemming van zijn rechtverkrijgenden. De *toestemming* kan uitdrukkelijk of stilzwijgend (op voorwaarde dat de toestemming zeker en specifiek is) gebeuren, maar indien men het portret wil aanwenden voor een ander doel dan waarvoor deze oorspronkelijk werd gemaakt, dan moet daarvoor de uitdrukkelijke toestemming worden verkregen. De toelating om de afbeelding te laten reproduceren moet restrictief worden opgevat. Dat neemt natuurlijk niet weg dat een geportretteerd persoon wel toestemming kan geven voor een algemene en onbeperkte exploitatie van zijn afbeelding. Het portretrecht staat echter los van de auteursrechten die de maker van een foto kan laten gelden. De auteursrechtelijke excepties die hieronder zullen worden toegelicht zijn hierop dan ook niet van toepassing⁵¹.

Een persoon kan ook na eerder toestemming te hebben gegeven, deze terug intrekken, al is de rechtspraak behoorlijk terughoudend daartegenover⁵².

⁵¹ D. VOORHOOF, "Het portretrecht– art. 10 A.W." in F. BRISON en H. VANHEES (eds.) *Huldeboek Jan Corbet – De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2006, 57-61

⁵² Voorz. Rb. Brussel 13 december 2001, *A.M.* 2002, 189 ; Voorz. Kortged. Rb. Brussel 15 november 2001, *A.M.* 2002, 187 ; Kh. Brussel 24 februari 1995, *Ing. Cons.* 1995, 333, noot L. MULLER ; Kh. Brussel 11 september 1974, *J.T.* 1975, 136

5. DE AUTEURSRECHTELIJKE EXCEPTIES

5.1. Algemeen

De wetgever zag ook wel in dat bepaalde handelingen moeten kunnen worden gesteld zonder dat daarvoor steeds toestemming aan de auteur in kwestie moet worden gevraagd. De technologische ontwikkelingen hebben er ook toe geleid dat het voor een auteur onmogelijk is om te controleren of zijn werken ergens zonder zijn toestemming worden geëxploiteerd. Fotokopiëren, scannen, downloaden van het internet, etc. zijn voor stuk ingeburgerde praktijken waarbij auteursrechtelijk beschermde werken worden gereproduceerd en/of publiek meegedeeld. Het is onmogelijk om iedereen die dit doet te vervolgen. Ook vanuit maatschappelijk oogpunt (algemeen belang) is het noodzakelijk dat er een *redelijk evenwicht* wordt bereikt tussen de belangen van de gebruikers en van de auteurs. Daarom werden er bepaalde excepties (wettelijke uitzonderingen) in het leven geroepen, met andere woorden, situaties waarin de toestemming van de auteur moet worden verkregen. Aangezien de auteursrechtelijke bescherming het uitgangspunt blijft, moeten excepties wel *restrictief* worden *geïnterpreteerd*⁵³.

Mede onder invloed van de WIPO-Verdragen werden in de *Europese Richtlijn Informatiemaatschappij* bijkomende wettelijke uitzonderingen geïntroduceerd. De Europese wetgever heeft getracht een lijst op te stellen die enerzijds is aangepast aan de nieuwe elektronische omgeving en waardoor anderzijds een evenwicht wordt bereikt tussen de exclusieve rechten van de auteur en bepaalde andere fundamentele rechten (expressievrijheid, persvrijheid, recht op privacy) of overwegingen uit algemeen belang (uitzonderingen voor bibliotheken, musea, archieven, onderwijs, enz....). De lijst van de Richtlijn Informatiemaatschappij werd erg lang wat te wijten is aan de lange politieke debatten die vooraf gingen aan het compromis dat uiteindelijk bereikt werd. De *lijst is facultatief* op één uitzondering na: de zogenaamde "tijdelijke technische kopie". Wat de overige uitzonderingen in de Richtlijn betreft, werd de keuze overgelaten aan de lidstaten om ze al dan niet in hun nationale wetgeving in te schrijven. Daar moet evenwel direct aan worden toegevoegd dat de lijst van wettelijke uitzonderingen *limitatief* is: lidstaten kunnen geen andere uitzonderingen meer invoeren of behouden dan degene die in het lijstje van de Richtlijn werden opgesomd. Ook dit moet direct weer worden genuanceerd. Door de zogenaamde "grandfather clause" werd namelijk een achterpoortje gecreëerd waardoor de lidstaten de minder belangrijke uitzonderingen die reeds in hun nationale wetgeving bestonden op het ogenblik dat de Richtlijn in werking trad kunnen behouden, mits ze enkel beperkingen van het analogo gebruik betreffen en het vrij verkeer van goederen en diensten niet belemmeren⁵⁴.

De lijst van excepties kan worden onderverdeeld in een drietal soorten. Ten eerste zijn er de excepties die enkel van toepassing zijn op het reproductierecht zoals de exceptie van de reproductie ter bewaring van het erfgoed. Ten tweede de excepties die enkel van toepassing zijn op het publiek mededelingsrecht zoals de mededeling van verzamelingen. En tot slot de excepties die van toepassing zijn op zowel het reproductierecht als op het publiek mededelingsrecht zoals het citaatrecht. In dit document zullen we ons toespitsen op de excepties die van belang zijn voor het digitaal depot.

5.2. Materieel en personeel toepassingsgebied van de erfgoedexcepties

Wanneer werken nog niet tot het openbaar domein behoren (omdat de auteursrechtelijke beschermingsduur nog niet verstreken is) dan is in principe de toestemming van de auteur vereist voor elke mogelijke exploitatie. Gezien het algemene belang van de bewaring en ontsluiting van het cultureel erfgoed, werd echter besloten dat daar een mouw aan moest worden gepast.

⁵³ A. BERENBOOM, o.c., 2005, 166

⁵⁴ M.C. JANSSENS, l.c., 2005, 482 ; art. 5, lid 3 o) Richtlijn Informatiemaatschappij

Voor erfgoedinstellingen werden er *twee bijzondere excepties* in het leven geroepen waar geen auteursrechtelijke vergoeding tegenover staat (in tegenstelling tot bijvoorbeeld de dwanglicentie bij reproducties gemaakt ter illustratie bij wetenschappelijk materiaal). Zoals zal blijken, lokten de excepties tijdens de parlementaire voorbereidingen weinig tot geen discussie uit en bieden ons dus weinig houvast⁵⁵.

Door het *recente karakter* van de excepties is er ook nog geen rechtspraak voorhanden. In de rechtsleer daarentegen werd al wel het een en ander afgetast. Er kunnen in alle geval niet met absolute zekerheid uitspraken worden gedaan over de precieze reikwijdte van de excepties. Bovendien is het zo dat de invulling ervan nog steeds sterk verschillen zal van lidstaat tot lidstaat. Wegens het facultatieve karakter van de lijst zal bovendien in het ene land de exceptie voor erfgoedinstellingen wel zijn geïmplementeerd en in andere niet. Er moet ook in het achterhoofd worden gehouden dat de excepties altijd *restrictief* worden geïnterpreteerd in het voordeel van de auteur. In geval van twijfel (dat geldt trouwens ook voor auteurscontracten) zal steeds in het voordeel van de auteur worden beslist.

5.2.1. De exceptie voor de bewaring van erfgoed

“Wanneer het werk op geoorloofde wijze openbaar is gemaakt, kan de auteur zich niet verzetten tegen de reproductie die is beperkt tot een aantal kopieën, bepaald in functie van en gerechtvaardigd door het voor de bewaring van het culturele en wetenschappelijke patrimonium gestelde doel, door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, musea of door archieven die niet het behalen van ene direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven, voor zover hierdoor geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk en geen onredelijke schade wordt berokkend aan de wettige belangen van de auteur.”⁵⁶

Wie?

Voordien bestond deze exceptie enkel voor het Koninklijk Belgisch Filmarchief. Het toepassingsgebied is bij de laatste aanpassing van de Belgische Auteurswet gevoelig uitgebreid. Daardoor werd eindelijk gehoor gegeven aan de vraag om duidelijkheid te scheppen in de auteursrechtelijke problemen die de kop op steken met betrekking tot bewaring en restauratie van auteursrechtelijk beschermde werken waarvan de beschermingsduur nog niet is verstreken. Zowel de Europese als de Belgische wetgever moesten vaststellen dat uit praktische overwegingen ook voor hen een wettelijke uitzondering moest worden bij gecreëerd.

Aan de andere kant is het allesbehalve duidelijk welke instellingen nu exact in het personele toepassingsgebied vallen. De Belgische Auteurswet spreekt over “*voor het publiek toegankelijke bibliotheken, musea of door archieven die niet het behalen van ene direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven*”.

Op het eerste gezicht is het duidelijk wie hiermee bedoeld wordt, en het hoeft niet te verbazen dat de noch wet noch de voorbereidende werken enige definities geven. In een louter digitale omgeving verdwijnt deze duidelijkheid al snel. Een organisatie met een collectie van multimediale objecten, is dit een bibliotheek, een museum of een archief?

Een blik op de Richtlijn Informatiemaatschappij brengt weinig verheldering, temeer daar er tegenstrijdige bewoordingen gebruikt worden. In considerans 34 wordt gesteld dat “*aan de lidstaten de mogelijkheid moet worden geboden om in bepaalde beperkingen of restricties te voorzien, onder meer ten behoeve van onderwijs en wetenschappelijk onderzoek alsmede openbare instellingen zoals bibliotheken en archieven, en [...]*”.

Terwijl in considerans 40 dan weer wordt gesteld dat “*de lidstaten kunnen in een beperking of restrictie voorzien ten behoeve van bepaalde instellingen zonder winst oogmerk, zoals voor het publiek toegankelijke bibliotheken en soortgelijke instellingen, alsook archieven. Die beperking of restrictie dient evenwel beperkt te blijven tot bepaalde bijzondere gevallen welke*

⁵⁵ J. CORBET, “La transposition en droit belge de la directive droit d’auteur dans la société de l’information”, *R.I.D.A.* 2005, afl. 206, (5)31

⁵⁶ Art. 22, § 1, 8° A.W.; art. 5.2. c, Richtlijn Informatiemaatschappij

onder het reproductierecht vallen. Die beperking of restrictie mag zich niet uitstrekken tot het gebruik in het kader van de onlinelevering van beschermde werken en ander materiaal”.

En in artikel 5.2 c) van dezelfde Richtlijn wordt tenslotte vastgesteld dat *“in welbepaalde gevallen, de reproductie door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, of door archieven die niet het behalen van een direct of indirect economisch of commercieel voordeel nastreven”.*

Door deze tegenstrijdige bewoordingen is het onduidelijk of enkel instellingen uit de publieke sector (openbare instellingen), dan wel ook privé-instellingen binnen het toepassingsgebied van de exceptie vallen. In Aanbeveling van de Europese Commissie van 24 augustus 2006 worden enkel considerans 40 samen gelezen met de bewuste exceptie van artikel 5.2. c). Dit kan dus wel het vermoeden doen rijzen dat het zowel om private als publieke instellingen kan gaan⁵⁷.

Het voorstel van Dhr. Monfils om digitale archivering te centraliseren bij één instelling, (bijvoorbeeld de Koninklijke Bibliotheek) of toch minstens te beperken tot door de overheid erkende culturele of educatieve instellingen werd door het parlement verworpen⁵⁸.

Ons inziens omvat de erfgoedexceptie in de Auteurswet zowel erfgoedinstellingen opgericht door de overheid als privé-initiatieven (bijvoorbeeld verenigingen zonder winstoogmerk). De rechtsleer wijst er op dat een bibliotheek, museum of archief niet per se een afzonderlijke organisatie moet zijn. Het kan ook gaan om een afdeling van een grotere organisatie. Een voor de hand liggend voorbeeld zijn bibliotheken van onderwijsinstellingen. In de Belgische wetgevende voorbereidingen zijn tegenstrijdige uitspraken terug te vinden over de toepassing van de erfgoedexceptie door bibliotheken van onderwijsinstellingen⁵⁹. In considerans 34 en artikel 5.2 c) van de Richtlijn Informatiemaatschappij worden ze evenwel expliciet aangehaald. In actuele rechtsleer is er een meerderheid terug te vinden die de richtlijnconforme interpretatie ondersteunt⁶⁰.

Er zijn ongetwijfeld ook bedrijven die een collectie erfgoed in hun bezit hebben. Toch is het vrijwel zeker uitgesloten dat zij de erfgoedexceptie zouden kunnen aanvoeren. Zo ondersteunt een bedrijfsbibliotheek op zijn minst onrechtstreeks de winstdoelstellingen van het bedrijf.

Particulieren met een verzameling erfgoed hoeven niet per definitie uitgesloten te worden, maar zij zullen maar in zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen hard maken dat zij alle voorwaarden vervullen. De Auteurswet voorziet voor privé-personen trouwens al een aantal specifieke uitzonderingen, zoals die voor gebruik in de familiekring.

Een tweede punt waarover verwarring bestaat, is de vraag welke instellingen nu precies 'voor het publiek toegankelijk' moeten zijn om van de exceptie te kunnen genieten. De franstalige versie van de Auteurswet vereist enkel van bibliotheken dat ze publiek toegankelijk zijn (*“des bibliothèques accessibles au public, des musées ou par des archives”*). Hetzelfde geldt voor de franstalige versie van de Richtlijn Informatiemaatschappij. De nederlandstalige versie suggereert eerder dat musea net als bibliotheken voor het publiek toegankelijk moeten zijn, in tegenstelling tot archieven (*“door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, musea, of door archieven”*). Dezelfde dubbelzinnigheid vinden we in de nederlands-, engels- en duitstalige versies van de Richtlijn (*“door voor het publiek toegankelijke bibliotheken, onderwijsinstellingen of musea, of door archieven”, “made by publicly accessible libraries, educational establishments or museums, or by archives”, “von öffentlich zugänglich*

⁵⁷ Cons. 10 Aanbeveling Europese Commissie van 24 augustus 2006, P.B. L. 236/28, 31 augustus 2006

⁵⁸ Parl. St. Kamer 2003-2004, nr. 51-1137/013, 10

⁵⁹ Parl. St. Kamer 2003-2004, nr. 51-1137/013, 31 en 37

⁶⁰ J. DEENE en K. VAN DER PERRE, *I.c.*, 2005, (866)873 ; M.C. JANSSENS, “Auteursrecht in het algemeen – art. 22 A.W.” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.) *Huldeboek Jan Corbet – De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2006, (117)135-136 ; M.C. JANSSENS, *I.c.*, 2005, (482)504 ; J. VAN BORN, “De auteurswet en de gebruiker na de wijzigingen van 22 mei 2005”, *A.M.* 2005, (512)515

Bibliotheken, Bildungseinrichtungen oder Museen oder von Archiven). Een Richtlijnconforme interpretatie geeft hier dus niet de doorslag, wel de eenvormige interpretatie van de Belgische wet.

Het verschil in behandeling tussen enerzijds bibliotheken en anderzijds musea en archieven, maakt het van groot belang te weten welk etiket te plakken op ons digitaal depot. De naam die de organisatie zichzelf geeft kan hierbij niet doorslaggevend zijn, zoniet zou het volstaan dat alle bibliotheken zichzelf archieven of musea zouden gaan noemen.

Bij gebrek aan omschrijving in de wet, moet elders naar een definitie gezocht worden. Het Van Dale woordenboek (12e ed.) omschrijft een bibliotheek als “*een plaats waar een verzameling boeken opgesteld is, hetzij als vertrek in een gebouw of als zelfstandig gebouw*” of een boekenverzameling. Een museum is een “*gebouw waarin voorwerpen van kunst of wetenschap zijn bijeengebracht en (althans voor een gedeelte) voortdurend uitgesteld worden*”. Een archief is een “*verzameling van geschreven stukken, oorkonden, akten, bescheiden, registers, enz. die betrekking hebben op het bestuur van staat, gewest of gemeente, van een instelling of vereniging, van de werkring van een openbaar ambtenaar of van een geslacht*”. De plaats waar deze stukken bewaard of beheerd worden is eveneens een archief. Uit deze definities blijkt een gemeenschappelijk kenmerk: bibliotheken, musea en archieven zijn instellingen die collecties aanleggen en beheren. Bibliotheken nemen teksten voor hun rekening, terwijl musea zich in de eerste plaats op voorwerpen richten. Archieven beheren stukken van bestuurlijke aard. Over nieuwe(re) technologieën (fotografisch, audiovisueel en multimediaal materiaal) wordt niet gerept. De betekenis van deze begrippen in het dagelijks taalgebruik zijn nuttig in de analoge omgeving, maar schieten tekort voor de digitale omgeving.

De opkomst van de informatiemaatschappij heeft in de betrokken sectoren geleid tot een hernieuwde reflectie over hun functie en eigenheid. De archiefsector zelf definieert een archief als een verzameling van procesgebonden informatie, “*informatie die door onderling samenhangende werkprocessen is gegenereerd en die zodanig door die werkprocessen is gestructureerd en vastgelegd dat ze vanuit de context van die werkprocessen kan worden bevraagd*”⁶¹. Het archief van een bestuur of een bedrijf vormt hiervan een klassiek voorbeeld, maar de meeste mensen leggen in meerdere of mindere mate ook een persoonlijk archief aan.

Een digitale collectie kan een archief zijn, voor zover het een verzameling procesgebonden informatie is. Een digitaal kunstwerk, de website waarop de kunstenaar dit tentoonstelt, correspondentie hierover via e-mail, etc. maken deel uit van het digitaal archief van deze kunstenaar.

Bibliotheken en musea selecteren zaken voor opname in hun collectie op andere gronden, of eventueel gewoon op toevallige basis⁶². Een verzameling objecten gevonden op het strand kan zonder meer in een museum ondergebracht worden.

De wet maakt een onderscheid tussen bibliotheken en musea, maar in de praktijk is de grens tussen beide alsmaar moeilijker te trekken. Hoort een film of een videospel thuis in een bibliotheek of een museum? Waar hoort een verzameling websites thuis?

Daar waar digitale collecties aangelegd worden door gevestigde bibliotheken of musea, kan een rechter zich laten leiden door het traditionele onderscheid tussen beide. Maar wat te doen bij gemengde instellingen, met zowel een collectie boeken als een collectie voorwerpen, of bij instellingen die uitsluitend digitaal materiaal verzamelen? Stel dat twee nieuwe erfgoedinstellingen elk een collectie digitale objecten aanleggen. Gelijkaardige of zelfs identieke digitale werken kunnen in beide collecties belanden. Hoe kan een rechter besluiten dat de ene een bibliotheek is en de andere een museum zonder te vervallen in willekeur? De vraag is verre van academisch, de instelling die als bibliotheek aanzien wordt riskeert een veroordeling wegens schending van het auteursrecht indien ze niet voor het publiek toegankelijk is, in tegenstelling tot een instelling gekwalificeerd als een museum.

⁶¹ T. THOMASSEN, “Een korte introductie in de archivistiek”, in: P.J. HORSMAN, F.C.J. KETELAAR en T.H.P.M. THOMASSEN, *Naar een nieuw paradigma in de archivistiek*, 11.

⁶² T. THOMASSEN, *I.c.*, 12.

Rechtsregels die leiden tot willekeur hebben geen recht van bestaan en kunnen worden aangevochten. Een erfgoedinstelling die meent dat het onterecht als bibliotheek gekwalificeerd werd in plaats van als museum, kan voor de rechter argumenteren dat het onderscheid tussen bibliotheken en musea in de auteurswet discriminerend is. Deze kwestie moet de rechter in beginsel voorleggen aan het Arbitragehof via een prejudiciële vraag. Het Arbitragehof onderzoekt in een aantal stappen of de betrokken rechtsregel effectief discriminerend is of niet⁶³.

Een eerste vraag is of de betrokken rechtsregel een wettig doel nastreeft, al vormt dit uiterst zelden het struikelblok. De auteurswet streeft een evenwicht na tussen de bewaring van erfgoed en de belangen van de auteursrechthebbenden en dan specifiek in de context van de informatiemaatschappij. Dit is zonder twijfel een rechtmatig doel. Vervolgens bekijkt het Arbitragehof of het onderscheid op een objectieve manier gemaakt wordt. De auteurswet geeft geen expliciet criterium. Functioneel gezien valt er geen eenduidig onderscheid te trekken, beide leggen een collectie aan rond een zelf gekozen thema. Noch de aard van het materiaal in de collectie, noch de vraag of werken uitgeleend worden laten toe consequent een onderscheid te maken. Op het eerste zicht is er geen objectief criterium te vinden, bij gebrek hieraan is het verschil in behandeling discriminerend. Indien het Arbitragehof tot deze conclusie zou komen, kunnen de volgende stappen overgeslagen worden. Voor de volledigheid worden ze toch nog toegelicht. Wanneer een objectief onderscheidscriterium gevonden wordt, bekijkt men of dit criterium pertinent is in het licht van de doelstelling die de wet nastreeft. Stel dat het traditionele onderscheid (objecten versus tekst) gehanteerd wordt als objectief criterium wordt aanvaard. Is dit onderscheid pertinent? Er is geen rechtstreeks verband tussen de aard van een werk en de potentiële schade die auteursrechthebbenden kunnen lijden door de toepassing van de erfgoeduitzonderingen. Dit hangt eerder af van het commercieel potentieel van het werk. Bijgevolg is het type werk dat een instelling in hoofdzaak verzamelt, geen pertinent onderscheid. In de digitale omgeving hebben werken in toenemende mate een multimediaal karakter, het onderscheid tussen tekst en object (in figuurlijke zin) wordt moeilijker te maken. Een laatste stap die gezet wordt, wanneer het gebruikte criterium pertinent bevonden wordt, is nagaan of het verschil in behandeling in verhouding staat met de nagestreefde doelstelling. Ook hier kan men zich een aantal vragen stellen bij het gemaakte onderscheid. Het komt erop neer dat bibliotheken moeten investeren in een publiek toegankelijke leeszaal, om erfgoed te mogen bewaren volgens het gunstige uitzonderingsregime, terwijl musea dit niet hoeven te doen. Staat dit in verhouding met de nadelen geleden door auteursrechthebbenden? Wegen publiek toegankelijke collecties zwaarder door op de belangen van de auteursrechthebbenden dan weinig toegankelijke verzamelingen, of juist niet?

Indien het Arbitragehof in een prejudicieel vonnis besluit dat een rechtsregel een discriminatie inhoudt, mag de rechter die de vraag stelde geen rekening houden met die rechtsregel voor de oplossing van het geschil. Concreet betekent dit dat voor die ene instelling er geen onderscheid gemaakt mag worden tussen de behandeling van bibliotheken en musea. Het prejudicieel vonnis schaft de discriminerende bepaling niet af en in theorie kan de regel in andere rechtszaken nog gewoon toegepast worden. Wel is het zo dat er vanaf het prejudicieel vonnis dat een schending vaststelt een nieuwe termijn van zes maanden begint te lopen voor het instellen van een beroep tot vernietiging tegen de rechtsregel in kwestie. In zo'n beroep tot vernietiging zou het Arbitragehof de woorden "*voor het publiek toegankelijke*" vóór bibliotheken kunnen schrappen uit de wet, zodat er geen verschil meer is met musea. De vraag is dan in hoeverre de wet nog richtlijnconform zou zijn, een vraag die zeer moeilijk te beantwoorden is gezien die tekstverschillen in de verschillende taalversies van de Richtlijn Informatiemaatschappij.

⁶³ N. BANNEUX, "L'égalité: clef du contentieux constitutionnel?" in M. PâQUES, J.-C. SCHOLSEM (ed.), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, De Boeck et Larcier, 2004, p. 5-74; G. DE BAETS, "Het gelijkheidsbeginsel in het kader van de rechtspraak van het Arbitragehof" in F. MOEYKENS (ed.), *De praktijkjurist*, Gent, Academia Press, 2001, p. 1-36; J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, M. VAN DAMME (ed.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Die Keure, 2006.

Uit de Belgische wettelijke voorbereidingen kan tot slot enkel worden afgeleid dat penitentiaire instellingen niet onder de exceptie vallen⁶⁴.

Wat?

Zowel analoge / digitale kopieën als restauraties, dubbels, overzettingen van analoge / digitale werken met het oog op de bewaring zijn dus toegelaten, zolang het aantal reproducties beperkt blijft tot een aantal kopieën bepaald in functie van en gerechtvaardigd door de doelstelling het culturele en wetenschappelijke patrimonium te bewaren.

De auteurswet geeft nergens aan om welke werken het gaat, dus er mag vanuit worden gegaan dat het gaat om *alle soorten* auteursrechtelijk beschermde werken, zonder onderscheid. Naast de bewaring van het delicate erfgoed van decennia van eeuwen terug, wordt heden ten dage ook meer en meer belang gehecht aan de bewaring van het rijke digitale patrimonium dat het wereldwijde internet biedt op de publiek toegankelijke weblogs, websites, e-mails etc.... (de zogenaamde "digital born content").

In de Verenigde Staten is het non-profit Internet Archive project al sinds 1996 actief in het archiveren van websites (harvesting)⁶⁵. Ook in andere Europese landen werden al kleine pogingen in die richting ondernomen⁶⁶ en wordt er gestreefd naar digitalisering van het erfgoed. Op 24 augustus 2006 werd in een *Aanbeveling* van de *Europese Commissie* expliciet de aandacht gevestigd op het belang van de digitalisering en de online toegankelijkheid van cultureel materiaal en digitale bewaring⁶⁷. In het kader van het vijfde en zesde Kaderprogramma werden dan ook tal van projecten⁶⁸ goedgekeurd met het oog op digitalisering, de uitbouw van digitale bibliotheken⁶⁹ en de digitale bewaring van erfgoed (zowel gedigitaliseerde analoge werken als digitaal geboren werken). Merkwaardig genoeg wordt in deze Aanbeveling door de Commissie wel een zeer enge interpretatie gegeven aan het begrip "cultureel materiaal"⁷⁰.

Er bestaan behoorlijk wat misverstanden over de wijze waarop digitale werken worden gearhiveerd. Door de snelheid en het gemak waarmee tegenwoordig digitale kopieën worden gemaakt, wordt er nogal vaak van uitgegaan dat archivering geen *restauratiebewerkingen* meer noodzakelijk zijn. Bij archivering komen echter vaak technologische aspecten zien waardoor bewerkingen of overzettingen naar een ander formaat noodzakelijk zijn. Zolang deze bewerkingen in de context van archivering kunnen worden verantwoord is er ons inziens geen probleem ten aanzien van het integriteitsrecht van de auteur, anders wordt deze exceptie behoorlijk inhoudsloos. Aan de andere kant moet een archivaris wel te allen tijde de geest van het werk respecteren. Een auteur kan zich immers steeds verzetten tegen het verraden van de geest van het werk (cf. supra).

Er mag in alle geval geen twijfel over bestaan dat de toegestane handelingen zich beperken tot *noodzakelijke reproducties*. Mededelingen zoals het online leveren van materiaal vallen onder geen enkel beding onder de exceptie⁷¹. Tegen andere vormen van beschikbaarstellingen zoals consultaties ter plaatse of uitleningen⁷² lijkt er echter geen bezwaar⁷³. De vervaardigde materialen blijven/worden *eigendom* van de instellingen, maar ze ontzeggen zich zelf wel elk commercieel of winstgevend gebruik ervan.

⁶⁴ *Parl. St. Kamer* 2003-2004, nr. 51-1137/013, 34

⁶⁵ <http://www.archive.org/index.php>

⁶⁶ www.jisc.ac.uk/uploaded_documents/archiving_legal.pdf

⁶⁷ Aanbeveling Europese Commissie van 24 augustus 2006, *P.B. L.* 236/28, 31 augustus 2006

⁶⁸ <http://cordis.europa.eu/ist/digicult/projects.htm>

⁶⁹ http://europa.eu.int/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm

⁷⁰ "The Commission of the European Communities hereby recommends that member states (1) gather information about current and planned digitisation of books, journals, newspapers, photographs, museum objects, archival documents, audiovisual material [...]".

⁷¹ M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2006, (117)135-136

⁷² Art. 23 A.W.

⁷³ M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2005, (482)503-504

Voor welke doeleinden?

Om het hoofd te kunnen bieden aan problemen in verband met veroudering of beschadiging van oudere werken moeten reproducties op eender welke drager mogelijk zijn zonder dat daar vooraf steeds toestemming aan de auteur of de rechthebbende gevraagd moet worden. De geleidelijke digitalisering van werken uit de vaste collectie bracht in het verleden vele moeilijkheden met zich mee. Door deze exceptie lijkt de kogel evenwel door de kerk te zijn. Het is trouwens zowel in het belang van de maatschappij als in dat van de auteur dat zijn werken bewaard blijven.

Bijkomende modaliteiten/voorwaarden?

Opmerkelijk is ook dat de auteur tevens uitdrukkelijk het recht wordt toegekend om *toegang* te krijgen tot hun werk op voorwaarde dat hij de bewaring van het werk in acht neemt en niet in het gedrang brengt. Hij moet ook een *billijke vergoeding* betalen voor het werk dat door de instellingen werd verricht. Er werd ook vastgesteld dat er geen afbreuk mag worden gedaan aan de normale exploitatie van het werk en geen onredelijke schade mag worden berokkend aan de wettige belangen van de auteur. Dit zal steeds geval per geval door een rechter worden beoordeeld.

5.2.2. De exceptie voor de mededeling van erfgoed

“Wanneer het werk op geoorloofde wijze openbaar is gemaakt, kan de auteur zich niet verzetten tegen de mededeling, met inbegrip van de beschikbaarstelling van niet te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen werken die onderdeel uitmaken van de verzamelingen van voor het publiek toegankelijke bibliotheken, wetenschappelijke- en onderwijsinstellingen, musea of archieven die niet het behalen van een direct of een indirect economisch of commercieel voordeel nastreven, hierin bestaande dat het werk, via speciale terminals in de gebouwen van die instellingen, voor onderzoek of privé-studie medegedeeld wordt aan of beschikbaar gesteld wordt voor individuele leden van het publiek.”⁷⁴

Wie?

De wetgever voerde naast de hierboven besproken exceptie ook een specifieke exceptie in voor de verzamelingen/collecties van bepaalde specifieke instellingen. Meer bepaald *“voor het publiek toegankelijke bibliotheken, wetenschappelijke- en onderwijsinstellingen, musea of archieven die niet het behalen van een (in)direct economisch of commercieel voordeel nastreven”*.

Het is opmerkelijk dat het lijstje van instellingen voor de exceptie m.b.t. mededelingen in de erfgoedsector niet gelijk loopt met de exceptie voor het aanmaken van reproducties ter bewaring van het erfgoed. Dit betekent immers dat wetenschappelijke instellingen en onderwijsinstellingen – met uitzondering van de bibliotheken die van deze instellingen deel uitmaken (cf. supra) – enkel hun verzameld materiaal mogen mededelen en geen reproducties met het oog op bewaring ervan mogen maken. Deze incongruentie is op zijn allerminst vreemd.

Door de opname van wetenschappelijke instellingen zou de exceptie volgens J. DEENE en K. VAN DER PERRE bovendien niet volledig richtlijnconform zijn, daar deze instellingen onvermeld blijven in deze Europese exceptie. Artikel 5.3. n) van de Richtlijn Informatiemaatschappij stelt dat: *“De lidstaten kunnen beperkingen of restricties [...] stellen ten aanzien van: het gebruik van niet te koop aangeboden of aan licentievoorwaarden onderworpen werken of ander materiaal dat deel uitmaakt van de verzamelingen van de in lid 2 onder c) bedoelde instellingen [...]”*

Wat?

⁷⁴

Art. 22 § 1 9° A.W. ; art. 5.3 n) Richtlijn Informatiemaatschappij.

De exceptie geldt enkel voor de mededeling of de ter beschikking stelling van 'werken die onderdeel uitmaken van verzamelingen' van de genoemde instellingen.

Voor de mededeling van werken uit de eigen collectie van genoemde instellingen zou dus geen toestemming moeten worden verkregen. Indien het echter werken betreft die geen onderdeel uitmaken van de verzameling kan een consultatie ter plaatse dan weer niet op grond van deze exceptie.

Interbibliotheciar leenverkeer tussen binnen- en buitenlandse activiteiten zou ook niet via e-mail of online ter beschikking stelling kunnen verlopen op basis van deze exceptie⁷⁵. Enkel de verzending van de analoge kopieën zelf zou dus toegelaten zijn. De vraag is, in welke mate de oprichting van een koepelorganisatie in België / Europa, zou toelaten om deze beperking te omzeilen (zie ook verder).

De exceptie geldt ook enkel op voorwaarde dat de "werken die niet te koop worden aangeboden of aan licentievoorwaarden zijn onderworpen". Deze eerder ongelukkige bewoording houdt in dat een andersluidend beding in een verkoop- of licentieovereenkomst de toepassingen van de exceptie kan verhinderen. Deze bepaling is zeker frappant aangezien de excepties van dwingend recht zijn, waardoor afwijkingen van excepties bij contract in principe niet mogelijk zijn. Deze interpretatie zou echter het suppletoire karakter van de exceptie erkennen. Met andere woorden, de exceptie kan perfect opzij worden geschoven wanneer er een overeenkomst is opgesteld door auteurs(rechthebbenden) waaraan het archief juridisch gebonden is⁷⁶.

Waar?

De uitzondering geldt enkel voor zover het werk via *speciale terminals in de gebouwen van die instellingen zelf* publiek wordt medegedeeld of beschikbaar gesteld. Er is echter geen bezwaar tegen analoge consultaties ter plaatse, daar kan de auteur zich trouwens sowieso niet tegen verzetten. Volgens M.C. JANSSENS mag zelfs verondersteld worden dat de consultatie van het ter beschikking gestelde materiaal thuis bijvoorbeeld door een academicus, niet onder het toepassingsgebied van de exceptie valt.

Op EU-niveau wordt er wel duidelijk gestreefd naar de uitbouw van een netwerk van digitale bibliotheken die linken leggen met andere instellingen, denken we maar aan het Digital Libraries Initiative, dat kadert in de i2010 Strategie. Dit is evenwel slechts mogelijk wanneer het de digitalisering van analoge werken betreft die tot het openbaar domein behoren of wanneer er duidelijke licenties zijn verleend door alle rechthebbenden⁷⁷.

Voor welke doeleinden?

Uit de woorden "voor *onderzoek of privé-studie* mededelen of ter beschikking stellen aan individuele leden van het publiek" heeft de wetgever volgens M.C. JANSSENS vooral beoogd de professionele doeleinden hier uit te sluiten ook al moet direct worden toegegeven dat het uiterst moeilijk zal zijn een grens te trekken tussen onderzoek voor professionele doeleinden en onderzoek in het kader van privé-studie⁷⁸.

Deze interpretatie lijkt ons onjuist, aangezien de wet duidelijk stelt dat de exceptie geldt voor onderzoek OF privé-studie. Er wordt nergens gesteld dat het onderzoek in het kader van privé-studie moet zijn. Deze begrippen hebben ons inziens elk hun zelfstandige betekenis.

⁷⁵ Cons. 40 Richtlijn Informatiemaatschappij ; *Parl. St. Kamer* 2003-2004, nr. 1137/001, 13

⁷⁶ J. DEENE en K. VAN DER PERRE, *l.c.*, 2005, (866)873

⁷⁷ http://europa.eu.int/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm

⁷⁸ M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2006, (117)136-137 ; M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2005, (482)504-505

5.3. De rechten van gebruikers in bibliotheken / archieven

5.3.1. Kopies op analoge drager

De gedeeltelijke of integrale reproductie op papier of op een soortgelijke drager met behulp van een fotografische techniek of een gelijkaardige werkwijze die een soortgelijk resultaat oplevert, bestemd voor privé-gebruik of ter illustratie bij onderwijs of voor wetenschappelijk onderzoek, voor zover dit geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk.⁷⁹

In de (aangepaste) wettekst wordt een onderscheid gemaakt tussen reproducties naargelang deze op een analoge (d.w.z. papieren of soortgelijke drager⁸⁰) dan wel op een digitale drager plaats vinden. Dat was vóór de wetwijziging van 2005 niet het geval. Toen werd naar de begindrager (drager van het te kopiëren werk) in plaats van de einddrager (drager van de kopie) gekeken.

De aard van de reproductie en de werken waaruit mag worden gekopieerd wordt in deze exceptie verduidelijkt als volgt: “de gedeeltelijke of integrale reproductie van artikelen of van werken van beeldende kunst of van korte fragmenten uit andere werken met behulp van ongeacht welke fotografische techniek of enige andere werkwijze die een soortgelijk resultaat oplevert”. Bladmuziek (partituren) werd (onterecht⁸¹) expliciet gelicht uit de exceptie voor privé-gebruik (voor onderwijs en wetenschappelijke doeleinden een fotokopie nemen is dus nog wel toegestaan)⁸².

Om te beoordelen of er werkelijk sprake is van één van de drie opgesomde bestemmingen (privé-gebruik, educatief, wetenschappelijk) wordt er gekeken naar de persoon die de reproductie / kopie zelf maakt of de persoon die daartoe opdracht geeft aan een derde (bijvoorbeeld een bibliothecaris of de uitbater van een kopieercenter)⁸³. De reproductie mag in geen geval afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk in kwestie, met andere woorden de commercialisering van de uitgave van het oorspronkelijke werk mag niet onmogelijk worden gemaakt⁸⁴.

Wat privé-gebruik betreft wordt aangenomen door constante rechtspraak dat intern gebruik (i.e. binnen de eigen onderneming of instelling) of individueel professioneel gebruik daaronder valt. Een erfgoedinstelling zou deze exceptie dus ook kunnen invoeren indien een papieren kopie gemaakt zou worden om bijvoorbeeld de interne werking van het digitaal depot te verbeteren. Wanneer de kopie echter bedoeld zou zijn voor derden om deze te consulteren in het archief kan deze exceptie uiteraard niet worden ingeroepen⁸⁵.

Ook een persoon die materiaal uitprint in zijn huiselijke omgeving kan een beroep doen op deze exceptie voor privé-gebruik. Volgens M.C. JANSSENS zouden zelfs bedrijven kunnen databanken aanleggen van bijvoorbeeld krantenartikels op basis van deze exceptie die ze louter bestemmen voor privé-gebruik⁸⁶.

Wanneer de reproductie plaats vindt met het oog op illustratie voor educatieve / wetenschappelijke doeleinden, moeten er nog eens twee extra voorwaarden zijn voldaan. De

⁷⁹ Samenvatting van de artikelen 22, §1 4° en 4°bis A.W. / art. 46, 3°bis A.W. De wijzigingen aan art. 22, §1 4° en 4°bis A.W. waren bij het afwerken van dit rapport nog niet in werking getreden.

⁸⁰ Microfiches, transparanten zijn de meest aangehaalde voorbeelden.

⁸¹ M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2005, (482)493

⁸² J. DEENE en K. VAN DER PERRE, *l.c.*, 2005, (866)871-872

⁸³ Gent 16 juni 2003, *R.A.B.G.* 2004, 225, noot F. BRISON ; Dit arrest werd later in cassatieberoep herbevestigd, zie Cass. 27 mei 2005, *I.R.D.I.* 2005, afl. 3, 267 ; M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2004, (444)446-447

⁸⁴ M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2006, (117)127--129

⁸⁵ F. BOUDREZ en S. VAN DEN EYNDE, “Het archiveren van websites” in *Digitale archivering in Vlaamse instellingen en diensten*, DAVID, Antwerpen, 2002, 71

⁸⁶ Dit werd verduidelijkt tijdens de parlementaire voorbereidingen: *Parl. St. Kamer* 2003/04, nr. 51-1137/013, 7

reproductie moet verantwoord zijn door de nagestreefde niet-winstgevende doelstellingen en de bron, waaronder de naam van de auteur, moet voortaan ook worden vermeld wanneer de reproductie plaats vindt in het kader van educatieve/wetenschappelijke doeleinden, tenzij dit niet mogelijk blijkt. Of een instelling al dan niet winstgevend is wordt beoordeeld aan de hand van de activiteit zelf, de organisatiestructuur en de financiering van de instelling mogen niet in aanmerking worden genomen. Dit wordt verduidelijkt door de Richtlijn Informatiemaatschappij zelf⁸⁷.

Wanneer dus een leerkracht enkele pagina's of bepaalde passages uit boeken (niet gehele boeken echter!) kopieert, foto's of hele artikels uit de krant ter voorbereiding of als illustratiemateriaal tijdens zijn lessen gebruikt of nog papieren kopieën neemt om deze vervolgens onder de leerlingen te verdelen voor verdere illustratie van de lessen, moet daarvoor geen toestemming worden verkregen van de auteur(s)⁸⁸. Hetzelfde principe geldt voor wetenschappelijke onderzoekers die een kopie of meerdere kopieën nemen in het kader van een onderzoek / project.

Deze exceptie geldt ook voor databanken⁸⁹.

5.3.2. Kopies op digitale drager

*De gedeeltelijke of integrale reproductie op eender welke drager andere dan papier of soortgelijke drager ter illustratie bij onderwijs of voor wetenschappelijk onderzoek of die in familiekring geschiedt en alleen daarvoor bestemd is.*⁹⁰

Ook een leerkracht kan nu dus in principe gehele teksten, artikels, beeldende kunstwerken en fragmenten uit andere werken digitaal reproduceren (inscannen, downloaden, enz.) die dienen als educatief illustratiemateriaal⁹¹. De tijd dat leerkrachten afbeeldingen, teksten, oefeningen, enz. enkel putten uit papieren dragers lijkt voorgoed voorbij. Of onder "andere werken" ook audiovisueel en geluidsmateriaal mag worden begrepen is niet echt duidelijk.

Op het vlak van de zogenaamde exceptie van de privé-kopie is ook het een en ander grondig gewijzigd, wat in heel Europa voor heel wat ophef gezorgd heeft. Sinds de omzetting stelt de Auteurswet dat er geen toestemming van de auteur moet worden verkregen in geval van een "reproductie op eender welke drager andere dan papier of soortgelijke drager van werken die in familiekring geschiedt, en alleen daarvoor bestemd is".

De *dwanglicentie voor de privé-kopie* gold tevoren enkel ten aanzien van geluidswerken en audiovisuele werken. Voortaan mogen echter alle soorten auteursrechtelijke werken op digitale wijze worden gereproduceerd. Het downloaden van werken via internet op de harde schijf van je computer of op blanco dragers (bv. CD-roms, diskettes, etc.) vallen hier dus onder. Ter herinnering, een afdruk op papier of soortgelijke drager valt onder de voorgaande exceptie. De reproductie is in tegenstelling tot de voorgaande exceptie niet beperkt in omvang. Men kan zich terecht de vraag stellen waarom dit onderscheid nog wordt gehanteerd. Is een analoge kopie meer schadelijk dan een digitale kopie?

De Europese Richtlijn Informatiemaatschappij bepaalde ook dat er *geen direct of indirect commerciële oogmerk* aan te pas mocht komen, maar dat werd door de Belgische wetgever

⁸⁷ Cons. 42 Richtlijn Informatiemaatschappij ; A. STROWEL en C.-H. MASSA, "Copyright and Digital Distance Education: the use of pre-existing Works in distance education through the internet", 2002-2003, IN3-UOC Research Project, 69

⁸⁸ A. STROWEL en C.-H. MASSA, *l.c.*, 70

⁸⁹ Art. 22bis § 1 1°, 2° en § 2 A.W.

⁹⁰ Samenvatting van de artikelen 22 § 1 4°ter en 5° A.W./ art. 46, 3°bis A.W. De wijzigingen aan art. 22, §1 4°ter en 5° A.W. waren bij het afwerken van dit rapport nog niet in werking getreden.

⁹¹ F. TURNER, "Incorporating digital e-books into educational curriculum", *I.T.D.L.* November 2005, <http://www.itdl.org>.

niet overgenomen⁹². De notie familiekring heeft ook duidelijke een andere lading dan de Europese bewoordingen “*privé-gebruik zonder enig direct of indirect commercieel voordeel*”.

Het begrip “*familiekring*” wordt door het Hof van Cassatie restrictief opgevat, al wordt aangenomen dat ook de vrienden die een nauwe band hebben met de familie daartoe behoren. Er wordt dus gekeken naar de onmiddellijke familiale of vriendschappelijke omgeving⁹³. Het familiaal karakter wordt beoordeeld in hoofde van de kopieerder zelf. Men mag dus bijvoorbeeld een film die op televisie wordt uitgezonden opnemen op videoband om deze later met het gezin opnieuw te bekijken. Wanneer het materiaal daarentegen zou worden gedeeld met derden die niet tot de familiekring behoren, kan er duidelijk geen sprake meer zijn van gebruik in de familiekring. En dat is in het geval van bijvoorbeeld archieven nu net wél het geval.

Er mag ook worden aangenomen dat de exceptie enkel geldt in zoverre de reproductie ook echt plaats vindt in de familiekring, dus niet in bijvoorbeeld een archief, bibliotheek of kopieercentrum. Er mag tevens geen enkel commercieel voordeel zijn, noch direct noch indirect en geen afbreuk worden gedaan aan de normale exploitatie van het werk⁹⁴.

In principe zou nog moeten worden gewacht tot de uitvoeringsbesluiten alvorens deze nieuwe exceptie in werking treedt, maar de kans dat gebruikers daarmee rekening zullen houden is bijzonder klein⁹⁵.

Deze exceptie geldt ook voor databanken, maar dan enkel voor pedagogische of wetenschappelijke werkzaamheden⁹⁶.

⁹² J. DEENE en K. VAN DER PERRE, *I.c.*, 2005, (866) 872 . M.C. JANSSENS, *I.c.*, 2006, 132-133

⁹³ Bij de uitzondering van art. 22, 4° A.W. (reproductie op papier of soortgelijke drager voor privé-gebruik van artikelen of van werken van beeldende kunst, of van korte fragmenten uit andere werken met behulp van een fotografische techniek) wordt ook aangenomen dat de onderneming en schoolactiviteiten vallen onder het concept privé-gebruik, dat weliswaar ruimer is dan het begrip “familiekring” dat gehanteerd wordt in art. 22, 5° A.W.

⁹⁴ M.C. JANSSENS, *I.c.*, 2006, 127-130, *I.c.*, 2005, (482) 493 ; M.C. JANSSENS, “Bespreking art. 22 A.W.” in F. BRISON en H. VANHEES (eds.) *Huldeboek Jan Corbet – De Belgische Auteurswet, Artikelsgewijze commentaar*, Brussel, Larcier, 2006, (117)

⁹⁵ M.C. JANSSENS, *I.c.*, 2006, 130-131, *I.c.*, 2005, (482) 499

⁹⁶ Art 22bis § 1 3° en § 2 A.W.

5.4. De gevolgen van illegale werken op vlak van auteursrecht en aansprakelijkheid

5.4.1. De Belgische Auteurswet

Artikel 22 van de Belgische Auteurswet stelt in paragraaf 1 als algemene voorwaarde voorop dat de werken *op geoorloofde wijze* moeten zijn *openbaar gemaakt*. Hierdoor bestaat discussie over de vraag of de excepties enkel gelden ten aanzien van werken die op illegale wijze zouden zijn verkregen dan wel of de excepties enkel kunnen worden ingeroepen wanneer het werk in kwestie op legale wijze is verkregen. Een aanzienlijke strekking in de Belgische rechtsleer (alsook in het buitenland) is van mening dat het geoorloofde karakter enkel slaat op het feit dat de auteur zijn *divulgiatierecht* moet hebben uitgeoefend⁹⁷. Dit lijkt ons ook de correcte benadering. Niet alleen zal het voor de gebruiker (zoals het digitaal depot) vaak onmogelijk zijn dit te achterhalen, het zou de excepties ook volledig uithollen. Wanneer bijvoorbeeld websites zouden worden gearchiveerd waarop bepaalde elementen staan die illegaal zijn, dan zouden dus de erfgoedexcepties toch nog kunnen worden ingeroepen, mits uiteraard ook aan de overige voorwaarden werd voldaan.

5.4.2. De Belgische Wet Elektronische Handel

Een ander probleem dat zich stelt is dat van de *aansprakelijkheid voor illegale of schadelijke content*. Gesteld dat er bijvoorbeeld weblogs, podcasts, e-mails en dergelijke meer in het digitaal depot worden opgenomen is de kans uiterst reëel dat er werken in zullen voorkomen die van illegale of schadelijke aard zijn. In dat geval zou een slachtoffer dat voor de Rechtbank zijn gelijk haalde, kunnen eisen dat de informatie ontoegankelijk wordt gemaakt in het digitaal depot. Aan de andere kant moet ons inziens ook worden rekening gehouden met het doel / algemeen belang dat een archief dient in onze maatschappij, zoals het fundamentele recht op vrije meningsuiting en informatie. Een restrictie van deze fundamentele rechten is enkel verantwoord indien voldaan is aan de zeer strikte voorwaarden, zoals vastgesteld in de Belgische Grondwet en tal van Internationale Verdragen. We gaan daar in het volgende onderdeel nader op in.

Gesteld dat het digitaal depot zou gaan fungeren als een *host* waarop sites van kunstenaars bijvoorbeeld worden gereproduceerd zou evenwel binnen bepaalde grenzen een beroep kunnen worden gedaan op het vrijstellingsregime van de Wet Elektronische Handel. Door de Richtlijn Elektronische Handel⁹⁸ of E-commerce van 8 juni 2000, omgezet in de Belgische Wet Elektronische Handel van 11 maart 2003⁹⁹, werd een stelsel ontworpen van *horizontale en voorwaardelijke vrijstelling van aansprakelijkheid* (zowel op burgerrechtelijk als op strafrechtelijk vlak) voor bepaalde tussenpersonen voor (alle vormen van¹⁰⁰) onrechtmatige informatie (inbreuk op auteursrechten, laster en eeroof, racisme, xenofobie, kinderpornografie, ienz...) die ter beschikking wordt gesteld door een derde (een content provider dus)¹⁰¹. Uiteraard doet deze regeling geen afbreuk aan het feit dat de werkelijke inbreukpleger (die de content aanvoert) gerechtelijk kan worden vervolgd.

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld M.C. JANSSENS, *o.c.*, 2005, (482)489; J. DEENE en K. VAN DER PERRE, "Nieuwe Auteurswet – Belang voor de digitale wereld", *NjW* 2005, (866)872; S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Brussel, De Boeck en Larcier, 2005, nr. 587; contra A. BERENBOOM, *o.c.*, 2005, 313

⁹⁸ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *P.B. L.* 178 van 17 juli 2000, 1

⁹⁹ Wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *B.S.* 17 maart 2003

¹⁰⁰ R.J. BARCELO en K.J. KOELMAN, "Intermediary liability in the E-commerce Directive: so far so good, but it's not enough", *Computer law & Security Report* 2000-4, verkrijgbaar op <http://www.ivir.nl/publications/koelman/notenough.html>; DE PRETER, C., "Wie heeft nog boodschap aan de boodschap? De aansprakelijkheid van tussenpersonen onder de wet elektronische handel", *A.M.* 2003, (256)258

¹⁰¹ Wanneer de onrechtmatige informatie door de dienstverlener zelf wordt verstrekt, zullen uiteraard de gebruikelijke aansprakelijkheidsregels gelden

In de eerste plaats dient de aandacht er op te worden gevestigd dat het vrijstellingsregime enkel van toepassing is op tussenpersonen die een *louter technische functie* vervullen, namelijk het in werking houden van of verlenen van toegang tot een communicatienetwerk waarop informatie die door derden wordt doorgegeven tijdelijk wordt opgeslagen of doorgegeven (mere conduit, caching en hosting, cf. infra), zonder dat de informatie wordt veranderd, tenzij om redenen van technische aard¹⁰².

De E-commerce Richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat *dienstverleners niet verplicht zijn een algemeen toezicht uit te oefenen* op de informatie die wordt opgeslagen of doorgegeven. Een dergelijk systematisch toezicht zou ook gewoonweg redelijkerwijze onhaalbaar zijn. Toch voorziet de Richtlijn bij elke activiteit de mogelijkheid voor een administratieve of gerechtelijke autoriteit om van de dienstverlener te eisen dat hij (op zorgvuldige wijze) optreedt tegen bepaalde inbreuken of dat hij in bepaalde gevallen toch een specifiek toezicht houdt. Vorderingen in kortgeding, stakingsvorderingen met het oog op het verwijderen van illegale/schadelijke/onrechtmatige informatie of het voorkomen/beëindigen van inbreuken op het auteursrecht¹⁰³, de wet handelspraktijken en bescherming van de consument, de eer en goede naam, etc. blijven dus mogelijk¹⁰⁴.

Onder een dienstverlener wordt verstaan: "*iedere natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert*", met andere woorden elke persoon die online een activiteit met een economisch karakter uitoefent, ongeacht of deze een handelaar is of een vrij beroep uitoefent, zoals internet service providers, hostdiensten, emaildiensten, etc.¹⁰⁵. Onder een afnemer van diensten wordt verstaan: "*elke natuurlijke of rechtspersoon die, al dan niet voor beroepsdoeleinden, gebruik maakt van een dienst van de informatiemaatschappij, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken*"¹⁰⁶. Dit kunnen personen zijn die zowel informatie op het internet plaatsen als informatie op het internet opzoeken. Een dienstverlener kan ook *tegelijktijd* een afnemer van diensten zijn.

Met diensten van de Informatiemaatschappij wordt bedoeld: "*alle diensten die, gewoonlijk tegen vergoeding*"¹⁰⁷, *langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek*"¹⁰⁸ *van een afnemer van een dienst worden verricht*"¹⁰⁹. Wanneer gegevens niet worden opgeslagen of verwerkt is er geen sprake van een dergelijke dienst¹¹⁰.

Alhoewel de bewoordingen zeer strikt lijken, is het toepassingsgebied van de E-commerce Richtlijn behoorlijk ruim. Het gaat om e-commerce diensten (online verkoop van producten en

¹⁰² Cons. 42 E-commerce Richtlijn

¹⁰³ Zie ook art. 8.3. Richtlijn Informatiemaatschappij ; art. 87 § 1 A.W. ; Voorz. Rb. Brussel 26 november 2004, A.M. 2005, afl. 1, 49, noot VAN BUNNEN, L, J.T. 2005, afl. 6172, 165, noot SCHMITZ, I.

¹⁰⁴ cons. 45, 47 en 48 en art. 12 § 3, 13 § 2 en 14 § 3 E-commerce Richtlijn ; M. DEMOULIN en H. JACQUEMIN, "Bespreking van de wetten betreffende de diensten van de informatiemaatschappij", 14, verkrijgbaar op

http://www.internetobservatory.be/internet_observatory/home_nl.htm ; C. DE PRETER, I.c., 2003, (256)258 ; IDE N., STROWEL, A. en VERHOESTRAETE, F., I.c., 2001, (133)141 ; VERBIEST, T. en WERY, E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Brussel, Larcier, 2001, 231

¹⁰⁵ Art. 2, 3° E-commerce Wet ; art. 2 b) E-commerce Richtlijn ; M. DEMOULIN en H. JACQUEMIN, o.c., http://www.internetobservatory.be/internet_observatory/home_nl.htm ; A.R. LODDER, 'Directive 2000/31/EC on certain Legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market', in A.R. LODDER en H.W.K. KASPERSEN (eds.), *eDirectives: guide to European Union Law on E-Commerce*, Kluwer Law International, Den Haag, 2002, (67)72

¹⁰⁶ Art. 2, 5° E-commerce Wet ; art. 2 d) E-commerce Richtlijn

¹⁰⁷ De dienst kan dus ook gratis geleverd worden op basis van reclame en sponsoring.

¹⁰⁸ Men spreekt ook wel eens van een punt-tot-punt verzoek.

¹⁰⁹ Art. 2, 1° E-commerce wet, cons. 17 en art. 2 a) E-Commerce Richtlijn

¹¹⁰ Cons. 17 E-commerce Richtlijn:

diensten) zoekdiensten, gratis diensten (Bulletin Board Operators bv. chatrooms, online dagbladen, nieuwsgroepen, enz...), online ontspanning (virtueel ruimte bezoeken, online spelen, enz...) gemengde (online en offline) diensten (bv. het online bestellen van een boek dat aan huis geleverd wordt), certificeringsdiensten, technische diensten die als tussenpersoon optreden¹¹¹ zoals bij de uitbating van een netwerk/telecommunicatienet (network operator), de verlening van toegang tot het internet (acces provider), het aanbieden van hostingcapaciteit waarbij sites op servers van ISP's worden opgeslagen (host provider), enzovoort¹¹².

Er werd evenwel enkel bij de volgende *drie activiteiten* een verminderd aansprakelijkheidsregime uitgewerkt:

- “*Mere Condui*”: technisch doorgeefluik (aanbieders van netwerken en transmissiecapaciteit die fungeren als louter doorgeefluik en acces providers die de loutere toegang tot een netwerk garanderen)¹¹³
- “*Caching*”: tijdelijk gegevens opslaan om de doorgifte efficiënter te laten verlopen¹¹⁴
- “*Hosting*”: opslagcapaciteit aanbieden voor websites¹¹⁵

Uiteraard kan een tussenpersoon verscheidene van deze activiteiten, en dus ook verminderde aansprakelijkheidsregimes combineren. De vermindering of vrijstelling van aansprakelijkheid moet wel worden bekeken van activiteit tot activiteit. Wanneer een tussenpersoon de voorwaarden vervult voor de vrijstelling van aansprakelijkheid van één activiteit, wil dit immers nog niet zeggen dat hij ook voor zijn overige activiteiten is vrijgesteld¹¹⁶.

Wanneer de tussenpersoon echter niet aan de voorwaarden voldoet, komt hij weerom in het *gewone aansprakelijkheidsregime* (art. 1382 Burgerlijk Wetboek) terecht¹¹⁷. In dat geval zal het slachtoffer (morele / materiële) schade, oorzaak (bijvoorbeeld publicatie van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de auteur) en het causaal verband tussen beide moeten aantonen.

In de volgende paragrafen zullen we nagaan in welke mate een digitaal depot als hosting provider zou vrijgesteld kunnen worden van aansprakelijkheid.

“*Hosting*”, het aanbieden van opslagcapaciteit voor websites/pages kan gericht zijn tot één specifieke gebruiker, of gebruikers in het algemeen die er allerlei informatie kunnen opslaan of consulteren¹¹⁸.

Wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door de afnemer van de dienst verstrekte informatie, is de dienstverlener niet aansprakelijk onder de volgende *voorwaarden*:

- de dienstverlener heeft niet daadwerkelijk kennis van de onwettige activiteit of informatie, of wat een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis van feiten of omstandigheden waaruit het onwettelijke karakter van de activiteit blijkt¹¹⁹; of

¹¹¹ M. DEMOULIN en H. JACQUEMIN, “Bespreking van de wetten betreffende de diensten van de informatiemaatschappij”, 2, verkrijgbaar op

http://www.internetobservatory.be/internet_observatory/home_nl.htm

¹¹² M. BUYDENS, *o.c.*, 1998, 29, 45 ; C. DE PRETER, *l.c.*, 2003, (256)257 ; L. TIBERI en M. ZAMBONI, “Liability of internet service providers”, *C.T.L.R.* 2003, 49

¹¹³ Art. 18 E-commerce Wet en art. 12 E-commerce Richtlijn

¹¹⁴ Art. 19 E-commerce Wet en art. 13 E-commerce Richtlijn

¹¹⁵ Art. 20 E-commerce Wet en art. 14 E-commerce Richtlijn

¹¹⁶ MONTERO, E., “La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux”, in M. ANTOINE, A. CRUQUENAIRE, P. DE LOCHT, M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO, O. LERDUX en E. MONTERO (eds.), *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Cahiers du CRID, Brussel, Bruylant, 2001, (273)276

¹¹⁷ F. BORNER en G. SPINDLER, *E-commerce law in Europe and the USA*, Berlijn, Springer, 2002, 55 ; N. IDE, A. STROWEL en F. VERHOESTRAETE, “La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet », *J.T.* 2001, (133)140

¹¹⁸ R.J. BARCELO, “On-line intermediary liability issues: comparing EU and US legal frameworks”, *E.I.P.R.* 2000, (105)107

- de dienstverlener, van zodra hij van het bovenbedoelde kennis heeft, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang ertoe onmogelijk te maken en voorzover hij handelt volgens volgende procedure:
 - wanneer de dienstverlener daadwerkelijk op de hoogte is van een onwettige activiteit of informatie, meldt hij dit onverwijld aan de Procureur des Konings die maatregelen treft overeenkomstig art. 39bis Wetboek Sv.
 - zolang de Procureur des Konings geen beslissing heeft genomen m.b.t. het kopiëren, ontoegankelijk maken en verwijderen van de opgeslagen gegevens kan de dienstverlener enkel maatregelen treffen om de toegang tot de informatie te verhinderen (art. 20 E-Commerce Wet, art. 14 Richtlijn Elektronische Handel)¹²⁰

In tegenstelling tot de twee andere activiteiten (caching, mere conduit) moet de opslag van de informatie niét automatisch, tussentijds en tijdelijk zijn.

Voorts is de regeling niet alleen van toepassing op de traditionele hostingactiviteiten¹²¹. Ook wanneer bedrijven aan geautomatiseerde gegevensopslag doen ("data storage services") kan de regeling m.b.t. de vrijstelling worden toegepast, op voorwaarde dat er niet actief wordt ingegrepen op de informatie of de informatie gewijzigd wordt¹²². Ook archieven zouden ons inziens dus binnen het toepassingsgebied kunnen vallen mits zij geen (inhoudelijke) ingrepen doen op het digitaal materiaal dat wordt gearchiveerd (met uitzondering van de ingrepen die technisch noodzakelijk zijn om bijvoorbeeld dynamische websites te archiveren).

De vrijstelling is medeafhankelijk van het kennisniveau en de vordering waar de dienstverlener mee geconfronteerd wordt:

- bij een *strafrechtelijke vordering*: het bewijs moet worden geleverd dat de dienstverlener daadwerkelijk kennis heeft van de onrechtmatige informatie bijvoorbeeld wanneer hij weet heeft van het feit dat op een forum gegevens worden uitgewisseld waar illegaal werken kunnen worden gedownload, waar verwezen wordt naar racistische links enz....¹²³
- bij een *burgerrechtelijke vordering* (eis tot schadevergoeding): de loutere kennis van feiten of omstandigheden waaruit het onrechtmatige karakter blijkt ("constructive knowledge") is voldoende

Van zodra de host provider kennis heeft van de onrechtmatige informatie, kan hij nog vermijden aansprakelijk te worden gesteld door prompt te handelen en de informatie te verwijderen of de toegang onmogelijk te maken.

Verscheidene rechtsgeleerden maken ook een onderscheid tussen kennelijk onrechtmatige informatie waarvan een tussenpersoon geacht wordt op de hoogte te zijn (zoals racistische informatie) en niet-kennelijk onrechtmatige informatie waar de kennisgevende partij de nodige bewijsvoering zal moeten leveren¹²⁴.

Over de interpretatie van dit artikel heerst nochtans behoorlijk wat *onduidelijkheid*. Door de vage bewoordingen is het niet duidelijk wanneer host providers worden geacht "kennis" te hebben van de onrechtmatige informatie en wanneer ze nu precies moeten ingrijpen. Op host providers werd de moeilijke taak gelegd zelf te beoordelen wanneer een klacht geloofwaardig is of wanneer een content provider duidelijk over de schreef gaat, waardoor bepaalde

¹¹⁹ In het Engels wordt hiervoor ook wel eens de term "constructive knowledge" gebruikt.

¹²⁰ Ook hier wordt geen afbreuk gedaan aan de mogelijkheid voor een rechtbank of administratieve autoriteit te eisen dat de dienstverlener de inbreuk beëindigt of voorkomt. Er wordt ook geen afbreuk gedaan aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang ertoe onmogelijk te maken.

¹²¹ Dienstverleners die een website herbergen voor een andere partij of die op een andere manier informatie opslaan voor de afnemer.

¹²² C. DE PRETER, *I.c.*, 2003, (256)261

¹²³ A.R. LODDER, *I.c.*, 2002, (67)88

¹²⁴ C. DE PRETER, *I.c.*, 2003, (256)261-262 ; R.J. BARCELO, "On-line intermediary liability issues: comparing EU and US legal frameworks", *E..I.P.R.* 2000, (105)111 ; N. IDE, A. STROWEL en F. VERHOESTRAETE, *I.c.*, 2001, 133-145

informatie van de website “prompt” moet worden verwijderd of ontoegankelijk moet worden gemaakt om niet aansprakelijk te worden gesteld¹²⁵.

Het *prompt verwijderen* van de beweerde onrechtmatige informatie moet ons inziens wel op een redelijke wijze worden ingevuld. De snelheid en de zorgvuldigheid waarmee de dienstverlener optreedt kan verschillen naargelang de ernst van de inbreuk en de vermoedelijke schade¹²⁶. In de praktijk manen de providers de gebruikers meestal eerst aan om de informatie zelf te verwijderen binnen een aantal dagen. Wanneer er niets wordt ondernomen, komt de provider tussen¹²⁷.

Bovendien stelt de E-commerce Richtlijn in haar rechtsoverwegingen dat wanneer een host onrechtmatige/onwettige informatie verwijderd of de toegang ertoe onmogelijk maakt, deze handeling moet gebeuren met inachtneming van de vrijheid van meningsuiting¹²⁸. Zoals we verder zullen zien, bieden de vrijwillige “notice and take down” procedures weinig houvast en handelen de meeste dienstverleners zo “prompt” uit vrees voor aansprakelijkheid dat vaak ook rechtmatige informatie verwijderd wordt en met andere woorden de vrijheid van meningsuiting wordt aangetast.

In geval van mere conduit, hosting en caching bepaalt artikel 21 § 1 E-Commerce Wet duidelijk dat er *geen globale toezichtsverplichting* is in hoofde van de dienstverleners¹²⁹.

Ze moeten niet als cyberagenten toezien op de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen en moeten niet actief op zoek gaan naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten zouden duiden. Op die manier werd getracht dure, preventieve maatregelen te vermijden. Praktisch gezien is het meestal ook niet haalbaar, noch redelijk om toezicht te houden op de ontzettende hoeveelheid informatie die door derden wordt opgeslagen. De dienstverlener is echter *wel vrij* om op zelf gekozen tijdstippen vrijwillig spontane controles uit te voeren, filters te plaatsen, etc. om bijvoorbeeld het imago te vrijwaren. Meestal zal de dienstverlener pas ingrijpen wanneer een klacht wordt ingediend. Het gevaar van privé-censuur loert echter om de hoek wanneer er te overhaast gehandeld wordt (cf. infra)¹³⁰.

Aan de andere kant stelt de E-Commerce Wet dat de bevoegde gerechtelijke instanties, in specifieke gevallen bij de wet voorzien, een *tijdelijke toezichtsverplichting* kunnen opleggen aan de tussenpersonen¹³¹. Bovendien bepaalt § 2 van datzelfde artikel 21 dat de dienstverleners gehouden zijn de gerechtelijke of administratieve autoriteiten op de hoogte te brengen van vermeende onwettige activiteiten of informatie en hen informatie te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst kunnen worden geïdentificeerd¹³². Zo werd er bijvoorbeeld al een *samenwerkingsprotocol* afgesloten tussen ISPA en de ministers van justitie en telecommunicatie, met betrekking tot het melden van onwettige

¹²⁵ R.J. BARCELO en K.J. KOELMAN, “Intermediary liability in the E-commerce Directive: so far so good, but it’s not enough”, *Computer law & Security Report* 2000-4, 231-239, verkrijgbaar op <http://www.ivir.nl/publications/koelman/notenough.html> ; N. IDE en A. STROWEL, “Responsabilité des intermédiaires: actualités législatives et jurisprudentielles”, 10/10/2000, verkrijgbaar op <http://www.droit-technologie.org>, 43 ; MONTERO, E., *I.c.*, 2001, (273)289-290

¹²⁶ C. DE PRETER, *I.c.*, 2003, (256)262 ; E. MONTERO, *I.c.*, 2001, (273)291

¹²⁷ T. STAMOS, “Récapitulatif des devoirs et responsabilités des intermédiaires de l’internet en droit belge”, <http://www.droit-technologie.org>

¹²⁸ Cons. 46 E-commerce Richtlijn

¹²⁹ Zie ook art. 15 E-commerce Richtlijn ; N. IDE, A. STROWEL en F. VERHOESTRAETE, *I.c.* 2001, (133)144

¹³⁰ R.J. BARCELO, “On-line intermediary liability issues: comparing EU and US legal frameworks”, *E.I.P.R.* 2000, (105)110-111 ; MONTERO, E., *I.c.*, 2001, (273)279

¹³¹ Zie ook art. 15.2 en cons. 47 en 48 E-commerce Richtlijn ; zie ook art. 12.3, art. 13.2, art. 14.3 E-commerce Richtlijn: “dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt”. De interpretatie van dit artikel werd overgelaten aan de nationale lidstaten.

¹³² M. DEMOULIN en H. JACQUEMIN, o.c., 14, verkrijgbaar op http://www.internetobservatory.be/internet_observatory/home_nl.htm

activiteiten/informatie (kinderpornografie, racisme, kansspelen, etc.) bij de gespecialiseerde computer crime unit¹³³.

De contradictie van deze bepalingen met het vrijstellingsregime van de E-commerce Wet is groot. Over de interpretatie van dit artikel bestaat de grootste *onduidelijkheid* en onenigheid. Volgens de ene strekking in de rechtsleer mag er logischerwijze en redelijkerwijze vanuit worden gegaan dat de Belgische wetgever hier enkel strafbare feiten (handelingen/informatie) voor ogen had. Volgens andere rechtsgeleerden heeft de wetgever aan de hand van deze bepaling zich het recht voorbehouden om de opsporing van bepaalde ongeoorloofde informatie voor te schrijven, eenmaal de aangepaste technieken (filters, e.d.) voorhanden zijn¹³⁴. Het is ook niet duidelijk in welke mate tussenpersonen gesanctioneerd zouden kunnen worden wanneer zij volgens de autoriteiten te laat gehandeld hebben¹³⁵. De meeste dienstverleners voorzien dan ook in hun gebruiksvoorwaarden dat zij het recht hebben om te allen tijde het materiaal op de website te verwijderen en dat er voor die handeling geen aansprakelijkheidsvorderingen kunnen worden ingesteld. Tussenpersonen kunnen al bij al dus toch maar best op hun hoede zijn.

Waar tenslotte ook nog onduidelijkheid over bestaat is de *bewijslast*. Moet een provider bewijzen dat hij aan alle voorwaarden voldoet wanneer een aansprakelijkheidsvordering tegen hem wordt ingesteld of is het aan de klager of het slachtoffer om dit aan te tonen? Volgens MONTERO moet voorkeur worden gegeven aan de laatste mogelijkheid, die ook het dichtst aanleunt bij de wil van de Europese wetgever¹³⁶.

5.4.3. Beperkingen aan de communicatievrijheid

De *communicatievrijheid* is een grondrecht dat zowel in de Belgische Grondwet als in talrijke Internationale Verdragen¹³⁷ wordt gewaarborgd. De meest ruime definitie werd gegeven door artikel 10 E.V.R.M.. Eenieder heeft het recht om informatie, ideeën te uiten, ontvangen en distribueren. Het Comité van Ministers van de Raad van Europa bevestigde onlangs nog dat het recht op vrije meningsuiting moet gerespecteerd worden, zowel in een digitale als in een niet-digitale omgeving¹³⁸.

Aan de ene kant mag de *overheid* zich niet inmengen (*onthoudingsplicht*). Het recht op vrije meningsuiting is nochtans geen absoluut recht. In uitzonderlijke omstandigheden zeg maar, kunnen er van overheidswege beperkingen worden opgelegd, doch slechts als aan drie voorwaarden is voldaan:

- voorzien bij wet (*legaliteit*)
- noodzakelijk in een democratische samenleving ("pressing social need" ; noodzakelijkheid ; *proportionaliteitstest*)
- ter bescherming van een legitieme/normatieve doelstelling (*legitimiteit*) namelijk:
 - de nationale veiligheid
 - de territoriale integriteit of de openbare veiligheid
 - bescherming gezondheid of goede zeden (bv. kinderpornografie)
 - voorkomen wanordelijkheden en strafbare feiten
 - het waarborgen gezag en de onpartijdigheid rechterlijke macht
 - verspreiden van vertrouwelijke informatie voorkomen

¹³³ Samenwerkingsprotocol ter bestrijding van ongeoorloofd gedrag op het internet, <http://www.ispa.be/web/nl/?n=9&e=22&s=93> ; E. MONTERO, *l.c.*, 2001, (273)280-282 ; T. STAMOS, "Récapitulatif des devoirs et responsabilités des intermédiaires de l'internet en droit belge", <http://www.droit-technologie.org>

¹³⁴ C. DE PRETER, *l.c.*, 2003, (256)264-266

¹³⁵ N. IDE, A. STROWEL en F. VERHOESTRAETE, F., *l.c.*, 2001, (133)143-144

¹³⁶ E. MONTERO, *l.c.*, 2001, (273)285-286

¹³⁷ Art. 10 E.V.R.M., art. 19 U.V.R.M., art. 19 I.V.B.P.R., art. 13 Kinderrechtenverdrag ; art. 19

G.W.

¹³⁸ Declaration on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society, CM (2005)56 final, 13 mei 2005 ; zie ook de ruime bewoording van art. 19 § 2 I.V.B.P.R.

- bescherming rechten van anderen (eer en goede naam, bescherming recht op privacy, recht op een naam, recht op afbeelding, recht op eerlijk proces, bescherming tegen racisme/xenofobie, enz...) ¹³⁹

Aan de andere kant heeft de overheid een *actieve zorgplicht* om te verhinderen dat de expressievrijheid te veel zou worden beperkt door het optreden van private personen of organisaties (zoals tussenpersonen op het internet) ¹⁴⁰.

Eenvoudig gezegd kan datgene wat offline niet door de beugel ook online niet, zelfs al gaat het vaak om vluchtige woorden, beelden, etc.. Een webmaster kan in zijn algemene gebruiksvoorwaarden een bepaalde *gedragscode* opnemen waar gebruikers zich aan dienen te houden, bijvoorbeeld dat geen inbreuken mogen worden gepleegd op het auteursrecht, dat geen racistische uitlatingen mogen worden gedaan, dat geen hyperlinks mogen worden gelegd naar sites m.b.t. kinderpornografie, etc.. Gebruikers moeten op een duidelijk zichtbare manier ook op de hoogte worden gebracht van het webbeleid. De webmaster moet er zich ook voor behoeden niet al te censurerend op te treden. Immers, wanneer hij niet meer handelt als tussenpersoon maar als een soort een zeer nauwlettende toezichhoudende autoriteit, dreigt hij buiten het vrijstellingsregime van de E-commerce Richtlijn te vallen. Aan de andere kant zal het de webmaster in alle geval niet vrijstellen van aansprakelijkheid indien hij zich niet tevens houdt aan de voorwaarden van de E-commerce Wet.

Artikel 14.3 Richtlijn Elektronische Handel biedt de lidstaten de mogelijkheid om van overheidswege procedures uit te werken m.b.t. de verwijdering/blokkering van informatie. De Belgische wetgever gaf er, net als de meeste lidstaten ¹⁴¹, de voorkeur aan het aan de tussenpersonen zelf over te laten om op *vrijwillige basis een "notice and takedown" procedure* uit te werken ¹⁴².

Zelfregulering in de vorm van Charters, gedragscodes ¹⁴³, buitengerechtelijke geschillen-regeling is een mogelijke oplossing en wordt ook sterk aangemoedigd door de Europese wetgever ¹⁴⁴. De Belgische overheid komt dus niet tussen met een regeling voor klachten m.b.t. inbreuken op het auteursrecht, de eer en goede naam, enz.... op het internet (uiteraard wel wanneer bv. een stakingsvordering wordt ingediend), maar laat het over aan de dienstverleners zelf. Maar is dit wel de meest geschikte methode?

De vrijwillige *"notice and take down"* regelingen, brengen rechtsonzekerheid teweeg en hebben een *negatieve impact* op de vrije doorgifte van informatie, de vrije meningsuiting, de vrije concurrentie en de Europese harmonisatie ¹⁴⁵. Dienstverleners zijn vaak geneigd om informatie waarvan wordt beweerd dat deze illegaal/schadelijk is (bv. een inbreuk op het auteursrecht, aantasting eer en goede naam, bescherming goede zeden, misleidende reclame, enz...) automatisch snel te verwijderen om elke vorm van aansprakelijkheid te vermijden. De klachten/aantijgingen (meestal afkomstig van privé-personen, niet zozeer van administratieve of gerechtelijke autoriteiten) zijn echter niet altijd gegrond, waardoor de providers die de aangeklaagde informatie verwijderen soms wel eens een privé-censuur/schendig van de expressievrijheid verweten wordt.

De titularissen van de rechtmatige informatie kunnen in tussentijd ook behoorlijke schade lijden. De meeste tussenpersonen voorzien in hun gebruiksvoorwaarden dan ook clausules

¹³⁹ E. LIEVENS, P. VALCKE, P. en D. STEVENS, "Vrijheid van meningsuiting", *Praktijkboek Recht en Internet Titel II – Hoofdstuk 3*, Vanden Broele, Brugge, 2005, 22 e.v.

¹⁴⁰ E. LIEVENS, P. VALCKE en D. STEVENS, *l.c.*, 2005, 14

¹⁴¹ Eerste Verslag m.b.t. de toepassingen van de E-commerce Richtlijn 2000/31/EC van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000, COM (2003)702 final, Brussel 21 november 2003, p. 14: met uitzondering van Finland dat een specifieke nationale notice and take down regeling uitwerkte om een einde te stellen aan auteursrechtelijke inbreuken

¹⁴² C. DE PRETER, *l.c.*, 2003, (256)263

¹⁴³ Bv. <http://www.euroispa.org>

¹⁴⁴ Cons. 40 en 49 en art. 16 en 17 E-commerce Richtlijn

¹⁴⁵ L. TIBERI en M. ZAMBONI, "Liability of internet service providers", *C.T.L.R.* 2003, (49)51

die hun vrijstellen van aansprakelijkheid bij het verwijderen van de informatie. Aan de andere kant gaan degenen die onterecht een klacht indienden vaak vrijuit. De vraag is of tussenpersonen überhaupt wel de meest geschikte persoon zijn om te waken over het respecteren van de vrijheid van meningsuiting. Het vergt toch wel behoorlijk wat kennis, vaardigheden en personeel (zowel op technologisch als op juridisch vlak) om inbreuken in de ontzettend grote informatiestromen die worden doorgegeven te traceren¹⁴⁶. Er is ook een grote discrepantie tussen de offline en online behandeling. Terwijl in de reële wereld een gerechtelijk bevel nodig is om een auteursrechtelijke inbreuk te staken, kan op het virtuele net gewoon door het melden van een klacht de vermeende inbreuk worden stopgezet¹⁴⁷.

Het feit dat zowel de Europese als de Belgische wetgever dit volledig overlaten aan de tussenpersonen zelf kan worden betreurd. Het was wellicht verstandiger geweest om toch enkele richtlijnen mee te geven zoals welke vereisten in acht moeten worden genomen om een klacht van een privé-persoon ontvankelijk te verklaren of hoe er kan worden opgetreden tegen valse meldingen (zoals in de Amerikaanse DMCA). Het komt de Europese harmonisatie in alle geval niet ten goede¹⁴⁸ en de communicatievrijheid evenmin.

5.5. Dwingend karakter?

Artikel 23bis A.W. stelt dat alle uitzonderingen op de vermogensrechten in de A.W. van 1994 bepalingen van dwingend recht zijn. Met andere woorden, er zijn geen contractuele afwijkingen mogelijk. Gebeurt dit toch, dan zijn de contractuele bedingen relatief nietig, met andere woorden de belanghebbende partij (in casu de gebruiker / depotbeheerder) zal de relatieve nietigheid moeten opwerpen. Op die manier wordt voorkomen dat gebruikers zoals depotbeheerders zouden gedwongen worden om in te stemmen met standaardcontracten waarbij de draagwijdte van de (archief)exceptie wordt ingeperkt of waarbij een vergoeding wordt geëist.

Door de recente wetwijziging werd toegevoegd dat er *“er kan evenwel op contractuele basis afgeweken worden, [...] wanneer het werken betreft die voor het publiek beschikbaar zijn gesteld op grond van overeengekomen bepalingen op zodanige wijze dat leden van het publiek daartoe toegang hebben op een door hen individueel gekozen plaats en tijd”*.

Deze bepaling werd ingevoerd uit vrees van de Belgische wetgever dat het niet verenigbaar zou zijn met artikel 6 lid 4 alinea 4 van de Richtlijn Informatiemaatschappij dat stelt dat *“de bepalingen van artikel 6, lid 4, eerste en tweede alinea [dit slaat op het nemen van passende maatregelen] gelden niet voor werken of ander materiaal voor het publiek beschikbaar gesteld op grond van overeengekomen bepalingen op zodanige wijze dat leden van het publiek daartoe toegang hebben op een door hen individueel gekozen plaats en tijd”*.

Men besloot dat het noodzakelijk was deze bepaling in de A.W. bij te passen omdat het dwingend karakter een ernstige belemmering zou kunnen zijn voor de online verkoop van werken (bv. muziek) op het internet¹⁴⁹. Volgens M.C. JANSSENS moet hieruit worden afgeleid dat er bij alle interactieve diensten on demand¹⁵⁰ waarbij werken worden beschikbaar gesteld aan leden van het publiek, kan worden afgeweken via een overeenkomst. Er zal

¹⁴⁶ R.J. BARCELO en K.J. KOELMAN, “Intermediary liability in the E-commerce Directive: so far so good, but it’s not enough”, *Computer law & Security Report* 2000-4, verkrijgbaar op <http://www.ivir.nl/publications/koelman/notenough.html> ; R.J. BARCELO, “On-line intermediary liability issues: comparing EU and US legal frameworks”, *E.I.P.R.* 2000, (105)111 ; E. MONTERO, *l.c.*, (273)291

T. VERBIEST en E. WERY, *Le droit de l’internet et de la société de l’information*, Brussel, Larcier, 2001, 229-230

¹⁴⁷ R.J. BARCELO, en K.J. KOELMAN, “Intermediary liability in the E-commerce Directive: so far so good, but it’s not enough”, *Computer law & Security Report* 2000-4, verkrijgbaar op <http://www.ivir.nl/publications/koelman/notenough.html>

¹⁴⁸ R.J. BARCELO, « On-line intermediary liability issues: comparing EU and US legal framework », *E.I.P.R.* 2000, (105) 111 ; L. TIBERI en M. ZAMBONI, “Liability of internet service providers”, *C.T.L.R.* 2003, (49)51 ; N. IDE, A. STROWEL, en F. VERHOESTRAETE, *l.c.*, 2001, 133-145

¹⁴⁹ *Parl. St. Kamer* 2003-2004, nr. 51-1137/013, 44

¹⁵⁰ Cons. 25 Richtlijn Informatiemaatschappij

echter wel een uitzondering moeten worden gemaakt ten aanzien van de aan de lidstaten opgelegde exceptie van de tijdelijke technische kopie¹⁵¹. Volgens deze rechtsgeleerde laten de woorden ook maar weinig ruimte voor commentaar, ook al betekent dit een drastische inperking van de draagwijdte van de excepties. Naargelang het geval zullen zij van suppletore dan wel van dwingende aard zijn¹⁵². Hoe dan ook rijst de vraag of het aanzienlijke verschil in behandeling tussen contracten in de online en offline wereld wel kan worden gerechtvaardigd?

De consequenties hiervan zijn wel groot want dit betekent dat ook van erfgoedexcepties in de online wereld perfect contractueel kan worden afgeweken. Met andere woorden, wanneer in de algemene voorwaarden / gebruiksvoorwaarden van de website te lezen valt dat de website beheerder zich tegen het archiveren van de website verzet, moet deze wil worden gerespecteerd ingevolge artikel 23 bis § 2 A.W.

Volgens S. DUSOLLIER heeft de Europese wetgever duidelijk uit voorzichtigheid geen uitspraak willen doen over het suppletore dan wel dwingende karakter van excepties, en werd dit bewust overgelaten aan de nationale lidstaten. De Belgische wetgever verkoos aan alle excepties een dwingend karakter toe te kennen, wat redelijk uniek is in Europa.

Met artikel 6 lid 4 alinea 4 van de Richtlijn Informatiemaatschappij werd door de Europese wetgever volgens deze rechtsgeleerde enkel beoogd dat de betrokken partijen (auteur en gebruiker) zelf een contractuele regeling binnen redelijke perken overeenkomen wanneer werken op interactieve wijze ter beschikking worden gesteld. Het kan volgens deze rechtsgeleerde bijvoorbeeld niet de bedoeling zijn geweest dat via een internetlicentie een absoluut verbod wordt opgelegd om muziekfragmenten te laten uitvoeren op een publiek examen. Dit valt namelijk niet te stroken met de wil van de wetgever om verkoop on demand aan te zwengelen. Eenzelfde redenering kan worden gevolgd ten aanzien van de erfgoedexcepties. Artikel 6 lid 4 alinea 4 van de Richtlijn Informatiemaatschappij sluit volgens deze rechtsgeleerde ook niet uit dat bepaalde excepties hun dwingende karakter kunnen behouden

S. DUSOLLIER geeft ook een zeer enge betekenis aan de interactieve on demand diensten as such. Als voorbeeld voert ze de ter beschikking stelling aan van een muziekwerk aan een gebruiker gedurende het weekend, video on demand, de consultatie van een catalogus een platenmaatschappij etc.. Andere vormen van niet-interactief online gebruik blijven echter buiten schot. Niettemin moet wel worden bekend dat interactieve on demand diensten een zeer groot veld beslaan. De bewoordingen "op grond van overeengekomen bepalingen" veranderen daar weinig aan¹⁵³.

Het zal ons inziens in de praktijk ook zeer moeilijk uitvallen om een grens te trekken tussen zogenaamde interactieve en niet-interactieve diensten on demand. Het internet is op zich nu eenmaal interactief: elke consultatie van een website bijvoorbeeld vereist instructies van een gebruiker die zelf informatie opvraagt. Eventueel zouden de gemaakte investeringen in aanmerking kunnen worden genomen. Het hoeft in alle geval geen betoog dat over de vage notie "on demand" diensten nog veel inkt zal vloeien. Over het dwingende karakter van de uitzonderingen op het internet bestaat hoe dan ook geen uitsluitel zolang er geen rechtspraak is.

5.6. De internationale drie-stappen-test?

De drie-stappen-test, reeds gekend sinds de Conventie van Bern en het TRIPS-Verdrag¹⁵⁴, werd door de Belgische Wetgever enkel in de Memorie van Toelichting opgenomen om redenen van rechtszekerheid. Toch valt ze ook verspreid in de Belgische auteurswet terug te

¹⁵¹ Art. 21 § 3 A.W.

¹⁵² M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2004, (444)457 ; M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2005, (482)509 ; M.C. JANSSENS, *l.c.*, 2006, 151-152

¹⁵³ S.DUSOLLIER, *o.c.*, 2005, 175-176, 500-505, 507-513

¹⁵⁴ Hierdoor geldt ook het principe "pacta sunt servanda": internationaal recht heeft voorrang op nationaal recht, m.a.w. de Conventie van Bern en het TRIPS-Verdrag gaan voor op de Belgische wetgeving

vinden zoals in bovenvermelde excepties. De drie-stappen-test bepaalt dat uitzonderingen slechts zijn toegestaan in de mate dat :

- het gaat om bepaalde uitzonderlijke gevallen
- geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van de werken
- de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

Het gaat om cumulatieve voorwaarden.

Eerst en vooral zijn alleen de uitzonderingen die *in specifieke gevallen* zijn voorzien dus toegelaten. Ten tweede mag de uitzondering geen afbreuk doen aan de *normale exploitatie* van werken. Een uitzondering doet afbreuk aan de normale exploitatie van het werk als het gebruik dat ze toestaat concurreert met de economische middelen van de houders van het recht en hen hierdoor duidelijke commerciële winsten onthoudt. Met andere woorden, de commerciële voordelen van degene die een kopie maakt of verkrijgt van een werk moeten in aanmerking worden genomen. De derde stap, ten slotte, stelt dat de *wettige belangen* van de rechthebbende niet onredelijk mogen worden geschaad. De schade bereikt een onredelijk niveau wanneer een toepassing van de uitzondering een onredelijke winstderving voor de titularis van het auteursrecht doet ontstaan of zou kunnen doen ontstaan of wanneer een belangrijke markt aan de titularis dreigt te ontsnappen.

Het *voordeel* van deze toets is ongetwijfeld dat gemakkelijker kan worden ingespeeld op technologische veranderingen bij de toepassing van de uitzonderingen. In flagrante gevallen zou ook door middel van deze toets de toepassing van een uitzondering kunnen worden opzij gezet indien kan worden aangetoond dat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk of onredelijke schade berokkend wordt aan de wettige belangen van de rechthebbenden. Bepaalde rechtsgeleerden vrezen dat het toepassingsgebied van uitzonderingen daardoor drastisch kan worden ingeperkt¹⁵⁵, anderen relativeren dit¹⁵⁶. Het valt wel aan te raden de drie-stappen-test enkel te hanteren wanneer de tekst met betrekking tot een uitzondering onvoldoende duidelijk is. De drie-stappen-test benadert in verscheidene opzichten de leer van de *fair use* van het Angelsaksische rechtssysteem.¹⁵⁷ In buurlanden als Frankrijk (zie *infra*)¹⁵⁸ en Nederland¹⁵⁹ werd de drie-stappen-test reeds door de rechter toegepast.

Minister Verwilghen vond het evenwel overbodig deze test ook in de wet op te nemen omdat deze in eerste instantie gericht is tot de wetgever zelf om nieuwe wettelijke uitzonderingen die ze wenst in te voeren te toetsen en door hoven en rechtbanken kan worden gebruikt als toetsingsinstrument bij toepassing van de A.W.. De drie-stappen-test in de wet zelf plaatsen zou enkel verwarring zaaien¹⁶⁰. Nochtans, zoals reeds werd aangehaald, vallen vooral het tweede en derde criterium van de drie-stappen-test verspreid terug te vinden in verscheidene excepties zoals de excepties voor archieven.

De impact van deze test mag dus zeker niet worden onderschat. Vooral met het oog op archivering van digitale werken die vaak van behoorlijk recente aard zijn, moet er zeker op worden gelet dat de normale exploitatie en de wettige belangen van de auteur niet worden geschaad. Er mag ons inziens zeker vanuit worden gegaan dat bepaalde website of weblog beheerders er niet voor zullen terug deinzen om zich te verzetten tegen de archivering van hun website / weblog omdat ze zelf een archief wensen aan te leggen waar ze enkel geabonneerden / geregistreerden of tegen betaling toegang toe willen verlenen. Denken we maar aan krantenuitgevers, platenproducenten, filmproducenten, etc..

Het meest voor de hand liggende voorbeeld op dit actuele moment is ongetwijfeld de zaak die *Copiepresse* tegen *Google News* inspande wegens ongeautoriseerde reproductie van teksten (artikels) en foto's. Google News beriep zich voor de verzameling van de krantenartikels op

¹⁵⁵ C. CARON, "Les exceptions. L'impact sur le droit français", *Propriétés Intellectuelles*, Janvier 2002, 26

¹⁵⁶ J. CORBET, *I.c.*, 2005, (5)57

¹⁵⁷ S. PERLMUTTER, *I.c.*, 2001, (111)116; M. SENFTLEBEN, *Copyright limitations and the three-step test*, Kluwer Law International, Londen, 2004, 112-113

¹⁵⁸ TGI Paris, 30 april 1994, <http://www.legalis.net>

¹⁵⁹ Rb. 's-Gravenhage 2 maart 2005, *Computerr.* 2005, 143, noot K. KOELMAN

¹⁶⁰ Memorie van Toelichting p. 14, Verslag G. HOVE, p. 15, 27

de exceptie van het informatief citaatrecht. Wie meer wil lezen over het artikel in kwestie kan via een hyperlink doorklikken naar de bronsite. Uitgevers die hun artikels niet willen zien op de site van Google News, kunnen gebruik maken van de "opt out" die Google News voorziet. Onder meer de Vlaamse uitgevers kozen daarvoor, de Franstalige uitgevers verkozen echter een rechtszaak in te spannen. De "you only had to ask" politiek van Google is op zijn minst gezegd uiterst betwistbaar, temeer daar Google er ongetwijfeld wel commercieel voordeel uit haalt. Het valt ook te betwisten of het informatief citaatrecht zo ver reikt. Naast de gewone vermelding op de site van Google News verzetten de uitgevers zich ook tegen de google caches langs waar er artikels konden worden getraceerd die reeds van de bronsite werden verwijderd. Volgens de Richtlijn en de Wet Elektronische Handel is het inderdaad verplicht regelmatig te "refreshen". Vele krantenuitgevers stellen hun archief namelijk enkel ter beschikking aan geabonneerden die zich registreerden en een toegangscade hebben. De rechter in eerste aanleg te Brussel stelde Google in kortgeding in het ongelijk.

Hoe nobel de doelstelling om een website, weblog, e-mails te archiveren ook mag zijn, er moet altijd wel worden rekening gehouden met de commerciële belangen van de betrokken rechthebbenden, zoals ook zeer duidelijk gesteld is in de excepties voor archieven. Meestal geven de websites in de algemene voorwaarden of gebruikerslicenties ook weer welke gebruiken toegestaan zijn en welke niet. Dit kan zeer ver gaan en de vraag is of daar mee moet worden rekening gehouden.

De excepties zijn dwingend (ter bescherming van de belanghebbende, dus in dit geval de gebruiker) dus kan er contractueel niet van worden afgeweken. Maar zoals tevoren reeds is uitgelegd kan daar in de online wereld wél van worden afgeweken op grond van artikel 23bis § 2 A.W.. Bovendien mag niet worden vergeten dat de algemene voorwaarden meestal al op de leest zijn geschoeid van de (commerciële) belangen van de websitebeheerder / rechthebbenden.

Indien er twijfel bestaat over het feit of een exceptie een bepaalde situatie al dan niet dekt, zal de rechter er volgens trouwens voor opteren de exceptie restrictief te interpreteren in het voordeel van de auteur / rechthebbenden (regel van de restrictieve interpretatie).

6. AUTEURSCONTRACTEN

6.1. De Belgische regeling voor auteurscontracten

Indien geen exceptie kan worden ingeroepen, is het aan de depotbeheerder om de nodige licenties te verkrijgen. De toestemming moet verkregen worden in de vorm van een overeenkomst met de auteur of de rechthebbende. De regels voor auteurscontracten zijn zeer specifiek en veeleisend. Zo moet elke exploitatiewijze worden vermeld, alsook de geografische reikwijdte, de forfaitaire/proportionele vergoeding, etc. Een alternatief voor deze rigide auteursovereenkomsten zijn de befaamde Creative Commons licenties.

6.2. De voorgeschiedenis van Creative Commons Licenties

Tegenover het klassieke exclusieve auteursrecht staat de “open cultuuropvatting”. Voorstanders van deze “free culture” benadrukken het belang van het recht op informatie en het stimuleren van innovatie/creativiteit die juist zo vaak voortspruit uit reeds bestaande werken. In het auteursrecht spreekt men ook niet voor niets over de komst van de “informatiemaatschappij”. Er was nog nooit zo'n wereldwijde stroom aan informatiegegevens beschikbaar voor een algemeen publiek. Het neutrale interactieve net nodigt ook uit tot het delen van (al dan niet auteursrechtelijk beschermde want bewerkte) informatie (denken we maar aan het grote succes van de internet encyclopedie Wikipedia) tot dialoog (bv. chatrooms, weblogs, online communities¹⁶¹, interactieve videdgames, enz...) en tot creativiteit/innovatie¹⁶².

Voor auteurs roept het ontstaan van het internet natuurlijk een dubbelzinnig gevoel op. Langs de ene kant biedt het hen meer exploitatiemogelijkheden, bekendheid en inspiratie. Aan de andere kant zijn auteursrechtelijk beschermde werken blootgesteld aan piraterij, namaak en auteursrechtelijke inbreuken. Op het interactieve net kunnen werken immers sneller dan ooit worden verspreid, gekopieerd (de digitale kopieën behouden ook in tegenstelling tot de analoge perfect hun kwaliteiten en zijn bestand tegen slijtage) en gedistribueerd. Het internet maakt/ziet ook geen onderscheid tussen auteursrechtelijk beschermde en niet beschermde werken.

Wanneer gebruikers geen beroep kunnen doen op excepties, moet zoals reeds gezegd een schriftelijke toestemming worden verkregen van de auteur. Met andere woorden, er moet een overeenkomst worden gesloten tussen beide partijen, waarbij de rechten worden overgedragen of waarbij een licentie worden toegestaan. Bij het sluiten van een dergelijke *auteursrechtelijke overeenkomst*¹⁶³ moeten een aantal specifieke regels in acht worden genomen. Zo moet in principe¹⁶⁴ bijvoorbeeld de “exploitatiewijze(n)” worden gespecificeerd, de geografische reikwijdte, de forfaitaire/proportionele vergoeding, enz....Dat een dergelijk regime nogal moeilijk te rijmen valt met het grensoverschrijdende internet, hoeft geen betoog, maar dat betekent nog niet dat auteurs daarom hun rechten moeten opgeven. Een mogelijke tussenoplossing werd geopperd door de verdedigers van “open source” en “Creative Commons” licenties.

¹⁶¹ Een voorbeeld van een online kunst community <http://www.deviantart.com>

¹⁶² J. DEBACKERE, “De encyclopedie van het volk”, *De Standaard*, 12-13 november 2005 ; P. GANLEY, “Digital copyright and the new creative dynamics”, *International Journal of Law and Information Technology* 2004, Vol. 12, N° 3, (282)305-306, 309 ; MINDAUGAS KISKIS en RIMANTAS PETRAUSKAS, “Lessig's implications for intellectual property law and beyond them”, *International review of law computers & technology*, Vol. 19, N° 3, (305)306-307 ; A. WIEBE, “Perspectives of European intellectual property law”, *International Journal of Law and Information Technology* 2000, Vol. 8, N° 2, (139)161-162

¹⁶³ Enkel wanneer de daadwerkelijke auteur (of de personen die na zijn overlijden door een universele rechtsovergang in het bezit komen van de vermogensrechten) contractspartij is. De strikte regels zijn niet van toepassing bij contracten gesloten door een auteursrechthebbende die (bepaalde) rechten verkreeg via een overdracht- of licentieovereenkomst met de auteur.

¹⁶⁴ Bij contracten waarbij de auteur een werknemer of een opdrachtnemer (bv. freelancer) is, heeft de wetgever een versoepelde regeling uitgewerkt. In geval van uitgavecontracten daarentegen is de regeling veel strikter.

Volgelingen van de Amerikaanse “Free Culture” filosofie stellen dat originele werken vrijer ter beschikking moeten worden gesteld op het internet door middel van flexibele licenties in plaats van door middel van het traditionele rigide auteursrecht, dat bij de recente vernieuwingen nog strenger werd (bv. verlening beschermingsduur auteursrecht, juridische bescherming DRM technieken). Volgens hen werkt dit enkel monopolies en overmatige controle door de rechthouders (grote mediamagnaten) in de hand, die alles in het werk stellen om werken niet in het openbaar domein te laten vallen. Het feit dat technologische maatregelen die de auteurswerken beschermen tegen inbreuken (bv. anti-kopieerbeveiliging, beperking toegang, watermerken, enz...) juridisch beschermd worden, leidt volgens deze volgelingen tot protectionisme en een “locking down of culture”¹⁶⁵. Het kan inderdaad niet worden ontkend dat *Digital Right Management* momenteel sterk ter discussie staat nu meer en meer blijkt dat de technieken worden aangewend om bv. werken die reeds in het openbaar domein vielen of louter informatie ontoegankelijk te maken, wat duidelijk buiten het toepassingsgebied van het auteursrecht (en dus ook van DRM) ligt. Tenslotte kan ook niet worden genegeerd dat de excepties (en aldus de rechten van de gebruikers), in het gedrag worden gebracht door deze DRM technieken. Er is weliswaar in een procedure voorzien waarbij in eerste instantie de auteur wordt aangemaand om bepaalde maatregelen te treffen zodanig dat het werk kan worden aangewend voor de exceptie. In tweede instantie kan naar de rechter worden gestapt om dergelijke maatregelen te verkrijgen. Het probleem is echter dat het helemaal nog niet duidelijk is wat die vrijwillige/passende maatregelen dan wel precies inhouden. Aan de andere kant mag ook niet worden ontkend dat auteurs wel degelijk het recht hebben om, nu de middelen daarvoor ook voorhanden zijn, hun werken technologisch te beschermen tegen bijvoorbeeld inbreuken (bv. door anti-kopieerbeveiligingen), bedrieglijke naamsvermeldingen (bv. door watermarking) of om bijvoorbeeld het gebruik in juiste banen te leiden (bv. door een forfaitair bedrag te vragen voor elke download van het werk). Volgens bepaalde auteurs houdt DRM juist het delicate evenwicht tussen de belangen van de houders van intellectuele eigendomsrechten en de belangen van de maatschappij mee in stand¹⁶⁶. Hierover is zeker nog niet het laatste woord gezegd of geschreven.

Auteurs kunnen er zelf voor kiezen om uitgebreide (*gratis*) *gebruikslicenties* toe te staan op hun werken door ze ter beschikking te stellen aan het publiek op internet via ruime gebruikslicenties. Dat betekent echter niet dat de auteur afstand doet van zijn auteursrechten of al zijn prerogatieven afstaat. Het blijft in essentie een licentie waaraan wel degelijk nog *voorwaarden* worden verbonden¹⁶⁷, bijvoorbeeld dat een werk niet mag worden herbewerkt voor commerciële doeleinden. Op die manier kan door het “verervende karakter” van de door hem gekozen licentie een hele keten van co-auteurs ontstaan¹⁶⁸. Vaak worden aan de licentie ook bepalingen m.b.t. de beperking van de aansprakelijkheid toegevoegd¹⁶⁹. De gebruiker is gebonden aan die voorwaarden, zelfs als hij het er niet mee eens is, en kan worden vervolgd wanneer hij/zij daar een inbreuk op pleegt. Auteursrechten zijn immers geen contractrechten waarbij een overeenstemming moet worden bereikt, maar rechten met een *exclusief* karakter. Dat neemt niet weg dat de gebruiker nog wel een redelijke mogelijkheid moet worden geboden om kennis te nemen van de licentievoorwaarden, ook al zijn die in haar/zijn voordeel¹⁷⁰. Het wordt aangenomen dat het toepasselijke recht het recht is van het land waar

¹⁶⁵ MINDAUGAS KISKIS en RIMANTAS PETRAUSKAS, “Lessig’s implications for intellectual property law and beyond them”, *International review of law computers & technology*, Vol. 19, N° 3, (305)307-308 ; N. HENDRIKS, “Creative commons in Nederland: flexible auteursrecht”, *AMI* 2006, afl. 1, 1-2

¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld S. WEINSTEIN en C. WILD, “Lawrence Lessig’s “Bleak House”: a critique of “Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity” or “How I learned to stop worrying and love internet law”, *International Review of Law Computers & Technology*, Vol. 19, N° 3, 363-366, 372

¹⁶⁷ S. WEINSTEIN en C. WILD, *l.c.*, (363)368

¹⁶⁸ C. DE PRETER en H. DEKEYSER, “De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties”, *Computerrecht* 2004, afl. 5, (216)218-219 ; K.J. KOELMAN, “Brothers in arms: open source en auteursrecht”, *Computerrecht* 2004, 230-231

¹⁶⁹ E.P.M. THOLE en W. SEINEN, “Open source-softwarelicenties: een civielrechtelijke analyse”, *Computerrecht* 2004, afl. 5, (221)223-225 ; E.N.M. VISSER, “GNU General Public License”, *Computerrecht* 2004, afl. 5, (226)228-229

¹⁷⁰ P.H ARNE en J.C. YATES, “Open source software licenses: perspectives of the end user and the software developer”, *The Computer & Internet Lawyer* 2005, Vol. 22, N° 8, 2-3, 8-9 ; M. BUYDENS,

de bescherming wordt ingeroepen (*lex loci protectionis*)¹⁷¹. Aangezien een werk in een open source keten zowat altijd het werk is van verscheidene auteurs, zullen de regels m.b.t. collectieve werken (of verzamelwerken) van toepassing zijn. Wanneer auteurs hun rechten overdragen aan een comité zoals de Free Software Foundation bij het bekende GNU-project dat de rechten en open source voorwaarden handhaaft, vergemakkelijkt dit natuurlijk wel het een en ander¹⁷². Op professionele websites is het auteursrechtenbeleid ("copyright policy") steeds op zichtbare wijze terug te vinden in de disclaimer. Of een browse-wraplicentie (verwijzing naar de open source licentie die wordt gehanteerd op de website) voldoende is kan worden betwist¹⁷³. De gebruiker moet er zich immers van bewust zijn dat hij bijvoorbeeld een bewerking enkel mag verspreiden voor niet-commerciële doeleinden. Voor een gebruiker die er munt uit zou willen slaan is dit immers een flinke streep door de rekening en riskeert hij ook aangeklaagd te kunnen worden wegens een inbreuk op de Creative Commons licentie¹⁷⁴.

6.3. De Creative Commons Licentie

6.3.1. Ontstaan en succes van de licentie

De gekende Creative Commons licentie is zeg maar de belichaming van de "Free Culture" filosofie. De licentie is gebaseerd op het Amerikaanse project Creative Commons dat in 2001 gestart werd door Lawrence Lessig met het oog op de betere verspreiding van "open / free content" en het stimuleren van creativiteit en innovatie. In tegenstelling tot de licenties vermeld in het vorige onderdeel, zijn Creative Commons licenties bedoeld voor alle werken (muziek, beelden, teksten, etc.) en gericht tot alle soorten auteurs (muzikanten, fotografen, filmmakers, schrijvers, etc.). Er bestaan verschillende soorten Creative Commons licenties met elk hun eigen label, die gebruikers uitgebreidere dan wel beperktere rechten toekennen m.b.t. de aangeleverde inhoud. Auteurs kunnen als het ware een *vrije licentie* maken op maat van hun creatie. Wel moet duidelijk worden benadrukt dat de auteurs geen afstand doen van hun (wettelijke) auteursrechten, ze verlenen een (ruime) licentie waar geen auteursrechtelijke vergoeding voor moet worden betaald, maar behouden ook bepaalde rechten ("some rights reserved" in plaats van "all rights reserved"). Het gebruik ervan is sinds enkele jaren een wereldwijd succes en op dit ogenblik verspreid over ongeveer 14 miljoen websites¹⁷⁵.

6.3.2. De Belgische Creative Commons Licentie

Door het wereldwijde succes werden er in vele landen aparte Creative Commons *delegaties*¹⁷⁶ opgericht die de Amerikaanse Creative Commons licentie vertaalde naar het nationale recht en de landstaal (in het geval van België de drie landstalen). In België werd de eerste Creative Commons Public License (CCPL) gelanceerd in november 2004. Deze vertaling en aanpassing levert de garantie dat de Creative Commons licentie volledig is aangepast aan het recht dat van toepassing is (land van de licentiegever). Door de overeenstemming tussen de Creative Commons licenties met dezelfde attributen, weet een gebruiker op die manier ook wat hij mag doen, zelfs als het een buitenlandse licentie betreft.

o.c., 1998, 18 ; K.J. KOELMAN, "Brothers in arms: open source en auteursrecht", *Computerrecht* 2004, afl. 5, 230

¹⁷¹ Zie bijvoorbeeld art. 5 Conventie van Bern

¹⁷² K.J. KOELMAN, "Brothers in arms: open source en auteursrecht" *Computerrecht* 2004, afl. 5, (230)231-232

¹⁷³ C. DEPRETER en H. DEKEYSER, "De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties", *Computerrecht* 2004, afl. 5, (216)217

¹⁷⁴ M.b.t. de GNU General Public License zie A. GUADAMUZ GONZALEZ, "Viral contract of unenforceable documents? Contractual validity of copyleft licences", *E.I.P.R.* 2004, (331)335-337

¹⁷⁵ Op <http://commoncontent.org/> vind je een overzicht van websites die werken met een Creative Commons licentie ; N. HENDRIKS, "Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht", *AMI* 2006, afl. 1, (1)2

¹⁷⁶ "Legal leads" binnen de landen die onderdeel zijn van de international Commons (iCommons).

6.3.2.1. De licentieprocedure: keuze uit zes standaardlicenties

De auteur/licentiegever selecteert op de website van Creative Commons.org de gewenste licentie en jurisdictie. Vervolgens moet een standaardformule worden ingetikt waardoor met de html-code krijgt om het logo op zijn/haar website te plaatsen.

De licentie wordt in drie teksten weergegeven:

- de zogenaamde “Commons Deed” (verklarende tekst voor het algemene publiek)
- de Juridische Code (juridische tekst voor advocaten, juristen)
- de metadata (computerbestanden voor de computer)

Creative Commons oppert een *zestal standaardlicenties* wanneer je als auteur beslist je werk ter beschikking te stellen op het internet, waar het door anderen gratis mag worden gereproduceerd en gedistribueerd/medegedeeld.

De naam van de (oorspronkelijke) auteur moet altijd worden vermeld (uit eerbieding van het recht op vaderschap). Voorts moet de auteur die een Creative Commos licentie wil koppelen aan zijn werk een aantal afwegingen maken:

- zal de licentienemer het werk wel of niet voor commerciële doeleinden mogen gebruiken?
- zal de licentienemer wel of geen bewerkingen van het werk mogen maken?
- zal de licentienemer verplicht zijn de bewerkingen (het afgeleide/verzamelwerk) onder dezelfde licentievoorwaarden aan te bieden aan derden of niet? (men spreekt hier ook wel over “gelijk delen” of “[copyleft](#)”)

Naargelang van welke licentievoorwaarden gekozen worden, kan in orde van meest naar minst restrictieve licentie, een onderscheid worden gemaakt tussen de volgende zes standaardlicenties:

1) Naamsvermelding – Niet commercieel – Geen bewerkingen



Deze licentie staat het verder distribueren van het werk toe. Het werk mag worden gedownload en gedeeld met anderen maar mag niet worden gewijzigd of commercieel worden gebruikt. Voor het digitaal depot is dit zeker niet de meest optimale licentie aangezien bewerkingen – zelfs al zijn deze noodzakelijk voor de bewaring – niet toegestaan zijn.

2) Naamsvermelding – Niet commercieel – Gelijk delen



Aan de hand van deze licentie mag de creatie wél worden bewerkt en zelfs als inspiratiebron gebruikt om verder op te bouwen, op voorwaarde dat het gaat om niet-commerciële doeleinden. Afgeleide werken zullen identiek dezelfde licentie moeten dragen.

3) Naamsvermelding – Niet commercieel



Aan de hand van deze licentie mag de creatie worden bewerkt en als inspiratiebron worden gebruikt om verder op te bouwen, op voorwaarde dat het gaat om niet-commerciële doeleinden. De afgeleide werken zullen in tegenstelling tot voorgaande licentie echter niet dezelfde niet-commerciële licentie moeten dragen.

4) Naamsvermelding – Geen bewerkingen



Deze licentie staat toe dat een derde het werk mag verder verdelen, zowel commercieel als niet-commercieel, op voorwaarde dat het in zijn geheel en ongewijzigd wordt doorgegeven.

5) Naamsvermelding – Gelijk delen



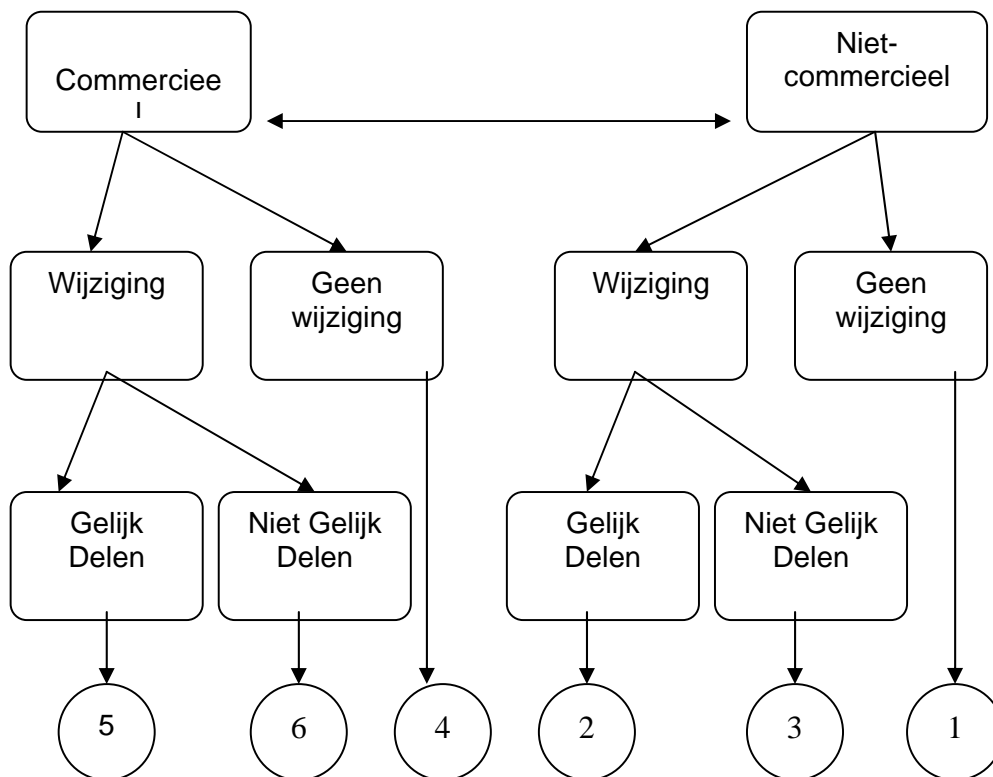
Deze licentie laat anderen toe de creatie te bewerken en als inspiratiebron te gebruiken - zelfs voor commerciële doeleinden - op voorwaarde dat de afgeleide werken onder dezelfde voorwaarden worden gelicentieerd. Alle nieuwe werken zullen dus ook commercieel gebruik toestaan.

6) Naamsvermelding



Deze licentie laat anderen toe de creatie te bewerken en als inspiratiebron te gebruiken, zelfs voor commerciële doeleinden. Afgeleide werken mogen verspreid worden onder een andere licentie dan de Creative Commons licentie. Van alle Creative Commons licenties, kent deze licentie dus de ruimste rechten toe aan de gebruiker(s).

Schematisch kunnen de Creative Commons licenties als volgt worden voorgesteld:



Naast deze zes hoofdlicenties werden er ook nog enkele bijzondere licenties ontwikkeld voor specifieke situaties, namelijk:

- de "[Public Domain Dedication](#)" licentie¹⁷⁷
- de "Founders Copyright" licentie¹⁷⁸
- de "Music Sharing" licentie¹⁷⁹
- de "[Developing Nations](#)" licentie¹⁸⁰

6.3.2.2. Begrippen naar Belgisch recht vertaald

Bepaalde gehanteerde begrippen werden in overeenstemming met het Belgische auteursrecht gebracht:

- een *werk*: al hetgeen conform het auteursrecht, naburige recht, databankenrecht een juridische bescherming verkrijgen kan
- *collectief werk*: een werk waarin het werk, in zijn geheel en in ongewijzigde vorm, samen met een aantal andere bijdragen, die elk een afzonderlijk en zelfstandig werk vormen, tot een collectief geheel is samengevoegd (bv. bloemlezing, encyclopedie, regelmatig verschijnende publicaties)
- *afgeleid werk*: een werk dat ontstaan is uit het werk of uit het werk en reeds andere bestaande werken bv. een vertaling, muziekarrangement, toneel-, literaire-, cinematografische bewerking, geluidsopname, ingekorte versie, samenvatting of elke andere vorm waarin het werk gewijzigd, omgezet of bewerkt kan worden. Wanneer een werk een fonogram of muziekwerk is, zal de synchronisatie van het werk met bewegend beeld als een afgeleid werk worden beschouwd
- *licentiegever*: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de rechten op het werk toekent
- *oorspronkelijk auteur*: de natuurlijke persoon die het werk gemaakt heeft of, de oorspronkelijke titularis van het naburig recht
- *het Werk*: het werk des geestes dat beschermd wordt door het auteursrecht en dat het voorwerp is van de licentie. Ook voorwerpen die beschermd worden door een naburig recht (uitvoering, fonogram, eerste vastlegging van film/radio-uitzending), en databanken die beschermd worden door een sui generis recht. Hier werd aan toegevoegd dat "indien nodig, zullen de bepalingen van de licentie op een zodanige manier geïnterpreteerd worden zodat ze op dergelijke voorwerpen kunnen toegepast worden
- *licentienemer*: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die het werk gebruikt op een wijze die geregeld wordt door de rechten waarop de licentie betrekking heeft en die de bepalingen van deze licentie niet eerder geschonden heeft of die de uitdrukkelijke toestemming van de licentiegever gekregen heeft om rechten krachtens deze licentie uit te oefenen ondanks een eerdere schending van deze
- *licentiekenmerken*: de generieke kenmerken van de licentie, zoals gekozen door de licentiegever en aangeduid in de titel van de licentie.

6.3.2.3. De specifieke kenmerken van de Creative Commons licentie

a) Geen afbreuk aan het toepassingsgebied Belgische A.W.

Het gebruik van Creative Commons licenties doet geen afbreuk aan de Belgische Auteurswet. Enkel werken die in aanmerking komen voor bescherming door het auteursrecht, de naburige rechten, het sui generis databankenrecht, kunnen onder een Creative Commons licentie worden geplaatst. De auteur kan niet meer vermogensrechten in licentie geven dan

¹⁷⁷ Door middel van deze licentie zouden werken zogenaamd auteursrechtenvrij zijn

¹⁷⁸ De auteur beslist dat na 14 of 28 jaar zijn werk in het openbaar domein valt en dus zogenaamd auteursrechtenvrij is

¹⁷⁹ Licentie op maat van muzikanten die hun werk willen delen met fans

¹⁸⁰ Door middel van deze licentie kan je minder restrictieve voorwaarden opleggen aan de landen met aan lager inkomen, zoals vastgesteld door de Wereldbank

dat hem door de wet zijn toegekend (cf. supra). Aan de regeling m.b.t. de billijke vergoedingen, en de inning ervan, wordt niet geraakt. Aan de regeling m.b.t. de excepties (bv. citaatrecht) of andere beperkingen/begrenzings op/aan de rechten van de licentiegever (bv. tentoonstellingsrecht beeldende werken) evenmin.

De auteur moet ook zijn toestemming geven om het werk onder een Creative Commons licentie te plaatsen. Elk gebruik dat niet door de gegeven licentie is toegestaan, is verboden. De Creative Commons licentie is het enige contract tussen de partijen m.b.t. het werk. Er wordt geen enkele afstand ten opzichte van bepalingen en voorwaarden van de licentie of geen enkele aanvaarding van een inbreuk op de licentie vermoed zonder een ondertekende schriftelijke overeenkomst.

b) Geldige toestemming gebruiker

Bij de "free software" licenties werden er verwoede discussies gevoerd over de vraag of click-wrap licenties wel een geldige overeenkomst kan doen ontstaan. Vele gebruikers nemen niet de tijd om de licentie door te nemen en klikken gewoon op de "I agree" toets, zonder echt aandacht te besteden aan de inhoud van de tekst waar ze zich akkoord mee verklaren. Het is dan ook vaak pas achteraf dat de gebruiker vaststelt in welke mate hij gebruik kan maken van een werk of programma¹⁸¹. Toch wordt door de meeste rechtsgeleerden aangenomen dat dit een geldige overeenkomst tot stand brengt, waarbij de gebruiker ook de algemene voorwaarden aanvaardt¹⁸².

Bij Creative Commons licenties werd ons inziens aan de mogelijke geldigheidsproblemen een mouw aan gepast door gebruik van een eenvoudige licentieprocedure, duidelijk herkenbare symbolen én door de licentievoorwaarden in drie verschillende talen uit te drukken. In de Belgische versie wordt ook uitdrukkelijk bepaald dat elk gebruik van het werk op een manier die onder de verleende licentie valt, de aanvaarding van de licentie met zich mee brengt.

c) Kenmerken licentie: niet-exclusief, wereldwijd, onbeperkt in tijd, geen auteursrechtelijke vergoeding

Alle zes Creative Commons licenties hebben gemeenschappelijk dat ze niet-exclusief en gratis zijn, wereldwijd gelden en onbeperkt zijn in tijd. Een auteur kan dus nog steeds perfect zijn werk onder een Creative Commons licentie plaatsen en vervolgens een aparte licentie-overeenkomst afsluiten met het oog op een publicatie van een boek bijvoorbeeld. In principe is de Creative Commons licentie onbeperkt in tijd (voor de volledige duur van de bescherming van het werk door het auteursrecht, de naburige rechten het sui generis recht van de databank). De licentiegever behoudt het recht voor zich om op elk ogenblik het werk onder een andere licentie of andere voorwaarden te exploiteren of om elke verspreiding van het werk stop te zetten. Het gebruik maken van die mogelijkheid zal de Creative Commons licentie (en andere licenties die eruit voortvloeiden) echter niet ongedaan maken. De licentie zal onverminderd van kracht blijven tenzij ze wegens niet-nakoming door de licentienemer werd ontbonden van rechtswege. De licentiegever kan met andere woorden altijd de Creative Commons licentie herroepen, maar dat heeft geen gevolg ten aanzien van de personen die het werk reeds reproduceerden, publiek mededeelden, distribueerden en (blijven) gebruiken volgens de Creative Commons licentie die op het werk rust.

d) In licentie gegeven uitoefening van vermogensrechten

- reproduceren op welke wijze en in welke vorm ook van het werk
- uitlenen van exemplaren van het werk
- verspreiden van exemplaren van het werk

¹⁸¹ K.J.KOELMAN, "Copyright law and economics in the EU Copyright Directive: is the droit d'auteur passé?", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2004, (603)634

¹⁸² P.H. BLOK T.J.M. DE WEERD, « Shrink-wrap en click-wraplicenties zijn aanvaardbaar », *Computerrecht* 2004, afl. 3, 126-128 ; E.P.M. THOLE en W. SEINEN, "Open source-softwarelicenties: een civielrechtelijke analyse", *Computerrecht* 2004, afl. 5, 221-223 ; contra M.W. SCHELTENA en T.F.E. TJONG TJIN TAI, "Overeenkomsten sluiten door openen en klikken?", *Computerrecht* 2003, afl. 4, (244)247-248 ; R.J.J. WESTERDIJK, "Openen en klikken: overeenkomst gesloten", *Computerrecht* 2004, afl. 6, 280-284

- publiek mededelen van exemplaren van het werk
- ter beschikking stellen aan het publiek van exemplaren van het werk
- indien het werk een databank is, het opvragen en hergebruiken van substantiële delen van de databank
- Indien er bewerkingen mogen worden gemaakt van het werk, mag de licentienemer exemplaren van het afgeleide werk:
 - reproduceren
 - uitlenen
 - verspreiden
 - publiek mededelen
 - ter beschikking stellen aan het publiek

e) Morele rechten

Wanneer een auteur beslist zijn werk op het internet te verspreiden, oefent hij zijn divulgatierecht uit. Wanneer er nu aan het werk een Creative Commons licentie verbonden wordt, blijkt duidelijk dat zijn recht op vaderschap erkend wordt aangezien zijn naam steeds moet worden vermeld, alsook indien mogelijk de titel van het werk en de Uniform Resource Identifier.

Dan rest nog het integriteitsrecht. Afhankelijk van de gekozen Creative Commons licentie mag de conclusie worden getrokken dat de auteur toestaat dat er bewerkingen plaats vinden, bepaalde aanpassingen/veranderingen worden gemaakt, en met andere woorden geen beroep zal doen op zijn integriteitsrecht. Het meest fundamentele onderdeel van het integriteitsrecht moet evenwel te allen tijde gerespecteerd worden, namelijk het respecteren van de eer en goede naam van de auteur¹⁸³. In de naar het Belgische recht vertaalde Creative Commons licenties werd uitdrukkelijk bepaald dat de oorspronkelijke auteur afzien van de uitoefening van zijn/haar morele rechten met betrekking tot de wijzigingen die technisch noodzakelijk zijn.

f) Speciale voorwaarden

Typerend is ook dat een auteur er speciale voorwaarden aan kan verbinden, die in klassieke licenties niet voorkomen zoals het feit dat het werk niet voor commerciële doeleinden mag worden gebruikt of dat het gelijk moet worden gedeeld¹⁸⁴. De Belgische Creative Commons licentie stelt ook dat ingeval aan de licentie het symbool “niet-commercieel” meegegeven werd, het elektronisch delen van bestanden of op een andere wijze niet wordt beschouwd als een activiteit met het oog op het bekomen van een commercieel voordeel.

g) Beheersvennootschap en/of exclusief contract

Lidmaatschap bij een beheersvennootschap voor auteursrecht is nog zo'n factor waarmee moet worden rekening gehouden. De meeste auteursverenigingen claimen bij hun toetredingscontracten met hun leden nog altijd een beheersmandaat voor zowel huidige als toekomstige werken. Auteurs zijn nochtans gerechtigd om bepaalde rechten zelf of door een andere vennootschap naar keuze te laten uitoefenen. Een auteur mag in dat geval niet zomaar een Creative Commons licentie aan zijn werken toekennen. Vaak zal daarover moeten worden onderhandeld met de beheersvennootschap.

Uiteraard is het ook mogelijk dat de auteur reeds een exclusief contract afsloot, bijvoorbeeld met een uitgever of producent. In dat geval moeten er duidelijke afspraken worden gemaakt, want anders zou de auteur kunnen beschuldigd worden van contractbreuk¹⁸⁵.

h) Gebruik Digital Rights Management technieken

¹⁸³ K.J.KOELMAN, “Brothers in arms: open source en auteursrecht”, *Computerrecht* 2004, afl. 5, (230)232

¹⁸⁴ N. HENDRIKS, “Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht”, *AMI* 2006, afl. 1, (1)2-3

¹⁸⁵ N. HENDRIKS, “Creative commons in Nederland: flexibel auteursrecht”, *AMI* 2006, afl. 1, (1)5

De Belgische Creative Commons licentie stelt duidelijk dat een licentienemer geen technische maatregelen mag gebruiken die het gebruik of de toegang tot de licentie controleert op een manier die strijdig is met de bepalingen van de toegekende licentie.

i) Nietigheid

Indien een bepaling uit de licentie nietig of niet afdwingbaar is wegens het toepasselijke recht, dan heeft dit geen invloed op de geldigheid en afdwingbaarheid van de andere bepalingen van de licentie. In dat geval zal de bepaling volgens de Belgische Creative Commons licentie, zonder dat daarvoor een tussenkomst van de partijen nodig is, op een zodanige wijze geïnterpreteerd worden dat haar geldigheid en afdwingbaarheid gevrijwaard blijven.

j) Garantie/uitsluiting aansprakelijkheid

De Belgische Creative Commons licentie bepaalt ook dat alle aanduidingen die verwijzen naar de licentie en naar de garantieclausule en de uitsluiting van de aansprakelijkheid, intact moeten worden gehouden.

De garantieclausule luidt als volgt:

“Tenzij er tussen de partijen schriftelijk anders overeengekomen is, biedt de licentiegever het werk aan zoals het is en doet de licentiegever geen verklaringen over het werk of verplicht hij zich tot geen enkele garantie, ongeacht of deze uitdrukkelijk of stilzwijgende krachtens de wet of op een andere grondslag rust, hierin begrepen, maar niet beperkt tot de garantie tegen uitwinning, de commercialiseerbaarheid van het werk, de functionele conformiteit, de afwezigheid van inbreuk op rechten van derden, de afwezigheid van verborgen of andere gebreken, de nauwkeurigheid van het werk of de afwezigheid van fouten en gebreken met betrekking tot de informatie, ongeacht of deze al dan niet opspoorbaar zijn. Indien de op deze licentie van toepassing zijnde wetgeving een dergelijke uitsluiting van verantwoordelijkheid verbiedt of reglementeert, dan is deze ontheffing van aansprakelijkheid en garantie slechts in de mate toegelaten door de wet van toepassing.”

“Voor zover de van toepassing zijnde wetgeving dit toelaat, zal de licentiegever in geen enkel geval aansprakelijk geacht worden voor welke rechtstreekse of onrechtstreekse materiële of morele schade dan ook, die voortvloeit uit deze licentie of uit het gebruik van het werk, ongeacht of de licentienemer ingelicht werd over de mogelijkheid van dergelijke schade.”

“Creative Commons is geen partij bij deze licentie en verleent geen enkele garantie met betrekking tot het werk. Creative Commons sluit elke verantwoordelijkheid uit met betrekking tot deze licentie [...] ongeacht de juridische grondslag van deze verantwoordelijkheid en ongeacht de aard van de opgelopen schade, of deze rechtsreeks of onrechtstreeks, materieel of moreel is.”

Wat betekent dit nu concreet voor het digitaal depot?

De zes Creative Commons licenties bieden de archiefbeheerders meer vrijheid dan de excepties van de Belgische Auteurswet die zeer specifieke voorwaarden voorop stellen en de klassieke licenties naar Belgisch recht. In dat opzicht zijn zij dus zeer interessant.

6.4. De Archiveringslicentie

Indien men een reproductie van een website op het oog heeft die geen CC licentie hanteert, moet een licentie worden opgesteld overeenkomstig artikel 3 van de Belgische Auteurswet met de maker(s) van de website. Voor het opstellen van een modelcontract gaan we uit van de archieflicentie zoals uitgewerkt door H. DEKEYSER. (verwijzing, terug te vinden op website...)

7. CONCLUSIE

In principe is de toestemming vereist van de rechthebbenden bij reproducties en publieke mededelingen van auteursrechtelijk beschermde werken. Om redenen van algemeen belang zijn er evenwel een aantal bijzondere situaties door de wetgever in het leven geroepen waarbij geen toestemming moet worden verkregen. Zo kunnen de digitale depotbeheerders twee bijzondere erfgoedexcepties met betrekking tot het reproductie- en publiek mededelingsrecht inroepen.

Het toepassingsgebied wordt echter aanzienlijk beperkt door twee bepalingen uit de Auteurswet met betrekking tot interactieve diensten on demand. Ten eerste kan er in de online wereld van interactieve diensten on demand waarin websites vertoeven contractueel worden afgeweken van de excepties. Bovendien bepaald de Belgische Auteurswet dat er in geval van TPM / DRM voor bepaalde excepties (waaronder die van reproductie ter bewaring van werken, maar niet de exceptie voor mededeling) een procedure kan worden ingesteld bij de rechter voor het treffen van vrijwillige / passende maatregelen. Daar werd echter direct aan toegevoegd dat bij interactieve diensten on demand de procedure niet kan worden ingesteld. Het verschil tussen de online en de offline wereld is dus aanzienlijk groot. Door dit obstakel zullen de mogelijkheden van depotbeheerders duidelijk beperkter zijn wanneer ze werken uit de online omgeving willen bewaren. In de online wereld kan een auteur of rechthebbende duidelijk nog meer zijn eigen wetten stellen dan in de offline wereld. Deze ongelijkheid valt maar moeilijk te rechtvaardigen. Harvesting zal dus enkel juridisch gezien mogelijk zijn indien de erfgoedexcepties van de Auteurswet (voor reproductie en mededeling) kunnen worden ingeroepen en indien de twee voorgaande obstakels zich niet voordoen. Met andere woorden, voorzover er geen afwijkende contractuele (gebruiks)voorwaarden zijn die de erfgoedexceptie beperken of teniet doen en voorzover er geen technische beschermingsmaatregelen op rusten. Over het al dan niet suppletoire dan wel dwingende karakter van de erfgoedexcepties in de online wereld is in ieder geval het laatste woord nog niet gezegd. Misschien biedt de internationaal erkende drie-stappen-test soelaas. Toekomstige rechtspraak zal hierin duidelijkheid moeten verschaffen. Bovendien is de kans bij archivering van websites, podcasts, e-mails etc. ook niet gering dat het digitaal depot geconfronteerd wordt met klachten van derden wegens schending van hun rechten (goede naam, portretrecht, privacy, auteursrecht, etc.) door de schadelijke / illegale content die ze archiveerden. Wanneer er als hosting provider wordt opgetreden zal er binnen de grenzen van de Wet Elektronische Handel wellicht een beroep kunnen worden gedaan op de vrijstelling van aansprakelijkheid. Wanneer de werken enkel binnen de gebouwen worden ter beschikking gesteld, is het zeer de vraag of het ontoegankelijk maken van mogelijk illegaal / schadelijk materiaal op vordering van een persoon wiens rechten werden geschonden zou kunnen worden verantwoord. Een dergelijke maatregel moet ons inziens beantwoorden aan de voorwaarden van artikel 10 E.V.R.M. aangezien dat het recht op informatie van het publiek beperken zou.

Het meest waterdichte systeem is natuurlijk het sluiten van een licentie. De klassieke Belgische regels voor auteurscontracten zijn behoorlijk veeleisend. Hun oogmerk is uiteraard om in de eerste plaats de auteur te beschermen. Op het internet is het evenwel niet altijd zo evident om te achterhalen wie nu precies de rechthebbenden zijn. Heden ten dage wordt er dan ook volop gezocht naar alternatieven zoals de flexibelere CC licenties. Een auteur, in - het geval van een website meestal ook coauteurs - moeten dan natuurlijk wel gewonnen zijn voor een dergelijke niet-exclusieve, wereldwijde en vooral gratis licentie. Uiteraard doet een auteur met zo'n licentie geen afstand van zijn rechten en verbindt hij nog voorwaarden aan het gebruik van zijn werk.