

SPORT OP HET SPEELVELD VAN DE INTELLECTUELE EIGENDOM

MR S.A. KLOS*

Door de gebeurtenissen rond de opkomst en ondergang van Sport7 heeft de vraag naar het al dan niet bestaan van bescherming van de sportprestatie en de mogelijke juridische grondslag daarvan nieuwe actualiteitswaarde gekregen. Tien jaar na dato worstelt de praktijk nog steeds met de gevolgen van de leer van het NOS/KNVB-arrest.¹ In deze bijdrage wordt gepoogd een beknopt overzicht te geven van de problematiek die zich voordoet bij het inpassen van de sportprestatie in het systeem van de intellectuele eigendom.

1. De belangen

Hoewel het daarbij gaat om een deur die zo wijd openstaat dat ertegen trappen – laat staan intrappen – nog nauwelijks mogelijk is, kan een beschouwing als deze niet anders dan ingeleid worden door een opmerking omtrent het toegenomen belang van de exploitatie van sportprestaties door middel van de weergave van die prestaties via de media en dan met name de televisie.

De vraag naar het 'basismateriaal' dat nodig is voor sportprogramma's, te weten: het recht bepaalde sportevenementen vast te leggen en uit te zenden, is explosief toegenomen. Dagelijks wordt de gemiddelde krantenlezer geconfronteerd met nieuwe records voor wat betreft de bedragen die voor dergelijke rechten door zendgemachtigden worden betaald,² waarbij het dezelfde gemiddelde lezer niet zal ontgaan dat die berichten inmiddels van het sportkatern naar de economiepagina zijn verhuisd.

Het ligt voor de hand dat de toename van de vraag allereerst en voornamelijk samenhangt met het gestegen aantal – potentiële – vragers. De komst en volwassenwording van de commerciële omroepen heeft het media-'landschap' voorgoed veranderd in een volwaardige media-markt waarop om de gunst van de kijker en de adverteerder fel wordt gestreden.

Dat het gegroeide aantal potentiële vragers zich ook daadwerkelijk op de markt voor 'sportrechten' met betrekking tot sportevenementen begeeft hangt vervolgens samen met het feit dat sportprogramma's geduchte – zo niet onmisbare – wapenen zijn in de concurrentiestrijd. Jaar in jaar uit bevinden sportevenementen zich op de ranglijsten van de best bekeken en gewaardeerde programma's, waarbij voetbalwedstrijden van nationaal belang de 'crown jewel'-positie innemen. Een belangrijke katalysator voor de groei van de vraag naar 'sportrechten' is verder de ontwikkeling van diverse vormen van betaaltelevisie, zoals abonnee-tv, pay-per-view, (near) video-on-demand en dergelijke. Begrijpelijkerwijs zien de ondernemingen die dergelijke diensten aanbieden of in voorbereiding hebben sportprogrammering als het ideale gereedschap om de

markt voor de betreffende diensten mee open te breken. Het al dan niet verwerven van bepaalde 'sportrechten' kan allesbepalend zijn voor de vraag of een bepaalde nieuwe dienst afzet kan vinden alsmede voor het tempo waarin dat gebeurt.

Ook aan de zijde van de aanbieders van de sportrechten (zoals organisatoren van sportevenementen) hebben zich recentelijk ontwikkelingen voorgedaan die maken dat het grote belang dat zij reeds van oudsher hebben bij de uitbating van die 'rechten' een nog groter gewicht heeft gekregen. Nemen wij het betaald voetbal als voorbeeld dan vallen te noemen:

- de verschuiving van kaartverkoop voor stadionbezoek naar televisierechtenverkoop als primaire exploitatievorm en inkomstenbron;
- het toenemende belang van sponsorinkomsten en de rechtevenredige toename van de behoefte aan invloed op de vorm en inhoud van de media-exposure door de sponsors;
- de als gevolg van het wegvallen van het systeem van transfervergoedingen nijpende behoefte aan een zekere en constante alternatieve inkomstenbron.

Beschouwt men de hier summier aangestipte factoren die het huidige beeld van de markt voor de 'sportrechten' bepalen in onderlinge samenhang, dan is het evident dat een deugdelijk en inzichtelijk juridisch fundament daarvoor wenselijk en van groot belang is. Daarbij zijn niet slechts de belangen van vragers en aanbieders op die markt in het geding, maar ook overigens aanzienlijke maatschappelijke belangen.³

* Advocaat te Amsterdam.

1. HR 23 okt. 1987, NJ 1988, 310 (m.nt. LWH onder HR 20 nov. 1987, NJ 1988, 311), tevens gepubl. in o.a. RvdW 1987, 191, AMI 1988, p. 33 (nt. G. Schuijt) en AA nr 37, 1988 (nt. Cohen Jehoram). Zie over dit arrest en voor de geschiedenis daarvan verder o.a.: F.W. Grosheide, 'Vrije of gebonden nieuwsgaring', NJB 1978, p. 493 e.v., F. Korthals Altes, 'KNVB versus NOS: een Pyrrusoverwinning voor de voetbalbond', NJB 1988, p. 891 e.v., H.E. Ruijsenaars, 'Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz für Sportler?', GRUR Int. 1988, Heft 10, p. 765 e.v., E.J. Dommering, 'Informatie-monopolies', in de Maris-bundel, Deventer 1989, p. 150 e.v., J.M. de Meij, 'Uitingsvrijheid', Amsterdam 1996, p. 142-143, Th.C.J.A. van Engelen, 'Prestatiebescherming', Zwolle 1994, (o.a.) p. 283 e.v., Spoor/Verkade, Auteursrecht, p. 337 e.v., D.W.F. Verkade, 'Intellectuele eigendom, mededinging en informatie vrijheid', Deventer 1990, p. 43.

2. Zie bijv. de recente berichtgeving (O.a. Volkskrant 30 nov. 1996) rond de verkoop van de tv-rechten van de Olympische Spelen in Sydney 2000. Een Japans consortium betaalde f 229 500 000 voor de uitzending in Japan, voor Australië werd een bedrag ad f 76 000 000 betaald, Europa kostte f 595 000 000 en de Amerikaanse rechten gingen voor een slordige f 1 200 000 000 van de hand.

3. Hoewel naar alle waarschijnlijkheid niet gezegd kan worden dat de ondergang van Sport 7 niet uitsluitend geweten kan worden aan de onzekerheid omtrent de 'rechtenvraag' zal deze toch zeker daaraan bijgedragen hebben en zodoende mede debet zijn aan tientallen gedwongen ontslagen. Daarnaast valt te wijzen op het feit dat door het juridisch geharrewar de continuïteit van de sportverslaggeving nog zeer recent reëel gevaar leek te lopen.

2. De sportprestatie als dakloze

Dat het juridisch fundament van de bescherming van de sportprestatie allesbehalve de hiervoor genoemde eigenschappen bezit, wordt aardig geïllustreerd door het recente geschap van Verkade en Visser⁴ die in dit verband spreken van 'het toppunt van onduidelijkheid' en daarbij voorspellen dat er over het onderwerp nog jaren 'door-gestoeid' zal worden.⁵

Primaire oorzaak van de onduidelijkheid is uiteraard het feit dat de sportprestatie, tot nu toe, door wetgever en rechter consequent de toegang tot enig beschermingsregime is ontzegd, in die zin dat de sportprestatie niet zelf het voorwerp is van een recht van intellectuele eigendom, noch van een daaraan naburig recht, noch daarvoor bescherming kan worden verkregen via de weg van de prestatie-ontleningsleer.⁶ In plaats daarvan heeft de Hoge Raad⁷ middels een – hierna te bespreken – geheel eigensoortige⁸ constructie, zich beperkt tot het – tot op zekere hoogte – sanctioneren van de bestaande praktijk van het vragen van vergoedingen voor exploitatie door de media van sportevenementen, waarbij de grondslag voor de sanctionering dan nog werd gevonden buiten de sportprestatie zelf.

De sportprestatie leidt aldus een kwijnend bestaan als dakloze⁹ voor de deur van het huis van de intellectuele eigendom. Desalniettemin blijven de bij de sportprestatie belanghebbenden onverdroten aan de deur van dat huis morrelen. Zo is het opvallend dat de behoefte van de praktijk aan een beschermingsregime met een formele structuur¹⁰ die tenminste vergelijkbaar is met die van een intellectueel eigendomsrecht, zo sterk is dat er in de praktijk een krachtige neiging is te bespeuren tot het 'doen alsof'¹¹. Ondanks het gemis aan enig recht met betrekking tot de sportprestatie zelf volhardt men in het gebruik van absoluutrechtelijk getinte termen als 'sportrechten' en onder deze rechten verleende 'licenties'. De contracten tussen 'producenten' van sportprestaties en exploitanten van die prestaties vertonen dan ook een absoluutrechtelijke structuur die nauwelijks aansluit bij de realiteit van de wankelende juridische basis van die contracten.¹² De sportprestatie doet, met andere woorden, – noodgedwongen – zo veel mogelijk zijn best zich alvast te tooien met de uiterlijke kenmerken van de – zo benijde – bewoners van het huis van de intellectuele eigendom.

Om te achterhalen waarom, alle ambities en behoeften van de praktijk ten spijt, de sportprestatie zo hardvochtig de toegang tot het huis van de intellectuele eigendom wordt geweigerd, moeten we bezien aan welke voorwaarden voor toelating de sportprestatie wel en niet kan voldoen. Dat de sportprestatie als geheel niets te zoeken heeft in de 'kamers' van het merken-,¹³ modellen- en octrooi-recht,¹⁴ lijkt zo evident dat een uitvoerige bespreking daarvan niet zinvol is. Anders ligt het wellicht met het auteursrecht en het daaraan naburige recht van de uitvoerende kunstenaar.¹⁵

3. Auteursrecht: de sportprestatie als werk?

Dat de sportprestatie niet als auteursrechtelijk te beschermen werk valt te kwalificeren lijkt nagenoeg algemeen aanvaard.¹⁶ De afwijzing van de auteursrechtelijke bescherming voor de sportprestatie is echter niet alleen algemeen aanvaard¹⁷, hij wordt door vele auteurs daarnaast klaarblijkelijk ook als zo vanzelfsprekend beschouwd dat een

afbakening van het door hen gehanteerde werkbegrip ten opzichte van de sportprestatie achterwege wordt gelaten.¹⁸ Sport en de producten van sportbeoefening horen eenvoudig niet in het auteursrecht thuis, zo lijkt de – vaak dus stilzwijgende – vooronderstelling.

Domein

Bij oppervlakkige beschouwing zou men kunnen menen dat die vooronderstelling samenhangt met het hanteren van een duidelijke afgrenzing van het domein van het auteursrecht; te weten letterkunde, wetenschap en kunst.¹⁹ De sportprestatie valt immers niet of nauwelijks in één van deze categorieën te plaatsen.²⁰

Zo eenvoudig ligt het echter niet. Veelal onder invloed van de door de inpassing van computerprogrammatuur in het auteursrechtelijk systeem opgeroepen problematiek is er in de afgelopen jaren veel fundamenteel onderzoek gedaan naar de reikwijdte²¹ van de werkingssfeer van het auteursrecht.²² Daarbij is gebleken dat de begrippen letterkunde, wetenschap en kunst, om met Spoor²³ te spreken, 'dermate globaal, vaag en voor velerlei uitleg vatbaar' zijn dat zij geen zinvolle afbakening van het auteursrechtelijk domein kunnen bieden. Hugenholtz²⁴ komt dan ook tot de conclusie dat de grenzen²⁵ van het auteursrechtelijk domein gevonden dienen te worden in het werkbegrip zelf; kan een object de toets aan de aan het werkbegrip inherente criteria doorstaan dan bestaat aan een tweede toets aan een – van het werkbegrip onafhankelijke – domeinomschrijving geen behoefte. Hij zet zich daarmee overigens af tegen Grosheide die zich wel een voorstander toont van een dubbele toetsing maar daarbij tegelijkertijd pleit voor een nieuwe, zeer veel ruimere, domeinomschrijving.²⁶

Dat aan de domeinomschrijving 'letterkunde, wetenschap en kunst' geen zelfstandige betekenis toekomt, mag inmiddels heersende leer genoemd worden.²⁷ Ook de rechtspraak trekt zich van deze categoriale omschrijving weinig aan.²⁸

Oorspronkelijkheid

Het gevolg daarvan – voor wat betreft de sportprestatie en ook overigens andere traditioneel niet door het auteursrecht beschermde objecten – is dat deze slechts buiten de deur van het auteursrecht gehouden kunnen worden met behulp van de van het werkbegrip deel uitmakende criteria.

Dat nu, blijkt, gezien de aanzienlijke ruimte die rechtspraak en literatuur in het werkbegrip hebben aangebracht en de veelheid van uiteenlopende objecten die daar zonder noemenswaardige hoofdbrekens onder worden gebracht, niet eenvoudig.

Neemt men de – veelal tautologische – omschrijvingen van het kenmerkende van het auteursrechtelijk beschermde werk die men in de rechtspraak aantreft²⁹ als exclusief uitgangspunt, te weten dat er sprake moet zijn van een 'oorspronkelijke' uiting die het 'persoonlijk stempel van de maker draagt', dan lijkt de uitsluiting van sportprestatie als categorie moeilijk te rechtvaardigen.

Er zijn immers tal van sportprestaties denkbaar die zonder twiifel als oorspronkelijk zijn te kwalificeren en het persoonlijk stempel van de sportbeoefenaar dragen. Men hoeft daarbij zeker niet uitsluitend te denken aan sporten waarin een zeker element van artistieke expressie van

oudsher en duidelijk (zelfs in de naamgeving) herkenbaar aanwezig is zoals kunstschaatsen, kunstzwemmen, ritmische gymnastiek en dergelijke. Ook het bewegingspatroon van de beoefenaars van zo een aardse sport als het voetbal vertonen vaak ontegenzeggelijk oorspronkelijke trekken. Voetballers hebben in bijna alle spelsituaties de keuze uit een veelheid van mogelijke bewegingen waarmee het gewenste resultaat kan worden bereikt. Niet zelden zal – ter eigen meerdere glorie – de fraaiste of spectaculairste beweging worden gekozen, soms zelf ten koste van het resultaat.³⁰

Spoor noemt het persoonlijk karakter van sportprestaties zelfs 'vaak onmiskenbaar'³¹ maar merkt daarnaast droogjes op dat deze toch 'tot dusverre' buiten de auteursrechtelijke boot vallen.

Daaraan verbindt hij dan de conclusie dat er dus kennelijk toch (ondanks de – ook door hem beleden³² – hiervoor genoemde contraire heersende leer) een auteursrechtelijk domein bestaat dat goeddeels door conventies is afgebakend, die geen wettelijke grondslag hebben en die – aldus nog steeds Spoor – onder druk staan.³³ Oftewel: de sportprestatie is door louter traditie van auteursrechtelijke bescherming uitgesloten en tradities kunnen veranderen.

Dommering's vergelijking

Het is de verdienste van Dommering³⁴ geweest dat hij als eerste getracht heeft de uitsluiting van de sportprestatie van een, van uit dogmatisch oogpunt meer bevredigende, onderbouwing te voorzien. Ook Dommering onderschrijft dat het oorspronkelijkheidsvereiste alleen daartoe niet volstaat.³⁵ Hij vergelijkt daarom de sportprestatie op een aantal kenmerken met wel door het auteursrecht beschermde werken om dan tot de conclusie te komen dat de sportprestatie en het auteursrechtelijk beschermde werk 'dicht tegen elkaar aan liggen'. Zelfs zo dicht dat er volgens Dommering sprake is van een 'aan het auteursrecht analoge categorie', op grond waarvan hij het denkbaar acht dat de uitsluiting van de sportprestatie uit het auteursrecht uiteindelijk slechts terug te voeren is op het niet vertegenwoordigd zijn van de sportbelangen in de 'fora en pressiegroepen die de inhoud van het auteursrecht bepalen'.³⁶ Toch acht Dommering de door hem gesignaleerde verschillen tussen de door hem aangegeven kenmerken van enerzijds de sportprestatie en anderzijds het auteursrechtelijk beschermde werk voldoende, zij het nipt, om de uitsluiting van de sportprestatie ook anders dan door loutere verwijzing naar historie of traditie te rechtvaardigen.³⁷

Regels

Als eerste verschil noemt Dommering het feit dat sport beheerst wordt door regels, terwijl bij auteursrechtelijk beschermde werken de regelstructuur 'opener en informeler' is. Dit verschil – zo het zich al voordoet – lijkt echter niet relevant voorzover de regelstructuur maar ruimte laat voor oorspronkelijke invulling. In de leer van Spoor/Verkade³⁸ zouden regels waaraan een werk (om welke reden dan ook) moet voldoen bijvoorbeeld te plaatsen zijn als niet beschermde 'objectieve trekken' die aan het bestaan van wel beschermde subjectieve trekken geenszins in de weg staan.

Programma van handeling

Vervolgens stelt Dommering tegenover elkaar de in de sport gehanteerde 'tactiek' enerzijds en het aan een

4. D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, 'Kroniek van de Intellectuele eigendom', NJB 1997, p. 467.

5. Dat (hoewel de tekst daartoe aanleiding lijkt te geven) de auteurs daarmee alleen hebben willen refereren aan het geschil tussen de aandeelhouders van Sport 7 en de KNVB lijkt onwaarschijnlijk omdat die zaak reeds enige tijd voor het verschijnen van hun bijdrage was geschikt.

6. Zie HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191 (Decca/Holland Nautic). Daarover uitvoerig: het proefschrift van Van Engelen (zie nt. 1), met name p. 236 e.v.

7. Zie noot 1.

8. Eigensoortig in de zin dat in de rechtspraak geen vergelijkbare constructies te vinden waarbij het eigendomsrecht met betrekking tot een fysiek object als enig uitgangspunt wordt genomen bij de verlening van bescherming aan een, aan het fysieke object ongerelateerd, in wezen immaterieel object. Verkade kwalificeert de constructie dan ook als een 'trouvaille' (Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid p. 44). Uniek is de constructie – internationaal bezien – echter niet, zie: Oberste Gerichtshof Österreich 23 maart 1976, GRUR Int. 1977, 211.

9. De term is ontleend aan Cohen Jehoram, 'Daklozen op het gebied van de intellectuele eigendom en ideeënbescherming', NJB 1992, p. 1197-1201. Cohen Jehoram refereert in zijn artikel overigens slechts zijdelings aan de sportprestatie.

10. Gedoeld wordt op de voor het intellectuele eigendomsrecht kenmerkende systematiek van de verlening van een in beginsel absoluut recht met daarbij een afzonderlijke definiëring van inhoud (voorbehouden handelingen), beschermingsomvang, subject en object van het recht.

11. Vgl. Verkade en Visser, t.a.p., die opmerken dat het voetbal uitzendrecht 'op een intellectueel eigendomsrecht wil lijken'.

12. Zo zou men verwachten dat, daar waar naar huidig recht de enige basis voor een overeenkomst omtrent het recht voetbalwedstrijden uit te zenden een bepaalde wijze van uitoefening van het eigendomsrecht m.b.t. de stadions is (zie hierna), de omschrijving van de door de 'producent' van dergelijk wedstrijden te leveren prestatie zou worden beperkt tot het verlenen van toegang tot het stadion en het daar aanwezig hebben van opname-apparaat. In de praktijk echter wordt in dergelijke contracten vaak gewag gemaakt van aan de producent toekomende 'rechten' die vervolgens worden uitgesplitst, zoals bij een auteursrecht te doen gebruikelijk, in allerlei deelrechten (opnamerecht, uitzendrecht gedifferentieerd naar verschillende media, etc.) krachtens welke 'licenties' worden verleend.

13. Denkbaar is wel dat een deel van een bepaalde sportprestatie (denk bijvoorbeeld aan de veel gebruikte afbeelding van de karatetrup van Louis van Gaal) als merk voor bepaalde produkten en diensten wordt gedeponeerd. Met bescherming van de sportprestatie op zich heeft dat echter niets te maken. Vgl. overigens voor de rol van het merkenrecht in het professionele sportbedrijf 'Sportsmarketing Europe', London, 1993, ed. Blackshaw/Hogg.

14. Octrooieerbaarheid van bepaalde in de sport gebruikt technieken of manoeuvres wordt naar Amerikaans recht wel verdedigd. Zie bijv.: Robert M. Kunstadt, F. Scott Kieff, Robert G. Kramer, 'It's your turn but it's my move, intellectual property protection for sports moves'.

15. Zie art. 1 sub a en art. 2 Wet op de naburige rechten (WNR).

16. Een belangrijke uitzondering is Grosheide die in zijn belangwekkende artikel 'Paradigms in Copyright law' (opgenomen in 'Of authors and Origins', Oxford, 1994, ed. Sherman/Strowel) sport brengt onder het door hem ter afgrenzing van de werkingssfeer van het auteursrecht gehanteerde begrip 'cultural information'.

17. Spoor/Verkade, t.a.p., p. 116 spreken, onder verwijzing naar de hierna te bespreken beschouwing van Dommering, van 'internationaal gangbare opvattingen'.

18. Zo zal men bijvoorbeeld in het magnifieke handboek van Gerbrandy, 'Kort commentaar op de auteurswet 1912', Amhem, 1988, tevergeefs naar een behandeling van de sportprestatie en redenen voor het niet auteursrechtelijk beschermd zijn daarvan zoeken. Iets anders ligt het in het geval van het handboek van Spoor/Verkade; zij (p. 116) lijken aan te geven dat het door hen gehanteerde werkbegrip een afbakening t.o.v. de sportprestatie niet toelaat.

19. Art. 1 Aw., art. 2 lid 1 Berner conventie.

20. Althans indien men uitgaat van de vage spraakgebruikelijke betekenis van deze begrippen en bijvoorbeeld voorbij gaat aan de modieuze neiging om in sommige sportprestaties verheven kunstuitingen te zien (zie bijvoorbeeld de lyrische aan de prestaties van Cruyff gewijde poëzie in het literaire voetbaltijdschrift 'Hard gras', nr 10, april 1997). →

auteursrechtelijk beschermd werk ten grondslag liggend concept, plot, algoritme of programma anderzijds. Zie ik het goed, dan zou het grote verschil daarin gelegen zijn dat het aan een auteursrechtelijk beschermd werk ten grondslag liggende concept (etc.) door de auteur van dat werk geheel onafhankelijk van externe factoren wordt bepaald, terwijl de tactiek die ten grondslag ligt aan een sportprestatie afhankelijk zou zijn van met name de tegenstander en dus deels door toeval wordt bepaald. Het feit dat Dommering dit verschil relevant acht lijkt in het verlengde te liggen van het eerder door hem verdedigde zogenaamde 'programmacriterium'³⁹, inhoudende dat aan een handeling, wil deze voorwerp van auteursrecht kunnen zijn, een globaal programma ten grondslag dient te liggen dat aangeeft welke handelingen in welke volgorde dienen plaats te vinden.⁴⁰ Bij sportwedstrijden is er volgens Dommering van een dergelijk programma geen sprake omdat er sprake is van een te grote vermenging met min of meer toevallige gebeurtenissen, waardoor het werk niet meer als zodanig 'herkend' kan worden. Het problematische van de programma-eis is allereerst dat niet voldoende duidelijk wordt wat de vereiste mate van gedetailleerdheid van het programma is. Is het simpele voornemen van de improviserende saxofonist om in zijn solo in het nummer 'My secret love' eens (daartoe opgezweept door de drummer) 'lekker uit zijn dak te gaan' een voor zijn, toch stellig auteursrechtelijk beschermd,⁴¹ uiting een afdoende concreet programma? Zo ja, dan is de oeroude basistactiek 'we gaan aanvallend spelen' dat toch zeker ook.⁴² Spoor en Verkade⁴³ wijzen het programmacriterium van Dommering dan ook af omdat zij menen dat een improvisatie ook zonder een dergelijk programma een beschermd resultaat kan opleveren. Zelfs echter indien men de eis van een programma accepteert, dan nog valt niet in te zien waarom tenminste niet een aanzienlijk aantal sportprestaties niet aan dat vereiste zou voldoen. Daarbij is het van belang dat de handelingen die deel uitmaken van een sportprestatie in lang niet alle gevallen worden beïnvloed door die van een directe tegenstander (denk aan turnen, kunstschaatsen, dressuursport, ritmische gymnastiek, diverse atletiekonderdelen en dergelijke). Ook echter indien er wel sprake is van invloed op de handelingen door een directe tegenstander dan betekent dat niet zonder meer dat de handelingen die worden verricht in reactie op de handelingen van de tegenstander niet bepaald zouden worden door een bepaald programma. Met name bij sporten waar teams tegenover elkaar staan gaan de spelers met een grote hoeveelheid alternatieve instructies het speelveld op. Doet de tegenstander X dan wordt opstelling Y en tactiek Z gekozen. Doet de tegenstander Y dan wordt opstelling Z en tactiek X gekozen. Aan het spel ligt dan, met andere woorden, een (complex) algoritme ten grondslag. Ook het hier besproken door Dommering gesignaleerde verschil lijkt daarom niet doorslaggevend te zijn. Ik vermeld daarbij tenslotte nog dat Dommering ook zelf de kwestie relativeert door erop te wijzen dat het auteursrecht een aantal werken beschermt die tot stand komen door de interactie van twee met elkaar strijdende auteurs.⁴⁴

Eenmaligheid

Als volgend punt van verschil noemt Dommering de eenmaligheid in de uitvoering. De sportprestatie is eenmalig en behoeft vastlegging voor herexploitatie. Dit verschil be-

staat naar mijn mening niet. Er zijn tal van auteursrechtelijk beschermde prestaties die zonder meer als eenmalig gekwalificeerd kunnen worden en dus voor herexploitatie vastgelegd dienen te worden. Dit geldt voor alle improvisaties, van welke aard dan ook, en happenings of evenementen (zoals bijvoorbeeld het opzetten en simultaan uitvoeren van de parasols van Christo).

Maatschappelijk belang

Het in zijn ogen grootste verschil tussen de sportprestatie en het auteursrechtelijk beschermde werk omschrijft Dommering als volgt:

'De sport roept de clubgeest op en trekt een publiek aan dat actie en strijd wil. Het maakt gevoelens van geluk, kans en verwachting los die in de beleving van een auteursrechtelijk werk meestal in deze heftige vorm ontbreken. Deze mobilisatiefunctie van de sport geeft het zijn enorme maatschappelijke betekenis'.⁴⁵

Het verschil in maatschappelijke betekenis is, met andere woorden, voor Dommering het element met het meeste gewicht dat de weegschaal in het nadeel van de sportprestatie naar de kant van uitsluiting van de sportprestatie uit het auteursrecht doet doorslaan. Dat lijkt onjuist en principieel niet verdedigbaar. Ten eerste valt niet in te zien waarom het verschil in publiek, dat door enerzijds de sportprestatie en anderzijds door traditioneel auteursrechtelijk beschermde prestaties wordt aangetrokken, ook maar iets uitstaande heeft met het maatschappelijk belang van beide. Maar zelfs als men aan zou nemen dat, door het publiek dat de sportprestatie aantrekt, de sportprestatie van een zwaarder maatschappelijk belang is (bijvoorbeeld omdat de bewoners van Amsterdam-Zuid die op woensdagavond het Concertgebouw bezoeken minder talrijk zijn dan de bewoners van de rest van Amsterdam die op zondag de gang naar de ArenA maken) dan verklaart dat nog steeds niet waarom men nu juist de maatschappelijk gewichtiger prestatie buiten een bepaald beschermingsregime zou moeten houden. Dit tenzij men zich op het standpunt stelt dat de sportprestatie zoveel gewicht toekomt dat ieder exclusiefrechtelijke aanspraak, in welke vorm dan ook, daarop uit den boze is. Zoals men bijvoorbeeld een exclusief recht op de toepassing van de relativiteitstheorie op zijn minst genomen onwenselijk zou kunnen achten. Iets dat waarschijnlijk zelfs de grootste sportliefhebber niet zal willen verdedigen.

De conclusie ligt mijns inziens voor de hand dat ook in de door Dommering aangegeven verschillen tussen de sportprestatie en doorgaans auteursrechtelijk beschermde werken, niet een dogmatisch bevredigende verklaring voor de uitsluiting van de sportprestatie kan worden gevonden. Het lijkt erop dat we dan toch terugkomen bij de 'conventie' van Spoor⁴⁶: de sportprestatie behoort krachtens stilzwijgende afspraak, ondanks dat zij wellicht de sleutel van de oorspronkelijkheid daartoe in handen heeft, nu eenmaal niet thuis in de kamer van het huis van de intellectuele eigendom die auteursrecht heet.

Het eenvoudigweg accepteren van die conventie heeft niet alleen als nadeel dat dat dogmatisch systematisch bepaald minder fraai is, maar daarnaast tevens – en veel belangrijker – dat dat allerlei onbillijke gevolgen heeft. De stilzwijgende uitsluiting van sport uit het domein van het auteursrecht is immers een categorale uitsluiting die mede

allerlei prestaties uitsluit die – min of meer toevallig – het predikaat sport dragen, maar die veel meer gemeen hebben met klassieke auteursrechtelijk beschermde werken dan met de ‘normaal-typische’⁴⁷ sportprestatie (waarbij de hiervoor reeds genoemde sporten waarbij zelfs een belangrijk element van artistieke expressie komt kijken, zoals turnen, kunstschaatsen en dergelijke nog slechts de meest sprekende voorbeelden zijn).

Voor het uitsluiten (dan wel toelaten) van diverse sportprestaties zou het dan ook beter zijn een theoretisch instrument te gebruiken dat ruimte laat voor de nodige nuancerings. Als zodanig komt mijns inziens in aanmerking de leer van het subjectieve werk van Quaedvlieg.⁴⁸ Onder de loep van die leer, die – extreem kort gezegd – inventiviteit wil scheiden van oorspronkelijkheid door aan te knopen bij de objectieve dan wel subjectieve toets die de maker op de zijn werk toepast,⁴⁹ valt de oorspronkelijkheid van menige sportprestatie te relativiseren. Immers: in de meeste gevallen zal de handeling van de sporter zijn afgestemd op een, buiten die handeling gelegen, te bereiken resultaat (doelpunt, record). De sporter toetst zijn handeling in veel gevallen uitsluitend aan dat resultaat. Wordt dat resultaat niet, of niet optimaal, bereikt, dan wordt de handeling daarop aangepast. De handeling wordt, met andere woorden, in hoge mate bepaald door de objectieve elementen van de sport (spelregels, natuurkrachten). Indien en voorzover daar, door degene die een sportprestatie levert, echter subjectieve, uitsluitend op zijn smaak of willekeur gestoelde, elementen, aan worden toegevoegd, bestaat er geen principieel verdedigbare reden aan die subjectieve elementen de bescherming van het auteursrecht te onttrekken.

Een meer praktisch getinte reden bestaat er daarentegen wellicht wel. Spoor en Verkade hebben erop gewezen dat de auteursrechtelijke inbreukcriteria de nodige problemen op zouden kunnen leveren indien zij toegepast worden op de sportprestatie.⁵⁰ Als enige voorbeeld van een dergelijk probleem noemen zij dat de weergave van het verloop van een wedstrijd in kranten, tijdschriften of boeken wellicht aangemerkt zou kunnen worden als een ongeoorloofde verveelvoudiging van een werk, hetgeen maatschappelijk onwenselijk kan zijn. Zij geven daarbij echter terecht zelf reeds aan dat de citeervrijheid waartoe art 15a Aw de ruimte biedt uitkomst kan bieden. Daarbij dringt zich de vergelijking op met de alom terecht geoorloofd geachte uitvoerige verslaggeving omtrent andere culturele manifestaties en fenomenen, zoals concerten, toneelopvoeringen, filmvertoningen en dergelijke.

Een potentieel groter probleem lijkt mij dan ook uit een andere hoek te komen, te weten die van het persoonlijkheidsrecht. Het hoeft immers weinig betoog dat het toekennen van een persoonlijkheidsrecht aan individuele sporters allerlei ongewenste gevolgen kan hebben voor bijvoorbeeld de sportverslaggeving. Men heeft weinig fantasie nodig om zich de sporter voor te stellen die bezwaar maakt tegen de vertoning van slechts een in zijn ogen slecht of onaantrekkelijk gedeelte van zijn prestatie om reden dat dat de integriteit van zijn werk als geheel zou aantasten. Wellicht zou ook dit probleem in de praktijk echter ondervangen kunnen worden door dat in de wijze waarop de redelijkheidstoets van art. 25 Aw. wordt toegepast de alsdan vigerende maatschappelijke opvattingen omtrent de wenselijkheid van bepaalde wijzen van verslaggeving worden verdisconteerd.⁵¹

4. Het naburig recht van de uitvoerend kunstenaar

Geeft de verhouding van de sportprestatie met het auteursrechtelijk systeem een complex en enigszins onzeker beeld, relatief meer duidelijkheid bestaat er voor wat betreft het aan het auteursrecht naburig recht van de uitvoerend kunstenaar.⁵² In het eerste ontwerp van de WNR werd het begrip uitvoerend kunstenaar gedefinieerd als ‘toneelspeler, zanger, musicus, danser en iedere andere persoon die een werk van letterkunde of kunst opvoert, voordraagt of op enige andere wijze uitvoert’. Blijkens de Memorie van Toelichting⁵³ werd de beperking tot – kort gezegd – vertolkers van werken (en dus de uitsluiting van diegenen die geen werken vertolken) met name gemotiveerd door verwijzing naar de afbakeningsproblemen ten opzichte van sportlieden die zouden ontstaan indien de definitie ruimer zou worden getrokken, bijvoorbeeld door de opname van variëte- en circusartiesten:

‘ingeval van uitbreiding tot bijvoorbeeld variëte- en circusartiesten ligt het in de verwachting dat ook topsporters een bescherming van hun prestatie verlangen door de toekenning van een exclusief recht. Het openbreken van de definitie van uitvoerende kunstenaar zou er mitsdien toe kunnen leiden dat andere beroepsgroepen, wier prestaties vergelijkbaar zijn met die van variëte- en circusartiesten, eveneens onder dat regime van het wetsvoorstel beschermd wensen te worden. Naar onze mening zou deze bescherming niet op goede gronden geweigerd kunnen worden, indien zij wel aan

→

21. Dit begrip wordt in het verband van deze bijdrage gebruikt als synoniem voor het domein van het auteursrecht. In de literatuur vindt men een veelheid van verschillende termen, waarvan ‘buitengrenzen’, ‘externe begrenzing’, ‘natuurlijke grenzen’ en ‘scope’ nog slechts enkele voorbeelden zijn. Ondanks de uiteenlopende terminologie is de bedoeling grosso modo dezelfde: het al dan niet aanbrengen van een beperking in de verzameling auteursrechtelijk te beschermen objecten zonder daarbij gebruik te maken van het oorspronkelijkheidsvereiste.

22. Te noemen vallen de belangwekkende bijdragen in de dissertaties van Quaedvlieg (‘Auteursrecht op techniek’, Zwolle, 1987), Hugenholtz (‘Auteursrecht op informatie’, Deventer, 1989) en Grosheide (‘Auteursrecht op maat’, Deventer, 1986).

23. J.H. Spoor, ‘De gestage groei van merk, werk en uitvinding’, Zwolle, 1990, p. 19.

24. Hugenholtz, diss., p. 19-20.

25. Door Hugenholtz t.a.p. (die overigens daarnaast de in nt. 21 genoemde begrippen hanteert) ‘verticale’ grenzen genoemd, zulks ter onderscheiding van de grens voortvloeiende uit de aan het werkbegrip inherente criteria die hij aanduidt als de ‘horizontale’ ondergrens.

26. Grosheide (t.a.p., o.a. p. 296 e.v.) bepleit vervanging van de ter externe afgrenzing van het auteursrechtelijk domein gebruikte aanduiding ‘letterkunde, wetenschap en kunst’ door een ‘formulering waarin tot uitdrukking komt dat aan de orde is de juridische regeling van de exploitatie van in communicatie gebrachte culturele informatie’. In zijn opvatting zouden door een dergelijke omschrijving te aanvaarden sportprestaties binnen de werkingssfeer van het auteursrecht vallen.

27. Zie bijv.: Gerbrandy, t.a.p., p. 64 e.v.: ‘het komt er niet op aan of men enig werk kan rangschikken onder letterkunde, onder wetenschap of onder kunst’ en Spoor/Verkade, t.a.p., p. 66, alwaar de auteurs uit HR 4-1-1991, NJ 1991, 608, afleiden dat voor een toets op het behoren tot ‘letterkunde, wetenschap of kunst’ geen plaats is.

28. Zie bijv. de uitgebreide en op boeiende wijze door Gerbrandy (zie nt. 28) besproken uitspraak van het Hof Amsterdam in de Rubiks cube zaak (BIE 1982, p. 145). Voor zover aan de categorieën van art. 1 Aw. in de rechtspraak aandacht wordt besteed valt een duidelijke neiging te bespeuren de betekenis van die categorieën sterk te relativiseren door bepaalde werken aan te merken als vallende onder een van de drie categorieën tegen het normale spraakgebruik in (bijv. een puzzelwoordenboek en een slagzin als werken van wetenschap; resp. Hof Amsterdam NJ 1974, 12 en Pres. ‘s-Gravenhage NJ 1969, 67).

→

variété- en circusartiesten zou worden verleend. Eén en ander zou leiden tot een onwenselijk en in omvang niet voorzienbare uitbreiding van de verschillende categorieën rechthebbenden en de effecten daarvan'.

Nadat uit de Kamer kritische vragen met betrekking tot de beperking van het begrip 'uitvoerend kunstenaar' waren gesteld en werd aangedrongen op uitbreiding, werd er van regeringszijde in de Memorie van Antwoord⁵⁴ opgetekend:

'dat het laten vervallen van het criterium werk van letterkunde of kunst ertoe zal leiden dat topsporters eveneens een beroep op deze regeling zullen doen is naar onze mening bepaald niet uitgesloten aangezien bij de totstandkoming van het verdrag deze categorie onder meer als voorbeeld is genoemd die zou kunnen vallen onder een ruime definitie van het begrip uitvoerend kunstenaar, waarin de beperking tot werken van letterkunde en kunst ontbreekt. De grote belangstelling, die er in de media bestaat voor sportevenementen, kan ertoe bijdragen dat topsporters ook een beroep op dit beschermingsregime zullen doen'.

Gevraagd om een 'cultuur-politieke' beschouwing dienaangaande werd onder andere meegedeeld:

'Het is niet wel denkbaar dat het voetbalspel in het kader van landelijk kunstbeleid gesubsidieerd zou worden'

en

'Sport, variété en circus zijn vormen van a-musement, dat wil zeggen uitingen die niet door de muzen zijn geïnspireerd.⁵⁵ Toegegeven kan worden dat dit heden ten dage niet meer als feilloos onderscheidend criterium kan worden aangewend. Niettemin is "tussenkoms van de muzen" zeker wel een notie die kan doorwerken om de domeinen te scheiden.'

Ondanks al dit heftige verzet tegen de uitbreiding van de definitie in verband met de afbakeningsproblemen ten opzichte van sporters werd deze toch aangenomen. In de nota naar aanleiding van het eindverslag⁵⁶ werd door de regering terzake opgemerkt:

'Wij zijn van mening dat deze beperkte uitbreiding van de categorieën rechthebbenden aanvaardbaar is, aangezien zij niet zal leiden tot de door ons gevreesde afbakeningsproblemen, noch tot een in omvang niet voorzienbare toename van de categorie rechthebbenden. Het voorstel beperkt zich uitdrukkelijk tot drie categorieën, te weten variété- en circusartiesten en poppenspelers.'

Dat uitgaande van de enigszins diffuse, door de wet noch haar geschiedenis nader ingevulde, begrippen variété- en circusartiesten, wel degelijk afbakeningsproblemen ontstaan is overtuigend (en op aanstekelijk humoristische wijze) aangetoond door Visser.⁵⁷ Er mag echter, gezien het onverbidelijke primaat dat de rechter in vergelijkbare zaken aan de wetgeschiedenis als interpretatief instrument heeft toegekend,⁵⁸ van worden uitgegaan dat de weg naar bescherming van de prestatie van de sporter via de zwakke plekken in de definitie van artikel 1 sub a WNR definitief is afgesloten.

De hiervoor aangehaalde passages uit de wetgeschiedenis maken het echter overduidelijk dat ook de WNR-wetgever de uitsluiting van de sportprestatie van dit be-

schermingsregime niet van een dogmatisch bevredigend fundament heeft kunnen voorzien. Men is blijven steken in een wat obligate (en ook toen al modieuze) koudwater-vrees voor 'in omvang niet voorzienbare toename van categorieën rechthebbenden' die onwenselijk zou zijn zonder dat één woord wordt gewijd aan de reden van die onwenselijkheid.⁵⁹

5. Prestatiebescherming

Zoals bekend heeft de Hoge Raad in zijn arrest inzake NOS/KNVB⁶⁰ in ieder geval aan voetbalwedstrijden de bescherming middels het zogenaamde eenlijns criterium onthouden. Het door de Raad gehanteerde uitgangspunt⁶¹ dat de rechter terughoudendheid past bij het ex artikel 6:162 BW verbieden van het profiteren van andermans prestaties die niet beschermd zijn door enig recht van intellectuele eigendom omdat daardoor een bescherming zou worden verleend die niet wezenlijk verschilt van de bescherming van een dergelijk recht, waarvoor tenminste vereist is dat wordt geprofiteerd van een prestatie die van dien aard is dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigt, hoefde in de visie van de Hoge Raad in dit geval dus niet te wijken. Dit oordeel heeft in de literatuur veel kritiek geoogst.⁶² Dat is met name begrijpelijk omdat de toetsing door de Hoge Raad van de sportprestatie aan het eenlijns criterium – zacht gezegd – teleurstelt:

'dit brengt tevens mee dat onder ogen dient te worden gezien of hier reden is voor een vergelijkbare bescherming als die welke de wet biedt ingeval van absolute rechten van intellectuele eigendom, zoals een octrooi-recht. *Een zodanige reden ontbreekt.* Niet kan worden gezegd dat voldaan is aan de in voormeld arrest t.a.p. gestelde minimum eis dat wordt geprofiteerd van een prestatie van dien aard dat zij op één lijn valt te stellen met die welke toekenning van een dergelijk recht rechtvaardigen'.

De aldus ontstane uitsluiting van de sportprestatie aan het, aan het huis van de intellectuele eigendom aanpalende 'aanbouwsel' van de prestatiebescherming, lijkt aldus zo mogelijk nog onbevredigender en waziger gefundeerd dan de hiervoor besproken uitsluiting uit het domein van auteursrecht en de naburige rechten. Belangrijkste reden voor de wat flauwe nasmaak die dit gedeelte van het arrest nalaat is het feit dat de Hoge Raad zich verschuilt achter de apodictische overweging dat 'geen reden bestaat' om wel aan te nemen dat er sprake is van een eenlijnsprestatie maar achterwege laat – hetgeen veel nuttiger geweest zou zijn – aan te geven welke redenen er bestaan om niet te spreken van een eenlijnsprestatie. Toegegeven moet worden dat, indien de Hoge Raad de moeite zou hebben genomen zijn oordeel op de hier bedoelde wijze positief te formuleren, de Raad voor een formidabele taak zou hebben gestaan gezien de aanzienlijke, hiervoor aangestipte, problemen die ontstaan indien men de sportprestatie wil afbakenen van met name de door het auteursrecht beschermde prestaties. Door dat niet te doen blijft het gevoel hangen dat, indien de Raad dat wel zou hebben gedaan, het oordeel wel eens anders uit had kunnen vallen. Opvallend is in ieder geval dat geen van de schrijvers die zich met de materie hebben beziggehouden,⁶³ het oordeel van de Hoge Raad hebben kunnen 'namotiveren' door

het aangeven van dergelijke redenen waarom de sportprestatie niet aan het eenlijns criterium zou voldoen. Hier en daar valt dan ook de neiging te bespeuren ervan uit te gaan dat de strijd nog steeds niet definitief is gestreden en dat dus bij een volgende gelegenheid het oordeel nog wel eens anders uit kon vallen.⁶⁴

Met name Van Engelen⁶⁵ lijkt in het – ten opzichte van het tijdstip van het wijzen van het arrest – nieuwe feit van het van kracht worden van de WNR aanleiding te zien voor heroverweging van het oordeel van de Hoge Raad. Met grote stelligheid neemt hij het standpunt in dat de sportprestatie tenminste is aan te merken als een eenlijnsprestatie ten opzichte van de prestatie van uitvoerende kunstenaars. Met kracht van argumenten demonstreert hij dat wat dat betreft van de WNR geen zogenaamde negatieve reflexwerking uitgaat. Ik deel dat optimisme van Van Engelen toch niet. De afwezigheid van een negatieve reflexwerking wil nog niet zeggen dat men ook positieve reflexwerking aan kan nemen. Er is, integendeel, reden om aan te nemen dat de duidelijke wil van de wetgever voor wat betreft het onbeschermd laten van de sportprestatie, zoals die tot uitdrukking komt in de wetsgeschiedenis van WNR – zacht gezegd – geen aanmoediging zal zijn voor de Hoge Raad om de sportprestatie 'op één lijn te stellen' met de door die WNR beschermde prestaties. Dat enkele van die prestaties⁶⁶ zeer vele, zo niet al hun, kenmerken delen met de sportprestatie, doet daaraan niet af; iets soortgelijks voor het auteursrecht was voor de Hoge Raad geen reden om eerder tot een ander oordeel te komen.

Daarbij kan men zich met recht afvragen of met de toekenning van een bescherming van de sportprestatie via het eenlijns criterium de huidige onzekerheid en onduidelijkheid omtrent de handel in sportrechten wordt verholpen. Het prestatiebeschermingsregime heeft immers het grote nadeel dat het iedere formele structuur (aan wie komen de rechten toe?, wat is de inhoud en beschermingsomvang van de rechten?, etc. etc.) ontleent.

6. *Sluitstuk: het huisrecht*

Is de sportprestatie hiervoor gekenmerkt als dakloze in het huis van de intellectuele eigendom, dan mag daarbij niet onvermeld blijven dat de sportprestatie wel een geheel eigen, zij het bouwvallig, onderkomen heeft. Gedoeld wordt op wat door diverse schrijvers wel het 'huisrecht' wordt genoemd. De Hoge Raad bepaalde in het NOS/KNVB-arrest, na bescherming van de sportprestatie zelf te hebben afgewezen, dat de eigenaar of gebruiksgezagde met betrekking tot een stadion of terrein waar een sportprestatie zich afspeelt, gerechtigd is een redelijke vergoeding te verlangen van degene die daarvan ter exploitatie opnamen maakt. Dat deze constructie aanzienlijke mankementen vertoont voor wat betreft haar praktische effecten daarvan is inmiddels zo wijd en zijd besproken⁶⁷ dat ik er hiermee volsta te wijzen op de volgende, meest in het oog springende, punten:

- het huisrecht geeft geen enkel middel tegen exploitatie van de sportprestatie die niet gepaard gaat met het betreden van de ruimte waar de sportprestatie zich afspeelt;
- alle prestaties die zich in de openbare ruimte afspelen onttrekken zich aan de reikwijdte van het huisrecht;
- het contractuele karakter van het huisrecht maakt dat geen (rechtstreeks) middel bestaat tot het aanspreken

van derden die het, door degene die het stadion betreedt voor het maken van opnamen krachtens daartoe gesloten overeenkomst vervaardigde, materiaal exploiteren;

- het huisrecht komt toe aan de eigenaar of gebruiksgezagde met betrekking tot de ruimte waar de sportprestatie zich afspeelt die een volstrekt willekeurige derde ten opzichte van de producenten van de sportprestatie kan zijn;
- niet duidelijk is wat een 'redelijke vergoeding' is;
- niet duidelijk is wat rechtens is indien vergoeding wordt geweigerd.

Een belangrijke verklaring voor het feit dat de huisrechtconstructie in het conflict tussen de NOS en de KNVB dat leidde tot het arrest van de Hoge Raad is komen 'bovendrijven' ligt in het feit dat de betreffende procedure grotendeels is gevoerd in de sleutel van de vrijheid van nieuwsgaring. De verhouding van dat recht ten opzichte van exploitatie van de sportprestatie gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Opgemerkt zij hier echter wel dat een

→

29. Zie m.n. het in nt. 27 genoemde arrest en de door Spoor/Verkade, t.a.p., p. 61 e.v. aangehaalde rechtspraak.

30. Vergelijk de langs voetbalvelden na een mislukte actie veel gehoorde uitroep 'te mooi!'.

31. Spoor, t.a.p., p. 19.

32. Zie noot 27.

33. onder verwijzing naar het veel besproken koezender vonnis van de Pres. Rb. Zwolle, BIE 1983, 102.

34. E.J. Dommering, 'De sportprestatie: bescherming en vrije berichtgeving' in de bundel 'Sport en informatiemonopolies', onder redactie van W.F. Korthals Altes en G.A.I. Schuijt, Amsterdam, 1991, p. 9-21.

35. Dommering, t.a.p., p. 14.

36. Dommering, t.a.p., p. 15.

37. Dommering spreekt van een 'gemengde nieuws/werk categorie die juist onvoldoende "vastigheid" heeft om onder het object van het auteursrecht te worden gebracht'. Hij lijkt daarmee minder stellig dan in zijn eerder artikel 'Vormen handeling en arbeid een "werk"?', AMI 1986, nr 3, p. 72 e.v. (hierna: Dommering AMI).

38. Spoor/Verkade, t.a.p., p. 58 e.v.

39. Door Hugenholtz (t.a.p., p. 23) in verband gebracht met de door Troller (Immaterialguterrecht, Bd. I, Basel/Frankfurt am Main, 1983, p. 352-353) gehanteerde eis van geestelijke eenheid van het werk; werken dienen als eenheid in de geest te worden geconcipieerd: sportwedstrijden voldoen daar niet aan.

40. Dommering AMI, p. 74.

41. Ook Dommering acht, zonder verder onderscheid te maken, improvisaties auteursrechtelijk beschermd (Dommering AMI, p. 74), maar spreekt van 'zwakke' werken omdat er 'nauwelijks een programma van handelingen vast staat'.

42. De Bildzeitung kopte tijdens het Wereldkampioenschap van 1990 voor de wedstrijd van het Nederlands elftal: 'Der Angstgegner! Unser taktik: Sturmen, sturmen! Tore! Tore!'

43. t.a.p., p. 54.

44. Dommering t.a.p. p. 13, noemt het interview, de polemiek en de roman in briefvorm.

45. Dommering t.a.p., p. 14-15.

46. Spoor, t.a.p., p. 20.

47. Zie voor het begrip normaal type, E.M. Meyers, Algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden, 1947.

48. Quaadvlieg, diss, zie noot 23.

49. Quaadvlieg, t.a.p., p. 21-22.

50. Spoor/Verkade, t.a.p., p. 116.

51. Zie omtrent het persoonlijkheidsrecht en het relatieve karakter daarvan de schitterende rede van Quaadvlieg 'Auteur en aantasting, werk en waardigheid', Zwolle, 1992.

52. Vgl. daarover Spoor/Verkade, t.a.p., p. 490, Th.C.J.A. van Engelen, Prestatiebescherming, diss. Zwolle 1994, p. 229 e.v. en Visser Ars Aequi 1993, p. 20 e.v.

53. Zie Verkade-Visser, Parlementaire geschiedenis van de wet op de naburige rechten, Delft 1993 (hierna: VV Parl. Gesch. WNR), p. 44. →

verklaring voor de huiverachtigheid van de Hoge Raad om de sportprestatie op zich enige bescherming te verlenen gevonden zou kunnen worden in de door de Raad wellicht met de verslaggeving als nieuwsfeit van sportprestaties voorziene afbakeningsproblematiek. Zou dat zo zijn dan zou daar het impliciete oordeel ten grondslag aan liggen dat sportprestaties nieuwswaardiger zijn dan andere culturele uitingen. Dat zou dan stroken met het hiervoor eerder door mij bestreden oordeel omtrent het grotere maatschappelijke belang van sport ten opzichte van andere uitingen van Dommering.⁶⁸ Niet valt in te zien waarom enige, al dan niet absoluutrechtelijke, bescherming van de sportprestatie niet te combineren zou zijn met een zekere mate van vrijheid voor de nieuwsmedia van die sportprestaties verslag te doen. Iets soortgelijks kennen wij immers in het auteursrecht dat de vrijheid kent werken aan te kondigen, te bespreken en dergelijke. Daarvoor is echter een duidelijke formele regelstructuur noodzakelijk.

Dommering heeft zich eerder afgevraagd of hier wellicht een taak voor de wetgever ligt. Hij beantwoordt die vraag niet, maar merkt wel op dat sectorwetgeving altijd minder fraai is. Dat laatste ben ik met hem eens. Dommering's vraag beantwoord ik echter positief. Bij een degelijke grondslag van de bescherming van de sportprestatie bestaat een groot maatschappelijk belang. De recente chaotische taferelen rond Sport7, waarvan tenminste voor een deel aannemelijk is dat deze zijn veroorzaakt door de onduidelijkheden rond de bescherming van de sportprestatie, zijn daarvan slechts een voorbeeld. Ik heb met het voorgaande getracht aan te geven dat het vooralsnog onmogelijk lijkt die onduidelijkheden te verhelpen door de sport een plaats te geven in één van de reeds bestaande kamers van het huis van de intellectuele eigendom. Daarbij lijkt het erop dat aan de uitsluiting van de sport van het domein van de intellectuele eigendom grotendeels vage niet expliciet gehanteerde en dogmatisch slecht gefundeerde opvattingen ten grondslag liggen. Zolang die opvattingen echter in tact blijven en de wens te komen tot bescherming van de sportprestatie als maatschappelijk gerechtvaardigd wordt gezien, is het enige alternatief het creëren van een sui-generisbescherming. De tegenwoordig alom beleden huiver voor het creëren van nieuwe beschermingsregimes ten spijt, lijkt sectorspecifieke wetgeving in deze de aangewezen oplossing. Het voor de hand liggende voordeel daarvan zou zijn dat, indien als resultaat van een rond een eventueel wetgevingsproject gevoerde fundamentele discussie daarover blijkt dat sport ten opzichte van andere culturele uitingen van een zo groot maatschappelijk belang is dat (bijvoorbeeld in verband met de vrijheid van nieuwsgaring) de te verlenen bescherming beperkter dient te zijn dan die wordt toegekend aan bijvoorbeeld de auteursrechtelijk beschermde werken, deze beperking, doordat zij met een 'schone lei' kan worden ontworpen, duidelijk kan worden omschreven.

Tenslotte past hier de opmerking dat het inmiddels onverstendig lijkt de kwestie uitsluitend op nationaal niveau te regelen. De handel in sportrechten is internationaal. In Brussel heeft men op dit moment een levendige interesse in de materie,⁶⁹ terwijl men ook in andere lidstaten van de Gemeenschap vaak niet een bevredigend beschermingsregime ten aanzien van de sportprestatie hanteert. (Als voorbeeld van dat laatste moge Duitsland⁷⁰ dienen, alwaar de bescherming van sportprestaties tegen ongeautoriseerde exploitatie door televisie uitzending gebaseerd is op zo-

wel het huisrecht, als het recht inzake de ongeoorloofde mededinging, hetgeen bijvoorbeeld, evenals in Nederland, onduidelijkheid laat bestaan omtrent de vraag aan wie de rechten toekomen.) Alle reden dus om, indien een regeling van de materie wenselijk wordt geacht, de blik in de eerste plaats op het communautaire niveau te richten.

→

54. VV Parl. Gesch. WNR, p. 55 e.v.

55. Dit sterke staaltje 'valse etymologie' werd later door enkele kamerleden getypeerd als de basis voor een 'loze redenering', zie VV Parl. Gesch. WNR, p. 47.

56. VV Parl. Gesch. WNR, p. 49.

57. Visser tap p. 21 e.v.

58. Vgl. HR 10 nov. 1995, AMI 1996, p. 55 (Knipselkrant), met kritische noot Quaadvlieg.

59. De scherpe kritiek van Van Engelen, t.a.p., p. 230 e.v. lijkt mij dan ook terecht.

60. Zie noot 1.

61. Zie HR 26 juni 1986, NJ 1987, nr. 191.

62. Zie o.a. Dommering, t.a.p., p. 11 en Van Engelen, t.a.p., p. 287 e.v.

63. Zo onder andere de bijdragen genoemd in nt. 2.

64. Te wijzen valt hier op het recente vonnis van de Pres. Utrecht in de Feyenoord/KNVB zaak (Sportzaken, 1997, nr. 1, p. 72 e.v.). Hoewel de inhoud van deze uitspraak zo zeer overwoerd is door de puur verenigingsrechtelijke aspecten van de zaak en dus nauwelijks bruikbaar lijkt in het kader van een bespreking van de juridische grondslagen van de bescherming van de sportprestatie, is het, gezien het feit dat de Hoge Raad onmiskenbaar de eigendom van het stadion als enige grondslag voor een 'zekere bescherming heeft aangegeven', opvallend dat de Pres. spreekt van een 'eigen recht' van de KNVB gebaseerd op 'zijn taak als organisator van de competitie'. Een zelfde recht ziet de President voor de clubs.

65. T.a.p., p. 230-231.

66. Denk bijv. aan de variété-artiest wiens act grotendeels bestaat uit het jongleren met een bal op de voet.

67. Zie bijv. Korthals Altes, t.a.p. (nt. 1), Dommering, t.a.p., p. 11 e.v., Verkade, rede (zie nt. 1).

68. Zie nt. 45.

69. Getuige bijvoorbeeld de recente ontwikkeling in het kader van de aanpassing van richtlijn 89/552 rond uitzendrechten terzake van sportevenementen van groot belang (zie o.a. de 'communication from mr Oreja to the commission, exclusive rights for tv broadcasting of major sports events' d.d. 3 febr. 1997).

70. Zie voor een beschrijving van de Duitse situatie H.E. Ruijsenaars, 'Ontwikkelingen in Duitsland' in de bundel 'Sport en informatiemonopolies', Amsterdam, 1991 en recent H. Waldhauser, 'Sportübertragungsrechte - Rechtsnatur, Schranken und Kartellrechtliche Probleme aus deutscher sicht', Mediaforum, 1997, p. 56, e.v.