

Mr. B.S.J. Knubben¹

De ontzucltering van het auteursrecht

De auteursrechtelijke exploitatierechten in de digitale praktijk

1. Inleiding

"De nieuwste Marco Borsato, in de winkel ruim veertig piek, op het schoolplein voor een tientje."² Zomaar een citaat uit een recent artikel van een landelijk dagblad dat de groeiende auteursrechtelijke problematiek illustreert. En zo verschijnen er met regelmaat soortgelijke artikelen en documentaires, soms opgesierd met heuse steekproefcijfers, in de media. Inderdaad, wetenschappelijk onderbouwd zijn de verschillende publicaties meestal niet, maar men hoeft geen wetenschapper te zijn om in te zien dat het auteursrecht behoorlijk in de verdrugging komt door de digitale techniek. De dagelijkse praktijk is veelzeggend. In deze praktijk van alledag wordt de informatievoorziening in toenemende mate gedomineerd door digitale middelen zoals Internet, E-mail, (beschrijfbare) CD's en binnenkort de DVD³. Binnen afzienbare tijd zullen (nu nog aanwezige) technische beperkingen met betrekking tot opslagcapaciteit en datatransmissie goeddeels tot het verleden behoren. En het duurt niet lang meer totdat zelfs de 'digibeet'⁴ iedere soort informatie, van romans tot films, moeiteloos kan vermenigvuldigen en verspreiden. De digitale praktijk, waarin de informatievoorziening hoofdzakelijk met behulp van digitale middelen plaatsvindt, is de werkelijkheid. Ook het auteursrecht kan daar niet onderuit.

De klassieke auteursrechtelijke exploitatierechten worden momenteel in zowel nationaal als internationaal verband op 'ingenieuze' wijze opgepoetst om de problematiek, die de digitale praktijk met zich meebrengt, het hoofd te bieden. Het auteursrecht is een aanzienlijke mate ijdelheid, die voornamelijk het gevolg lijkt te zijn van haar redelijk succesvolle verleden, niet vreemd. Echter, is het Internet slechts een geëvolueerde versie van de drukpers, of is het meer?

De fundamentele vraag luidt of het auteursrecht het geëigende middel is om het exploitatiebelang van de auteur in de digitale praktijk op aanvaardbare wijze beschermen? Ter beantwoording van deze vraag zullen we het 'ijdele' auteursrechtelijke exploitatiesysteem de digitale spiegel voorhouden. Gekozen is voor een integrale benadering, aangezien de digitale praktijk mijns inziens diepgaande gevolgen met zich meebrengt voor het gehele (exploitatierechtelijke deel van) auteursrecht. In het onderstaande zal eerst worden ingegaan op het auteursrecht als fenomeen. Vervolgens zal het auteursrecht aan de hand van recentelijk (in EU-verband) opgekalefaterde regelgeving worden getoetst op zowel conceptuele als praktische houdbaarheid. De auteursrechtelijke exploitatierechten, te weten het reproductierecht en het recht op publieke communicatie⁵, zullen beide voor de digitale spiegel plaatsnemen. Vervolgens zal een viertal alternatieve exploitatiemiddelen in het licht van de digitale praktijk de revue passeren. Uiteindelijk zal één en ander haar weerslag hebben in een conclusie. 'Spiegeltje, spiegeltje aan de wand...'

¹ Bart Knubben is onlangs afgestudeerd aan de Universiteit Utrecht. Dit artikel is geschreven naar aanleiding van zijn doctoraalscriptie, geschreven onder begeleiding van Prof. Mr. F.W. Grosheide.

² De Telegraaf, *Illegale CD-handel Kinderspell!*, zaterdag 6 februari, T25.

³ Afkorting van Digital Versatile Disc; de opslagcapaciteit van de DVD is 8 tot 28 keer groter dan die van een CD. Zie <http://www.dvd-rom.nl>.

⁴ Samentrekking van 'digitale analfabeet'.

⁵ In deze bijdrage worden de aanknopingspunten van de auteursrechtelijke exploitatierechten aangeduid met de termen 'reproductie' en 'publieke communicatie'; voor deze laatste wordt soms als synoniem de term 'openbaarmaking' gebruikt. De Nederlandse Auteurswet kent als aanknopingspunten 'verveelvoudiging' en 'openbaarmaking'. 'Verveelvoudiging' ziet tevens op de bewerking en vertaling van een werk in tegenstelling tot in deze bijdrage en internationaal veel gebruikte term 'reproductie', die slechts betrekking heeft op het maken van exemplaren van een werk. Zie ook Spoor/Verkade, *Auteursrecht*, Deventer: Kluwer 1993, p. 142.

2. Auteursrecht en haar omgeving

a. Informatie, een bijzonder goed

Informatie is geen homogeen goed. Zij kenmerkt zich juist door een enorme diversiteit. Schilderkunst, literatuur, muziek, maar natuurlijk ook puur feitelijk materiaal en gesprekken over 'het weer', kunnen alle worden geschaard onder het ruime begrip 'informatie'. De dagelijkse praktijk is vergeven van informatie van zeer uiteenlopend pluimage. Auteursrecht heeft traditioneel betrekking op origineel ofwel vernieuwend geachte "*werken van letterkunde, wetenschap of kunst*".⁶ Auteursrechtelijk relevante werken vormen een deelgebied binnen het verzamelbegrip 'informatie'.⁷ Informatie vormt, zeker in de huidige informatiemaatschappij, een waardevolle economische bron. Echter, bij de exploitatie van auteursrechtelijke werken heeft men, zoals in het vervolg zal blijken, ten volle te maken met het eigennijve karakter van informatie.

Informatie is een bijzonder goed. Allereerst kan zij worden gekwalificeerd als een immaterieel goed; hoewel informatie zich aan ons manifesteert via een fysieke drager, is zij daaraan in beginsel niet gebonden.⁸ Informatie op zich is dus niet tastbaar; voor het vervolg dient dit als uitgangspunt. Daarnaast lijkt informatie *per se* vanuit een economisch gezichtspunt in veel gevallen aan te merken als een zogenaamd collectief goed. Voor een collectief goed geldt dat haar gebruik zowel non-rivaliserend als non-exclusief is.⁹ Non-rivaliteit wil zeggen dat de consumptie van additionele eenheden geen extra (marginale) kosten met zich meebrengt.¹⁰ Non-exclusiviteit houdt in dat het onmogelijk, of erg kostbaar, is om gebruikers uit te sluiten van het gebruik van het goed. Zowel technische als economische mogelijkheden tot uitsluiting bepalen aldus de mate van exclusiviteit van een goed.¹¹ In de praktijk leidt non-exclusiviteit tot de free-riderproblematiek. De free-rider weigert te betalen voor een (non-exclusief) goed, omdat hij toch al via de positieve externe effecten van het goed, dat in derdenbezit is, kan meegenieten. De genoemde eigenschappen leiden ertoe dat een collectief goed *niet* of vrijwel onmogelijk in individuele eenheden exploitabel is. Hoewel er individuele behoefte is naar een bepaald goed, faalt het marktmechanisme in het bepalen van een individuele prijs.

Het goed 'informatie' *per se* blijkt inderdaad vaak in hoge mate te voldoen aan beide genoemde vereisten van een collectief goed. Allereerst is het gebruik van veel informatie in beginsel niet of nauwelijks rivaliserend; de meeste informatie is niet-consumptief, kan dus opnieuw gebruikt worden en behoudt zelfs vaak haar waarde na gebruik. Daarnaast is het gebruik van veel informatie vrijwel nooit volledig exclusief. Informatie is in veel gevallen namelijk onmogelijk zuiver gericht verspreidbaar¹²; free-riders zijn meestal moeilijk buiten boord te houden.

⁶ Zie art. 1 Auteurswet (Aw). Tegenwoordig ziet het auteursrecht ingevolge Europese regelgeving ook op computerprogramma's en zelfs op databanken.

⁷ Strikt genomen biedt het auteursrecht slechts bescherming voor de vorm c.q. expressie van een idee. Het idee zelf is niet beschermd. De expressie van een idee valt onder het paraplu-begrip 'informatie'.

⁸ E.J. Dommering, 'Internet: een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces', *Computerrecht* 1996, p. 210.

⁹ Rivaliteit en exclusiviteit dienen mijns inziens als relatieve begrippen te worden beschouwd. In het vervolg zal dan ook meestal gesproken worden van "de mate van rivaliteit of exclusiviteit". Met non-rivaliteit en non-exclusiviteit wordt bedoeld dat de desbetreffende eigenschap niet significant aanwezig is.

¹⁰ Een standaard voorbeeld van een non-rivaliserend gebruik in de materiële wereld is het rijden over een brug in de *niet*-spitsuren. Men kan echter zeer wel verdedigen dat non-rivaliserend gebruik van een materieel goed naar zijn aard onmogelijk is; omdat er altijd sprake zal zijn van enige consumptie ofwel verbruik; 'de brug slijt'. Alleen immateriële goederen kunnen volgens deze visie volledig non-rivaliserend zijn. Zie Ouwersloot, *Information and communication from an economic perspective* (diss. Amsterdam VU), 1994, p. 22.

¹¹ Frisse lucht is een voorbeeld van een non-exclusief goed; frisse lucht kan echter wel worden bestempeld als een rivaliserend goed.

¹² Het zogenaamde 'vuurtoreneffect' doet zich voor; zie ook Dommering, 'Copyright being washed away through the Economic Sieve: Some thoughts on the Impending Copyright Crisis', in: P.B. Hugenholtz (red.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 6. Hoewel de

b. *Exploitatie van informatie in de analoge praktijk*

Informatie is in de analoge praktijk door technische onvolkomenheden relatief moeilijk hanteerbaar. Informatievoorziening was daardoor in de analoge praktijk zeer kapitaal-, kennis-, ruimte-, en tijdsintensief. Het gevolg was dat middelen tot informatievoorziening, zowel reproductie- als communicatiemiddelen, lange tijd in handen bleven van een kleine groep professionals. De sterke concentratie van middelen tot informatievoorziening was de oorzaak van de gebondenheid van informatie aan het door de zender gekozen medium, zoals papier of de vinylplaat. Het grote publiek ontbrak het aan de middelen om gepubliceerde informatie 'los te weken' van haar drager.

Daarnaast waren de middelen in de analoge praktijk zowel in technische als economische zin beperkt in hun mogelijkheden. De beperkingen van de informatievoorziening vloeide voort uit de enorme intensiviteit waarmee productiemiddelen, zoals kapitaal en kennis, door de technische onvolkomenheden ingezet dienden te worden. De middelen tot informatievoorziening, die op den duur wel in handen kwamen van het grote publiek, zoals telefoon en post, hadden een zeer minimaal communicatiebereik. En ook de middelen die in handen waren van professionals kenden behoorlijke beperkingen. Wereldwijde, grootschalige communicatie van een werk vergde enorme investeringen, en was daardoor lange tijd ook voor professionals een utopie. Bedacht dient te worden dat de beperkingen natuurlijk zowel voor eventuele piraten als voor rechtmatige exploitateurs van auteursrechtelijke informatie golden.

Informatie was door de *concentratie* en de *beperkingen* van de middelen tot informatievoorziening vrijwel onlosmakelijk verbonden met het medium dat de zender c.q. auteursrechthebbende bepaalde. De mate van exclusiviteit en rivaliteit van informatie werd daardoor met name bepaald door de grenzen die het medium aan het gebruik stelde.

Gebruik van een *materiële* informatiedrager, zoals een boek, door derden belet de rechtmatige eigenaar in zijn gebruik, en bovendien zorgde de binding van informatie ervoor dat derden vaak van gebruik waren uitgesloten. Het gebruik van materieel gepubliceerde informatie was door de aanzienlijke rivaliteit en exclusiviteit in de analoge praktijk redelijk door de auteursrechthebbende in te calculeren.¹³ Zodanig openbaargemaakte informatie was daarmee uitstekend exploiteerbaar in individuele eenheden.

Echter, bij *immateriële* openbaarmaking via netwerken, zoals radio- en televisie-uitzendingen, was het gebruik niet rivaliserend, en bovendien was het bewerkstelligen van enige exclusiviteit problematisch.¹⁴ De problematiek bleef binnen de perken, aangezien informatie die op immateriële wijze openbaar werd gemaakt was bedoeld *eenmalig* op een van te voren door de exploitateur bepaald tijdstip gebruikt te worden. Doordat reproductie- en verspreidingsmiddelen sterk geconcentreerd waren, kon immaterieel gecommuniceerde informatie inderdaad lange tijd slechts op zodanige wijze worden gebruikt. De rivaliteit en exclusiviteit van de informatie gingen dus niet voorgoed verloren. Het collectieve gebruik van immateriële openbaarmaking was door het eenmalige karakter begrensd, en kon daardoor redelijk worden ingecalculeerd. Immaterieel gecommuniceerde informatie was weliswaar niet individueel exploitabel, maar via fiscale middelen, zoals de omroepbijdrage kon toch tot een aanvaardbare exploitatie worden gekomen. Bovendien

vuurtoren tot het rijtje klassieke rechtseconomische voorbeelden van een collectief goed behoort, is deze kwalificatie vatbaar voor discussie. R.H. Coase, 'The lighthouse in Economics', *Journal of Law and Economics* 1974-17.

¹³ Vgl. Spoors 'gebruiksintensiveringstheorie'; J.H. Spoor, *Scripta manent* (diss.), Groningen: Tjeenk Willink 1976, p. 138; Zie ook D.J.G. Visser, *Auteursrecht op toegang, De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie* (diss. Amsterdam VU), 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V. 1997, p. 28 & p. 184.

¹⁴ Wat betreft de exclusiviteit; deze kan bijvoorbeeld worden bewerkstelligd worden door scrambling en (fysiek) besloten netwerken; Zie Ouwersloot 1994, p. 23 (zie noot 10).

liet immateriële openbaarmaking onverlet dat de desbetreffende informatie ook nog steeds geëxploiteerd kon worden via materiele openbaarmaking.

c. *Plaatsbepaling van het auteursrecht in de analoge praktijk*

Naar ons westerse denkbeeld worden prestaties in de regel idealiter beloond op basis van het marktmechanisme, opdat een optimale allocatie¹⁵ van productiefactoren¹⁶ wordt bereikt. Het individuele nut van de prestatie wordt door het marktmechanisme omgezet in een beloning. Echter, niet iedere prestatie leent zich zomaar voor zodanige exploitatie. Door middel van mededingingsrecht, waaronder het auteursrecht, poogt de wetgever bepaalde dreigingen weg te nemen, zodat de markt haar werk kan doen. Bij de exploitatie van informatie wordt men geconfronteerd met een dreiging voor marktwerking, namelijk haar latent collectieve karakter. Dit karakter heeft ten gevolge dat men bij de exploitatie van informatie in individuele eenheden op moeilijkheden stuit. Het auteursrecht grijpt in waar de markt ten aanzien van intellectuele prestaties in de vorm van 'originele' informatie faalt.

Bedacht dient te worden dat de mogelijkheden tot exploitatie van informatie, zoals wij die vandaag de dag kennen, relatief jong zijn. De technische ontwikkeling van de informatievoorziening, die min of meer werd ingezet met de uitvinding van de drukpers, opende aan de ene kant mogelijkheden voor derden om zonder toestemming van de auteursrechthebbende diens werk te exploiteren, maar aan de andere kant groeiden ook de mogelijkheden voor de auteursrechthebbende zelf om zijn werk te exploiteren. In vroege tijden kon men nog zo een geweldig werk maken, het bereik van de communicatie, en daarmee de mogelijkheid tot exploitatie (maar ook de mogelijkheid tot 'inbreuk'), waren zeer beperkt. De exploitatie van informatie in de mate zoals we die deze eeuw kennen is aldus geen vanzelfsprekendheid. Het auteursrecht is dan ook een modern verschijnsel dat pas in de tweede helft van de 19^e eeuw goed uit de verf kwam.¹⁷

Terug naar de functie van het auteursrecht bij de exploitatie van 'originele' informatie. Het feitelijke gebruik van informatie lijkt op het eerste gezicht een prima maatstaf voor het individuele nut van informatie, en daarmee een prima aanknopingspunt voor het auteursrecht. Echter, net als bij veel andere materiële goederen, kan bij de exploitatie van informatie om zowel *principiële* als *praktische* redenen¹⁸ meestal niet aangeknoopt worden bij het feitelijk gebruik, maar dient (zoals in het onderstaande zal blijken) het verwachte, *ingecalculeerde* gebruik meestal als uitgangspunt.

Het auteursrecht zoekt aansluiting aan bij handelingen van reproductie en publieke communicatie. Het auteursrecht poogt de auteursrechthebbende bij te staan in de exploitatie van zijn werk door deze handelingen, die kunnen leiden tot een door hem ongewenste afname van exclusiviteit en rivaliteit te controleren. Door originele geachte informatie te binden aan het bijbehorend, oorspronkelijke medium, worden exclusiviteit en rivaliteit aan haar gekoppeld. De beperkte verspreiding van middelen tot informatievoorziening had tot gevolg dat informatie in analoge vorm reeds als vanzelf in hoge mate aan het door de auteursrechthebbende gekozen medium gebonden was. Om informatie optimaal exploitabel te maken hoefde het auteursrecht slechts een select aantal professionals in de informatievoorziening te controleren. De door het auteursrecht vervolmaakte verbondenheid van informatie met het medium leidde ertoe dat het gebruik van

¹⁵ Een allocatie wordt geacht optimaal (of efficiënt) te zijn als het onmogelijk is dat een persoon beter wordt (van reallocaties) zonder dat een ander persoon er slechter van wordt (Pareto efficiëntie).

¹⁶ In het algemeen zijn er drie fundamentele productiefactoren te onderscheiden, te weten natuur, arbeid en kapitaal.

¹⁷ F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat* (diss.), Amsterdam: Kluwer 1986, p. 39.

¹⁸ Bij principiële redenen kan worden gedacht aan grondrechten, zoals m.b.t. de privacy, die bij controle op *feitelijk gebruik* in het geding komen. En met praktische redenen wordt bedoeld op de praktische onmogelijkheid om *feitelijk gebruik* van bepaalde informatie te controleren. Zie ook F.W. Grosheide, Boekbesprekingen, 'D.J.G. Visser, Auteursrecht op toegang. De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie', *RMThemis* 1998, p.367-368.

informatie zeer goed incalculeerbaar was, en de markt prima haar werk kon doen. Uiteindelijk vertaalde het marktmechanisme, in beginsel dus niet het auteursrecht, het nut c.q. ingecalculeerd gebruik van een werk naar een daadwerkelijk beloning voor de auteur.

Bij de exploitatie van auteursrechtelijke informatie komen het individueel belang van de auteur en het publieke belang in conflict met elkaar. Het individueel belang betreft voornamelijk de beloning voor de creatieve prestatie, terwijl vrijheid van informatie¹⁹ en ontwikkeling van vernieuwende informatie als voornaamste publieke belangen kunnen worden genoemd. Via het marktmechanisme werd in de analoge praktijk met behulp van het auteursrecht een optimale allocatie nagestreefd. In deze optimale allocatie zijn de verschillende, individuele dan wel publieke belangen met betrekking tot de desbetreffende auteursrechtelijke informatie verdisconteerd. Het marktmechanisme zorgde dus in de analoge praktijk voor een daadwerkelijk evenwicht tussen de verschillende belangen.

Het auteursrecht werkt aldus faciliterend aan het marktmechanisme. Zij staat echter niet passief langs de zijlijn; haar instrumenten, de exploitatierechten, kunnen de verschillende belangen direct raken. Zowel de in het voorgaande genoemde publieke belangen, die direct op informatie betrekking hebben, als de meer algemene publieke belangen, zoals recht op privacy²⁰ en consumentenbescherming²¹, vormen de oevers van het auteursrecht. De rechtsregels die het publiek belang waarborgen zijn zowel binnen als buiten het auteursrecht gelegen. Binnen het auteursrecht zijn de grenzen op grond van het publiek belang zowel in het concept als in de uitvoering van de exploitatierechten zichtbaar.²² De in het voorgaande toegelichte begrenzing van het auteursrecht op grond van het publiek belang is van principiële aard. Naast deze begrenzing kent het auteursrecht ook begrenzingen van praktische aard. Deze laatste hebben betrekking op het maatschappelijk draagvlak voor de regelgeving, en de uitvoering en handhaving van het auteursrecht.²³

Het auteursrecht is niet als enige van invloed op de uitkomst van het marktmechanisme. Naast het auteursrecht hebben verschillende, in tijd veranderende, factoren van culturele, economische, technische en sociale aard een belangrijke uitwerking op het marktmechanisme, en dus uiteindelijk op het evenwicht tussen de verschillende belangen. Sommige factoren kunnen evenals het auteursrecht als middel worden ingezet om een aanvaardbaar evenwicht te bewerkstelligen.²⁴ Al met al blijkt het auteursrecht zich in een zeer complex krachtenveld te bevinden.

Op grond van het voorgaande stem ik in met de bevinding van Grosheide dat het auteursrecht per saldo *niets universeels* heeft; het is een typisch product van de westerse cultuur en als zodanig tijd- en plaatsgebonden.²⁵ Aan het auteursrecht liggen, evenals aan andere mededingingsregelgeving, voornamelijk rechts-politieke keuzen gericht op het bereiken van een naar omstandigheden optimale allocatie ten grondslag. Met deze, voor sommigen wellicht ontzuclterende, bevinding in ons achterhoofd zullen we gaan bekijken welke rol voor het auteursrecht in de digitale praktijk is weggelegd.

d. *Digitale techniek vs. analoge techniek*

¹⁹ Zoals neergelegd in art. 7 Grondwet (GW) en art. 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

²⁰ Zoals is neergelegd in artt. 10-13 GW en art. 8 EVRM.

²¹ Institute for Information Law, IMPRIMATUR, *Contracts and copyright exemptions*, Amsterdam 1997 (<http://imprimatur.alcs.co.uk>), p. 19 e.v.

²² Hoewel veel publiek belangen worden geacht universeel te zijn, kan de invulling van het publiek belang per land aanmerkelijk verschillen; P.B. Hugenholtz, *Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance*, IFLA/IMPRIMATUR Conference, Amsterdam 30-31 Oktober 1997 (<http://imprimatur.alcs.co.uk>), 1997, p. 3,

²³ Spoor/Verkade 1993, p. 228 (zie noot 5).

²⁴ Zie dit artikel onder 4. *Alternatieven*.

²⁵ Grosheide, 1986, p. 294 (zie noot 17).

"Het auteursrecht heeft reeds vele stormen overleefd", of soortgelijke opmerkingen zijn veel gehoorde commentaren om de dreiging van de digitale praktijk voor het auteursrecht te bagatelliseren.²⁶ Bedoelde 'stormen' vonden echter alle plaats binnen het kader van de analoge techniek. De digitale techniek werkt radicaal anders dan de analoge techniek, zoals zal blijken uit de nu volgende beknopde, technische vergelijking.

In de analoge praktijk wordt informatie *direct* gepresenteerd door een fysieke, continue grootheid, zoals stroomsterkte of toonhoogte. Fysieke grootheden zijn naar hun aard vergankelijk en beïnvloedbaar door hun omgeving. Dit maakt analoge informatie ruisgevoelig en daardoor minder makkelijk hanteerbaar. Analoge informatie valt eigenlijk volledig samen met de fysieke vorm waarin zij gegoten is.

Digitale informatie daarentegen vertegenwoordigt de achterliggende oorspronkelijke informatie in de vorm van getallen, de zogenaamde machinetaal of binaire code. Bij digitalisering wordt de oorspronkelijke informatie gerelateerd aan een getallenpatroon van nullen en enen. De binaire code brengt de fysieke werkelijkheid met al haar oneindige, onmerkbaar in elkaar overlopende nuances terug tot een patroon van strikt gescheiden eenvoudige elementjes.²⁷ Informatie wordt daardoor zeer goed hanteerbaar, terwijl zij voor de mens niet merkbaar aan kwaliteit inboet. Het gebruik van ruitjespapier dat het natekenen (of te wel kopiëren) vergemakkelijkt vormt een herkenbaar vergelijk ter verklaring van de werking van de digitale techniek.

Gedigitaliseerde informatie wordt net zoals analoge informatie gedragen in een fysieke grootheid. De zeer elementaire, universele binaire code vormt echter in de digitale praktijk de smeerolie tussen de informatie en de fysieke grootheid die haar draagt. Informatie in digitale vorm is aldus meer direct gekoppeld aan de onderliggende binaire code, en minder direct afhankelijk van een fysieke grootheid. Digitale informatie is daardoor minder ruisgevoelig dan analoge informatie. Het gevolg van deze lagere ruisgevoeligheid is dat digitale informatie in combinatie met het juiste platform makkelijker hanteerbaar is dan analoge informatie. Deze verbeterde hanteerbaarheid spreidt zich ten toon in het gemak van reproductie, communicatie en manipulatie. Het gemak van reproductie heeft in combinatie met het collectieve karakter van de meeste informatie ertoe geleid dat er nauwelijks nog drempels zijn om de voordelen van het maken van reproducties niet uit te buiten. De digitale techniek maakt dan ook tijdens de informatieverwerking vrijwel voortdurend gebruik van reproducties ter verhoging van de effectiviteit²⁸ en de efficiëntie.

e. Exploitatie van informatie in de digitale praktijk

De digitale techniek zorgt dus voor uitermate effectieve en efficiënte informatieverwerking in vergelijking met de analoge techniek. De hoge efficiëntie en effectiviteit bij de verwerking van informatie verklaren waarom de digitale techniek een enorme vlucht heeft kunnen nemen. Informatievoorziening is in de digitale praktijk namelijk veel minder kapitaal-, kennis-, ruimte- en tijdsintensief dan in de analoge praktijk. Het gevolg is dat digitale reproductie- en verspreidingsmiddelen met vrijwel onbegrensde mogelijkheden, zoals CD-recorders en Internet, steeds meer binnen bereik van het grote publiek komen. Niet langer vormen deze middelen het domein van een selecte groep professionals.

²⁶ Vgl. Hugenholtz, 'Het auteursrecht gaat langer mee dan Barlow denkt', Zeno 96/1. (<http://www.dds.nl/zeno>).

²⁷ R. Smits, 'Chips – Kruissteek', *NRC Handelsblad*, 8 mei 1999, p. 59.

²⁸ Zo worden bij datatransmissie over Internet talloze effectiviteitskopieën gemaakt. Dit is mede het gevolg van de origine van het Internet als communicatiesysteem dat onder iedere omstandigheid garant diende te staan voor de informatievoorziening binnen het Amerikaanse leger. Zie ook C.G.E. van Hattem, *Intellectueel eigendom in digitaal perspectief, Vormt intellectueel eigendomsrecht een voorwaarde of belemmering voor de digitale maatschappij?*, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samson bedrijfsinformatie 1996, p. 21.

De middelen in de digitale praktijk bieden ongekeerde mogelijkheden; de technische en economische beperkingen met betrekking tot informatievoorziening in de analoge praktijk vallen in de digitale praktijk vrijwel volledig weg. Wereldwijde grootschalige verspreiding van informatie vormt niet langer een utopie, maar is de werkelijkheid. Daarnaast biedt de wijde verspreiding van kwalitatief hoogwaardige communicatiemiddelen het voordeel voor de exploitant dat de mogelijkheden tot *interactiviteit* enorm zijn toegenomen, waardoor de informatie beter kan worden afgestemd het individu. De mogelijkheden tot exploitatie nemen dus enorm toe voor de auteursrechthebbende. Echter, de andere kant van de medaille laat zien dat exploitanten van informatie in de digitale praktijk kampen met problemen die direct zijn te herleiden tot het oorspronkelijk non-rivaliserende en non-exclusieve karakter van veel informatie. De ware aard van informatie lijkt in de digitale praktijk boven water te komen. Eenmaal in omloop gebrachte informatie kan in de digitale praktijk namelijk door iedere wereldburger voor iedere wereldburger, snel, kosteloos en eenvoudig, toegankelijk worden gemaakt. Informatie is niet langer geketend aan het door de zender bepaalde medium. Eenmaal buiten de machtssfeer van de maker dan verspreidt informatie in potentie zich in de digitale praktijk als een virus over de gehele wereldse samenleving. In de digitale praktijk geldt pas echt: Informatie is 'overal'!²⁹

Hoewel veel informatie in de digitale praktijk aldus sterk gekenmerkt wordt door een extreem lage mate van exclusiviteit en rivaliteit, kan informatie in bepaalde gevallen in deze omgeving toch een verhoogde mate van exclusiviteit en rivaliteit hebben. Zolang informatie bijvoorbeeld niet publiekelijk is gemaakt, blijft zij vrijwel oneindig schaars. Veel informatie, en zeker als zij origineel ofwel vernieuwend is, kan daardoor ook in de digitale praktijk individuele economische waarde hebben. Eenmaal verspreid onder de massa zal informatie in de digitale praktijk zich op virusachtige wijze door de hele maatschappij verspreiden. In de digitale praktijk zal de eerste openbaarmaking van informatie meestal een automatisch proces tot non-exclusiviteit en non-rivaliteit in gang zetten. De originaliteit valt na de eerste openbaarmaking op den duur als vanzelf ten prooi aan het publiek domein. De *individuele* economische waarde van de onderliggende informatie zal tijdens dit proces afnemen. De relatie tussen de verspreidingsgraad en de individuele waarde van informatie is aldus *negatief*. Daarnaast geldt dat des te wijder een werk verspreid is, des te minder verdere verspreiding een afname van de individuele waarde van de informatie tot gevolg heeft.³⁰

Tijd is uiteraard een bepalende factor voor de verspreidingsgraad van informatie, en daarmee tevens voor de individuele waarde van informatie. In de digitale praktijk kan de verspreidingsgraad van informatie door de alom aanwezige hoogwaardige middelen tot informatievoorziening sneller toenemen dan in de analoge praktijk. Gebruik van informatie kan weliswaar op de korte termijn zowel rivaliserend³¹ als exclusief³² zijn, maar de mate waarin deze eigenschappen aanwezig zijn zal in de digitale praktijk relatief snel afnemen. Tijdsverloop is daardoor in de digitale praktijk in het algemeen nog veel meer funest voor de individuele exploitatiemogelijkheden van eenmaal openbaar gemaakte informatie dan in de analoge praktijk.

Alleen auteursrechtelijke werken, die naar hun aard als zodanig niet digitaliseerbaar zijn, behouden in de digitale praktijk *blijvend* hun exclusiviteit en rivaliteit. Een voorbeeld is informatievoorziening via een medium dat fysieke binding heeft met de maker, zoals een live-

²⁹ Fransen noemen dit de 'ubiquité' van informatie. Zie Dommering 1996, p. 210 (noot 8).

³⁰ Hoewel de verwording van luxe goed tot massagoed meestal gepaard gaat met een daling van de individuele waarde, dient te worden bedacht dat het proces ten aanzien van informatie aanzienlijk versterkt wordt doordat verspreiding van eenmaal gepubliceerde informatie buiten de producent c.q. auteursrechthebbende om kan plaatsvinden. De relatie kan worden beschouwd als een economische, geaggregeerde aanbodcurve in de vorm van een hyperbool. Het standaardvoorbeeld van een hyperbool vormt de grafiek van $f(x)=1/x$.

³¹ Ter illustratie: De individuele waarde van informatie, die van invloed is op aandelenkoersen, zal vaak dalen als meer mensen toegang hebben tot de informatie.

³² Exclusiviteit kan ondermeer worden bereikt door fysieke belemmeringen en/of technische beschermingen; zie ook noot 14.

optreden of een origineel schilderij. De digitale techniek is namelijk (nog?) niet in staat authenticiteit te kopiëren (of zeer dicht te benaderen). Ook voor gebruiksvoorwerpen, zoals een gebouw of een notenkraaker, geldt dat zij voldoende exclusief en rivaliserend zullen blijven in de digitale praktijk. Naast een eventueel 'orgineel' informatieve functie hebben zodanige voorwerpen tevens een materiële gebruiksfunctie. De gebruiksfunctie is, net zoals vrijwel ieder ander materieel goed, brengt exclusiviteit en rivaliteit voor het gebruiksvoorwerp met zich mee; zij is niet digitaliseerbaar. Een digitale notenkraaker, die echte walnoten kraakt, bestaat nog niet. Overigens is in beginsel vrijwel ieder goed, zoals een driedimensionale voorwerp of zelfs een geur, op zich wel digitaliseerbaar, ofschoon de huidige stand der techniek misschien anders doet geloven.³³

Factoren, die van groot belang zijn voor de menselijke perceptie, zoals authenticiteit, tastbaarheid en bruikbaarheid, zullen de digitalisering van bepaalde werken voorlopig dus in de weg staan. Overigens kan een afgeleide vormen van op zich niet digitaliseerbaar voorwerpen wel digitaliseerbaar zijn; denk maar aan een foto van een gebouw of een audiovisuele opname van een concert. Via deze weg verliest zelfs een niet digitaliseerbaar voorwerp een deel van haar non-collectiviteit.

3. De auteursrechtelijke exploitatierechten in de digitale praktijk

a. Inleiding

Recentelijk zijn er verschillende, zowel publieke als particuliere, initiatieven gelanceerd om het auteursrecht bestendig te maken tegen de consequenties van de digitale praktijk. In december 1996 zijn in WIPO-verband twee verdragen, het Verdrag van de WIPO inzake het Auteursrecht (WAV) en het Verdrag van de WIPO inzake Uitvoeringen en Fonogrammen (WUF), aangenomen. Beide verdragen zijn nog niet in werking getreden.³⁴ Een aantal punten, dat in deze verdragen is geregeld, maakt tevens deel uit van een Europees voorstel voor de richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de Informatiemaatschappij³⁵ (*hierna: Ontwerprichtlijn*). Ook in Nederland zijn er verschillende activiteiten met betrekking tot de gevolgen van de digitale praktijk voor het auteursrecht. Medio 1998 werd een viertal preadviezen voor de Nederlandse Juristen Vereniging met betrekking tot "Recht en Internet" gepubliceerd. Hugenholtz behandelt in zijn preadvies de toekomst van het auteursrecht in een digitale netwerkomgeving.³⁶ Daarnaast overhandigde de Commissie Auteursrecht, bestaande uit een zevental nationale autoriteiten op auteursrechtelijk gebied, in augustus 1998 haar "Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media" aan de Minister van Justitie.³⁷

Naast de bovenstaande zijn er talloze andere publieke en private activiteiten met betrekking tot de onderhavige problematiek. Het toont aan hoe omstreden de materie is. In het onderstaande zullen we aan de hand van het belangrijkste initiatief, de EG-Ontwerprichtlijn, bekijken hoe de auteursrechtelijke exploitatierechten, het reproductierecht en het recht op publieke communicatie, kunnen functioneren in de eerder gekenschetste digitale praktijk, waarin het collectieve karakter van informatie niet langer verscholen blijft achter technische onvolkomenheden.

³³ Wat meestal ontbreekt is de interface om de informatie voor mensen op zodanige wijze kenbaar te maken dat alle aspecten van het materiele goed aanwezig zijn. Men spreekt in deze ook wel van 'virtual reality'.

³⁴ Beide verdragen worden besproken in *Informatierecht/AMI* 1997, pp. 67-83 door respectievelijk E.J. Arkenbout, F.W. Grosheide en P.B. Hugenholtz.

³⁵ COM (97) 628 def., Publ.EG C n108/6 d.d. 7 april 1998, (<http://www.europa.eu.int/comm/dg15/en/intprop/intprop/index.htm>).

³⁶ Hugenholtz, preadvies, *Het Internet: Het auteursrecht voorbij?*, Nederlandse Juristen-Vereniging, 1998, (<http://www.ivir.nl>).

³⁷ Commissie Auteursrecht, *Advies over auteursrecht, naburige rechten en de nieuwe media*, 1998.

b. *Het concept 'reproductierecht'*

▪ *Achtergrond van het reproductierecht*

Een exploitatierecht dat deel uitmaakt van vrijwel iedere auteursrechtelijke regeling ter wereld, ook van de Berner Conventie³⁸, is het reproductierecht. Het reproductierecht poogt de auteur bij te staan in de exploitatie van zijn werk door de auteursrechthebbende het alleenrecht tot reproductie van zijn werk te bieden. Het auteursrecht poogt hier in te grijpen voordat het eigenlijke kwaad, namelijk de verspreiding en aantasting van het exploitatiebelang, plaatsvindt. Het reproductierecht knoopt dus eigenlijk aan bij een voorbereidingshandeling. In het licht van de analoge praktijk is dit uitstekend verklaarbaar.

In de analoge praktijk werd eigenlijk iedere reproductie gemaakt met het oog op verspreiding c.q. publieke communicatie.³⁹ De reproductie stelde de gebruiker na verspreiding in de gelegenheid tot *permanent gebruik* van het werk. Iedere reproductie, die zonder toestemming van de auteursrechthebbende werd gemaakt, vormde in de analoge praktijk aldus een directe dreiging voor het exploitatiebelang, en iedere reproductie kon daarom als auteursrechtelijke relevant worden aangemerkt. Bovendien bleven reproductiemiddelen, zoals eerder aan het licht kwam, vooral vanwege technische redenen lange tijd in het bezit van selecte groep professionals.⁴⁰ De reproductiehandeling vond daardoor op massale, centrale wijze plaats. Het voorgaande maakte het reproduceren in de analoge praktijk tot een uitstekend controleerbare handeling, die (vrijwel) onvermijdelijk een significante schading van het exploitatiebelang tot gevolg had. Ze vormde daardoor een uitstekend aanknopingspunt voor het auteursrecht om het exploitatiebelang in een vroegtijdig stadium te waarborgen

Wat dient men nu te verstaan onder het begrip 'reproductie'? Spoor en Visser komen beiden op basis van rechtsvergelijkend onderzoek tot vrijwel dezelfde algemeen geldende definitie van de reproductie, namelijk "de lichamelijke vastlegging van een werk welke geschikt is om dat werk op enigerlei wijze waarneembaar te maken".⁴¹ Volgens de heersende leer is er sprake van een *vastlegging*, indien de verbinding tussen werk en drager in voldoende mate duurzaam is. Dit zogenaamde fixatiecriterium is gecodificeerd in verschillende rechtsstelsels, zoals het Franse en het Amerikaanse, maar treft men niet aan in de Nederlandse Auteurswet en in de Berner Conventie.

Als duurzaam verbonden worden onder meer aangemerkt de vastlegging op papier, (magneet-)band of schijf, in steen, hout of ijs.⁴² Hugenholtz noemt als interessante voorbeelden van een auteursrechtelijk relevante reproductie de Eiffeltoren in ijs of chocolade.⁴³ De projectie van een werk op een beeldscherm wordt op basis van onvoldoende verbondenheid niet als een vastlegging beschouwd, evenals de spiegeling van een werk.⁴⁴ Ook de uitvoering van een werk door toneelspelers wordt niet beschouwd als een reproductie, maar in het algemeen wel als een openbaarmaking.⁴⁵

³⁸ Art. 9 Berner Conventie (BC).

³⁹ Dit gold te meer ten tijde van het ontstaan van het auteursrecht aangezien aanvankelijk slechts *professionals* beschikten over reproductiemiddelen. Verspreiding van informatie met behulp van fysieke dragers, zoals papier, was bovendien lange tijd zelfs de enige wijze (buiten directe menselijke communicatie om) waarop informatie gecommuniceerd kon worden.

⁴⁰ Visser 1997, p. 41 (zie noot 13).

⁴¹ Visser 1997, p. 42 (zie noot 13); op basis van rechtsvergelijkend onderzoek tussen Berner Conventie, Nederland, Duitsland, Frankrijk en USA.

⁴² Visser 1997, p. 43 (zie noot 13).

⁴³ P.B. Hugenholtz, 'Het auteursrecht, het internet en de informatiesnelweg', *NJB* 1995, p. 515.

⁴⁴ D.J.G. Visser, 'The Netherlands, The economic rights involved', in: M. Dellebeke, *Copyright in Cyberspace, ALAI Study Days, Amsterdam, 4-8 June 1996*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 1997, p. 124; Spoor/Verkade 1993, p. 153 (zie noot 5).

⁴⁵ J.H. Spoor, *(Over)stretching the Reproduction Right? (Provisional Version)*, Discussion paper for the Royal Academy Colloquium on The Future of Copyright in a Digital Environment, Amsterdam 6-7 July 1995, p. 3.

Duurzame verbondenheid heeft dus niets te maken met langdurigheid of houdbaarheid. Echter, wat duurzaamheid precies inhoudt is niet duidelijk. De onduidelijkheid omtrent dit criterium heeft in de analoge praktijk niet tot dramatische problemen geleid. Echter, de uiterst flexibele, digitale praktijk lijkt de discussie op het spits te drijven. Het kopieergemak zorgt in combinatie met het collectieve karakter van informatie ervoor dat voordelen van een extra 'eenheid' informatie, ofwel reproductie, niet onbenut worden gelaten. Hoe verhoudt het reproductierecht zich tot de talloze *tijdelijke* (en minder tijdelijke) kopieën die bij digitale informatieverwerking van auteursrechtelijke informatie worden gemaakt?

- *Het reproductierecht in de Europese Ontwerprichtlijn*

De Europese Commissie kenschetst het reproductierecht als de hoeksteen van het auteursrecht.⁴⁶ Hoewel het reproductierecht inderdaad in alle EU-lidstaten deel uit maakt van het auteursrecht, blijkt de reikwijdte van dit recht veelal aanzienlijk te verschillen per land. Met name de onduidelijke status van de *tijdelijke* digitale kopie zorgt in het licht van het reproductierecht voor rechtsonzekerheid en rechtsverschillen binnen de Europese Unie. De Europese Commissie heeft aan bovengenoemde rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid een einde willen maken door middel van harmonisatie van het reproductierecht in haar Ontwerprichtlijn.

In artikel 2 van de Ontwerprichtlijn is bepaald dat de lidstaten een uitsluitend recht tot reproductie, met betrekking tot *de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie*, met welke middelen en in welke vorm ook, dienen te verlenen ten behoeve van auteurs, uitvoerend kunstenaars, producenten van fonogrammen, producenten van de eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties. In het algemeen heeft men met deze formulering de vele, zeer uiteenlopende typen van reproductie in een digitale omgeving⁴⁷, onder de reikwijdte van de bepaling willen brengen.

In art. 5 lid 1 van de EG-Ontwerprichtlijn worden van het reproductierecht uitgezonderd tijdelijke reproducties "die een wezenlijk onderdeel vormen van een *technologisch procédé* dat wordt toegepast met als enig doel een *gebruik* van een werk of een andere zaak mogelijk te maken, en die *geen zelfstandige economische betekenis* bezitten" (cursivering BK).⁴⁸ Bovendien vindt deze uitzondering slechts toepassing, indien aan de zogenaamde 'driestapstoets' van art. 5 lid 4, die tevens geldt voor de overige uitzonderingen, is voldaan.⁴⁹

Deze driestapstoets houdt in dat de uitzonderingen (1) slechts in bepaalde bijzondere gevallen mogen worden toegepast en (2) niet op zodanige wijze mogen worden uitgelegd, dat de toepassing ervan ertoe leidt dat de wettige belangen van de rechthebbenden op ongerechtvaardigde wijze worden geschaad of (3) dat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van hun werken of andere zaken. De drie aan de uitzonderingen gestelde voorwaarden gelden cumulatief. De driestapstoets is afkomstig uit artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie. De driestapstoets ziet dus op behouden toepassing, en stelt de belangen van de auteursrechthebbende centraal.

De toelichting van de EG-Ontwerprichtlijn noemt als mogelijk voorbeeld van een uitzondering in de zin van art. 5 lid 1 de talloze malen voorkomende (transport)kopie bij de "video-on-demand-transmissie van een databank in Duitsland naar een thuiscomputer in Portugal". Bovendien bepaalt

⁴⁶ EG-Ontwerprichtlijn, toelichting, hoofdstuk 3, p.14; Greenpaper, Copyright and related rights in the Information Society, COM(95) 382 final, p. 49.

⁴⁷ Mijns inziens wordt in het "DEEL II: artikelsgewijze commentaar" op pagina 29 voorafgaand aan de richtlijn de *digitale omgeving* bedoeld in plaats van de *netwerkomgeving*.

⁴⁸ In het vervolg zullen de beide uitzonderingscriteria voor het gemak worden aangeduid met 'technische noodzakelijkheid' en 'economische relevantie'.

⁴⁹ EG-Ontwerprichtlijn, toelichting, DEEL II: Artikelsgewijze commentaar, p. 33.

considerans 23 van de Ontwerpriclitlijn zonder enige uitleg dat “caching” en “browsing” ook voor de genoemde uitzondering in aanmerking komen.

Het Europese reproductierecht heeft dus in beginsel betrekking op iedere reproductie. Slechts technische noodzakelijkheid kan aanleiding vormen voor het buiten toepassing laten van het reproductierecht. De uitzondering van technische noodzakelijkheid wordt echter zelfs wezenlijk beperkt doordat de reproductie geen economische relevantie mag hebben en er 'als klap op de vuurpijl' ook voldaan moet zijn aan de driestapstoets. De Europese Commissie kiest aldus voor een technisch benadering van het reproductierecht.⁵⁰

▪ *Het reproductierecht in de digitale praktijk*

Allereerst zullen we in het onderstaande bekijken of er op basis van het voorgestelde Europese begrippenpatroon een werkbaar onderscheid kan worden gemaakt tussen de zogenaamd verschillende categorieën van reproducties. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de reproductie in de digitale praktijk überhaupt een werkbaar aanknopingspunt vormt om in de digitale praktijk de exploitatie te waarborgen.

De Ontwerpriclitlijn maakt een schifting tussen verschillende reproducties op basis de begrippen technische noodzakelijkheid en economische relevantie. Niemand schijnt echter precies te weten wat deze begrippen inhouden, en welke handelingen nu precies zijn uitgezonderd van het in beginsel alomvattende, voorgestelde Europese reproductierecht. Zelfs de eventuele rechtmatigheid van triviale handelingen in de digitale praktijk, zoals browsen, is nauwelijks met zekerheid in vast te stellen.⁵¹ De betekenis van het reproductierecht wordt ook niet nader uit de doeken gedaan in toelichting op de richtlijn. De oorzaak is mijns inziens dat het voorgestelde begrippenpatroon vrijwel volledig buiten de digitale werkelijkheid staat. De betekenis van begrippen, zoals technische noodzakelijkheid en economische relevantie, met betrekking tot de reproductie is in de digitale praktijk, zoals uit het onderstaande zal blijken, zeer betrekkelijk.

Informatie in digitale vorm hoeft niet per definitie gereproduceerd te worden om haar te gebruiken of te communiceren. Strikt genomen kan dus geen enkele reproductie als technisch noodzakelijk worden beschouwd. Echter, zonder het maken van reproducties zou het huidige niveau van informatieverwerking nog voor lange tijd onbereikbaar zijn. Zoals eerder vermeld, worden de talloze reproducties binnen de digitale techniek namelijk *niet voor niets* gemaakt. Eén enkele reproductie zorgt in de digitale praktijk weliswaar meestal slechts voor marginale, nauwelijks significante, voordelen. Echter, de talloze reproducties tezamen kunnen de efficiëntie en effectiviteit, en daarmee het nut ofwel feitelijk gebruik, aanzienlijk verhogen.⁵² Iedere reproductie heeft dus in beginsel een bepaalde mate van economische relevantie. *Technische noodzakelijkheid* van de reproductie blijkt aldus verstrengeld via de *efficiëntie en effectiviteit* te zijn met *economische relevantie*. Bovendien is de benutting van reproducties door de digitale techniek, en de subseguente toename in efficiëntie en effectiviteit zeer casusafhankelijk. Veel, moeilijk te verifiëren, variabele externe factoren, zoals omringende software en computers, zijn van invloed op de mate van technische noodzakelijkheid en de mate van economische relevantie van een bepaalde reproductie.

Ter illustratie een tweetal voorbeelden:

⁵⁰ In Nederland wordt in het algemeen een *juridisch-normatieve* benadering aangehangen. Deze laatste benadering houdt in dat bepaalde (bijvoorbeeld tijdelijke) reproducties niet expliciet uitgesloten hoeven te worden, aangezien het inhoudelijk juridisch bepaalde reproductierecht deze *in beginsel* al niet omvat. Zie Commissie Auteursrecht 1998, p.11 (zie noot 37). Beide benaderingen verschillen naar mijn mening niet wezenlijk, en zullen daarom niet nader aan de orde komen in dit artikel. Zie omtrent dit laatste ook M.R. de Zwaan, 'Collega's van God?', *IER* 1998-6, p. 248.

⁵¹ D.J.G. Visser, 'Ontwerpriclitlijn maakt vrij gebruik Internet onzeker', *Staatscourant* 246, 22 december 1997.

⁵² H. van Staveren, 'Hoe werkt het Internet?', *Computerrecht* 1996/1, p. 4.

- Bij een gelijke uitvoering van een computerprogramma op CD-ROM wordt het in *computer A* vijftien keer gereproduceerd en in *computer B* dertig keer. In *computer B* is het computerprogramma sneller en stabielcr toegankelijk dan in *computer A*. Zijn de 15 extra reproducties door computer B als technisch noodzakelijk te beschouwen? Is er sprake van economische relevantie?
- Gelijker het vorige voorbeeld, echter nu bij gelijke communicatie over twee verschillende netwerkverbindingen. De extra reproducties via de *netwerkverbinding A* zorgen voor meer snelheid en stabiliteit dan bij *netwerkverbinding B*. Technische noodzakelijkheid en economische relevantie?

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat er in de digitale praktijk nauwelijks een werkbare, consequente schifting gemaakt kan worden op basis van het begrippenpatroon van de EG-ontwerprichtlijn. Zelfs de eerder aangehaalde uitzonderingsgevallen, die de Europese Commissie concreet noemt in de kantlijn van de ontwerprichtlijn, lijken bijvoorbeeld eigenlijk niet aan de criteria te voldoen.

Hoewel een werkbare schifting aldus uitgesloten lijkt, resteert de vraag of het reproductierecht op basis van een werkbare schifting überhaupt haar functie zou kunnen vervullen. Een (op het eerste gezicht) uitgezonderde, onschuldige reproductie kan in de flexibele digitale praktijk door toedoen van de gebruiker opeens het exploitatiebelang ernstig schaden. Iedere reproductie is aldus een '*een wolf in schaapskleren*'. Achteraf, nadat het kwaad, dat wil zeggen de schading van het exploitatiebelang, is geschied, kan meestal pas de mate van auteursrechtelijke relevantie van een reproductie worden vastgesteld. In de analoge praktijk had iedere reproductie nog een te verwachten, significante gebruikstoename tot gevolg. Echter, deze relatie in de digitale praktijk is deze relatie uiterst onvoorspelbaar geworden. De mate van nut c.q. gebruik ten gevolge van een reproductie kan dus niet alleen worden beïnvloed door externe factoren, maar ook door de gebruiker zelf. Ter illustratie: Windows 98 biedt de mogelijkheid aan de gebruiker om meerdere monitoren aan te sluiten. Een reproductie in de videokaart zal normaal gesproken als auteursrechtelijk irrelevant worden bestempeld, maar in dit geval is een zodanige reproductie ten behoeve van de tweede monitor mogelijkcrwijs (maar zeker niet per definitie) van invloed zijn op de rechtmatige exploitatie.

De digitale techniek heeft als eerste gebruik gemaakt van de voordelen van de reproductie. Het collectieve karakter van informatie vormde hiertoe eerder een uitnodiging dan een drempel. De reproductie is in het kielzog van de digitale techniek de praktijk binnengeslopen. In de analoge praktijk stond een reproductie in de regel garant voor een bepaalde gebruikstoename. Echter, uit het voorgaande blijkt dat de mate van auteursrechtelijke relevantie van de talloze digitale reproducties in de digitale praktijk door de enorme flexibiliteit niet of nauwelijks *bij voorbaat* vast staat. Pas achteraf kan worden beoordeeld in welke mate de reproductie het gebruik c.q. nut bevordert heeft. De reproductie op zich vormt aldus niet langer een werkbaar aanknopingspunt voor het auteursrecht. Het reproductierecht is duidelijk niet opgewassen tegen de flexibiliteit van de digitale praktijk, en kan haar functie, als waarborg van het exploitatiebelang, naar mijn mening niet meer op aanvaardbare wijze vervullen.

c. Het concept '*recht op publieke communicatie*'

- *Achtergrond van het recht op publieke communicatie*

De publieke communicatie is door veranderende exploitatietechnieken meer en meer verworden tot *het* aanknopingspunt voor het traditionele auteursrechtssysteem bij de bescherming van het exploitatiebelang van de auteursrechthebbende. Door de controle van de publieke communicatie werd, zoals gezegd, een bepaalde mate van rivaliteit en exclusiviteit gekoppeld aan

auteursrechtelijke informatie. Daardoor was het gebruik van een werk incalculerbaar, en kon de auteursrechtelijke informatie in individuele eenheden geëxploiteerd worden.

Traditioneel gezien kunnen, zoals eerder aan het licht kwam, twee vormen van publieke communicatie worden onderscheiden; zogenaamde materiële en immateriële openbaarmaking. Het onderscheid is niet louter van theoretisch belang. De zogenaamde uitputtingsregel wordt namelijk aan dit onderscheid opgehangen. De uitputting van het auteursrecht treedt op bij materiële openbaarmaking. Een rechtmatig in het verkeer gebracht exemplaar, bijvoorbeeld een boek of een CD, wordt in beginsel geacht voor *permanent gebruik* bedoeld te zijn. Het permanent gebruik van het desbetreffende exemplaar is normalerwijze verdisconteerd in het bedrag van de prijs, dat de auteursrechthebbende bij het in het verkeer brengen van het exemplaar ten deel valt. Het exemplaar mag vervolgens zondermeer worden doorverkocht. De normale exploitatie wordt geacht niet (*of niet substantieel*) te worden aangetast als een rechtmatig in het verkeer gebracht exemplaar wordt doorverhandeld.

▪ *Het recht op publieke communicatie in de Europese Ontwerprichtlijn*

In de Europese Ontwerprichtlijn worden immateriële en materiële publieke communicatie afzonderlijk geregeld. In de onderstaande analyse van het voorgestelde recht op publieke communicatie zullen beide vormen dan ook gescheiden aan de orde komen.

Het recht van mededeling aan het publiek

Het recht van mededeling aan het publiek omvat kort gezegd alle middelen en werkwijzen tot openbaarmaking die niet bestaan in de distributie van materiële kopieën, d.w.z. kopieën vastgelegd op informatiedragers. Het gaat dus om *immateriële* publieke communicatie. Het plaatsen van de tekst van een boek op een website, of het draaien van een CD in een discotheek zullen dus in het algemeen onder de strekking van het artikel vallen.

Het eerste lid van het artikel bepaalt dat de lidstaten in een uitsluitend recht van mededeling aan het publiek dienen te voorzien ten behoeve van auteurs voor alle mededelingen van hun originelen en kopieën van hun werken, per draad of draadloos, *met inbegrip* van de beschikbaarstelling voor het publiek van hun werken op zodanige wijze, dat deze voor leden van het publiek op de door dezen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn (cursivering BK).

Het eerste deel van lid 1 (voor de cursivering) biedt de auteur het uitsluitend recht mededeling aan het publiek van zijn werk buiten de interactieve omgeving toe te staan of te verbieden. De invulling van de term "publiek" wordt beschouwd als een zaak van nationale aard.⁵³ Het tweede deel van artikel 3 lid 1 heeft betrekking op de mededeling aan het publiek in de interactieve omgeving. De gemeenschapswetgever heeft middels deze toevoeging willen bewerkstelligen dat ook interactieve diensten ("transmissie-op-aanvraag"⁵⁴ diensten), onder het aan de auteur toekomend recht van mededeling aan het publiek vallen. De doorslaggevende handeling in deze is het voor het publiek ter beschikking stellen van het werk, en dus niet het feitelijk toegang nemen tot het werk door één of meerdere leden van het publiek.

Het distributierecht

Artikel 4 van de Ontwerprichtlijn omvat het exclusieve recht voor een auteur het verspreiden van zijn werk of een kopie daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan dan wel te verbieden. In het licht van dit distributierecht dienen de termen "werken of kopieën daarvan" geïnterpreteerd te worden als tastbare, materiële exemplaren, zoals een boek of een CD. Evenals als het in het

⁵³ S. von Lewinsky, 'A Successful Step towards Copyright and Related Rights in the Information Age: The new E.C. Proposal for a Harmonisation Directive', *European Intellectual Property Review* 1998, p. 136.

⁵⁴ Engels: 'on-demand services'.

voorgaande toegelichte recht van publieke mededeling wordt het distributierecht in de Nederland gedekt door het openbaarmakingsrecht.⁵⁵

Ingevolge art. 4 lid 2 heeft de eerste rechtmatige verkoop of andere eigendomsoverdracht in de Gemeenschap van een werk (of een kopie daarvan) belichaamd in een materiële drager tot gevolg dat het distributierecht van de auteur geen gelding heeft ten aanzien van de wederverkoop van deze drager waarop het werk is vastgelegd. De gemeenschapswetgever heeft aldus gekozen voor de communautaire uitputting. Tot op heden geldt in Nederland echter de regel van internationale uitputting.⁵⁶

▪ *Het recht op publieke communicatie in de digitale praktijk*

Het recht op publieke communicatie is in de Europese Ontwerprichtlijn zeer ruim gedefinieerd. Het voorgestelde Europese recht lijkt de nieuwe en toekomstige exploitatietechnieken in ieder geval 'op papier' prima af te dekken. Het geïndividualiseerd op afstand toegankelijk maken van informatie, zoals dat gebeurt via Internet, lijkt zeker onder de ruime definitie te vallen. Echter, de vraag is of publieke communicatie nog wel geschikt is om in de digitale praktijk als aanknopingspunt te fungeren bij de veiligstelling van de exploitatie voor de auteursrechthebbende.

De handeling tot publieke communicatie heeft namelijk in de loop van deze eeuw, en zeker sinds de 'geboorte' van digitale praktijk, een danige karakterwijziging ondergaan. In de analoge praktijk ging het om handelingen die centraal, massaal en vaak synchroon plaatsvonden; denk bijvoorbeeld aan een radio-uitzending. Publieke communicatie ging gepaard met handelingen die onvermijdelijk grotendeels in het openbaar plaatsvonden. In de digitale praktijk komt publieke communicatie echter tot stand door decentraal verrichte, *geïndividualiseerde* (qua tijd en plaats) handelingen. Informatievoorziening via een Internetsite of via E-mail zijn hiervan voorbeelden bij uitstek. De handeling tot publieke communicatie zijn veranderd van een publieke activiteit in een activiteit, die binnen de privé sfeer of binnen een daarop gelijkende omgeving plaatsvindt. Het uiteindelijke resultaat, publieke communicatie, is op zich niet veranderd, maar de te controleren handelingen verschillen wel degelijk. Mijns inziens is in het concept nauwelijks rekening gehouden met de sterk veranderde karaktertrekken van de handeling tot publieke communicatie. Het recht op publieke communicatie heeft daardoor, ondanks haar 'papierdekking', in de digitale praktijk te kampen met ernstige uitvoerbaarheidsproblemen. In de volgende paragraaf ten aanzien van de uitvoering van exploitatierechten zal hier nader op worden ingegaan.

Naast het veranderde karakter van de handeling tot publieke communicatie, kunnen de nodige kanttekeningen bij de functie van de uitputtingsregel in de digitale praktijk worden gemaakt. Het voorgestelde Europese recht maakt net als het Nederlandse recht een onderscheid tussen immateriële en materiële publieke communicatie. Aan dit onderscheid wordt de toepasselijkheid van de uitputtingsregel gekoppeld. In de analoge praktijk bestond er geen alternatief voor materiële openbaarmaking om permanent gebruik te bieden. Echter, in de digitale praktijk kunnen beide wijzen van publieke communicatie volstrekt gelijk zijn in resultaat. Ter illustratie: De mogelijkheid tot rechtmatig permanent gebruik in de digitale praktijk kan zowel worden verkregen via de aankoop van een muziekalbum op CD in de erkende platenshop, als via het downloaden van hetzelfde muziekalbum vanaf de officiële website op een beschrijfbaar CD. In dit voorbeeld zou de uitputtingsregel slechts gelding hebben met betrekking tot de geprefabriceerde CD. De koper mag deze CD aldus zonder auteursrechtelijk beletsel verder verhandelen. De koper van de identieke, gedownloade CD mag zijn exemplaar echter niet doorverkopen. In mijn ogen bestaat er geen rechtvaardiging voor deze discriminerende benadering. Het traditionele, inflexibele auteursrecht kan hier de flexibele digitale praktijk blijkbaar niet bijhouden.

⁵⁵ Art. 1 jo. art. 12 Aw.

⁵⁶ Commissie Auteursrecht 1998, p15-16 (zie noot 37).

In de analoge praktijk stelde het door de exploitant gekozen medium bepaalde grenzen aan het gebruik van de gecommuniceerde informatie. Materieel gecommuniceerde informatie leidde in de regel tot enkelvoudig permanent gebruik, terwijl immateriële communicatie slechts eenmalig kon worden gebruikt. De bedoeling van de auteursrechthebbende met betrekking tot het gebruik was duidelijk, en meer gebruik werd door de moeilijke hanteerbaarheid van informatie in de analoge praktijk verhinderd. Digitale informatie is echter niet gebonden aan een bepaald medium en haar beperkingen. In de digitale praktijk is informatie echter zo flexibel dat beoogde grenzen ten aanzien van gebruik zomaar kunnen worden overschreden. De auteursrechthebbende kan zijn bedoeling wel tot op zekere hoogte afdwingen met behulp van alternatieve middelen, zoals overeenkomsten en technische middelen.⁵⁷ Deze alternatieve middelen stellen, zoals we nog zullen zien, minder dwingende grenzen aan het uiteindelijke gebruik van gecommuniceerde informatie. Echter, ze bieden wel oneindig veel mogelijkheden aan de auteursrechthebbende om bij de exploitatie van het werk te differentiatieren naar het gebruik. Het starre onderscheid tussen immateriële en materiële openbaarmaking, en de daaraan opgehangen uitputtingsregel, blijken aldus duidelijk achterhaald te zijn.

d. Uitvoering van de exploitatierechten in de digitale praktijk

▪ *Praktische obstakels*

Handelingen tot publieke communicatie en reproductie waren in de analoge praktijk uitstekend controleerbaar, aangezien beide in het algemeen centraal en massaal plaatsvonden. In de digitale praktijk beschikt echter vrijwel iedere particulier over de mogelijkheid om informatie, waaronder auteursrechtelijk materiaal -eenvoudig, snel, vrijwel kosteloos en zonder kwaliteitsverlies- te reproduceren, en wereldwijd publiekelijk toegankelijk te maken. De daarvoor benodigde middelen zijn niet langer meer in handen van een kleine schare professionals. Informatie is niet langer gebonden aan het door de zender bepaalde medium. Het collectieve karakter van auteursrechtelijke informatie in combinatie met de (zelfs voor menig jurist) ondoorzichtige, verknipte auteursrechtelijke regelgeving draagt ertoe bij dat het maatschappelijk draagvlak voor naleving van de auteursrechtelijke exploitatierechten van zeer beperkte omvang is.⁵⁸ De schaarse cijfers met betrekking tot de zogenoemde kopieerproblematiek, maar ook het dagelijks beeld, bevestigen dit beeld.⁵⁹ Het exploitatiebelang van de auteur ondervindt in de digitale praktijk aldus een extreem grote dreiging vanuit oneindig veel richtingen. Controle van de auteursrechtelijke verbodsrechten lijkt in de digitale praktijk daardoor op onneembare praktische hindernissen te stuiten.

Ten eerste stuit het auteursrecht op praktische problemen bij het controleren van *de verboden handelingen*. De informatiestromen zijn in de digitale praktijk van een nauwelijks te bevatten omvang. Zoals eerder opgemerkt, bestaat er een enorm diversiteit aan informatie. Slechts een deel van deze informatiestromen bestaat uit auteursrechtelijk relevant materiaal. Bovendien is een wezenlijk aantal makers van informatie met auteursrechtelijke relevantie niet of nauwelijks geïnteresseerd in mogelijke auteursrechtelijke bescherming. Kortom, het is zoeken naar een speld in een hooiberg. Bovendien wordt controle bemoeilijkt doordat informatie in de digitale praktijk eenvoudig onherkenbaar te maken is met behulp van versleutelings- ofwel encryptietechnieken.

Het opsporen van absoluut verboden informatie, zoals kinderporno en racistische uitingen, brengt in de digitale praktijk om bovengenoemde redenen al enorme moeilijkheden met zich mee. De

⁵⁷ Zie deze bijdrage 4. *Alternatieve middelen*.

⁵⁸ Dit gebrek van maatschappelijk voor de naleving van auteursrechtelijke regelgeving wil overigens zeker niet zeggen dat er geen draagvlak bestaat voor het doel van het auteursrecht. De ervaring leert dat de meeste mensen vinden dat de auteur voor het derdengebruik van zijn werk beloont dient te worden. Het voorgaande is kenmerkend voor een collectief goed, zoals informatie.

⁵⁹ Zie ondermeer <http://www.bsa.nl> voor (wellicht ietwat gekleurde) achtergronden over illegaal kopiëren van software.

controle op auteursrechtelijke informatie wordt nog meer bemoeilijkt, aangezien het om relatief verboden informatie gaat. De informatie zelf is namelijk op zich niet verboden. Echter, het verrichten van bepaalde handelingen met betrekking tot deze informatie wel, tenzij de handelingen op grond van de beperkingen op het auteursrecht geoorloofd zijn. De exploitatierechten zijn aldus relatieve verboden. In de analoge praktijk vormde de fysieke vorm waarin de informatie gegoten was nog een sterke aanwijzing voor haar rechtmatigheid. Echter, in de digitale praktijk is informatie vormloos. Zij kan *zonder kwaliteitsverlies* worden gecommuniceerd (en gereproduceerd), en is in beginsel niet meer te onderscheiden van de originele master-copy.⁶⁰ Alleen als de auteursrechthebbende nooit toestemming heeft gegeven voor publieke communicatie van zijn werk in digitale vorm, kan met zekerheid worden geconcludeerd dat iedere aangetroffen digitale versie van dit werk geen 'origineel', maar een kopie betreft. Echter, via de beperkingen op het auteursrecht kan de communicatie en/of de reproductie toch zijn toegestaan.

Naast de problemen die opduiken bij de controle van *verboden handelingen*, bestaan er ook problemen met betrekking tot *de aansprakelijke persoon*. De opsporing van de aansprakelijke persoon zal door de veelheid van partijen, het grensoverschrijdende karakter van digitale communicatie en de mogelijkheden tot anonieme communicatie enorm worden bemoeilijkt. Tenslotte zal een eventueel aansprakelijke particulier in veel gevallen niet kunnen instaan voor de door de auteursrechthebbende geleden exploitatieschade, die vergeleken met de analoge praktijk gemakkelijk grote hoogten aanneemt.

De uitvoering wordt door de genoemde praktische obstakels enorm, vaak eindeloos, vertraagd. Het starre recht kan de flexibele, vluchtige informatie in de digitale praktijk simpelweg niet bijhouden. Voor de sceptici onder u: De zaak tussen de Scientology en XS4ALL⁶¹, en de ontwikkelingen daaromheen, vormen een aardige indicatie voor de praktische uitvoerbaarheid van auteursrecht in de digitale praktijk. En bovendien, voor de computergebruikende ongelovigen onder u: Welke invloed heeft het strikte regime van de Europese Softwarerichtlijn nu eerlijk gehad op het gebruik door u en uw 'computervrienden' van illegaal gekopieerde software?⁶²

▪ *Principiële obstakels*

Naast de voorgaande praktische bezwaren zijn er tevens principiële obstakels waar men bij de uitvoering van exploitatierechten op stuit. Deze principiële bezwaren hangen voornamelijk samen met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het belang van de persoonlijke levenssfeer is in veel landen vastgelegd als grondrecht. In Nederland wordt de privé communicatie daarnaast meer specifiek beschermd door het eveneens grondwettelijke brief- of telefoongeheim. De persoonlijke levenssfeer stelt grenzen aan de maatregelen die de auteursrechthebbende ten behoeve van de exploitatie van zijn werk mag nemen. Bovendien, heeft de privacy natuurlijk ook een beperkende werking op de bevoegdheden van justitiële autoriteiten. In het algemeen rechtvaardigt het belang, dat de auteursrechthebbende heeft bij uitvoering van de exploitatierechten, niet dat er inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van een derde. Mede gezien de nog aan de orde komende alternatieve exploitatiemogelijkheden, zal de inbreuk al snel als *niet-noodzakelijk* beschouwd worden.⁶³

⁶⁰ Vgl. Th. Hoeren, *An assessment of long term solutions in the context of copyright and electronic document delivery services and multimedia products*, Luxemburg: Europese Commissie (EUR-16069-EN) 1995, p. 19.

⁶¹ Pres. Rb. Den Haag 12 maart 1996, AMI/Informatierecht 1996, p. 96 (Scientology/XS4ALL). Zie voor meer informatie omtrent deze zaak <http://www.xs4all.nl/~kspaink>.

⁶² Zie Business Software Alliance (BSA) Nederland, Persberichten, *Onderzoek brengt economische schadesoftware piracy in kaart*, Brussel, 19 mei 1998, (<http://www.bsa.nl>). Het volgens het artikel door Price Waterhouse uitgevoerde onderzoek laat zien dat in 1996 het percentage illegale software in Nederland 53% bedroeg.

⁶³ Zie art. 8 lid 2 EVRM.

Het belang van de privacy komt niet alleen bij de uiteindelijke uitvoering van de exploitatierechten naar voren. Ook in het auteursrechtelijk concept is reeds rekening gehouden met privacybelangen. Denk bijvoorbeeld maar aan het thuis kopiëren dat is uitgezonderd van de werking van het reproductierecht. Bovendien knoopt het openbaarmakingsrecht expliciet aan bij *publieke*, en dus zeker niet bij *privé*, communicatie.⁶⁴ Deze grenzen van het auteursrecht houden uiteraard niet in dat iedere reproductiehandeling, dan wel gebruikshandeling, die in particuliere sfeer plaatsvindt, is toegestaan.

In de analoge praktijk kon door het auteursrecht eenvoudig vastgehouden worden aan een onderscheid tussen exploitatiehandelingen in de publieke sfeer en in de privé-sfeer. Exploitatiehandelingen binnen de privé sfeer vormden nauwelijks een bedreiging voor de normale exploitatie door de auteursrechthebbende. Toen deze handelingen wel een merkbare, maar nog geen overwegende invloed kregen op de normale exploitatie, werd de oplossing niet gezocht in een strikte uitvoering van de exploitatierechten. Met de invoering van een stelsel van heffingen op lege dragers werd gepoogd het exploitatielek te dichten. De digitale techniek brengt hoogwaardige middelen tot informatievoorziening vrijwel volledig binnen de privé-sfeer. De normale exploitatie door de auteursrechthebbende loopt door deze ontwikkeling loopt ernstig gevaar en is nauwelijks controleerbaar, aangezien de handelingen zich grotendeels onttrekken aan het publieke oog. Via overlappende vriendenkringen kan een werk in de digitale praktijk zelfs eenvoudig worden verspreid zonder dat er sprake is van auteursrechtelijke inbreuk.⁶⁵ Zoals reeds opgemerkt, staat het auteursrechtelijk concept de communicatie en reproductie binnen de privé-sfeer in beginsel namelijk toe. Echter, ook al zouden de handelingen in de privé sfeer auteursrechtelijk gezien wel verboden zijn, dan stuit men bij de uitvoering van de verboden toch op principiële obstakels.

Het auteursrecht knoopt aan bij handelingen die zich voor een zeer belangrijk deel hebben verplaatst van de openlijke publieke naar de gesloten privé sfeer. Deze handelingen worden daardoor goeddeels vanuit principieel (maar ook vanuit praktisch) oogpunt oncontroleerbaar. De auteursrechtelijke exploitatierechten zijn aldus absoluut niet ontworpen om de genoemde ontwikkeling van publiek naar privé op te kunnen vangen.

4. Alternatieve middelen

a. Inleiding

Reeds in het begin van deze bijdrage is duidelijk geworden dat het auteursrecht zeker geen monopolie heeft ten aanzien van de veiligstelling van de exploitatie door de auteursrechthebbende. In het onderstaande wordt bekeken welke alternatieve middelen, naast het auteursrecht, de maker van een werk een waarborg kunnen bieden voor de exploitatie. De alternatieve exploitatiemiddelen houden ieder op geheel eigen wijze rekening met het collectieve karakter van veel informatie. De middelen pogen ofwel barrières op te werpen ter onderdrukking van het collectieve karakter, ofwel informatie te koppelen aan wel individueel exploiteerbare goederen of diensten, ofwel informatie op collectieve wijze te exploiteren. Eerst komen de middelen die ter beschikking staan van de auteursrechthebbende zelf -namelijk de overeenkomst, techniek en commercie- aan de orde. Vervolgens zal het middel van de heffing, dat de overheid kan inzetten, nader worden beschouwd.

b. Overeenkomst

▪ *Inleiding*

Tot voor kort kwamen contractuele relaties tussen informatie-aanbieders en consumenten nauwelijks voor. Degene die een boek of CD koopt sluit vrijwel nooit een contract af met de auteur

⁶⁴ Art.16b Aw.

⁶⁵ Zie ook Visser 1997, pp. 188-190 (zie noot 13).

of de uitgeverij. Echter, de koper van computersoftware wordt sedert enkele jaren regelmatig geconfronteerd met zogenoemde gebruikslicenties, vaak in de vorm van *shrinkwrap*- of *click-through*contracten⁶⁶, alvorens de fysieke dan wel technische toegangspoorten naar de informatie worden geopend. De contracten stellen in het algemeen zeer strikte grenzen aan het gebruik van de onderliggende, digitale informatie. De algemene verwachting is dat zodanige overeenkomsten in de nabije toekomst eerder regel dan uitzondering zullen zijn.⁶⁷

- *Overeenkomsten in theorie*

Binnen het overeenkomstenrecht geldt het algemene beginsel van contractsvrijheid. Volgens dit beginsel kan alles onderwerp zijn van een overeenkomst. De overeenkomst vormt daarmee een uitermate flexibel rechtsmiddel om belangen te waarborgen. Ook het auteursrechtelijk exploitatiebelang kan natuurlijk onderwerp zijn van een overeenkomst. Beperkingen op de contractsvrijheid kunnen ingevolge 3:40 BW wel zijn gelegen in dwingende wetsbepalingen, openbare orde of goede zeden. Het is de vraag in hoeverre overeenkomsten de auteursrechtelijke beperkingen zowel gelegen binnen als buiten het auteursrecht buitenspel kunnen zetten. De beperkingen vormen vaak zeer wezenlijke waarborgen voor het publiek belang, en lijken daarom niet zomaar door een overeenkomst terzijde geschoven te kunnen worden.⁶⁸ In tegenstelling tot de auteursrechtelijke exploitatierechten ontbeert de overeenkomst overigens absolute werking, en heeft dus geen gelding tegenover derden.

- *Overeenkomsten in de digitale praktijk*

De mogelijkheden tot individuele informatievoorziening in combinatie met het interactieve karakter van het Internet lijken een vruchtbare voedingsbodem te vormen voor een levendige contractuele cultuur. Bovendien, kan de overeenkomst door haar inhoudelijke flexibiliteit inspelen op de ontwikkeling van de digitale praktijk. Toch dient te worden aangetekend dat bij de feitelijke effectiviteit van de overeenkomst als exploitatiewaargborg in de digitale praktijk vraagtekens geplaatst kunnen worden. De effectiviteit kan namelijk worden ondermijnd door de vereisten voor rechtsgeldigheid van een overeenkomst, door de beperkingen op grond van het publiek belang en door het gebrek aan derdenwerking. Bovendien is de controle op naleving van overeenkomsten in de digitale praktijk, net als de controle van de auteursrechtelijke exploitatierechten, moeizaam.

Ondanks de bovengenoemde effectiviteitsproblemen kan de overeenkomst naar mijn mening een nuttig middel zijn bij de exploitatie binnen kleine, controleerbare kring. Business to business relaties lijken beter in dit beeld te passen dan relaties tussen bedrijven en consumenten. De overeenkomst kan bijvoorbeeld worden ingezet door de auteur die zijn werk ter keuring voorlegt aan de uitgever, of door softwareproducent die aan bedrijven levert. De overeenkomst, ingezet als exploitatiemiddel op massale schaal, dient door de genoemde effectiviteitsproblemen mijns inziens als een wassen neus beschouwd te worden.

c. *Techniek*

- *Inleiding*

⁶⁶ Het is overigens de vraag of dit soort overeenkomsten voldoen aan de vereisten voor rechtsgeldigheid, met name zoals neergelegd in art. 6:217 BW. In het algemeen geldt dat op de informatie-aanbieder een informatieplicht rust, terwijl van de gebruiker mag worden verwacht dat hij voldoende onderzoek verricht.

⁶⁷ Zie ook Hugenholtz, 1998 (zie noot 36) onder *V. Alternatieven voor het auteursrecht, V.1 Overeenkomstenrecht*.

⁶⁸ Voor meer informatie hieromtrent D.J.G. Visser, 'Naar een multimediatebestendig auteursrecht' in: *IteR*-reeks nr. 10, Alphen aan den Rijn/Diegem: Samson Bedrijfsinformatie 1998, p.1-81.

In het verleden zijn technische beschermingsmiddelen reeds verscheidene malen ingezet als exploitatiemiddel. In de jaren '80 al poogden verschillende softwareproducenten bijvoorbeeld hun software te beschermen door middel van digitale 'kopieersloten'. In diezelfde periode werden fabrikanten van DAT-recorders (digitale audiotape) verplicht gesteld een anti-kopieer-chip in de door hun geproduceerde apparaten in te bouwen, opdat eerste generatie kopieën niet meer als bron konden dienen bij het kopiëren. Beide genoemde experimenten waren niet erg succesvol; de 'kopieersloten' vormden een onweestaanbare uitdaging voor de digitale slotenkrakers, zogenaamde hackers, terwijl de DAT-techniek, misschien wel onder meer dankzij de kopieerbeveiliging, volledig flopte.

Ook de onlangs geïntroduceerde, beoogde, standaard voor digitale dragers, de DVD (Digital Versatile Disc), bevat technische barrières om de auteursrechthebbende behulpzaam te zijn bij de exploitatie van zijn werk. Eén van deze barrières is dat DVD-video's en de afspelapparatuur, ondanks de onderliggende, technische standaard, regiogebonden zijn. Echter, er schijnen inmiddels, dus nog vóór de echte doorbraak van de DVD, al mogelijkheden te zijn om een afspelapparaat DVD's uit alle windstreken te laten 'slikken'.⁶⁹

- *Techniek in theorie*

Technische middelen kunnen de auteursrechthebbende van ieder soort werk behulpzaam zijn bij de exploitatie. Sommige werken, zoals computerprogramma's, lenen zich beter om technisch beschermd te worden dan andere, zoals muziek. Technische hindernissen zullen in de digitale praktijk in gezet worden om onder meer de rol over te nemen van de fysieke belemmeringen uit de analoge praktijk. Met behulp van technische middelen zal de auteursrechthebbende het gebruik van de achterliggende informatie pogen te reguleren. Kortom, van natuurlijke, inherente barrières naar kunstmatige barrières. Daarnaast kunnen technische middelen in de digitale praktijk ingezet worden om de authenticiteit en de betrouwbaarheid van informatie te waarborgen. Eén van de meest belangrijke, maar tevens meest omstreden, technische middelen om bovengenoemde functies uit te voeren is versleuteling van informatie, ofwel encryptie. Verschillende technische middelen tezamen zouden, volgens enkele insiders, in combinatie met het auteursrecht uiteindelijk moeten resulteren in een *Electronic Copyright Management System* (ECMS); een volautomatisch systeem van beveiligde distributie, rechtenbeheer, controle en afrekening.⁷⁰

Technische beschermingsmiddelen kunnen op hun beurt ook weer beschermd worden door juridische regels, zoals die onder meer zijn terug te vinden in de Europese Ontwerprichtlijn. Dergelijke regelgeving behoort mijns inziens eigenlijk thuis in een ruimer kader, aangezien zij niet alleen het auteursrecht raakt. Aan regelgeving met betrekking tot de bescherming van technische middelen kleven vele haken en ogen, die haar effectiviteit in de digitale praktijk ernstig kunnen ondermijnen. Laten we ons vooralsnog richten op de techniek zelf die *direct* het exploitatiebelang kan waarborgen.⁷¹

- *Techniek in de digitale praktijk*

Technische middelen biedt een aantal goede mogelijkheden om de auteursrechthebbende bij te staan in de exploitatie van zijn werk. Echter, zij bieden nooit een volledige garantie tegen oneigenlijk gebruik van de onderliggende informatie. Technische middelen in de digitale praktijk zijn namelijk *man-made* beperkingen op de techniek, terwijl de fysieke hindernissen in de analoge praktijk inherent waren aan de analoge techniek. Dit verschil heeft ook ten gevolge dat een

⁶⁹ Voor meer informatie zie <http://www.dvd-rom.nl>.

⁷⁰ Hugenholtz 1998, Hoofdstuk V.2 (zie noot 36); Ch. Clark, 'The answer to the machine is in the machine', in: P.B. Hugenholtz (red.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer Law International 1996.

⁷¹ In deze bijdrage zal niet nader worden ingegaan op juridische beschermingsregels van technische beschermingsmiddelen. Voor meer info zij verwezen naar het preadvies van Hugenholtz (zie noot 36).

eenmaal overwonnen technische beperking in de digitale praktijk in de regel 'voor eeuwig' is overwonnen, terwijl de fysieke hindernis in de analoge praktijk een voortdurende beperking vormde.

Met behulp van techniek kan het proces van oneigenlijke verspreiding en gebruik van informatie in ieder geval wel worden vertraagd. Des te langer het proces van verspreiding duurt, des te langer zal de informatie individueel exploitabel blijven. Het collectieve karakter van informatie, bestaande uit non-rivaliteit en non-exclusiviteit, kan dus met behulp van technische middelen in de digitale praktijk op zijn minst tijdelijk worden onderdrukt.

Aan het gebruik van technische middelen kunnen naast de voordelen voor de exploitateur ook nadelen kleven voor de gebruiker en de maatschappij. De technische middelen dienen net als de auteursrechtelijke exploitatierechten rekening te houden met het publiek belang, en de auteursrechtelijke beperkingen op grond daarvan. Technische middelen kunnen bijvoorbeeld de privacy in gevaar brengen of controle door de overheid ernstig bemoeilijken. Bovendien, zou men met behulp van technische middelen ongekend strikte grenzen kunnen stellen aan de communicatie en gebruik van (overigens niet alleen auteursrechtelijke) informatie waardoor de informatievrijheid in het geding komt. Het voorgaande geldt overigens voor zowel auteursrechtelijke informatie als voor informatie, die tot het publieke domein behoort.

Op grond van het voorgaande lijkt mij de conclusie gegrond dat technische middelen zeker niet zaligmakend zijn voor de auteursrechthebbende. Technische middelen zijn ten eerste zelf niet onkwetsbaar, en bovendien kan hun werking serieus beperkt worden op grond van het publiek belang. Het staat echter buiten kijf dat technische middelen in ieder geval tijdelijk (na de eerste openbaarmaking) een bijdrage kunnen leveren aan de bescherming van het exploitatiebelang van de auteursrechthebbende. Volautomatische systemen, zoals ECMS, horen naar mijn mening thuis in 'Digitopia'; zij staan volledig buiten de digitale praktijk.

d. *Commercie*

▪ *Inleiding*

Commerciële middelen worden sinds mensenheugenis ingezet bij de exploitatie van goederen. Ook in de digitale praktijk worden de aloude commerciële middelen in aangepaste vorm steeds meer ingezet bij de exploitatie van informatie. Vrijwel iedere willekeurige Internetsite wordt bijvoorbeeld tegenwoordig 'opgesierd' met reclame boodschappen, terwijl de helpdesk van de softwareproducent alleen aan rechtmatige kopers hulp verleent. Welke functie kunnen commerciële middelen hebben in de digitale praktijk?

▪ *Commercie in de digitale praktijk*

Commerciële middelen pogen meestal het collectieve karakter van informatie weg te nemen door aanvullende *niet-collectieve* diensten en/of goederen aan de desbetreffende informatie te koppelen. Aanvullende goederen en diensten kunnen allereerst direct betrekking hebben op de aangeboden informatie en de informatievoorziening. Zij pogen 'kale' informatie te maken tot een rivaliserend en exclusief *informatieproduct* met een individuele waarde. De rivaliteit en exclusiviteit van het informatieproduct kan onder meer zijn gelegen in de betrouwbaarheid, selectie en actualiteit van de aangeboden informatie, en daarnaast in de continuïteit, snelheid en behulpzaamheid met betrekking tot de informatievoorziening. De gebruiker van het informatie zal in de digitale praktijk, met haar overweldigende informatie-aanbod, nog meer waarde hechten aan de kwaliteit van het informatieproduct. Dit zal in de regel nog meer gelden voor bedrijven (en indirect voor hun klanten) dan voor particulieren. De kwaliteit het geleverde informatieproduct kan door de informatie-aanbieder worden onderstreept met behulp van certificering of het gebruik van een keurmerk.

Informatie kan bovendien worden gekoppeld aan aanvullende niet collectieve goederen en diensten, die niet (*of minder*) direct betrekking hebben op desbetreffende informatie of informatievoorziening. Deze exploitatietechniek kan worden aangemerkt als zogenaamde koppelverkoop. Gedacht kan worden aan een gratis cursus voor de koper van computersoftware, of het slechts in aanmerking komen voor een kaartje van een concert als eerst de CD (of beter gezegd: muziek) via het officiële kanaal is gekocht.

In het verlengde van koppelverkoop ligt de vervlechting van aangeboden informatie met reclame. Op deze wijze proberen derdenbedrijven mee te liften met de populariteit van de desbetreffende informatie. Reclame koppelt aldus in het algemeen geen extra rivaliteit en exclusiviteit aan de informatie; zij maakt informatie niet exploitabel in individuele eenheden. Het verwachte collectieve gebruik c.q. nut van het informatieproduct zal in de regel de maatstaf vormen voor de hoogte van de reclamegelden, die de informatie-aanbieder kan opstrijken. Door onder meer gebruik te maken van de gegroeide mogelijkheden tot interactiviteit kan de effectiviteit van reclame in de digitale praktijk enorm toenemen.

Verspreiding van auteursrechtelijke informatie kan ook bewust worden toegestaan en zelfs worden aangemoedigd door de auteursrechthebbende, opdat de desbetreffende informatie (of het bijbehorende informatiekanaal) uitgroeit tot *de* standaard. Op deze wijze kweek je naamsbekendheid, productbekendheid en andersoortige goodwill. Dit zijn natuurlijk uitstekende voorwaarden om uiteindelijk via aanvullende goederen en diensten, waaronder informatieproducten, inkomsten te genereren. Het creëren van deze exploitatiemogelijkheden wordt zelfs regelmatig in een vroegtijdig stadium, dat wil zeggen nog voordat er inkomsten zijn uit de normale bedrijfsactiviteiten met betrekking tot de exploitatie van informatie, via stijging van bijvoorbeeld aandelenkoersen gewaardeerd. Momenteel hebben de aandelen van veel IT-bedrijven bijvoorbeeld een uitzonderlijk hoge koers-winstverhouding. Een van de meest sprekende voorbeelden in deze vormt Netscape.

Een ander 'eeuwenoud' commercieel middel is geheimhouding van de achterliggende 'formule' van de geëxploiteerde informatie. Zodanige geheimhouding kan namelijk een positief effect hebben op de exploitatiemogelijkheden. Gedacht kan worden aan de softwareproducent die de broncode van zijn werk niet vrijgeeft, maar ook aan de kunstenaar die zijn techniek niet verklapt.

De voorgaande uiteenzetting is niet uitputtend, maar geeft een schets van de commerciële mogelijkheden ten behoeve van de exploitatie van informatie. De genoemde middelen zijn ook niet uniek voor de digitale praktijk. Echter, veel middelen kunnen door de toegenomen flexibiliteit en interactiviteit in de digitale praktijk nog effectiever worden ingezet. Informatie kan in de digitale praktijk met behulp van commerciële middelen geheel worden toegesneden op de gebruiker. Het aangeboden informatieproduct wint daardoor aan rivaliteit en exclusiviteit, en is dientengevolge beter exploiteerbaar.

e. Fiscale middelen

▪ *Inleiding*

In veel landen, waaronder Nederland, bestaat er een heffingensysteem met betrekking tot lege, bespeelbare informatiedragers. Enkele landen kennen zelfs heffingen op apparatuur waarmee gereproduceerd kan worden. Het heffingensysteem werd ingevoerd, omdat het zogenaamde thuishopiëren, voornamelijk ten gevolge van het succes van de bespeelbare audio- en videocassettes, een bedreiging vormde voor de normale exploitatie. Absolute handhaving van het auteursrecht in de privésfeer werd om verschillende redenen van zowel praktische als principiële aard onmogelijk geacht. Het heffingensysteem bleek de meest praktische oplossing om het exploitatiebelang van de auteurs in redelijkheid te waarborgen. De opbrengst van de heffingen wordt doorgaans volgens een bepaalde sleutel onder de verschillende rechthebbers verdeeld.

Het auteursrecht sloeg echter met de invoering van het heffingensysteem gedeeltelijk een nieuwe, namelijk fiscale, weg in. Het heffingensysteem beoogt de nadelen voor de auteursrechtelijke exploitatie, die ontstaan doordat de exploitatierechten zich niet (kunnen) uitstrekken over het thuis kopiëren, te compenseren. Kortom, van verbodsrecht naar vergoedingsrecht.

- *Fiscale middelen in theorie*

Fiscale middelen vormen sinds jaar en dag een middel bij uitstek om collectieve goederen te exploiteren. De hoogte van belastingbetaling kan afhankelijk worden gesteld van het individuele nut of gebruik van het desbetreffende collectieve goed. Echter, soms is het niet mogelijk om aan te knopen bij het individuele nut, en is de bijdrage onafhankelijk van het genoten nut.⁷² Het huidige Nederlandse auteursrechtelijke heffingensysteem heeft een hybride karakter. Zij sluit aan bij het nut van de informatiedrager, en scheert aldus alle informatie over één kam.⁷³ Zij knoopt dus *niet* aan bij het gebruik van informatie afzonderlijk.

Een heffingsysteem kan mijns inziens een duale functie vervullen. Ten eerste kan de maker van een werk middels repartitie gecompenseerd worden voor het (collectieve) nut van zijn werk, dat hij niet via het marktmechanisme te gelde kon maken. Ten tweede kan een heffing op informatiedragers (en eventueel op kopieerapparatuur) een drempelverhogend effect hebben op het thuis kopiëren (of in het algemeen op niet-ingecalculerde gebruikstoenames).⁷⁴ De ratio achter deze laatste functie is dat een gebruikstoename minder aantrekkelijk wordt, naarmate de kosten hoger zijn. In de analoge wereld maakten de fysieke barrières het (professionele) kopieerproces tot een zeer dure aangelegenheid. Nu vrijwel alle obstakels bij het kopiëren en verspreiden van informatie in de digitale praktijk zijn weggefallen, lijkt het mij verstandig om door middel van een heffingensysteem de kosten van informatie-opslag kunstmatig op een aanzienlijk peil te houden. Dit zal in het algemeen een positief effect hebben op de exclusiviteit en rivaliteit van informatie, waardoor zij beter in individuele eenheden exploitabel zal zijn. Ter illustratie: De huidige, lage prijszetting van bespeelbare CD's zet in mijn ogen aan tot het kopiëren van auteursrechtelijk beschermde informatie. En dan te bedenken dat een aantal producenten van beschrijfbare CD's ook belangen heeft als platenmaatschappij en/of softwareproducent...

- *Fiscale middelen in de digitale praktijk*

Het in hoge mate collectieve karakter van informatie maakt een belastingsysteem tot een logisch middel om tot een aanvaardbare exploitatie te komen. Een heffingensysteem in de digitale praktijk wordt door veel auteursrechtdeskundigen echter verworpen met het argument dat voor de inning en de repartitie geen betrouwbare aanknopingspunten beschikbaar zijn.⁷⁵ Als belangrijkste oorzaak van de problematische aanknopingspunten noemen zij meestal de convergentie van platforms en dragers in de digitale praktijk; muziek, software etc. kunnen door gelijke apparaten worden verwerkt en op gelijke dragers worden vastgelegd. De problematiek lijkt mij echter niet onoverkomelijk. Zeker als de auteursrechtelijke exploitatierechten overboord worden gezet, zal er meer openheid ontstaan over de kopieerpraktijken in het nu nog illegale (privé)circuit. Het interactieve karakter van de digitale praktijk biedt mogelijkheden om de betrouwbaarheid van de aanknopingspunten voor de inning en repartitie vervolgens substantieel te verhogen. Bovendien dient de belastingheffing in deze naar mijn mening vooral beschouwd te worden als een middel voor de overheid om de markt marginaal te corrigeren. Belastingheffing dient per se niet te worden beschouwd als het enige, zaligmakende middel dat in de digitale praktijk borg staat voor een rechtvaardige exploitatie. Enerzijds kan zij zorgen voor een drempelverhogend effect, en anderzijds kunnen de gelden naar het inzicht van de overheid onder auteursrechthebbenden

⁷² Gedacht kan worden aan de omroepbijdrage en aan de motorrijtuigbelasting.

⁷³ Vooralsnog wordt in het heffingensysteem nog wel onderscheid gemaakt tussen de traditioneel verschillende soorten van informatiedragers; zoals muziekdragere en beelddragere; Voor meer info <http://www.cedar.nl>.

⁷⁴ Belasting die niet is gerelateerd aan het individuele nut ontbeert echter deze laatste eigenschap; zie voor voorbeelden noot 72.

⁷⁵ Commissie Auteursrecht, 1998, p. 19 (zie noot 37).

worden verdeeld. De auteursrechthebbende dient primair zelf via de overige eerder besproken alternatieve middelen tot een normale, aanvaardbare exploitatie van zijn werk te komen.

5. Conclusie

Makers van werken zullen in de digitale praktijk de alternatieve middelen steeds meer moeten inzetten om de exploitatie veilig te stellen, in plaats van vertrouwen te blijven houden in het auteursrecht. Het traditioneel geënte auteursrecht kan in de digitale praktijk, haar recente verjongingskuren ten spijt, haar ouderdom niet langer verbergen. Was het auteursrecht in de analoge praktijk nog een middel om de koppeling van exclusiviteit en rivaliteit aan originele informatie te optimaliseren, in de digitale praktijk worden de exploitatierechten aan alle kanten door het collectieve karakter van informatie ingehaald. In de digitale praktijk zijn de reproductie en de (wijze van) publieke communicatie niet of nauwelijks indicatief voor het gebruik c.q. het nut van een werk, en bovendien zijn beide handelingen om zowel principiële als praktische redenen in zeer hoge mate oncontroleerbaar. De exploitatierechten kunnen in de digitale praktijk hun taak als waarborg van het exploitatiebelang van de auteursrechthebbende aldus absoluut niet meer op aanvaardbare wijze vervullen.

De besproken alternatieven - de overeenkomst, techniek, en commercie - zullen in de digitale praktijk op de voorgrond treden als beschermers van het exploitatiebelang. Met behulp van een mix van deze middelen in combinatie met de mogelijkheid tot wereldwijde, geïndividualiseerde en interactieve communicatie dienen exploitateurs van informatie, onder wie natuurlijk de maker van een werk, in de digitale praktijk exclusiviteit en rivaliteit te verbinden aan informatie. Auteursrechtelijke informatie, maar tevens iedere andere soort informatie, kan daardoor ook in de digitale praktijk geëxploiteerd worden in individuele eenheden. Grote digitale uitgeverijen (oftewel information providers) zullen de alternatieve middelen in de regel nog effectiever in kunnen zetten dan zelfstandige auteursrechthebbers. Collectieve verbonden van auteurs via particuliere instellingen, zoals uitgeverijen, zullen daardoor ondermeer op grond van dit gegeven ook in de digitale toekomst een zeer belangrijke rol spelen. Echter, ook voor de zelfstandige auteursrechthebbende bieden de alternatieve middelen mogelijkheden in de digitale praktijk.

Wellicht is er in de marge van de alternatieve middelen, die ter beschikking staan van de informatie-exploiteur, behoefte aan recht dat een bijdrage levert aan een aanvaardbaar evenwicht tussen de verschillende belangen. In ieder geval dient de overheid ervoor te waken dat het publieke belang, waaronder informatievrijheid, ook in de digitale praktijk wordt gerespecteerd. Dit publiek belang lijkt namelijk in de verdrinking te komen, aangezien de genoemde alternatieve middelen, in tegenstelling tot het auteursrecht, in beginsel onbepaald inzetbaar zijn en niet selectief zijn qua soort informatie. Bovendien kan de overheid door middel van aanvullende regelgeving fiscale middelen inzetten om de markt enigszins bij te sturen. Dat naast de genoemde overheidsbemoediging eventueel andere regelgeving, bijvoorbeeld inzake subsidiëring, noodzakelijk is om tot een aanvaardbare harmonie van belangen te komen wordt hier zeker niet uitgesloten. De overheid dient de ontwikkelingen in de digitale praktijk mijns inziens wat dat betreft enigszins terughoudend, doch zeer kritisch te volgen.

Uiteraard begrijpt schrijver dezes dat de digitale praktijk momenteel nog niet tot volle wasdom gekomen is. De auteursrechtelijke exploitatierechten kunnen buiten de digitale praktijk hun bestaande functie blijven vervullen. Echter, de digitale praktijk grijpt uitermate snel om zich heen, waardoor het auteursrecht binnen afzienbare tijd haar functie alleen nog met betrekking tot niet-digitaliseerbare auteursrechtelijke informatie, zoals gebruiksvoorwerpen en voorwerpen met het authentiek karakter, zal kunnen vervullen.

Ook het auteursrecht ontkomt aldus niet aan de *tand des tijds*. De digitale spiegel, die het auteursrecht werd voorgehouden, vertoont gedurende deze bijdrage meer en meer onherstelbare barsten, en valt nu langzaam maar zeker in scherven uiteen. De aanblik van de 'alternatieve middelenmix' kan de digitale spiegel daarentegen prima verdragen. In de digitale praktijk is er geen

plaats voor het auteursrecht. IJdelheid botst tegen realiteit. Maar ach, de digitale toekomst lacht ons tegemoet; brengen scherven immers geen geluk...?