

Nieuw auteursrecht voor de eenentwintigste eeuw?

Door Egbert Dommering

1. Inleiding

In dit nummer van Computerrecht komen twee nieuwe ontwikkelingen in het auteursrecht aan de orde: een analyse van de nieuwe Auteursrechtlijn en een analyse van de Napsterzaak. Met Napster maakte Hugenholtz met toepassing van klassieke auteursrechtelijke beginselen al korte metten.¹ Dat kwam hem op enige kritische reacties te staan, waarin hem gebrek aan visie werd verweten. Visser gaat daar in zijn bijdrage op in. Uit de reactie van Schmidt: 'De maatschappelijke innovatie ten gevolge van ICT heeft belangwekkende economische kenmerken. In grote lijnen gaat het om twee dingen: de spectaculaire afname van de transactiekosten van communicatie (...) en de spectaculaire toename van netwerkeffecten.'² Dat zijn twee constateringën waarover ik in deze opiniërende bijdrage iets zal proberen te zeggen. Mijn conclusie is dat het om een weinig nauwkeurige aanduiding van een omwenteling in de informatie-economie gaat, maar dat die omwenteling wel noopt tot een nieuwe plaatsbepaling van het auteursrecht. Dat is iets anders dan afschaffing daarvan, zoals de reacties op Hugenholtz' bijdrage lijken te suggereren. Eerst zal ik iets zeggen over het toekomstperspectief van de techniek, dan iets over de exploitatie van informatie, vervolgens iets over wat ik denk dat er op het Internet gaande (waarbij Napster ter sprake komt) is en tenslotte iets over nieuw auteursrecht.³

2. De digitale technologie⁴

Technische innovaties

Aan de productiekant zal de wijze van produceren van boeken, films en audio dramatisch veranderen en zal de lijn tussen bedenken, produceren, distribueren en opslaan van informatie drastisch verkorten. Daardoor zullen productie- en distributiekosten dalen.

Aan de distributiekant komen verschillende alternatieven in zicht. Het telefoonnet wordt geüpgraded met de ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) techniek, waardoor de gebruiker een smalle *upstream*, maar een breedbandige *downstream* toegang heeft tot Internet- en Omroepdiensten. De kabel zal breedbandige toegang *up* en *downstream* gaan bieden. Daarnaast komen (breedbandige) draadloze toegangswegen via digitale satellietdiensten, WLL (Wireless Local Loop), UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) en andere toepassingen. Dat betekent dat het huis van de toekomst data en (3D) programma's kan ontvangen via vier tot vijf verschillende toegangskanalen. Daarnaast wordt informatie in toenemende mate op CD ROM's binnengebracht. Distributie van informatie zal steeds minder een fysiek karakter krijgen (transport van papier, filmrollen, CD's, video's), maar aan het eind van een van de gekozen transmissiemiddelen in de gewenste presentatievorm (tekens, beeld, geluid) worden aangemaakt.

Aan de gebruikerskant zullen zich eveneens dramatische veranderingen voltrekken. De gebruiker zal in zijn PC meer programmafuncties verkrijgen en in zijn (digitale)

¹ P.B. Hugenholtz, 'Napster, een bliksemonderzoek', *Computerrecht* 2000/5, p. 238.

² A.H.J. Schmidt, 'Napsteren mag niet', *Computerrecht* 2001/1, p. 24-25.

³ Elementen uit dit artikel zijn ook verwerkt in mijn artikel in *Auteurs & Media* 2001/1.

⁴ Voor een goed overzicht van wat ons allemaal te wachten staat zie *Scientific American* november 2000

TV toestel meer datafuncties. Hij zal meer PC's op het telecommunicatienet aansluiten, één om een openbare harde schijf te hebben waarop hij data files (muziek, beeld, kennis) met anderen gaat delen door middel van een *peer to peer technology* (rechtstreekse toegang tot particuliere bestanden van andere gebruikers) en één driedubbel beveiligd met privé-bestanden. Deze zullen op verschillende plaatsen thuis en op kantoor in een netwerk zijn opgesteld. De gebruiker zal over een groot aantal andere randapparaten beschikken. Naast de vaste telefoonaansluiting die steeds meer de functie van datatransport zal verkrijgen zullen dat zijn een mobiele telefoon met een Internettoegang en palmtop apparatuur voor het zoeken op Internet, versturen van e-mail en het downloaden van informatie. Verder zal hij beschikken over DVD en CD spelers waarop de gedownloade beeld- of geluids informatie kan worden afgespeeld en op nieuwe dragers worden vastgelegd. Op het interactieve vlak beschikt hij over spelmachines om in de huiskamer 3 D spelletjes (voetbalwedstrijden, achtervolgingen, avonturen met aan de speler toegekende rollen in het zelf in te vullen spel) op de TV te kunnen spelen, webcam audio – en video apparatuur die hij zal inzetten in zijn privé webstudio, waar hij eigen programma's op het Internet zet, al of niet gemixt met van buitenaf aangeboden programmamateriaal. Er wordt hem een keur aan intelligente zoekmachines (browsers, conditional accesssystemen, opvolgers van de HTML taal⁵) aangeboden om informatie uit alle mogelijke informatiebestanden in elke gewenste presentatievorm op te halen. En misschien beginnen over een paar jaar ook de elektriciteitsnetten te praten.

Wel convergentie, geen substitutie

Het is een veel gehoord misverstand dat elektronische media de papieren media zullen verdringen en dat nieuwe elektronische media dat met de oude zullen doen. Media krijgen wel andere functies en soms vindt er volledige verdringing plaats. De fax heeft de telex verdrongen (maar niet in het politionele verkeer) en wellicht zal e-mail dat met de fax doen. Maar in het algemeen is het toch gecompliceerder.

Het is niet erg waarschijnlijk dat de papieren informatiedrager zal verdwijnen. Kranten, tijdschriften en boeken zullen altijd deel blijven uitmaken van het informatievoorzieningsproces. De 'paperless office' heeft nog nooit zoveel papier geproduceerd. Pakken papier worden dagelijks door geavanceerde kopieer - en scanmachines opgegeten (Er zijn nog nooit zoveel bomen gekapt als in de *papierloze samenleving*). De functie en het gebruik van de papieren informatiedrager zijn echter aanzienlijk veranderd. Wij zullen altijd een krant en een tijdschrift blijven lezen omdat wij behoefte hebben om een algemeen of gespecialiseerd pakket van informatie dat gerelateerd is aan de actualiteit in een keer te ontvangen. Hoe we daar vervolgens van kennismaken is een andere vraag. Na een 'quick scan' (een halfuurtje kranten lezen, een uurtje vakliteratuur doornemen) gooiden we het pakket altijd al weg (de krant) of bewaarden het (het tijdschrift in de chronologische verzamelband of het boek alfabetisch op schrijver of systematisch op onderwerp in de boekenkast), en, voor zover we er iets van nodig hadden, noteerden we de vindplaats (onze persoonlijke thesaurus) of haalden we het pakket uit elkaar (het krantenartikel werd uitgeknipt, het tijdschriftartikel of de relevante pagina's uit het boek werd gekopieerd) en borgen het op in de eigen gespecialiseerde verzameling (het knipsel- of kopiemapje). Een groot deel van deze archief- en opzoekfunctie wordt overgenomen door off line (CD ROM) of on line (Internet) elektronische media. Steeds meer zullen uitgeverij er toe overgaan om hun papieren informatieproduct flankerend met een van

⁵ Tim Berners-Lee, *Weaving the Web*, San Francisco, HarperCollins 1999, hoofdstuk 12; Tim Berners-Lee, James Hendler & Ora Lassila, 'The Semantic Web', in: *The Scientific American*, 2001, p. 28-38.

deze elektronische archieffuncties ter beschikking te stellen voorzien van krachtige zoekfuncties, en steeds meer zullen we daar de informatie die ons eerder in een pakket werd aangeboden gaan opzoeken en ophalen. Het fotokopieerapparaat is een *printer* geworden die deze informatie weer op een papieren informatiedrager aan ons aanlevert. Deed het kopieerapparaat dat vroeger uitsluitend in zwart-wit en in tekstvorm, nu doet hij dat in kleur en met plaatjes. De gemiddelde juridische student van vijf jaar geleden stond de hele dag tijdschriftartikelen te kopiëren, de gemiddelde juridische student van nu zit de hele dag informatie die op Internet is gevonden uit te printen (En als de informatie daar niet is te vinden dan *bestaat zij niet*, maar dat is een ander onderwerp!).

Over omroep valt een soortgelijk verhaal te vertellen. Op het werk het laatste nieuws via de PC (evenals trouwens de headlines van de avondeditie van de kranten op Internet), thuis zeer veel programma's tegelijk op verschillende plaatsen op verschillend randapparaten en in een verschillende mix. TV en PC zullen naar elkaar toe groeien, maar niet helemaal in elkaar opgaan, omdat mensen in de huiskamer andere dingen doen dat in hun werkkamer. Maar er komen wel meer functies bij: interactieve spelletjes, webtv en als dat verveelt een televisieprogramma, dat de gebruiker trouwens tal van interactieve mogelijkheden biedt om via een van de beschreven randapparaten met dat programma mee te doen. Het *zappen* wordt multifunctioneel. En er zullen steeds meer zelfgemaakte CD's en video's in de kast staan die zijn gedownload uit een georganiseerd databestand of opgezocht in een privé-bestand van een gebruiker die op een *peer to peer* systeem is aangesloten. De gebruiker maakt een eigen pakket dat hij samenstelt uit de pakketten die hem worden aangeboden of die hij individueel ophaalt.

De exploitatiemodellen van informatie

Informatiemarkten hebben bijzondere kenmerken die berusten op het semi-collectieve karakter van het goed informatie (de consumptie van een informatiegoed is niet rivaliserend: het lezen van een boek maakt de informatie in dat boek niet minder beschikbaar voor een ander, in tegenstelling tot een appel die door consumptie 'op' is) en de hoge productiekosten in vergelijking tot de lage kosten van reproductie en distributie. Voorts vertoont zij de kenmerken van een netwerkeconomie, die wordt gekarakteriseerd door compatibele producten (Cd spelers, videorecorders, PC's, software), netwerkeffecten ofwel schaalvoordelen aan de consumptiezijde (als er meer gebruikers op een netwerk zijn aangesloten verhoogt dat de waarde: mobiele telefoonaansluitingen en e-mail worden interessant als iedereen het heeft), lock-in en switching costs (een consument die bepaalde software gebruikt zal niet gemakkelijk switchen: neem het voorbeeld van de omschakeling van WP naar Word) en schaalvoordelen aan de productiezijde (hoge productiekosten kunnen door consumptie op grote schaal worden terug verdiend).⁶

Het auteursrecht heeft zich ontwikkeld langs drie bekende exploitatiemodellen: het theater, de drukpers, de omroep en telecommunicatie.⁷ Het theater is zo oud als de

⁶ C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston: Harvard Business Press 1999, hoofdstuk 1 en Oz Shy, *The Economics of Network Industries*, Cambridge (UK): Cambridge University Press 2001, hoofdstuk 1.

⁷ Over de exploitatiemodellen schreef ik eerder, zie E.J. Dommering 'Internet: een juridische plaatsbepaling van een nieuw communicatieproces', in: *Computerrecht* 1996/2, p. 210-221; zie voorts B. Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*: Den Haag: Kluwer Law International 1996; P.B. Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce, Legal Aspects of Electronic Management*, Den Haag: Kluwer Law International 2000.

Grieken, de drukpers kwam in de 18e eeuw tot volle ontwikkeling, omroep en telecommunicatie stammen van het eind van de 19e eeuw.⁸ Het auteursrecht wordt wel het kind van de drukpers genoemd, nog altijd een van de krachtigste informatietechnologieën die wij kennen. Het auteursrecht heeft in het papieren tijdperk een tamelijk stabiel exploitatiemodel ontwikkeld, omdat er per informatiedrager kon worden afgerekend en er een duidelijke scheiding tussen origineel en kopie was, waardoor de secundaire markt van reproducties de exploitatie niet in gevaar bracht.⁹ Bij tijdschriften en kranten is dit bovendien in de buitengewoon lucratieve vorm van de voor uit betaalde abonnementen te gieten waardoor de abonnee toegang kreeg tot *pakketten* van informatie: *packaging* is van oudsher een belangrijke vorm van informatie-exploitatie geweest.¹⁰ Daar waar de verkoop van de aantallen beperkt bleef kon door kruissubsidie van de opbrengst van veel verkochte exemplaren binnen een onderneming een haalbare exploitatie worden bereikt doordat de uitgever een pakket van populaire en niet populaire informatie op de markt zette (de discussie over de vaste boekenprijs is daarvan een voorbeeld). Bij de kranten kon de reclame als indirecte financieringsbron worden aangeboord. Bij boeken die zich kenmerken door een individueel gebruik is dat nauwelijks de moeite waard (hoewel reclame over het eigen productassortiment daar voorkomt, hetgeen een vorm van *cross selling* is).

De oudste vorm van exploitatie is echter die van het theater: de *uitvoering* voor een publiek dat een kaartje voor de toegang tot de afgesloten plaats waar de uitvoering plaatsvond (het theater) had gekocht. Hoe meer uitvoeringen, hoe meer opbrengsten. De eerste grote omwenteling voor het auteursrecht vormde de uitvinding van foto en film. Het auteursrecht worstelde vooral met de objectvraag of een werk dat door een machine werd gemaakt wel een auteursrechtelijk werk kon zijn (die vraag keerde terug bij *computersoftware*). Wat de exploitatievorm betreft bracht deze technologie geen vernieuwing: de foto werd via reproducties van papieren dragers verkocht, de film door het afdraaien van de beeld- (en later ook: geluids-) drager in de afzondering van een zaal die de toeschouwer tegen betaling van een plaatsbewijs kon betreden. De foto volgde dus het drukpersmodel, de film het theatermodel. Reclame werd bij de film op productieniveau in de vorm van *sponsoring* en op distributieniveau in de vorm van bioscoopreclame gerealiseerd.

De uitvinding van de telecommunicatie/omroep bracht de werkelijke omwenteling in de exploitatie. Omroep betekende een totaal nieuw fenomeen in het auteursrecht, dat allerlei vormen van collectieve exploitatie in het auteursrecht introduceerde. Omroep kenmerkte zich door een ongerichte vorm van verspreiding vanuit een centraal punt waardoor het onmogelijk was per informatiedrager of per gebruik (zoals een bioscoopkaartje) af te rekenen. Hoewel in het begin nog wel geprobeerd is het bioscoopmodel te kopiëren,¹¹ ontstonden tenslotte collectieve indirecte financieringsvormen. Er kwam een nationale gebruiksheffing (de omroepbijdrage die toegang gaf tot een pakket informatie over een bepaald tijdvak per territoire) en later de reclame. Omroep gefinancierd door de omroepbijdrage behoefde zich niet om een specifiek publiek te bekommeren, ja zelfs hadden de publieke omroeporganisaties de

⁸ De ontwikkeling van omroep en telecommunicatie liep in het begin parallel: zie E.J.Dommering e.a., *Informatierecht, fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, hoofdstuk 7.2.1. en 9.1.

⁹ Vgl. de interessante analyse van Oz Shy a.w. noot 6, p. 164-170.

¹⁰ Zie C. Shapiro & H.R. Varian, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston: Harvard Business Press 1999, p. 73-78, m.n. p. 77, die het als *bundeling* behandelen.

¹¹ Zie E.J. Dommering e.a., a.w noot 8, p. 482.

plicht om het *algemene publiek* binnen het territoire te bedienen: de informatie werd in een totaal pakket aangeboden. Een vervolg op de omroepexploitatie werd de kabel die met abonnees op de kabel werkte waaraan pakketten programma's werden aangeboden.¹²

In deze modellen was de openbare en de privé-sfeer gescheiden: aan de ene kant stond de door het auteursrecht gereguleerde openbare sfeer waarvoor de gebruiker een (indirecte) toegangsprijs betaalde. Aan de andere kant stond de privé-sfeer waarbinnen de eindgebruiker vrij van de informatie gebruik kon maken en deze ook voor eigen gebruikdoeleinden mocht reproduceren en opslaan.

Aan de openbare kant kwam met name het omroepmodel en in mindere mate de pers onder druk te staan. Reclame zou hier een van de splijtzwammen blijken te zijn. Reclame is gebaseerd op de ruilverhouding die bestaat tussen het publiek dat door een bepaalde soort informatie wordt aangetrokken en de reclameboodschap die voor dat publiek bestemd is. Dit heeft twee effecten: een concentratie van populaire programma's ('meer van hetzelfde') in het midden om een groot publiek aan te trekken voor de grote merkreclame en een differentiatie van doelgroepen vanuit het midden dat met gespecialiseerde informatiepakketten en gespecialiseerde reclameboodschappen wordt bediend. Daardoor ontstonden gespecialiseerde magazines en doelgroepzenders. Zolang daarmee voldoende (binnen de doelgroep) homogene publieksvormen worden bereikt is reclame een belangrijke inkomstenbron naast de betaling per exemplaar of per tijdvak/territoire gebleven. De introductie van commerciële omroep die geheel vanuit reclame en sponsoring werd gefinancierd en waarnaar een groot deel van het publiek ging kijken ondergroef de legitimatie om een bepaalde categorie omroep (namelijk de publieke omroep) door middel van een heffing te financieren.

Aan de gebruikerskant kwam het model onder druk te staan door de komst van het fotokopieerapparaat en de audio – en videorecorder. De mogelijkheid van grootschalig hergebruik in de privé-sfeer verstoortte de 'natuurlijke' verhouding tussen het openbare gebruik waarvoor werd betaald en het vrije privé-gebruik. Het verschil tussen origineel en kopie valt bij digitale exploitatie weg en daarmee de ratio om op basis daarvan een exploitatiemodel te bouwen.¹³

Bovendien bleek de technologie het mogelijk te maken elektronische informatie gericht te verspreiden op abonnementsbasis door het signaal te coderen en kon informatie via het telecommunicatienet ongericht worden aangeboden via telefonische informatienummers waarvoor de (anonieme) gebruiker per gebruik betaalde. Dat begon met telefonische weerberichten en nieuwsberichten, maar nam spoedig een grote vlucht. Dit opende nieuwe perspectieven voor de herinvoering van het theatermodel, maar leidde een ontwikkeling in waarin het publiek verder werd versplinterd en het op basis van individueel gebruik voor informatie ging betalen. De trend die ik hier schets beslaat de laatste twintig jaar. Zij is in zoverre nog in te bedden in de traditionele juridische kaders doordat de verschillende media hun verschillende functies behielden.

Telecommunicatie is bij dit alles in de schaduw gebleven. Voor wat de exploitatie van informatie betreft bleef het slechts een ondersteunende elektronische drager van informatie. Het speelde in zoverre slechts een rol dat verwisseling van

¹² Vgl. Oz Shy, a.w. noot 6, p. 136; overigens is de kabel in Nederland een moeilijk geval omdat de prijsstelling voor de pakketten volkomen intransparant is.

¹³ Zie E.J. Dommering, 'Het auteursrecht spoelt weg door het elektronisch vergiet', in: *Computerrecht* 1994/3, p. 109-112; Oz Shy, a.w. noot 6, p. 169-170 noemt het niet meer kunnen verdienen 'the uncaptured surplus from copying'.

transmissiemiddel werd gezien als een nieuwe *openbaarmaking*, zoals de controverse over de heruitzending over de kabel van voor het eerst in de ether verspreide omroepprogramma's leert. Verder bleef het een individueel communicatiemiddel dat gebruikt werd voor de uitwisseling van informatie tussen mensen voor individuele vrije communicatie of transacties. Als transactiemedium werd het ook het instrument voor het uitwisselen van data tussen computers (e-commerce). Bij de opmars van de digitale technologie en de daaruit voortspruitende convergentie krijgt telecommunicatie als exploitatiemodel van informatie een geheel nieuwe dimensie. De oorzaken daarvan vat ik samen onder de volgende punten:

- Geschakelde telefonie beschikt over een nauwkeurig afrekensysteem: behalve de transmissie kosten die per tijdseenheid worden afgerekend en de vaste kosten voor de aansluiting op het net kunnen 'informatiekosten' worden meegenomen waardoor 'pay per use' in het verschiet komt.
- Geschakelde telefonie is een transactiemachine die gemakkelijk aan betaalsystemen kan worden gekoppeld (credit card) waarmee gebruik van informatie of afgenomen goederen en diensten kunnen worden afgerekend. Het is bovendien zeer geschikt *persoonsgegevens* over het publiek te verzamelen waarmee verfijnde klantenbanken kunnen worden opgebouwd die geschikt zijn voor *marketing* van producten en diensten naar specifieke doelgroepen
- Toepassing van breedband technieken maken het steeds gemakkelijk de grote hoeveelheden data die voor het afleveren en verzenden van beeld nodig zijn met grote snelheden af te leveren.
- Het universele protocol TCP/IP en het World Wide Web met de HTML taal en de opvolgers daarvan zijn in staat grote netwerkexternaliteiten te realiseren.

Wij kunnen het telecommunicatiemodel (waar het hele Internet op is gebaseerd), als het vierde model van de toekomst, aan de tot nu toe besproken modellen toevoegen. Het heeft het voordeel dat het individuele geldstromen van de gebruiker richting informatie-exploitant op gang brengt. Het heeft het nadeel dat het het publiek verder versplintert waardoor het als reclame medium minder geschikt is. De consument wordt een individuele karper die telkens in een andere vijver zwemt, onvindbaar voor ongerichte reclameboodschappen. Bovendien is de attentiewaarde voor reclame op het Internet gering.¹⁴ Het is ook minder geschikt voor informatie packaging. Tenslotte zet de onbegrensde uitwisselbaarheid van informatie en (verticale) kopieerbaarheid¹⁵ van digitale informatie auteursrechtelijke exploitatie op het spel. Hoe moet die digitale exploitatie op het Internet er dan uit gaan zien?

3. De digitale exploitatie

Ik probeer de nieuwe situatie in een paar trends niet uitputtend samen te vatten.

¹⁴ Zie voor de problemen van de exploitatie van reclame op Internet, *The Wall Street Journal Europe, Technology Journal*, 23 april 2001, p. 31-39.

¹⁵ Het onderscheid verticale en horizontale kopieerbaarheid is van Oz Shy. Met het eerste wordt bedoeld dat van een origineel nog wel een behoorlijke kopie kan worden gemaakt, maar van de kopie al een mindere en zo verder. Dit beperkt de mogelijkheden van verticale kopiëring. Met horizontale kopiëring wordt bedoeld op het tegelijkertijd van een origineel maken van veel kopieën (bijvoorbeeld een reader). In het digitale tijdperk valt de begrenzing van het verticaal kopiëren weg.

Multimediale licenties verstrekt door auteurs aan producenten

De exploitatie van een werk of een productie is niet meer aan een bepaald medium of een bepaalde presentatievorm gebonden. Uitgevers en muziekproducenten zullen wel proberen alle licenties voor – vaak uiteenlopend gebruik in – alle media in handen te krijgen. Alleen dan kunnen zij immers met grootgebruikers paraplulicenties voor alle vormen van mediaal gebruik aanbieden.

*Gebruikerslicenties: versioning van informatie*¹⁶

Het verkopen van een multimediaal product heeft de toekomst. Het vergt echter een afgewogen strategie van prijsstelling van informatie en de samenstelling van het aanbod. Er kan met de prijs worden gediscrimineerd al naar gelang de soort van gebruikersgroep. Er kunnen netwerkeffecten worden nagestreefd door in een bepaald medium stukjes informatie voor niets weg te geven. Het informatie-aanbod in het ene medium hoeft niet hetzelfde te zijn als in het andere. Er valt ook oude met nieuwe economie te combineren. Uitgevers hebben dikwijls een bestaande abonnementsrelatie met een gebruiker voor een papieren product (bijvoorbeeld een losbladig commentaar op het burgerlijk recht; een krant) en die kunnen zij op deze manier geleidelijk aan transformeren in een abonnement voor een multimediaal product. Op den duur koopt de gebruiker dan een licentie voor het gebruik van informatie in papieren of elektronische vorm in een besloten gebruikersgroep (die heel groot kan zijn: een wereldwijd kantoor of een kantoor op een netwerk; de *site licenties* worden belangrijk). Het verschil tussen oud en nieuw is dat bij het papieren (losbladige) boek een exemplaar werd gekocht, terwijl het verdere hergebruik via het fotokopieerapparaat (overigens weinig succesvol getuige de hoge transactiekosten van reproperegelingen) werd gereguleerd door het auteursrecht. In de nieuwe situatie wordt een licentie gekocht voor alle vormen van gebruik binnen een bepaalde organisatie, ongeacht of er nu gekopieerd wordt, een CD ROM in een netwerk wordt geplaatst of informatie wordt gedownload.

Customizing versus packaging (bundling)

Het Internet en de digitale omgeving bieden ongekende mogelijkheden om op maat gesneden informatie te verstrekken. Napster is er een voorbeeld van. De gebruiker haalt zijn of haar favoriete nummers van het Internet en perst een eigen CD. Het gebundelde pakket van de muziekuitegever die een CD op de markt brengt krijgt daardoor een eigen functie die tot heroverweging van marketingstrategieën noopt.

Het pseudo-omroepmodel: 'portals' en 'communities'

Er is op het ogenblik veel discussie over 'portals' en 'communities'. Het wil zoveel zeggen dat een bepaalde homepage zo wordt ingericht dat er met doorlinken van de site een heel pakket van door de organisator van de *portal* geselecteerde informatie en gespecialiseerde producten of diensten kan worden afgenomen. De aanbieder van de webpagina gaat dus weer een packager worden, vergelijkbaar met een omroeporganisatie. Hij beoogt daarmee een doelgroep te vormen die ook voor reclameboodschappen van belang is. Nieuw is dat hij ook gaat bemiddelen bij de verkoop van goederen en diensten: kranten en omroeporganisaties deden dat dusver niet (behalve dan de variant van tele-aankoop op tv, maar deze wordt doorgaans niet door omroeporganisaties bedreven). Er zijn echter belangrijke verschillen met het omroepmodel. Een van de aantrekkelijkheden van het telecommunicatiemodel is het

¹⁶ C.L. Shapiro & H.R. Varian, a.w. noot 6 hoofdstuk 3.

gemak waarmee persoonsgegevens verzameld kunnen worden. Dit wordt dus de nieuwe reclame-exploitatievorm. Dit kan gecombineerd worden met spelletjes via het telefoonnetwerk, zoals wij die ook al bij het klassieke omroepmodel waren tegengekomen (het bellen van betaalnummers tijdens de uitzending).

Gebruiksgemeenschappen (Napster)

Alle hier beschreven opties kunnen het onbeperkte vrije gebruik van informatie niet aan banden leggen, met name als het gaat om *peer to peer* technologieën, waarvan Napster een variant is. Langs deze weg kunnen gebruikers immers in elkaars muziek en beeld *files* (MP3) kijken en er kopieën van maken en ophalen. De auteursrechthebbenden zien machteloos toe. In het geval van Napster konden zij nog een intermediair vinden die zij konden verbieden dit soort gebruik in de privé-sfeer mogelijk te maken, maar als zo'n intermediair er niet is (en dat is het geval wanneer gebruikers alleen nog maar software behoeven te downloaden die rechtstreekse communicatie met mede gebruikers mogelijk maakt) dan hebben zij alleen duizenden anonieme individuele gebruikers tegenover zich waartegen zij met het auteursrechtelijke verbodsrecht machteloos zijn. Het is zelfs de vraag of de door de rechter in de Napsterzaak opgelegde verboden om auteursrechtelijk beschermd materiaal uit te (doen) wisselen effectief zijn, omdat de filters die dat verbod moeten effectueren gemakkelijk te omzeilen zijn.

Napster legt een nieuw accent op de auteursrechtelijke verantwoordelijkheid van het intermediair, zoals Visser in zijn artikel laat zien. Interessanter is echter dat de muziekuitgevers en CD producenten gokken op de voordelen van een samenwerking. De samenwerking tussen Napster en Bertelsmann past in een trend die wij al bij de digitalisering van de bibliotheken zagen. Uitgevers/producenten zien dat er geen verschil meer bestaat tussen de markt van primaire (het origineel) en secundaire (hergebruik van het origineel of de kopie) exploitatie en begeven zich daarom in die nieuwe markten. Het bijzondere van Napster is dat het de gebruikers zelf zijn die dit hergebruik organiseren. Bertelsmann neemt daarom de klantenbank van Napster over in de hoop die gebruikersgemeenschap te kunnen exploiteren. Dit betekent dat de markt waarin customized informatie rechtstreeks door de gebruiker wordt gebruikt (digitaal gekopieerd) een zelfstandige betekenis krijgt. Daarmee ontstaat een markt waarin de relatie tussen producent en gebruiker niet langer door auteursrecht op pakketten, maar door contractuele gebruikslicenties op customized informatie wordt geregeerd. Of dit een succesvol model is moet nog worden afgewacht.

Alle hier besproken varianten en opties hebben een ding met elkaar gemeen. Het voorheen auteursrechtelijk neutrale telecommunicatiemodel, waarvan individuele gebruikers op basis van tijdseenheden voor hun eigen communicatie gebruik van maakten, is meer en meer het model geworden met behulp waarvan auteursrechtelijk beschermd materiaal wordt verspreid en individueel wordt afgerekend.

4. Een nieuwe rol voor het auteursrecht?

De hier neergezette ruwe schets heeft ingrijpende consequenties voor het auteursrecht. In onderscheid er zes: De relatie auteur-producent; de relatie producent-gebruiker; nieuwe intermediairs; nieuwe werken; technische beveiliging; vrij gebruik van informatie.

Relatie auteur-producent

Ik heb onder 3 al aan gegeven dat wij toe groeien naar multimediale licenties. Het auteursrecht placht tot op heden mediagebonden te denken. Dat betekende dat overdrachtsclausules restrictief (per medium) werden uitgelegd (de *Zweck Übertragungsléer*). Ik wil niet betogen dat die tot het verleden behoort, maar meer dan tot nu toe zullen partijen bij hun afspraken over overdracht van auteursrecht zich er rekenschap van moeten geven dat het gebruik van informatie niet meer aan één informatiedrager, niet meer aan één medium en niet meer aan één pakket is gebonden. Daarbij zal ook de vraag moeten worden beantwoord of gelijktijdige transmissie over verschillende media (kabel, ADSL, UMTS, satelliet) even zo vele exploitatiehandelingen oplevert. Bij gelijktijdige transmissie via de ether en de kabel ging het auteursrecht tot dusver uit van twee exploitatiehandelingen, maar in de nieuwe situatie is dat niet zonder meer vanzelfsprekend. Bovendien zullen er ontelbare gebruiksvarianten bestaan die niet meer onder een noemer zijn te vangen. Dit betekent een fundamentele wijziging in de auteur-producent relatie.¹⁷ Het vergt ook een andere aanpak bij de berekening van royalty's.

Relatie producent-gebruiker

In het klassieke auteursrecht bestond de relatie tussen gebruiker en producent uit een contractuele relatie of een niet-contractuele. In de contractuele relatie sloten gebruiker en producent een koopcontract waarbij een informatiedrager werd overgedragen, waarover de gebruiker vrij kon beschikken. In de niet-contractuele ging het om een indirecte (deels door publiekrecht geregeerde: denk aan de omroepbijdrage) relatie die naar tijd en plaats was begrenst. Het gebruik van de informatie in de privé-sfeer werd beheerst door auteursrecht: de informatie kon worden gekopieerd, de uitgezonden film op de videorecorder worden opgeslagen. Meer en meer worden deze relaties vervangen door een contractuele waarin de multimediale gebruikscondities van de afgenomen informatie worden vastgelegd. Er is geen onderscheid meer tussen afname van informatie en gebruik in de privé-sfeer.

Nieuwe intermediairs

De E-commerce-richtlijn en de Auteursrecht richtlijn zijn zeer begaan met de vraag wat precies de verantwoordelijkheid is van Internet Service Providers en zij hebben sterk technologisch georiënteerde normen ontwikkeld voor het al of niet vrij kunnen opslaan en vasthouden van informatie in het kader van de transmissie daarvan (*caching, hosting*). Deze regels geven zich geen rekenschap van de nieuwe packagers van het Internet die portals en communities ontwikkelen. Dit vraagt om een nieuw soort regels, omdat de verantwoordelijkheidsrelatie tussen de organisator van een portal en de daarop aangeboden informatie veel diffuser is dan die tussen de producent en het geproduceerde informatieproduct zoals bij een uitgever of omroepinstelling.

Nieuwe werken

De nieuwe technische omgeving en de nieuwe gebruiksvormen kenmerken zich door een nieuw soort werken. De databank is er een van. Gebruiks- en archieffuncties smelten in elkaar. Informatie ontleent zijn meerwaarde steeds meer aan het feit dat het deel uitmaakt van een systematische door de gebruiker gemakkelijk te ontsluiten

¹⁷ Hierover P.B. Hugenholtz in zijn oratie *Sleeping with the Enemy*, Amsterdam: AUP Vossiuspers 2000.

verzameling, zodat hij de informatie in combinatie met andere informatie op door hem gekozen tijdstippen en plaatsen kan raadplegen.

Een tweede soort werk dat in deze omgeving past is het werk waarvan de vorm niet volledig vastligt. Wij kennen dit al als het programmaformat uit de omroepwereld. Dit is de show of het spel waarvan de volgorde van de handelingen ongeveer bekend is en waarbinnen voldoende herkenbare vormelementen aanwezig zijn om het binnen de soort te onderscheiden (Het Rad van Avontuur, Big Brother). Formats zijn op het Internet echter moeilijker te beschermen, omdat er geen reeks handelingen binnen een bepaalde tijdseenheid plaatsvindt: de gebruiker kiest vanuit de home page zijn eigen pad. Er zullen steeds meer formats komen waarin de gebruiker een actieve rol speelt, waardoor het 'werk' (net als bij een spel in de sport) telkens weer een individueel verloop heeft.¹⁸ Hoe zijn die te beschermen? Ik acht het niet uitgesloten dat hier een fusie tussen merkenrecht, octrooirecht en auteursrecht plaatsvindt, waardoor een product ontstaat met duidelijke uitwendige merkonderscheidingstekens en auteursrechtelijke expressies en interne algoritmische kenmerken die het als geheel van soortgelijke producten beoogt te onderscheiden.

Technische beveiliging

Individueel exclusief gebruik in een telecommunicatie-afrekenmodel, vergt in toenemende mate technische beveiliging en we zien dan ook in hoog tempo normen ontstaan die de technische beveiliging een zelfstandige juridische status beogen te geven, omdat 'oude eigendomsrechten' ontoereikend zijn. Arkenbout vraagt er in zijn bijdrage terecht afzonderlijke aandacht voor (zie zijn artikel onder 7). Bovendien zal techniek worden ingezet om gebruiksbeperkingen op verstrekte informatie af te dwingen en om registratie en encryptietechnieken in elkaar te laten opgaan, zodat individueel gebruik kan worden getraceerd en afgerekend.

Informatievrijheid

Wij zagen reeds dat het gebruik van informatie in de privé-sfeer meer en meer door contractuele normen zal worden geregeerd en met behulp van techniek zal worden beperkt en geregistreerd. Daarmee lijkt de beperking op het auteursrecht bestaande in de vrijheid informatie voor eigen studie en gebruik op te slaan en te reproduceren geen grote toekomst te zijn beschoren, en is de vraag van het privé-gebruik meer een kwestie van privacybescherming geworden.

In de openbare sfeer blijft de informatievrijheid een belangrijke waarde, die van oudsher in het auteursrecht op verschillende manieren erkenning heeft gevonden. Hoe zal het gaan met citeer- en nieuwsexcepties in een digitale wereld, de wereld van *hypertext*, waar het met elkaar verbinden, ophalen en mengen van informatie de regel vormt? Het auteursrecht zal in de digitale wereld aan deze kernvrijheden een nieuwe inhoud moeten geven.

Geeft de richtlijn Auteursrecht in de Informatiesamenleving een antwoord op al deze vragen? Ik betwijfel het ten zeerste, omdat de richtlijn nog sterk vasthoudt aan de oude aan media gebonden exploitatieconcepten uit het verleden. Er is veel voor te zeggen om een Europese Auteurswet te ontwerpen, maar dan zal over de rol die het auteursrecht in de 21e eeuw speelt een langere en fundamentele discussie moeten plaatsvinden dan het triviale lobbywerk rond de totstandkoming van deze richtlijn. Arkenbout wijst er in zijn artikel op en maant de wetenschap alerter te zijn.

¹⁸ Het onderwerp heb ik eerder besproken in 'Vormen handelingen en arbeid een werk?', in: *Informatierecht/AMI* (10) 1986/3, p. 72-76.

Terugkerend tot het uitgangspunt Napster: Heeft Napster de auteursrechtelijke wereld veranderd als gevolg van de 'spectaculaire afname van de transactiekosten en de spectaculaire toename van netwerkeffecten'? Niet in de zin dat Napster-kopiëren geen inbreuk zou zijn, want dat is het duidelijk wel. Ook niet in de zin dat het vrij gebruik op Internet zou moeten worden toegelaten in verband met de positieve externe netwerkeffecten. Het argument dat vrij overnemen alleen maar bijdraagt aan de beroemdheid van de auteur waardoor zijn werk uiteindelijk meer zal verkopen is veel gebruikt in het auteursrecht, en het wordt tegenwoordig door auteursrechtgeleerden met het hoongelach van het 'déjà vu' begroet. Wel in de zin dat de digitalisering tot een herpositionering van het auteursrecht noopt. Het auteursrecht heeft in de 20e eeuw carrière gemaakt van de miskende Assepoester tot de Koningin van het bal. In deze eeuw past het dat het afstand doet van de troon en dat zichzelf begint te zien als een van de vormen van de exploitatie van informatie. Arkenbout doet een oproep aan de academici zich meer met de lobby van de auteursrechtelijke wetgeving te bemoeien. Moge ik een oproep doen aan de academici om het auteursrecht aan de Universiteit meer te onderrichten in de context van de economie van informatiemarkten.