

Een auteursrechtelijke uitzondering voor TDM: is het genoeg?

M. Caspers

Mr. M. Caspers is onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam.

Met het recente DSM-richtlijnvoorstel wil de Europese Commissie de weg vrijmaken voor gebruik van ‘text and data mining’ (TDM) ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek. Daarmee bevestigt zij dat TDM in principe een auteursrechtelijk relevante handeling is, waarmee zij gebruikers die niet onder de exceptie vallen in een ongunstige positie kan brengen.¹ Tegelijkertijd miskent de focus op het auteursrecht de onderliggende problematiek. Dit artikel neemt de ‘TDM-exceptie’ onder de loep, plaatst vraagtekens bij de effectiviteit ervan en werpt een blik op de toekomstbestendigheid van de TDM-exceptie.

Inleiding

Afgelopen september kwam de Europese Commissie met een voorstel voor een richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (hierna: DSM-richtlijnvoorstel) om het auteursrecht te moderniseren en klaar te stomen voor het digitale tijdperk.² Dat klinkt als een doelstelling die de InfoSoc-richtlijn (2001/29/EG) al had moeten verwezenlijken, maar in de praktijk is gebleken dat het huidige keuzemenu aan uitzonderingen in artikel 5 lid 2 en 3 van die richtlijn, niet toereikend is om in de pas te lopen met alle ontwikkelingen sinds de invoering ervan. Een van die ontwikkelingen is de opkomst van TDM als tool om geheel nieuwe inzichten te verwerven in grote hoeveelheden (big) data, met veel potentie in de wetenschap en daarbuiten. Het DSM-richtlijnvoorstel bevat een uitzondering voor TDM met wetenschappelijk oogmerk, zowel op het verveelvoudigingsrecht van de auteursrechthebbende als op het opvragingsrecht van de producent van een databank.

Daarmee vormt deze uitzondering een aanvulling op de uitzonderingen die we kennen van de InfoSoc-richtlijn en de Databankenrichtlijn (96/9/EG). De bestaande uitzonderingen blijken in het beste scenario slechts bepaalde TDM-handelingen toe te staan, en de zeer uiteenlopende reikwijdtes in nationale implementaties – als daarvan al sprake is – bemoeilijken grensoverschrijdende samenwerkingen. In dit artikel bespreek ik als eerste de tekst van de voorgestelde uitzondering en leg daarbij een aantal knelpunten van het ontwerp

bloot. Vervolgens zal ik ingaan op de toekomstbestendigheid van dit ontwerp en de rol van TDM in technologische ontwikkelingen.

Wat is TDM?

Allereerst rijst natuurlijk de vraag: wat is *text and data mining*? Een juridische definitie hiervan wordt gegeven in het richtlijnvoorstel:³ ‘een geautomatiseerde analysetechniek voor ontleding van tekst en gegevens in digitale vorm om informatie te genereren zoals patronen, trends en onderlinge verbanden’.

Een meer technisch antwoord op deze vraag is echter moeilijker te formuleren en verschilt nogal per discipline of sector. De metafoor *mining* (‘mijnen’) suggereert dat er eerst grote hoeveelheden aan (waardeloze) informatie moeten worden doorgeploegd om uiteindelijk waardevolle gegevens te vinden.⁴ TDM draagt aldus bij aan het verkrijgen van toegang tot de voor de gebruiker relevante informatie. Denk bijvoorbeeld aan een scheikundig onderzoeker die alleen is geïnteresseerd in wetenschappelijke artikelen die moleculen met een ethylgroep beschrijven; TDM-technieken helpen hem te ‘graven’ in een database van miljoenen papers om vervolgens alleen de relevante papers op te vragen – een geautomatiseerde *literature review*. Nog dichter bij huis: denk aan iedere internetgebruiker die middels zoektermen in Google op de juiste website probeert te komen. In het laat-

1 Voor het gemak noem ik alleen het auteursrecht, maar de uitzondering is ook van toepassing op opvragingen onder het databankenrecht.

2 COM(2016)593 def.

3 Art. 2 lid 2 DSM-richtlijnvoorstel.

4 Vgl. M.A. Hearst, ‘Untangling text data mining’, *Proceedings of the 37th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics on Computational Linguistics (20-26 June 1999)*, Stroudsburg, PA: Association for Computational Linguistics 1999, p. 3.

ste geval is het Google die namens de gebruiker het internet 'mijnt'.

Dit aspect van 'informatietoegang'⁵ is slechts een van de doeleinden waarvoor TDM wordt ingezet en is doorgaans ook slechts een van de voorfasen van verdere TDM-activiteiten: de selectiefase. Op basis van een juiste selectie van informatie kan de *miner* deze in een juist format in een nieuwe dataset gieten en die vervolgens analyseren met de juiste software, waarmee 'patronen, trends en onderlinge verbanden' kunnen worden verkregen. Zo kan bijvoorbeeld het zikavirus in verband worden gebracht met de muggensoort die het virus verspreidt of kan de geografische verspreiding ervan worden vastgesteld.⁶ Dit is het model dat al door *data mining*-pioniers zoals Fayyad werd beschreven in de jaren '90.⁷ Daarbij plakten zij alleen op de laatste fase, waarin de door de gebruiker gecreëerde dataset wordt geanalyseerd, al dan niet voorzien van annotaties en metadata, het label *data mining*. Dit komt dicht in de buurt van de definitie die het richtlijnvoorstel lijkt te hanteren, welke vooral de 'analysefase' lijkt te behelzen.

Welke definitie men ook hanteert, het staat vast dat TDM en de voorbereidingen ervan gepaard gaan met verveelvoudigingen, al dan niet verrijkt met metadata of annotaties, dan wel omzettingen naar bruikbare (gestructureerde) opmaken en bestandsindelingen. Dat laatste kan bijvoorbeeld bestaan uit het ontleden van tekst in pdf-bestanden om deze om te zetten naar gestructureerde data – noodzakelijk voor een bruikbare analyse. Het ligt dan ook voor de hand dat doorgaans sprake zal zijn van handelingen die vallen onder het verveelvoudigings- en opvragingsrecht, waarbij het proces ook kan resulteren in afgeleide werken.⁸

Ontwerp van de bepaling

In de regel zal dus doorgaans toestemming nodig zijn van de auteurs- en databankrechthebbenden om beschermde informatie te mogen mijnen, tenzij een uitzondering van toepassing is. Over dat laatste bestaat veel rechtsonzekerheid: het vrijwillige karakter van de uitzonderingen uit de InfoSoc-richtlijn en Databankenrichtlijn heeft geleid tot een gefragmenteerd landschap van uitzonderingen in Europa, waarin de positie van TDM zeer onzeker is.⁹ Ondanks het feit dat wetenschappers rechtmatige toegang hebben tot informatie, bijvoorbeeld tot wetenschappelijke publicaties via het uni-

versiteitsabonnement of tot content op websites zonder *paywall*, is TDM vaak in de servicevoorwaarden uitgesloten (zoals bij veel wetenschappelijke uitgeverij) of niet expliciet toegestaan (bij gebrek aan een contractuele relatie tussen rechthebbende en gebruiker).¹⁰ Dit brengt voor onderzoekers onzekerheden mee en leidt ertoe dat zij afzien van *mining*.¹¹ Daarmee is het auteursrechtregime in Europa restrictiever en onzekerder dan in bijvoorbeeld de VS of Japan, en om die reden zou het gebruik van TDM in wetenschappelijk onderzoek hier achterlopen op de rest van de wereld.¹²

Het gebrek aan rechtszekerheid heeft de Commissie aangespoord een exceptie voor TDM op te nemen in haar richtlijnvoorstel.¹³ Het betreft een uitzondering:

- op de exclusieve rechten van reproductie en opvraging onder respectievelijk het auteurs- en het databankenrecht;
- wanneer dergelijke handelingen worden verricht in het kader van TDM;
- door onderzoeksorganisaties;
- met 'legale toegang' tot werken of andere materialen;
- voor wetenschappelijk onderzoek.

In tegenstelling tot vrijwel het gehele menu aan uitzonderingen in de InfoSoc-richtlijn, heeft de TDM-exceptie een obligatoir karakter – lidstaten kunnen er dus niet omheen. Het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk kennen reeds een TDM-exceptie met een engere reikwijdte.¹⁴ Frankrijk zal dan ook opnieuw een wetgevingstraject in moeten indien de voorgestelde uitzondering in haar huidige vorm wordt aangenomen. De Franse exceptie is namelijk een *species* van de 'onderzoeksexceptie' in artikel 5 lid 3 sub a van de InfoSoc-richtlijn, waarvan de reikwijdte wordt begrensd door het niet-commerciële-doelvereiste. Zoals hieronder zal blijken, kent de voorgestelde TDM-exceptie deze begrenzing niet. Het Verenigd Koninkrijk zal een dergelijk traject bespaard blijven, omdat het de EU gaat verlaten.

Voor TDM bestemde reproducties en opvragingen

Hoe wordt de voorgestelde uitzondering dan wel begrensd? Ten eerste ziet de exceptie alleen op reproducties en opvragingen die worden verricht 'om tekst- en datamining te verrichten op werken of andere materialen'. Eerder concludeerde ik al dat de juridische definitie van TDM vooral betrekking lijkt te hebben op de fase waarin gemijnde bronnen al zijn

5 Heart 1999, p. 3.

6 T. Arrow et al., 'A day in the life of a content miner and team', *Insights* 2016, afl. 2, p. 208-211.

7 U.M. Fayyad et al., 'From Data Mining to Knowledge Discovery in Databases', *AI Magazine* 1996, afl. 3, p. 37-54.

8 Voor een uitgebreide analyse, zie J.-P. Triaille et al., *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, Luxemburg: Publications Office 2014 (URL: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/1403_study2_en.pdf).

9 M. Caspers & L. Guibault, *Baseline report of policies and barriers of TDM in Europe*, FutureTDM 2016 (<http://www.futuretdm.eu/knowledge-library/>), p. 58-63.

10 Caspers & Guibault 2016, p. 70-91.

11 F. van den Boom, *Compendium of Best Practices and Methodologies*, FutureTDM 2016 (<http://www.futuretdm.eu/knowledge-library/>), p. 15.

12 C. Handke et al., 'Is Europe Falling Behind in Data Mining? Copyright's Impact on Data Mining in Academic Research', *New Avenues for Electronic Publishing in the Age of Infinite Collections and Citizen Science: Scale, Openness and Trust*, Proceedings of the 19th International Conference on Electronic Publishing, B. Schmidt & M. Dobrevá (eds.), Amsterdam: IOS Press 2015, p. 120-130.

13 SWD(2016)201 def., p. 104.

14 Zie respectievelijk art. 29A UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 en art. 122-5 onder 10° en 342-3 onder 5° Franse Code de la propriété intellectuelle.

verkregen en worden geanalyseerd door de TDM-gebruiker. Deze maakt met behulp van software op een computer een analyse van de dataset, waaruit bepaalde patronen, trends of andere inzichten worden verkregen; in de informatie zelf, dat wil zeggen in de werken of data op individueel niveau, is de gebruiker doorgaans niet geïnteresseerd. Tot zover kan ook de uitzondering voor noodzakelijke technische reproducties van artikel 5 lid 1 van de InfoSoc-richtlijn onder specifieke omstandigheden voldoende ruimte bieden;¹⁵ ook de considerans van het richtlijnvoorstel erkent deze mogelijke overlap.¹⁶ De TDM-exceptie reikt echter verder. Uit de bewoordingen 'om tekst- en datamining te verrichten' blijkt ook dat aan de feitelijke analyse voorafgaande (verveelvoudigings- en opvragings)handelingen gedekt zijn, zolang deze zijn bestemd voor de uiteindelijke TDM-analyse. Dit gaat dan om het (grootschalig) *crawlen* (zoeken) en *scrapen* (downloaden/opvragen) van data uit databases en andere internetbronnen. Vooral hier zou de grote winst kunnen liggen voor de begunstigden (wetenschappers) van de voorgestelde uitzondering.

'Legale' toegang

Het uitzonderingsregime voor TDM geldt alleen voor zover er sprake is van 'legale toegang' tot de gemijnde werken, aldus de Nederlandse vertaling van het voorstel; de Engelse versie spreekt van 'lawful access'. Vooralsnog lijkt hier sprake van een gebrekkige Nederlandse vertaling; in de Databankenrichtlijn wordt 'lawful user' vertaald als 'rechtmatige gebruiker',¹⁷ en in de InfoSoc-richtlijn wordt 'lawful use' vertaald als 'rechtmatig gebruik'.¹⁸ Omwille van consistentie zou het mooier zijn als een definitieve versie spreekt van 'rechtmatige toegang'.

Het begrip 'legale toegang' wordt overigens niet verder toegelicht in het richtlijnvoorstel. Hetzelfde criterium wordt wel gehanteerd in de TDM-exceptie die het Verenigd Koninkrijk sinds 2014 kent. Het UK IPO heeft 'lawful access' uitgelegd als een 'legal right to access a copyright work to read it', waarbij betaalde abonnementen op tijdschriften of *open access*-databanken als voorbeelden worden genoemd;¹⁹ gelijksoortige voorbeelden worden ook aangehaald in de considerans van het richtlijnvoorstel.²⁰ Dit is kenmerkend voor de nadruk die de Commissie legt op het mijnen van wetenschappelijke publicaties en andere data. In haar effectbeoordeling besteedt zij voornamelijk aandacht aan de markt voor TDM-licentiëring, aan het mogelijke effect van een TDM-exceptie op de (wetenschappelijke) uitgeefmarkt en aan de relatie van TDM-onderzoekers vis-à-vis de uitgevers.²¹

Daarmee miskent de Commissie de vele bronnen, naast wetenschappelijke publicaties en datasets met onderzoeksgegevens, die waardevol zijn voor wetenschappelijke *miners*, zoals nieuwssites en digitale nieuwsarchieven, social media of blogs. Zij maakt geen analyse van de positieve effecten die een TDM-exceptie kan hebben op het mijnen van juist dit soort bronnen. Immers, waar wetenschappelijke instellingen kunnen onderhandelen met uitgevers over een TDM-licentie, bestaat die mogelijkheid niet waar een dergelijke bilaterale verhouding ontbreekt, en die bovendien onhaalbaar is door de grote hoeveelheid aan bronnen en daardoor potentiële (contract)partijen. In die grootschaligheid zit juist de toegevoegde waarde van het gebruik van TDM-technologie in onderzoek. Het is tegelijkertijd ook het gebrek aan een concrete betrekking tussen gebruiker en rechthebbende, waarvoor een TDM-exceptie de nodige rechtszekerheid kan bieden.

Omwille van rechtszekerheid en een juiste interpretatie van de reikwijdte van de voorgestelde exceptie, zou het dus gunstig zijn als de richtlijn hier meer duidelijkheid schept. In principe laat de huidige bewoording van artikel 3 lid 1 van het voorstel genoeg ruimte voor een brede toepassing van de uitzondering, maar lijken de aangehaalde voorbeelden in de considerans het effect te verengen. Meer erkenning voor het daadwerkelijke 'TDM-landschap' zou een verheldering kunnen bieden voor de lidstaten die deze exceptie moeten implementeren, maar ook voor onderzoekers die uiteindelijk effectief moeten kunnen profiteren van deze uitzondering.

Onderzoeksorganisaties

Het begrip *onderzoeksorganisaties* is een novum in het Europese auteursrecht-*acquis*. De onderzoeksorganisatie als beoogd begunstigde van de TDM-exceptie komt in de plaats van een niet-commercialiteitsvereiste.²² De onderzoeksorganisatie wordt gedefinieerd als 'een universiteit, een onderzoekinstelling of een andere organisatie die hoofdzakelijk tot doel heeft wetenschappelijk onderzoek te verrichten [en/of] [...] onderwijsdiensten te verstrekken zonder winst oogmerk [...] of op grond van een door een lidstaat erkende taak van algemeen belang [...]'. Daarbij wordt vereist dat deze activiteiten zodanig worden verricht dat 'toegang op de [...] voortgebrachte resultaten niet op preferentiële basis kan worden aangewend door een onderneming die een beslissende invloed heeft op' een dergelijke organisatie.²³ Hierin lijkt een verkapt niet-commercialiteitsvereiste te schuilen, zij het dat in deze context vooral naar de organisatie als zodanig wordt gekeken en niet zozeer naar de aard van de activiteiten.

15 Triaille et al. 2014.

16 Zie overweging 10 van de considerans bij het DSM-richtlijnvoorstel.

17 Art. 6 en 8 Databankenrichtlijn (96/9/EG).

18 Art. 5 lid 1 InfoSoc-richtlijn (2001/29/EG).

19 Intellectual Property Office, *Exceptions to copyright: Research*, UK IPO 2014 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/375954/Research.pdf).

20 Zie overweging 9 van de considerans bij het DSM-richtlijnvoorstel.

21 SWD(2016)201 def., p. 104-119.

22 SWD(2016)201 def., p. 116.

23 Art. 2 lid 1 DSM-richtlijnvoorstel.

De afbakening op onderzoeksorganisaties heeft als voorname doel te verduidelijken dat de uitzondering ook ten goede kan komen aan *publiek-private partnerschappen* (PPP's).²⁴ Aldus kunnen ook onderzoeksactiviteiten die plaatsvinden in het algemeen belang, maar – in samenwerking met private partners – uiteindelijk worden vercommercialiseerd, toch binnen de reikwijdte van de TDM-exceptie vallen. Het begrip onderzoeksorganisaties geeft echter ook aanleiding voor onzekerheden. Zo is het niet eenduidig wanneer een onderneming *preferentiële toegang* heeft tot onderzoeksresultaten binnen een PPP. Overigens wordt het begrip 'onderzoeksorganisatie' al gehanteerd, en op een soortgelijke manier gedefinieerd, in het Europees gereguleerde kader voor staatssteun (subsidiën) aan onderzoek, ontwikkeling en innovatie.²⁵ In een informele uitleg van deze 'subsidierregels' heeft de rijksoverheid aangegeven dat toegang tot resultaten door ondernemingen met invloed in de PPP incidenteel is toegestaan, wanneer 'specifieke onderzoeksresultaten tegen marktconforme tarieven' aan die onderneming worden verkocht.²⁶ Mocht eenzelfde interpretatie worden toegepast in het kader van de TDM-exceptie, dan heeft dit tot gevolg dat private partners met invloed binnen PPP's niet automatisch toegang verkrijgen tot de onderzoeksresultaten. In de praktijk is een dergelijke toegang doorgaans juist de doelstelling van een private partner voor deelname aan een PPP met een onderzoeksinstelling. Indien het begrip inderdaad zo eng wordt uitgelegd, zal de TDM-uitzondering van weinig betekenis zijn voor publiek-private samenwerkingen.

Wetenschappelijk onderzoek

Dat TDM wordt uitgevoerd door een onderzoeksorganisatie is voor de toepasselijkheid van de TDM-exceptie niet voldoende: zij dient te mijnen 'met het oog op wetenschappelijk onderzoek'. Zoals Spauwen in zijn overzicht van het richtlijnvoorstel terecht opmerkt, zit er echter een onduidelijkheid in de redactie van de tekst van deze uitzondering.²⁷ Uit de Nederlandse en Engelse vertaling blijkt niet eenduidig of het genoemde oogmerk ziet op de TDM-activiteiten *an sich* of slechts op de rechtmatige toegang tot de gemijnde werken. Tegelijkertijd suggereert de plaatsing van de komma's in bijvoorbeeld de Duitse en Deense vertalingen van de bepaling dat dit oogmerk ziet op het rechtmatige-toegang-vereiste.²⁸ Mocht dit laatste de juiste interpretatie zijn, dan verklaart het ook waarom de voorbeelden van rechtmatige toegang die de Commissie noemt louter bestaan uit *traditioneel* wetenschappelijke bronnen. Daarentegen merkt zij in de toelichting bij het richtlijnvoorstel op dat de richtlijn voor-

ziet in een uitzondering voor 'tekst- en datamining door onderzoeksorganisaties ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek'. Dit doet juist weer vermoeden dat het wetenschappelijk-oogmerk-criterium ziet op het *text and data minen* zelf. In het licht van de doelstellingen van de TDM-uitzondering lijkt het dan ook het meest aannemelijk dat genoemd oogmerk ziet op het *minen* zelf, en niet op de toegang tot de gemijnde bronnen.

Het is dus niet voldoende dat er sprake is van een onderzoeksorganisatie; de TDM-activiteiten in kwestie zullen ook gericht moeten zijn op wetenschappelijk onderzoek. Maar niet ieder onderzoek is noodzakelijkerwijs *wetenschappelijk*. In het algemeen is onderzoek gericht op het exploreren van informatie om tot nieuwe kennis of inzichten te komen. Onderzoek zou pas een wetenschappelijk karakter krijgen wanneer het wordt uitgevoerd op een meer 'methodische en systematische' wijze.²⁹ Het zomaar *crawlen* en *scrapen* van databases om te kijken of er iets interessants tussen zit – een belangrijke fase in veel TDM-processen – zou hier strikt genomen niet onder vallen. Zoeken naar informatie die relevant is voor het *minen* om een vooraf geformuleerde hypothese te testen, lijkt er daarentegen in ieder geval wel onder te vallen. Kenmerkend voor TDM is dat inzichten kunnen worden verkregen uit grote hoeveelheden data die juist tevoren compleet ontbraken, waardoor een vooraf geformuleerde methode of systematiek niet mogelijk is. Heeft dit dan tot gevolg dat TDM-onderzoek in zulke gevallen minder 'wetenschappelijk' is? Het is dan ook de vraag of het wetenschappelijk-oogmerk-criterium, dat alleen maar tot onzekerheid kan leiden, nodig is, daar de reikwijdte van de TDM-exceptie al is begrensd tot onderzoeksorganisaties.

Maatregelen en nut van de uitzondering

Het richtlijnvoorstel probeert op twee manieren zeker te stellen dat de TDM-uitzondering effect zal sorteren. Ten eerste, zoals eerder opgemerkt, verplicht het alle lidstaten deze uitzondering te implementeren. Dit zou tot een minder fragmentarische implementatie van de uitzondering moeten leiden dan die we bij de uitzonderingen van artikel 5 lid 2 en 3 van de InfoSoc-richtlijn hebben gezien. Ten tweede is de uitzondering ook ten opzichte van rechthebbenden van dwingend karakter: contractuele bepalingen in strijd met de TDM-uitzondering zijn niet afdwingbaar.³⁰ Dit vereiste vloeit voort uit de veronderstelling dat toegang gewoonlijk op contractuele basis wordt verkregen,³¹ en juist in dergelijke situaties kan de effectiviteit van de uitzondering worden weg-

24 Overweging 10 van de considerans bij het DSM-richtlijnvoorstel.

25 Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (*PbEU* 2006, C323); zie aldaar art. 2.2 voor een gelijksoortige definitie van 'onderzoeksorganisatie'.

26 Zie: <http://www.rvo.nl/subsidies-regelingen/subsidiespelregels/onderzoeksorganisatie/definitie-onderzoeksorganisatie>

27 J.R. Spauwen, 'Copyright Reform: Richtlijnvoorstel inzake auteursrechten in de Digital Single Market', *AMI* 2016/5, p. 126-129.

28 De Duitse vertaling luidt '[...] die durch Forschungsorganisationen von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen, zu denen sie für die Zwecke

der wissenschaftlichen Forschung rechtmäßig Zugang haben, für das Text- und Datamining vorgenommen wurden' [cursivering MC]; op gelijke wijze luidt de Deense vertaling '[...] foretager af forskningsinstitutioner med henblik på at udføre tekst- og datamining af værker eller andre frembringelser, som de har lovlig adgang til med henblik på videnskabelig forskning' [cursivering MC].

29 M.M. Walter & S. von Lewinski, *European Copyright Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 1043; Triaille et al. 2014, p. 60.

30 Art. 3 lid 2 DSM-richtlijnvoorstel.

31 SWD(2016)201 def., p. 108.

genomen door opgelegde verboden. Het dwingende karakter is een positieve ontwikkeling ten opzichte van de huidige 'InfoSoc-uitzonderingen'; over de nationale implementaties daarvan bestaat doorgaans onduidelijkheid over hun dwingendrechtelijke aard.

Maar het dwingendrechtelijke karakter biedt geen garanties voor een onbeperkt opvragen en hergebruiken van werken en andere gegevens voor *mining*-doeleinden. Wanneer zulke activiteiten namelijk een extreme omvang zouden aannemen, zou dat de veiligheid en integriteit van de technische infrastructuur waarop de gemijnde informatie zich bevindt kunnen aantasten. Daarom staat het richtlijnvoorstel toe dat rechthebbenden maatregelen kunnen nemen ter bescherming van de 'veiligheid en integriteit' van hun 'netwerken en gegevensbanken'.³² Hoewel de maatregelen op zichzelf niet verder mogen gaan dan noodzakelijk voor deze doelstelling, wordt in de bepaling niet voorzien in een proportionaliteits-toets die daarbij ook de rechten van gebruikers in acht neemt. Wel benadrukt de considerans van het richtlijnvoorstel dat dergelijke maatregelen niet de 'daadwerkelijke toepassing van de uitzondering in de weg [mogen] staan'.³³

Precies zulke maatregelen hebben met enige regelmaat het nieuws gehaald. Zo zijn onderzoekers – of eigenlijk hun IP-adressen – door uitgevers geblokkeerd, omdat zij de opvragingslimiet of de frequentie voor publicaties hadden bereikt.³⁴ En daarmee komen we direct bij de kern van het probleem: het richtlijnvoorstel reduceert de problemen die de (wetenschappelijke) 'TDM-community' ervaart tot een louter auteursrechtelijk probleem. Tegelijkertijd wordt de deur opengehouden voor maatregelen die nu juist in de praktijk door wetenschappers als onrechtmatig worden ervaren. De enige waarborg die het voorstel nu biedt, is dat maatregelen niet verder gaan dan 'nodig' is, waarbij lidstaten rechthebbenden moeten aansporen om 'algemeen aanvaarde beste praktijken vast te stellen' voor het gebruik ervan.³⁵ Dit heeft nogal een vrijblijvend karakter. Daarnaast zit de proportionaliteit alleen in de noodzakelijkheid van de maatregel, niet wordt getoetst of de maatregel ook proportioneel is aan gebruikersbelangen. Dit is merkwaardig, nu de TDM-uitzondering juist beoogt aan deze gebruikersbelangen tegemoet te komen. Het Committee on Culture and Education heeft dan ook een amendement voorgesteld, waarmee aan artikel 3 lid 3 wordt toegevoegd dat genoemde maatregelen onderzoeksorganisaties niet zullen belemmeren van de uitzondering gebruik te maken.³⁶

Overigens zou artikel 6 lid 4 van de InfoSoc-richtlijn – hoewel dit artikel in de praktijk weinig betekenis heeft gekregen³⁷ – voor de volledigheid nog mede van toepassing kun-

nen worden verklaard op de TDM-exceptie. Dat zou lidstaten verplichten om ervoor te zorgen dat rechthebbenden aan onderzoeksorganisaties de juiste middelen verschaffen om de uitgezonderde activiteiten te verrichten, indien de uitvoering daarvan wordt belemmerd door toepassing van 'doeltreffende technische voorzieningen'. Dit zou een noodzakelijke aanvulling zijn, aangezien 'doeltreffende technische voorzieningen' niet automatisch dezelfde zijn als de in het richtlijnvoorstel bedoelde veiligheidsmaatregelen; de eerstgenoemde dienen ter bescherming van de informatie zelf, terwijl de laatstgenoemde dienen ter bescherming van de systemen waarop de informatie zich bevindt.

Veiligheids- en integriteitsmaatregelen hoeven niet alleen te bestaan uit het volledig blokkeren van toegang van een gebruiker. Zij kunnen ook betrekking hebben op het 'afknijpen' van het dataverkeer van een gebruiker, om bijvoorbeeld het aantal opvragingshandelingen per uur te beperken. Dit kan zeker een legitiem doel dienen: er moet bandbreedte overblijven voor andere gebruikers (collega-wetenschappers) en het netwerk mag niet overbelast raken. Tegelijkertijd kan het dataverkeer voor een gebruiker in zulke mate worden beperkt, dat het ophalen van een (gedeeltelijke) dataset te lang gaat duren en het onderzoek niet binnen een redelijke termijn kan worden afgerond. Het zal in dergelijke gevallen niet altijd voor de onderzoeker inzichtelijk zijn of en in hoeverre de maatregel in kwestie noodzakelijk is voor de veiligheid van een systeem, of proportioneel tot zijn 'recht' op *mining*.

Een manier om in dit licht de effectiviteit van een TDM-uitzondering daadwerkelijk te garanderen zou kunnen bestaan uit een verplichting van de rechthebbenden om een bepaald serviceniveau – bijvoorbeeld ten aanzien van een minimale bandbreedte van de verbinding – te bieden. Nadeel is dan wel dat dit voor rechthebbenden gepaard kan gaan met noodzakelijke extra investeringen aan hun zijde. Daarbij zouden de kosten voor rechtmatige toegang van onderzoeksorganisaties tot werken en andere informatie wellicht kunnen stijgen,³⁸ en de vraag is of dit wenselijk is. Met andere woorden: het is moeilijk om een juiste balans te vinden tussen de belangen van rechthebbenden en gebruikers als het gaat om veiligheidsmaatregelen. Het komt daarom ook niet als een verrassing dat het richtlijnvoorstel hierin nog veel ruimte openlaat.

Miners die buiten de boot vallen

Het ontwerp van de TDM-uitzondering toont dus veel gebreken, met name op het gebied van de rechtszekerheid die de Commissie juist tracht weg te nemen. Volgens het

32 Art. 3 lid 3 DSM-richtlijnvoorstel.

33 Overweging 12 van de considerans; zie ook SWD(2016)201 def., p. 108.

34 Zie bijv. M. Bloudoff-Indelicato, 'Text-mining block prompts online response', *Nature* 2015, afl. 7579, p. 413-413 en R. van Noorden, 'Trouble at the text mine', *Nature* 2012, afl. 7388, p. 134-135.

35 Art. 3 lid 4 DSM-richtlijnvoorstel.

36 Zie amendement 45 in het Draft opinion of the Committee on Culture and Education for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (C8-0383/2016).

37 Caspers & Guibault 2016, p. 57-63.

38 Zie ook de overweging van de Commissie om geen compensatierecht op te nemen: SWD(2016)201 def., p. 108.

huidige voorstel van de Commissie is TDM slechts een auteursrechtelijk privilege voor de wetenschap. Hierbij kunnen twee vraagtekens worden geplaatst. Het eerste vraagteken heeft betrekking op de focus op *onderzoekorganisaties*: waarom zouden alleen zij mogen profiteren van de uitzonderingsstatus? Indien de TDM-uitzondering het wetenschappelijk oogmerk als criterium aanhoudt, waarom zouden gewone burgers die wetenschap bedrijven – denk aan *citizen science*³⁹ – of wetenschappers op R&D-afdelingen in kleine startups, maar ook in grote multinationals, niet onder de uitzondering vallen? Ook in deze hoek kunnen wetenschappelijke vindingen worden gedaan die waardevol zijn voor de maatschappij als geheel.

Een tweede vraagteken kan worden geplaatst bij de beperking tot *wetenschappelijke* doeleinden. Niet alleen de – amateuristische of professionele – wetenschap heeft baat bij de mogelijkheden die TDM-technologie biedt. Denk bijvoorbeeld aan het domein van de (data-gedreven) onderzoeksjournalistiek,⁴⁰ die wellicht niet als wetenschappelijk is te bestempelen, maar die een minstens zo belangrijke vorm van onderzoek vormt. Maar ook partijen buiten de sfeer van het onderzoek kunnen baat hebben bij een TDM-uitzondering. Zoekmachines, die de facto het *backbone* vormen van het internet, bestaan bij de gratie van digitale *mining*.

De introductie van een TDM-uitzondering kan een reflexwerking hebben op de positie van de genoemde TDM-gebruikers. Immers, een TDM-uitzondering benadrukt dat *mining* auteursrechtelijk en databankrechtelijk relevant is. Degenen die dus niet onder de uitzondering vallen, maken dus kennelijk wel inbreuk wanneer zij geen toestemming hebben. Juist nú ligt er voor de wetgever een kans om goed na te denken over de auteursrechtelijke status van hun activiteiten, maar – gezien het Impact Assessment – de Commissie heeft dat nagelaten.

Toekomstige impact van TDM

Indien zou worden gekozen voor het vergroten van de reikwijdte van de TDM-uitzondering, dan is voor het auteursrecht een discussie over compatibiliteit met de driestapen-toets onvermijdelijk.⁴¹ Immers, als iedereen vrij is om te *minen* voor ieder doel, kan moeilijk worden volgehouden dat er sprake is van 'bepaalde bijzondere gevallen'. Alvorens in deze discussie te verzanden, moet eerst een belangrijke voorvraag worden beantwoord: moeten reproducties, die louter worden gemaakt om 'gelezen' te worden door een machine, überhaupt onder het exclusieve recht van de maker vallen? Het verveelvoudigingsrecht lijkt vanuit historisch per-

spectief vooral te zien op kopieën die gemaakt worden ten behoeve van publicatie of verkoop van het exemplaar,⁴² terwijl kopieën ten behoeve van TDM in de regel niet worden blootgesteld aan het menselijk oog.

Het kopiëren an sich zou daardoor niet relevant zijn, omdat het uiteindelijk zou gaan om de intentie waarmee die activiteit plaatsvindt.⁴³ Zo vindt de wetgever het kopiëren van werken in een computergeheugen auteursrechtelijk niet relevant, zolang dit noodzakelijk is en de intentie heeft om een rechtmatig gebruik van het werk mogelijk te maken.⁴⁴ Deze gedachte kan worden doorgetrokken naar TDM: het mijnen van werken ziet erop inzichten, patronen en trends uit data en werken te halen. Daarvoor is het maken van kopieën niet meer dan een noodzakelijkheid, zowel voor het verkrijgen van de informatie als voor het transformeren ervan naar een 'mijnbare' dataset. Wanneer een gebruiker rechtmatige toegang heeft verkregen tot dergelijke informatie, kan hij niet worden tegengehouden deze te lezen; kennelijk kan de gebruiker wel worden belemmerd om dit als leesvoer aan een computer te geven. Sommigen stellen dan ook: 'the right to read, is the right to mine'.⁴⁵

Daarentegen stellen Borghi en Karapapa dat voorgaande argumentatie inderdaad opgaat voor reproducties die gemaakt worden louter om conventionele gebruiken van werken mogelijk te maken, zoals verveelvoudigingen in een computergeheugen met het doel om het werk voor de eindgebruiker zichtbaar te maken. Maar volgens hen gaat die argumentatie niet op voor een zelfstandig gebruik dat in de plaats komt van conventionele gebruiken.⁴⁶ Nu TDM een op zichzelf staand gebruik is, zou dat volgens hun redenering aldus *wel* auteursrechtelijk relevant zijn. TDM vormt het fundament voor *artificial intelligence*-technologieën, zoals *machine learning* en *deep learning*, die zich nu in rap tempo ontwikkelen, en waarbij TDM de informatieve input levert voor deze systemen. Daardoor hebben computers nu al de cognitieve capaciteiten om zelfstandig informatie te halen uit werken en data, en om deze werken aldus 'zelfstandig' te consumeren.

Het is dus denkbaar dat in de toekomst een proportioneel aandeel van werken en data uitsluitend door 'robots' wordt 'gelezen'. Hoe we daarmee auteurs- en databankrechtelijk moeten omgaan, is een belangrijke vraag die de wetgever nu zou moeten adresseren. *Text en data mining* is slechts een voorbode van deze problematiek, welke zich toevallig nu al manifesteert. Voor een echt toekomstbestendig auteursrecht en databankenrecht zullen we verder vooruit moeten kijken en de exclusieve rechten daarbinnen moeten herzien.

39 Eric Hand, 'Citizen science: People power', *Nature* 2010, afl. 7307, p. 685-687.

40 Denk bijvoorbeeld aan het visualiseren van documenten op Wikileaks: <https://www.theguardian.com/news/datablog/2010/dec/16/wikileaks-iraq-visualisation>

41 Art. 9 lid 2 Berner Conventie; art. 10 WIPO Copyright Treaty.

42 Maurizio Borghi & Stavroula Karapapa, 'Non-display uses of copyright works: Google Books and beyond', *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2011, afl. 1, p. 39-40.

43 Borghi & Karapapa 2011, p. 39-40.

44 Zie art. 13a Auteurswet en art. 5 lid 1 InfoSoc-richtlijn.

45 Zie: <https://blog.okfn.org/2012/06/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine/>

46 Borghi & Karapapa 2011, p. 50-51.

Conclusie

De voorgestelde uitzondering voor *text and data mining* dient een prijzenswaardig doel: het stimuleren van TDM in de wetenschap, waarmee nieuwe kennis kan worden geproduceerd uit enorme hoeveelheden informatie die tegenwoordig digitaal beschikbaar zijn. Hier schuilt een enorme potentie voor de datagedreven wetenschap, die nog niet volledig wordt benut. Dit valt deels te wijten aan de toepasselijke auteursrecht- en databankenrechtregimes in Europa en Nederland, die rechthebbenden in staat stellen TDM-handelingen te verbieden en die weinig rechtszekerheid bieden voor gebruikers en rechthebbenden.

Het DSM-richtlijnvoorstel doet een poging om de genoemde regimes in ieder geval voor de wetenschap minder rigide te maken, hoewel het richtlijnvoorstel ook weer nieuwe begripsmatige onzekerheden meebrengt. Ten eerste blijft het onduidelijk welke publiek-private samenwerkingen in de praktijk onder de uitzondering zullen vallen. Ten tweede is het de vraag op welke handelingen en op wat voor soort onderzoek de uitzondering precies ziet. Ten derde is het onzeker of tussen rechthebbenden en onderzoeksorganisaties een contractuele relatie moet bestaan. Uiteraard is het inherent aan wetgeving dat er sprake zal zijn van grensgevallen, maar juist de onzekerheden die het voorstel beoogt weg te nemen, blijven deels bestaan, vooral in het kader van publiek-private samenwerkingen.

Op het punt van veiligheids- en integriteitsmaatregelen laat het richtlijnvoorstel ook nog erg veel ongereguleerd, terwijl de Commissie juist hier de belangen tussen gebruikers en rechthebbenden nauwkeuring dient af te wegen. De problematiek lijkt voornamelijk te worden geframed als een auteursrechtelijk probleem, en dat leidt af van het daadwerkelijke probleem. Juist het gebruik van technische maatregelen vormt in de praktijk een belemmering. Dit behoeft dus een nieuwe afweging van belangen van de wetenschap enerzijds en die van rechthebbenden anderzijds, met inachtneming van hun respectievelijke (economische) machtsposities en verhoudingen. Of je nu voor- of tegenstander bent van de TDM-exceptie, het is duidelijk dat dit voorstel die afweging niet duidelijk maakt.

Tegelijkertijd zijn er meer fundamentele vragen die de (Europese) wetgever zal moeten adresseren. TDM is onderdeel van een grotere problematiek die ons te wachten staat: wat moeten we doen als robots, die dankzij TDM de cognitieve capaciteiten kunnen bezitten om werken en data te 'begrijpen', een deel van de eindgebruikers gaan vervangen? Willen we dit ook laten vallen onder het auteurs- en databankenrecht? Of zien deze regimes louter op waarneming door menselijke zintuigen? Daarbij zou het antwoord voor beide regimes anders kunnen zijn. Hoe dan ook zijn dit de vragen waarmee de Europese en nationale wetgevers zich daadwerkelijk moeten bezighouden, om te voorkomen dat we binnen een decennium wellicht weer in een TDM-achtige discussie belanden.