

[Tekst van lezing gehouden tijdens symposium *De toekomst van het auteursrecht*, georganiseerd door XS4ALL, Amsterdam, 15 oktober 2004]

De toekomst van het auteursrecht: DRM met een vriendelijk gezicht?

Prof. mr. P.B. Hugenholtz
Hoogleraar Auteursrecht, Universiteit van Amsterdam
Directeur, Instituut voor Informatierecht
www.ivir.nl
hugenholtz@ivir.nl

Inleiding

Wat is *Digital Rights Management* (DRM)? Een algemeen geaccepteerde definitie bestaat eigenlijk niet. De term wordt in de praktijk nogal losjes gehanteerd ter aanduiding van een scala van activiteiten die te maken hebben met het individueel beheer van rechten. 'Individueel' in tegenstelling tot het collectieve rechtenbeheer van de rechtenorganisaties, zoals BUMA. De toepassing van DRM geschiedt overigens lang niet altijd door de rechthebbende. Meestal wordt DRM toegepast door een intermediair, een online distributeur bijvoorbeeld. De directe relatie met de eindgebruiker is typerend voor DRM; ze manifesteert zich in een 'gebruikslicentie', waarin de rechten en plichten van de gebruiker van de content contractueel zijn vastgelegd.

De gebruikslicentie is idealiter geïntegreerd in het DRM-systeem; de licentie zit als het ware in het product of de dienst 'ingebakken'. Wat dat betreft doet DRM denken aan het aloude en inmiddels vrijwel verlaten shrinkwrap-model, waarbij computerprogrammatuur 'verpakt' in een gebruikslicentie aan de gebruiker wordt geleverd. Voor het goed functioneren van DRM is het dus belangrijk dat de licentievoorwaarden, tezamen met andere zogeheten metadata, aan de 'content' vast verbonden blijven. Vandaar dat in de wet sinds kort een bepaling voorkomt die het verwijderen van *rights management information* (RMI) verbiedt (art. 29b Auteurswet).

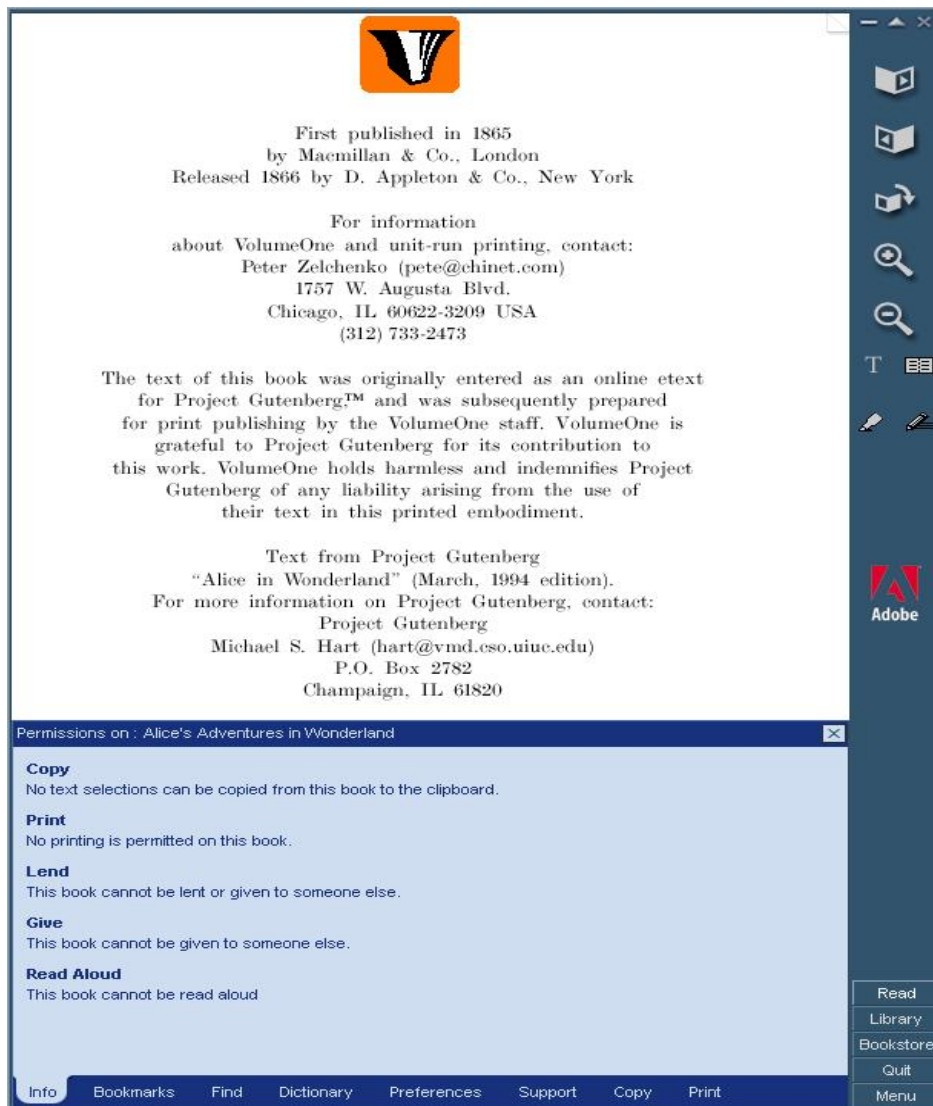
Voor de gebruikslicentie wordt doorgaans betaald, ook al hoeft dat niet altijd het geval te zijn. Hoeveel je betaalt, wordt mede bepaald door de bevoegdheden die de gebruiker wenst te verkrijgen. Het sluitstuk van ieder DRM-systeem wordt gevormd door de techniek. Er vindt 'automatische handhaving' plaats door toepassing van technische maatregelen – om kopiëren moeilijk of onmogelijk te maken, om de toegang te beveiligen, soms zelfs om de gebruiker te controleren.



figuur 1

DRM heeft een PR-probleem, dat is een understatement. In de ogen van velen is DRM de spil van een as van het kwaad, waarin grote softwarebedrijven, grote rechthebbenden en grote technologiebedrijven tegen de mensheid samenspannen (zie figuur 1). In een essay in *Wired* noemt David Weinberger DRM zelfs 'a crime against humanity' (*Wired* 11.06, juni 2003). Dit lezende vraag je je af hoe lang het nog duurt voordat Bill Gates voor een mensenrechttribunaal in Den Haag gesleept wordt.

Dit slechte imago komt niet uit de lucht vallen. Wat te denken van dit Ebook (figuur 2)?



figuur 2

De 'permissions' behorende bij dit E-book verbieden: kopiëren, printen, uitlenen, weggeven en zelfs hardop voorlezen. En dan te bedenken dat het hier een editie betreft van *Alice in Wonderland*, een werk waarvan het auteursrecht al lang verstreken is.

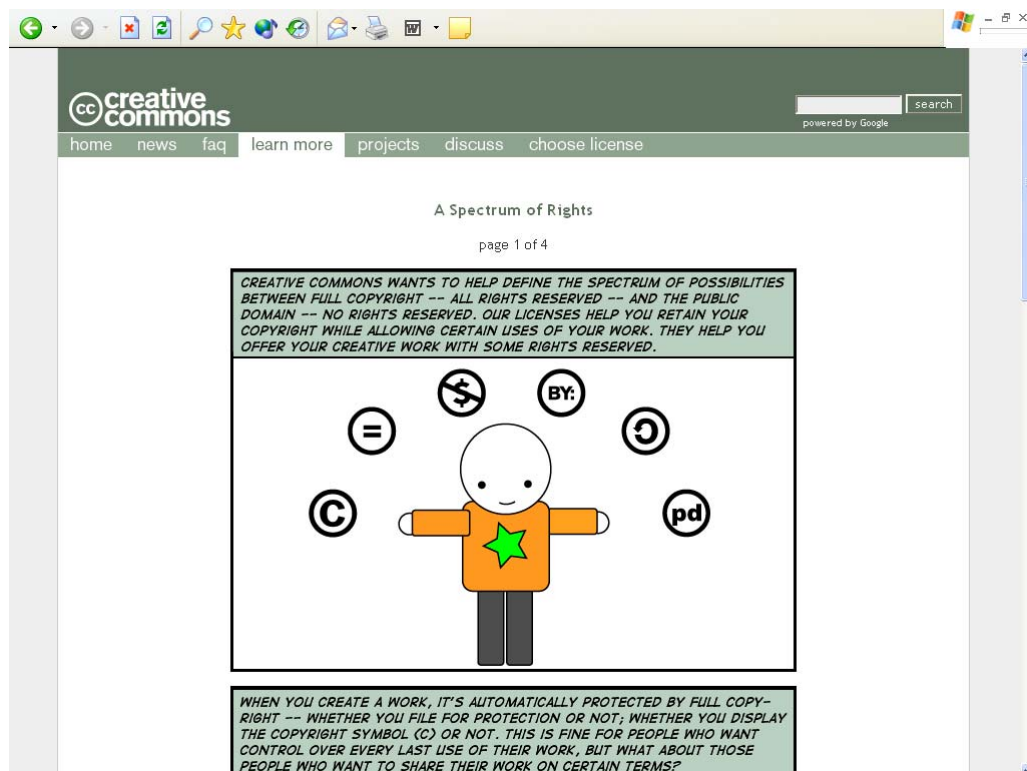
Maar er bestaan gelukkig ook hele vriendelijke DRM-systemen. DRM is niet intrinsiek slecht, zoals technologie dat eigenlijk nooit is – je kunt DRM goed of verkeerd gebruiken.

Creative Commons

Een mooi voorbeeld van 'goede' DRM is Creative Commons, hoewel de grote voorvechter van dit systeem, Prof. Lawrence Lessig van Stanford University, deze term liever vermijdt. Wat is Creative Commons? Een DRM-systeem dat auteurs van alle mogelijke werken (tekst, foto's, muziek, film, eigenlijk alles behalve software) in de gelegenheid stelt hun werken ruim en kosteloos via het internet te verspreiden, zonder dat zij hun auteursrechten hiervoor hoeven prijs te geven. Net als Open Source maakt Creative Commons gebruik van het middel van de licentie om maximale verspreiding van werken te bevorderen. Voor dit doel zijn

licentiemodellen ontwikkeld die zonder bijzondere juridische kennis gemakkelijk kunnen worden toegepast. Je hoeft geen rechten gestudeerd te hebben om een CC-licentie te verstrekken. De licenties zijn gebruiksklaar en worden gratis beschikbaar gesteld op creativecommons.org.

Wat voor licenties zijn het? Dat hangt er van af welke vrijheden je het publiek wilt gunnen. Stel je prijs op naamsvermelding, dan kies je voor een licentie die dat verplicht stelt. Wil je niet dat er commercieel gebruik van je werk gemaakt wordt, dan verbied je dat. Vind je het goed dat van je werk bewerkingen worden gemaakt, dan kies je voor een 'Share-alike' licentie; wie je werk bewerkt moet zijn afgeleide werk dan onder dezelfde voorwaarden aan het publiek beschikbaar stellen. Ieder type licentie wordt op de website door een afzonderlijk icoontje geïllustreerd; zie figuur 3.



figuur 3

In feite is Creative Commons een volwaardig DRM-systeem. Het is zelfs mogelijk om geld te vragen voor het gebruik van je werk, bijvoorbeeld in de vorm van een donatie aan een goed doel.

Een veel gehoord bezwaar tegen DRM is dat de toepassing ervan zo duur en ingewikkeld is dat het enkel voor de 'content-industrie' is weggelegd. Wat Creative Commons echter bewijst is dat DRM-technologie nu al voor auteurs beschikbaar en bereikbaar is. Ook de kleine auteur of auteursrechthebbende kan 'DRM-en', indien en voorzover hij dat wenst.

Bezwaren en gevaren van DRM

Natuurlijk zijn er ook diverse nadelen aan het gebruik van DRM verbonden; deze nadelen zijn in de literatuur de afgelopen jaren breed uitgemeten.

In de eerste plaats is er het privacygevaar. Vooral de meer ‘intelligente’ systemen zijn dikwijls uitgerust met functies waardoor de gebruikers in de gaten gehouden kunnen worden; zulk DRM vormt vanzelfsprekend een grote bedreiging voor de privacy. Een praktisch probleem is dat DRM-systemen niet of nauwelijks zijn gestandaardiseerd. Ze werken (nog) niet op alle mogelijke ‘platforms’, met het gevolg dat beveiligde producten op sommige apparatuur niet (goed) functioneren.

En dan het bezwaar van de kopieerbeperking. De kopieervrijheid waaraan gebruikers, vooral in deze digitale tijd, gewend zijn geraakt, wordt door DRM flink aan banden gelegd. In de eerste plaats door een contractuele beschermingslaag: kopiëren mag niet. In de tweede plaats door een technische laag: kopiëren kan niet. Een dubbele beperking van de kopieervrijheid derhalve.

Meer in het algemeen kan je zeggen dat DRM een potentiële bedreiging vormt van de informatievrijheid. Werken die vroeger vrij toegankelijk waren, zitten nu verborgen achter ‘elektronisch prikkeldraad’. Dat is uit journalistiek of wetenschappelijk oogpunt onwenselijk, vooral als er geen alternatieve bronnen voor de informatie beschikbaar zijn. Door de toepassing van DRM dreigt het traditionele auteursrechtelijke evenwicht tussen bescherming van de auteur en vrijheid van de gebruiker te worden verstoord. Zo kan het voorkomen dat allerlei werken die niet (meer) auteursrechtelijk beschermd zijn, en dus deel uitmaken van het publieke domein, onder een DRM-laag bedolven worden; de Ebook-editie van *Alice in Wonderland* is hier een voorbeeld van.

Maar het is een vergissing in het auteursrecht de oplossing te willen zoeken voor de problemen van de gebruikers. Kopieerbeveiliging wordt dikwijls gezien als een aantasting van het ‘recht’ van de consument op het maken van een privé-kopie. Maar een dergelijk ‘recht’ heeft nooit bestaan. De Auteurswet waarborgt de gebruiker geen actief toegangsrecht, enkel de vrijheid om een werk, zo hij daartoe in de gelegenheid is, voor eigen gebruik te veelevoudigen. Dat is ook duidelijk gebleken in enkele recente Franse en Belgische rechtszaken, waarin consumentenorganisaties onder verwijzing naar het ‘recht op de privé-kopie’ hadden gevorderd dat de kopieerbeveiliging zou worden verwijderd. Die eis werd door de rechter niet ingewilligd. Ook de Nederlandse minister van Justitie heeft al enkele malen verklaard dat er niet zoiets bestaat als een ‘recht op de privé-kopie’.

DRM is moeilijk in te passen in het systeem van auteursrechtelijke beperkingen. In art. 6 lid 4 van de Europese Auteursrechtlijn, die onlangs is geïmplementeerd in art. 29b Auteurswet, wordt een lofwaardige poging gedaan beide fenomenen met elkaar te verzoenen, maar het is de vraag of dat gelukt is. Op grond van deze nieuwe regel kunnen rechthebbenden die DRM toepassen gedwongen worden om gebruikers (bijv. bibliotheken) in de gelegenheid te stellen van hun auteursrechtelijke kopieervrijheden gebruik te maken. Deze zogeheten *faciliteringsplicht* stelt in de praktijk echter weinig voor. De minister van Justitie heeft alle opties opengehouden; in de wet staat weinig meer dan een verwijzing naar een algemene maatregel van bestuur, die er voorlopig niet komt. Hoe zo’n faciliteringsplicht er uit zou moeten zien, weet eigenlijk niemand. Moeten de leveranciers van (beveiligde) DVD’s straks onbeveiligde exemplaren deponeren bij de Koninklijke Bibliotheek, zodat gebruikers aldaar hun kopieervrijheden kunnen uitoefenen?

Het consumentenrecht biedt waarschijnlijk een betere remedie tegen al te gebruikersonvriendelijk DRM. Consumenten hebben wel degelijk rechten. Het

consumentenrecht is weliswaar nog steeds toegesneden op de koop van materiele goederen (zoals wasmachines of rode wijn), maar zal in de komende jaren ook een grote rol gaan spelen bij de aanschaf van informatieproducten en -diensten. Een mooi voorbeeld van een consumentrechtelijke regel die specifiek op DRM is toegesneden, is een bepaling in de Duitse wet die gebruikers van DRM-systemen verplicht hun klanten te waarschuwen. 'Pas op, dit product is technisch beveiligd!' Zo'n regel zou ook in de Nederlandse wet niet misstaan.

Hoe zit het nu met al die draconische beperkingen in sommige gebruikslicenties, zoals in het voorbeeld van Alice in Wonderland? Zijn die niet in strijd met het consumentenrecht, dat beoogt de gewone man tegen oneerlijke bepalingen in standaardvoorwaarden (de gevreesde 'kleine lettertjes') te beschermen? Over deze belangrijke, maar allerm minst eenvoudige vraag handelt het proefschrift van Lucie Guibault, die enkele jaren geleden bij het IViR is gepromoveerd (*Copyright Limitations and Contracts*, Den Haag: Kluwer Law International 2002). Ik wijs ook op een groot Europees project waarbij het IViR momenteel betrokken is: INDICARE (Informed Dialogue about Consumer Acceptability of DRM Solutions in Europe), www.indicare.org. Het project bewijst niet alleen dat er vanuit het consumentenrecht kritisch naar DRM gekeken wordt, maar ook dat consumenten de toepassing van DRM niet a priori verwerpen. DRM is niet intrinsiek consumentonvriendelijk. De kunst is het om te komen tot DRM-systemen die voor consumenten acceptabel zijn, dat wil zeggen niet te ver afstaan van wat een consument redelijkerwijs van een informatieproduct of -dienst mag verwachten.

De voordelen van DRM

Er zijn ook allerlei voordelen aan DRM verbonden. Een belangrijk pluspunt, dat dikwijls over het hoofd wordt gezien, is dat DRM een krachtig stelsel van rechtshandhaving overbodig maakt. In een wereld waarin op grote schaal van DRM gebruik gemaakt wordt, hoeven consumenten niet door de rechthebbenden voor de rechter te worden gesleept, zoals de laatste tijd – vooral sinds de opmars van P2P – gebruikelijk lijkt te worden. In een interessant rapport van het Ministerie van Justitie ('Auteursrecht in de informatiemaatschappij – Bouwstenen voor een justitiestrategie', Tweede Kamer 2001-2002, 26 538, nr. 6) wordt op dit aspect de nadruk gelegd. De minister kiest impliciet voor een DRM-vriendelijk beleid, in de hoop dat daardoor het justitieel apparaat ontlast zal worden. In het verlengde hiervan ligt het argument dat grootschalige toepassing DRM de noodzaak van een sterk auteursrecht eveneens vermindert. Waarom zouden de rechthebbenden nog behoefte hebben aan auteursrecht als ze de nodige bescherming door de techniek zelf in handen hebben?

Een ander – vooralsnog voornamelijk theoretisch – voordeel is dat DRM prijsdiscriminatie mogelijk maakt, hetgeen tot lagere prijzen voor informatieproducten of -diensten kan leiden. Wie nauwelijks behoefte heeft aan kopieervrijheid betaalt weinig voor een sterk beveiligd exemplaar. Wie meer 'kopieerrechten' wenst, betaalt meer. Wie heel veel betaalt, verkrijgt een 'site license' met onbeperkte kopieervrijheid binnen een gedefinieerde 'site', een universiteit bijvoorbeeld.

DRM en heffingen

Een voordeel van DRM is ook dat auteursrechtelijke heffingen kunnen worden vermeden of uiteindelijk zelfs afgeschaft. In Nederland bestaat al meer dan tien jaar een systeem van heffingen op blanco dragers om rechthebbenden voor de schade ten gevolge van het (legale) privé-kopieren te compenseren. Volgens sommige commentatoren zou een vergelijkbaar stelsel voor peer-to-peer file sharing moeten worden ingevoerd, hetgeen zou impliceren dat file

sharing wordt gelegaliseerd. Deze plannen houden echter onvoldoende rekening met de opmars van DRM.

DRM en heffingen stammen uit twee verschillende werelden; het is het één of het ander. We kunnen niet 'DRM-en' en heffen tegelijk. In een systeem van heffingen mag de gebruiker ervan uitgaan dat hij in ruil voor de aan hem doorberekende heffing ook daadwerkelijk kan kopiëren; bij de toepassing van DRM is dat juist niet het geval. Rechthebbenden die van DRM gebruik maken én aanspraak maken op heffingen, eten van twee walletjes.

DRM gaat uit van individuele uitoefening van rechten; heffingen worden collectief geïnd. DRM is gebaseerd op exclusieve rechten; heffingen bestaan bij de gratie van een wettelijke licentie. In een DRM-systeem weerspiegelt de prijs (idealiter) de waarde van de informatie; bij heffingen is de relatie tussen prijs en waarde verbroken: de heffing is een vaste opslag op de kosten van de drager, die geheel losstaat van de inhoud van het gekopieerde werk. Bij DRM is het de consument die de rekening betaalt; bij heffingen betaalt de fabrikant of importeur van de belaste dragers (de heffing wordt natuurlijk wel doorberekend aan de consument). In het geval van DRM gaat het geld rechtstreeks naar de content-provider; de heffing gaat naar een rechtenorganisatie, zoals de Stichting De ThuisKopie.

Is dat 'verheffen' van het auteursrecht – het reduceren van het exclusieve recht tot een vergoedingsaanspraak – een goed plan? Het idee om dat voor P2P file-sharing te doen is afkomstig van Prof. Neil Netanel van UCLA; zie N.W. Netanel, 'Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing', Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 13, december 2003. Enkele andere wetenschappers zijn hem hierin gevolgd, waaronder recent ook Prof. Lessig. Volgens Netanel is de digitale geest voorgoed uit de fles. Tegen P2P is geen kruid meer gewassen; we kunnen maar beter legaliseren. Om de auteurs en rechthebbenden niet in de kou te laten staan, introduceren we een heffingensysteem. Een heffing op alle media die aan file-sharing op substantiële wijze bijdragen: blanco digitale dragers, harde schijven, PC's, ISP-abonnementen, P2P-software, enzovoorts. Hiervoor in de plaats krijgt de gebruiker het recht om voor niet-commerciële doeleinden auteursrechtelijk beschermde werken te 'sharen', en zonedig zelfs te bewerken ('rip and mix'). Ook het niet-commercieel webcasten en streamen worden in het voorstel van Netanel gelegaliseerd.

Netanel ziet goed in dat de kans bestaat dat rechthebbenden die niet gediend zijn van files sharen, gewoon DRM blijven toepassen. Legalisering met heffing zou dan geen effect sorteren; de gebruiker kan immers toch niet kopiëren. Dus is het sluitstuk van zijn voorstel heel consequent een verbod op de toepassing van DRM.

Recent heeft de Electronic Frontier Foundation (EFF) een voorstel gelanceerd dat gezien kan worden als een minder vergaande variant van het plan-Netanel: geen legalisering, maar een vrijwillige collectieve licentie, die P2P file sharing legaal zou moeten maken; zie http://www.eff.org/share/collective_lic_wp.php. Deze collectieve licentie zou moeten worden verleend door de rechthebbenden, maar of de platenfabrikanten daaraan mee willen werken is onwaarschijnlijk. In het voorstel van de EFF biedt een collectieve rechtenorganisatie aan alle P2P-gebruikers een collectieve licentie aan, die zij kunnen (maar niet hoeven) af te nemen. Gebruikers krijgen door betaling van een vast bedrag (bijv. \$5 per maand) het recht om legaal muziekbestanden te sharen. Sluiten ze geen licentie af, dan lopen ze net als nu het risico door de rechthebbenden in hun kraag gegrepen te worden. Volgens de EFF zou de licentie op verschillende manieren kunnen worden aangeboden: online via een website, gebundeld met

het abonnement op een ISP of als onderdeel van het universitaire collegegeld (want, zo weet de EFF, onder de studenten zitten de meeste P2P-gebruikers).

Voors en tegens van een P2P-heffing

Laten we de argumenten voor en tegen heffingen voor P2P eens op een rijtje zetten. Een duidelijk voordeel zijn de lage transactiekosten; over een licentie hoeft niet onderhandeld te worden. Hier staat tegenover dat het vaststellen van de hoogte van de heffing in de praktijk niet eenvoudig is, en bovendien zelden transparant gebeurt. Voordeel van een heffing: lage handhavingskosten – rechtszaken om het auteursrecht te handhaven hoeven niet meer gevoerd te worden. Nadeel: hoge administratiekosten – het incasseren en herverdelen van heffingen is een dure grap. Voordeel: iedereen betaalt dezelfde vergoeding. Nadeel: er is geen prijsdifferentiatie. Voordeel: solidariteit. Nadeel: de ‘goeden’ subsidiëren de ‘kwaden’.

Voorstanders hechten vooral belang aan het legaliseren van een grote en oncontroleerbare zwarte markt. Dit is dezelfde gedachte die aan het Nederlandse softdrugsbeleid ten grondslag heeft gelegen. Nadeel is dat de ontluikende ‘witte’ markt van legale online content-diensten (bijv. Apple's *iTunes*) wordt ondermijnd. Als straks iedereen mag file sharen, wie gaat dan nog investeren in een reguliere dienst?

Voorstanders wijzen er ook op dat ‘verheffing’ de toegankelijkheid van een groot aantal werken bevordert. Miljarden bestanden op de harde schijven van vele miljoenen file-sharers zijn ineens voor iedereen beschikbaar. Daar staat tegenover – we zagen het eerder – dat een systeem van heffingen de toepassing van DRM juist in de hand werkt. Daartegen helpt alleen het voorstel van Netanel: een verbod op de toepassing van DRM, en dat is weinig realistisch.

Een onmiskenbaar voordeel van een systeem van heffingen is dat de auteurs eindelijk (iets) betaald krijgen. Tot nu toe staan de auteurs bij alle discussies over P2P aan de zijlijn; het debat wordt gevoerd tussen de ‘contentindustrie’ (platenfabrikanten, filmproducenten, softwarefabrikanten) en de gebruikers. Aan de auteurs die al die ‘gesharede’ werken hebben gemaakt, wordt niets gevraagd. Hier staat tegenover dat de herverdeling van de heffing weinig transparant is. Komt dat geld wel bij de (juiste) auteurs terecht?

Er zijn nog meer bezwaren van meer algemene aard verbonden aan een ‘digitale’ heffing; zie P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *The Future of Levies in a Digital Environment*, Amsterdam: IViR 2003, <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>. Wie de geschiedenis van de heffing, die ooit in Duitsland is uitgevonden, er op na slaat ziet dat er altijd een relatie heeft bestaan tussen heffing en aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk. Fabrikanten van bandrecorders en kopieerapparaten werden aan een stelsel van heffingen onderworpen, omdat deze machines in de eerste plaats werden gebruikt om ermee auteursrechtelijke beschermde werken te kopiëren. Dat ‘primaire doel’ argument is in een digitale omgeving niet meer geldig. Een PC is geen ‘dedicated’ apparaat, maar een universele (‘Turing’) machine zonder ‘primaire doel’.

Een ander argument tegen een heffing op digitale media is dat veel gebruik nu al – zonder legalisering en heffing – zonder meer is toegestaan. Heel veel website-beheerders vinden het prima dat er van hun sites kopieën worden gemaakt en verspreid. Open Source Software en Creative Commons-werken mogen eveneens vrij worden gebruikt, mits de gebruikers ervan zich houden aan de regels van het spel c.q. de licentie. Bij betaaldiensten betaalt de gebruiker

gewoon voor het recht het werk te downloaden. Als daar een heffing bovenop zou komen (bijv. op de iPod, zoals recent in Finland is gebeurd), betaalt de consument in wezen dubbel. Daarnaast voorziet de wet in allerlei wettelijke beperkingen. Werken waarvan het auteursrecht is verjaard (70 jaar na de dood van de auteur) mogen vrij worden gereproduceerd. Bibliotheken, scholen en universiteiten kunnen zich beroepen op een scala van kopieervrijheden. Softwaregebruikers hebben het recht om back-ups te maken, enzovoorts. Heel veel digitaal kopiëren is, kortom, al gewoon toegestaan, zonder dat daar een heffing tegenover hoeft te staan.

Meer principieel is het bezwaar dat door het auteursrecht te vervangen door een heffing, het auteursrecht gedegradeerd wordt tot een soort cultuurbelasting. De auteur heeft de exploitatie van zijn werk niet langer meer in eigen hand, maar wordt afhankelijk van de uitkeringen die hem door de rechtenorganisaties worden toegekend. Het is de vraag of dat een wenselijke ontwikkeling is.

Ik sluit af met enkele gedachten over de toekomst van het auteursrecht. Is er wellicht toch nog enige reden voor optimisme? Ik meen van wel. Illegaal file sharen neemt af, althans volgens sommige recente rapporten. Legale online muziekdiensten zijn daarentegen sterk in opmars. Heel succesvol en lucratief is bijvoorbeeld de markt voor beltonen, die ondersteund door DRM – de gemiddelde gebruiker heeft dat niet door – worden aangeboden. De muziekdienst *iTunes*, die sinds kort ook in Nederland beschikbaar is, heeft al meer dan 100 miljoen legale downloads opgeleverd. De prijzen van muziek-CD's lijken eindelijk te dalen.

En tenslotte: DRM wordt sympathieker. Uit Japan kwam onlangs het bericht dat platenfabrikant Sony stopt met het toepassen van 'botte' kopieerbeveiliging, omdat de consumenten beveiligde CD's gewoon niet lusten. In plaats daarvan gaan wij de komende jaren sophisticated DRM-toepassingen zien, die wél rekening houden met de wensen van de consument en tegelijkertijd de auteursrechthebbenden de broodnodige bescherming bieden. DRM met een vriendelijk gezicht, dat is misschien wel de toekomst van het auteursrecht.