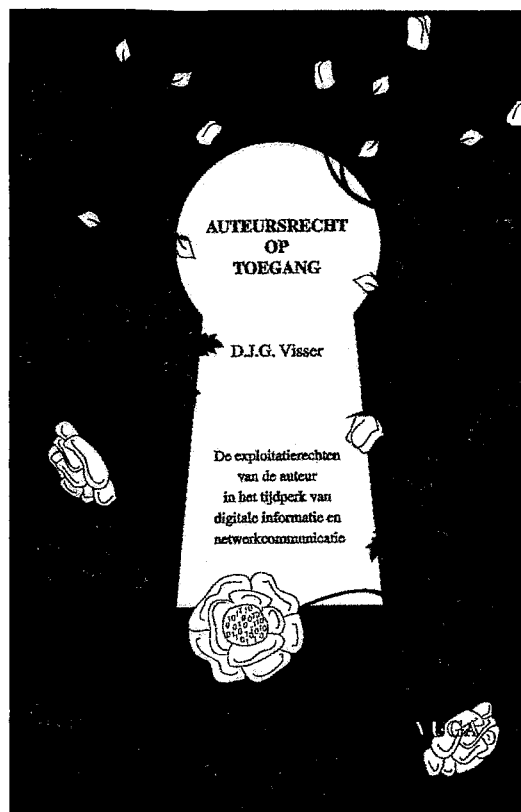


Zal de sleutel van Dirk Visser soelaas bieden?

In zijn proefschrift 'Auteursrecht op toegang' bepleit Dirk Visser om het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht van de auteur af te schaffen en te volstaan met één omvattend openbaarmakingsrecht. Of daarmee alle auteursrechtelijke haken en ogen van het digitale tijdperk zijn ondervangen, blijft echter de vraag.

Op 18 maart promoveerde Dirk Visser tot doctor in de rechtsgeleerdheid met zijn proefschrift *Auteursrecht op toegang* over de exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van de digitale informatie en netwerkcommunicatie. Visser biedt hiermee inspirerende ideeën over de werkbaarheid van het auteursrecht in het digitale tijdperk. Zo langzamerhand is daar immers de paniek aardig uitgebroken, omdat de technologische ontwikkelingen zo'n vlucht hebben genomen dat zij zowel praktisch als systematisch niet meer door het auteursrecht kunnen worden bijgebeend. De grootste kopzorgen veroorzaakt de elektronische kopie, en Vissers oplossing voor dit probleem is even prikkelend als parmantig: schaf het hele verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht van de auteur maar af en vervang het door een alomvattend openbaarmakingsrecht. In Vissers universum is er geen ruimte meer voor het reprorecht en de thuiskopie wanneer de auteursrechthebbende geen toegang tot zijn werk heeft verschaft, en is het afgelopen met de *document delivery* en het vrijelijk kunnen surfen en browsen. Dat lijken grote praktische gevolgen, maar het is nog zeer de vraag hoe groot. Het proefschrift lijkt vooral een poging het auteursrecht opnieuw te begrijpen en *digi-proof* te maken.

Piraterijproblemen Ooit vormde het verveelvoudigen, naast het openbaar maken, een ideaal aanknopingspunt voor het verbodsrecht van de auteur. Voorafgaand aan het verspreiden van de exemplaren, vormde de verveelvoudiging een eerste en noodzakelijke handeling die massaal en centraal plaatsvond. Het drukken was een kostbare aangelegenheid die alleen bij een aanzienlijke oplage aantrekkelijk was en daarmee voorbehouden aan professionele drukkers en uitgevers. Met de komst van het foto-, audio-



en later het videokopiëren werd het verveelvoudigen almaar simpeler en goedkoper. In het digitale tijdperk is de verveelvoudigingstechniek nog verder ontwikkeld. Het kopiëren verloopt nu razendsnel en zonder kwaliteitsverlies en vindt bovendien veelvuldig niet meer voorafgaand aan de kennisname van een werk plaats, maar valt er mee samen. Privacyschendingen en piraterijproblemen bij de uitoefening van het verbodsrecht op de verveelvoudiging leiden tot de veelvuldige verzuchting dat het auteursrecht in een crisis was geraakt.

Netwerk-denken Bij het netwerkdenken is de verveelvoudiging een lastige, praktisch en systematisch moeilijk hanteerbare sta-in-de-weg geworden. Het individueel kopiëren is door de versnippering (de veelheid van kopieerders) en de te respecteren privacy een oncontroleerbaar en daarmee niet afdwingbaar verbodsrecht geworden. Bij de thuiskopie (het voor eigen

gebruik opnemen op beeld- en geluid dragers) heeft men zich moeten behelpen met een forfaitaire heffing op de blanco drager. In het digitale tijdperk is een dergelijke heffing op een digitale informatiedrager (bijvoorbeeld een floppydisk, harde schijf of cd-i) ondenkbaar, omdat zo'n digitale informatiedrager — net zoals papier in het analoge tijdperk — voor zeer veel verschillende doeleinden wordt gebruikt. Anders gezegd: het verband met de auteursrechtelijk relevante handeling is veel te ver verwijderd om aan de drager een reële heffing te relateren.

Deze handhavings- en heffingsproblemen zijn in het digitale tijdperk nog eens aangevuld met de piraterijproblematiek die is ontstaan door de mogelijkheid eindeloos en razendsnel kwalitatief hoogwaardige kopieën te vervaardigen. Met name om deze

reden is volgens Visser ook het 'uitputtingsprincipe' niet meer toepasbaar in het digitale tijdperk. Uitputting is in onze tijd het nog zeer belangrijke auteursrechtelijke principe dat het doorverkopen van een exemplaar van een werk dat rechtmatig, dat wil zeggen door of met toestemming van de auteursrechthebbende in het verkeer is gebracht, niet met een beroep op dat auteursrecht kan worden tegengehouden. Een dergelijk principe is slechts hanteerbaar wanneer het betreffende exemplaar te onderscheiden is van onrechtmatig vervaardigde kopieën en het ook de facto gaat om de verspreiding van dit oorspronkelijke exemplaar. Dat nu is in overweldigende mate niet meer het geval.

Systematische sores De laatste — en misschien wel belangrijkste — reden waarom het verveelvoudigingsrecht zo onbruikbaar is geworden in het netwerkdenken, betreft de systematische sores die hiervoor zijn ontstaan. De problemen werden zo'n tien jaar geleden al duidelijk bij computerprogramma's. Bij het gebruik van software worden namelijk onvermijdelijk — soms zeer kortstondige — verveelvoudigingen gemaakt. Denk bijvoorbeeld aan het laden van het programma van een vaste drager naar het werkgeheugen van de computer. Wanneer men deze technische verveelvoudigingshandelingen ook als auteursrechtelijk relevante verveelvoudigingen kwalificeert, dringt het auteursrecht door in het domein van de gebruikshandelingen die te allen tijde vrij moeten zijn van auteursrechaanspraken. Denk maar aan het lenen, lezen, kopen, etc. — gebruikshandelingen waarop het auteursrecht als zodanig niet van toepassing behoort te zijn. De *licence to read* is een, ook door Visser geroemde, bekende ongerijmdheid. Het probleem van de verveelvoudiging bij het gebruik van software is bij de netwerkcommunicatie nog sprekender geworden. Ook bij individuele communicatie op het netwerk vinden namelijk talloze soms kortstondige, soms langduriger verveelvoudigingen plaats. Denk bijvoorbeeld aan het opslaan van een bericht in de mailbox. Op het netwerk vindt daarnaast echter ook nog (uiteraard) publieke communicatie plaats, waarbij onvermijdelijk verveelvoudiging plaatsvindt. In die gevallen is er nog een bijkomend systematisch probleem, doordat het ene auteursrechtelijke verbodsrecht op de verveelvoudiging samenvalt met het andere auteursrechtelijke verbodsrecht op de openbaarmaking. Dit levert dan weer

voor de hand liggende systematische problemen op met betrekking tot bijvoorbeeld in de wet genoemde uitzonderingen, zoals de verveelvoudiging voor eigen gebruik en de openbaarmaking in besloten kring, die ertoe kunnen leiden dat krachtens de ene uitzondering de handeling vrij is van auteursrechtelijke aanspraken, terwijl, bij gebreke van toepasselijkheid van de andere uitzondering, dezelfde handeling dan toch weer wel onder het verbodsrecht valt.

Vrij voor consumptie Visser propageert in zijn proefschrift de afschaffing van het verveelvoudigingsrecht als zelfstandig exploitatierecht van de auteur. Als belangrijkste consequentie van deze ingreep voor de theorie en praktijk ziet Visser dat het auteursrecht dan alle consumptieve gebruikshandelingen weer vrijlaat. Hij betoogt dat de uiteindelijke waarde van een auteursrechtelijk beschermd werk is gelegen in de consumptie ervan: het genot of gebruik van het werk. De exploitatierechten van de auteur (het verveelvoudigen

Een benadering
waarbij over de definitie
van openbaarheid
niet al te kneuterig
wordt gedaan.

en openbaarmaken) hebben betrekking op handelingen die een voorbereiding voor deze uiteindelijke consumptie van het werk vormen. Een gemeenschappelijk kenmerk van deze auteursrechtelijk beschermde exploitatiehandelingen is dat zij leiden tot een 'calculeerbare gebruikstoename' oftewel een toename in consumptie.

Daar nu ligt de sleutel van de oplossing van Visser: dat er kan worden volstaan met één omvattend openbaarmakingsrecht. Hij definieert dit recht als iedere activiteit waarbij aan een publiek de mogelijkheid wordt geboden op een of andere manier van het werk kennis te nemen. Voorbeelden die Visser noemt zijn verkopen, verhuren of uitlenen, vertonen, ten gehore brengen, tentoonstellen, uitvoeren, uitzenden (via ether, kabel of satelliet) en in een netwerk

of (anderszins) online beschikbaar stellen. Hij onderscheidt vier categorieën openbaarmakingshandelingen:

1. het verspreiden (kennisname door het publiek van exemplaren van een werk die worden verplaatst);
2. het tentoonstellen (kennisname door het publiek van exemplaren die niet worden verplaatst);
3. het uitvoeren (kennisname door het publiek dat zich bij elkaar bevindt, zonder dat exemplaren een rol spelen);
4. het uitzenden (kennisname door het publiek dat zich niet bij elkaar bevindt, waarbij exemplaren evenmin een rol spelen).

Deze vier categorieën, die voortkomen uit de traditionele vormen van openbaarmaken, lenen zich volgens Visser ook prima voor de toepassingen in het digitale tijdperk. Het online beschikbaar stellen van informatie is in feite een vorm van uitzenden waarbij het signaal in plaats van ineens aan het hele publiek (point to multi-point) van punt tot punt wordt verzonden. Dat je in zo'n geval toch spreekt van een openbaarmaking, terwijl er immers sprake zou kunnen zijn van een individuele communicatie, kan langs verschillende wegen worden geconstrueerd. Te denken valt aan het optellen van de individuen aan wie het signaal werd verzonden (de cumulatieve openbaarheid), of aan het feit dat aan de verzending naar één punt het openbare aanbod c.q. het openbaar ter beschikking stellen voorafging.

Browsen en surfen Wanneer nu bij het online ter beschikking stellen van informatie deze informatie ook wordt gedownload, dan is deze elektronische 'verplaatsing' van een exemplaar heel goed onder te brengen bij de eerste openbaarmakingscategorie: het verspreiden. Aldus blijkt dat bij een nadere beschouwing van het openbaarmakingsrecht en een benadering waarbij over de definitie van de openbaarheid niet al te kneuterig wordt gedaan, het belang van de verveelvoudigingshandeling aanmerkelijk wordt teruggedrongen. Waarom immers de vervaardiging van verveelvoudigingen verbieden, wanneer deze niet zonder toestemming van de auteursrechthebbende mogen worden verspreid. Sterker nog, door het openbaarmakingsaspect centraal te stellen, ontstaan er soms nieuwe en bevredigender inzichten.

Denk bijvoorbeeld aan de *document delivery*. Bibliotheken legitimeren deze vorm van dienstverlening waarbij in op- ▶

▶ dracht van een derde voor eigen gebruik documenten worden gekopieerd en verzonden met een verwijzing naar artikel 16b lid 1 Auteurswet. Deze bepaling laat het verveelvoudigen voor eigen gebruik (door de gebruiker zelf of door een derde) vrij. Veel meer dan deze verwijzing naar de auteursrechtelijke uitzonderingsbepaling van de verveelvoudiging voor eigen gebruik, sluit deze dienst immers aan bij het openbaar-makingsbegrip waarbij een werk voor publiek toegankelijk wordt gemaakt door verplaatsing van een exemplaar (het verspreiden). Ook wordt door de analyse van Visser helder waarom het browsen en surfen op Internet niet zomaar vrij is c.q. gelijk moet worden gesteld met het vrijelijk mogen bladeren in bibliotheek of boekhandel. Visser laat zien dat het elektronisch bladeren pas mag wanneer de auteursrechthebbende het betreffende werk voor het publiek toegankelijk maakt. Dit toegankelijk maken lijkt, bij een vergelijking met initiële exemplaren van het werk, het meest op het tentoonstellen, maar bij een nauwkeuriger beschouwing vertoont het meer overeenkomsten met de uitzending (de point-to-point-transmissie) zoals hierboven aangegeven, aangezien de bestudeerde informatie over het netwerk wordt verzonden.

Het proefschrift van Visser ontleent zijn waarde uiteraard aan het creëren van een beter begrip omtrent de toepasbaarheid van het auteursrecht in de digitale omgeving. Zijn daartoe noodzakelijke analyse van de traditionele exploitatiehandelingen en de bijbehorende wettelijke uitzonderingen en beperkingen is echter minstens zo informatief en soms ook verrassend. Hoe zit het bijvoorbeeld met het bladeren in een boek in boekwinkel of bibliotheek — het elektronische browsen. Daar gaat het om het toegankelijk maken van een exemplaar van het werk voor het publiek ter plaatse. Blijkens de derde categorie behoort deze handeling tot aan de auteursrechthebbende voorbehouden openbaar-makingsrechten. In artikel 23 Auteurswet is evenwel een zogenoemde tentoonstellingsexceptie opgenomen, die bepaalt dat de eigenaar van 'een teken-, schilder-, bouw- of beeldhouwwerk of van een werk van toegepaste kunst gerechtigd is dat werk zonder toestemming van de auteursrechthebbende in het openbaar tentoon te stellen of, met het oogmerk het te verkopen, in een catalogus te verveelvoudigen'. Grappig genoeg geldt deze bepaling dus niet voor werken van letterkunde. Bij een strikte toepassing van

de tentoonstellingsexceptie zou de boekhandelaar bijgevolg zijn boeken niet tentoon mogen stellen. Het zijn dergelijke waarnemingen die de studie alleszins interessant maken.

Nieuwe problemen Is nu de vondst van Visser om het verveelvoudigingsrecht af te schaffen geslaagd? Het is vooral nog de vraag of afschaffing het gewenste soelaas biedt en of er niet nieuwe problemen door worden gecreëerd. Visser ziet zelf al dat op een van de belangrijkste gebieden, het gebruik van software, de problemen niet worden opgelost door de afschaffing van het verveelvoudigingsrecht. Om die reden propageert hij een apart gebruiksrecht voor software. Hij realiseert zich ook dat afschaffing van het verveelvoudigingsrecht de strijd tegen traditionele piraterij

Bij strikte toepassing van de tentoonstellingsexceptie zou de boekhandelaar zijn boeken niet tentoon mogen stellen.

ernstig zou bemoeilijken. Wanneer immers niet reeds de vervaardiging van exemplaren ongeoorloofd zou zijn, wordt het onmogelijk om piraterij reeds in de productiefase door middel van beslagen en dergelijke aan te pakken. Visser pleit er daarom voor de verveelvoudiging als voorbereidingshandeling voor het openbaar-maken nog wel als auteursrechtelijk verbodsrecht te erkennen. Het zou dan gaan om het kunnen verbieden van verveelvoudigingen die uitsluitend plaatsvinden met het doel tot verspreiding van exemplaren over te gaan.

Wanneer je die suggestie leest, vraag je je af of daarmee het verveelvoudigingsrecht niet weer via de achterdeur is teruggekeerd. Dient immers niet elke relevante verveelvoudiging als voorbereiding voor de verspreiding van het exemplaar, tenzij er sprake is van de verveelvoudiging voor eigen gebruik? En dat eigen gebruik was immers (zij het wat beperkter gedefinieerd) reeds onder het huidige auteursrecht uitgezonderd van het verbodsrecht. Het is dus

de vraag hoeveel er nu precies verandert door de introductie van het gebruiksrecht voor software en de comeback van het verveelvoudigingsrecht als voorbereidingshandeling. De vraag is dan of niet een herdefiniëring van het verveelvoudigingsrecht in plaats van de afschaffing ervan een meer voor de hand liggende ingreep is om het auteursrecht digi-proof te maken.

De afschaffing brengt namelijk ook nog een belangrijk praktisch exploitatieprobleem met zich mee. Afschaffing van de auteursrechtelijke aanspraak op het verveelvoudigen betekent dat de rechthebbende reeds bij de openbaarmaking de (omvang van) verveelvoudiging moet incalculeren en afrekenen. Dit maakt de exploitatie van het werk er uiteraard niet eenvoudiger op. Men zit dan immers met het probleem dat enerzijds de omvang van het gebruik nog onzeker is en daarnaast het toestemmings-/betaalmoment wordt geconcentreerd op één punt. Visser ziet hier geen probleem; hij verwijst naar een oude theorie van professor J.H. Spoor volgens wie de vastlegging van radio- en televisieuitzendingen op audio- en videocassettes niet meer is dan een intensivering van het gebruik, die voorzienbaar is bij het initiële openbaar-maken en daarom ook op dat moment kan worden ingecalculeerd in de te bedingen vergoeding. Dat is een opzet die naar mijn idee niet werkt, net zo min bij de radio- en televisieuitzendingen als bij bijvoorbeeld het downloaden na de raadpleging van een online databank. Het (gecreëerde) probleem zal in veel gevallen wellicht opgelost kunnen worden door de betaling en hoogte van de initiële vergoeding te koppelen aan het daadwerkelijke gebruik, maar daarmee wordt weer een contractueel lapmiddel ingevoerd, dat anders niet nodig was geweest.

MARCEL DE ZWAAN

De auteur is advocaat bij Houthoff te Amsterdam

Auteursrecht op toegang — De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie en netwerkcommunicatie, VUGA, 90 5250 508 x, f 75,-