

# Fouteursrecht als zondebok voor innovatie, en andere vermoeiende mythen

Een auteursrechtelijke column

*Hoe veranderen de tijden! Ooit was de literaire en artistieke eigendom de Vaslav Nijinsky van de rechtswetenschap, zich gewichtloos verlustigend in de eigen balletsprongen hoog boven de gapende adoratie van het maatschappelijk draagvlak. Het idool van weleer verviel in twee decennia tot een verschoppeling.<sup>1</sup>*

**A.A. Quaedvlieg**  
Prof. mr. A.A. Quaedvlieg is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder handels- en economisch recht, industriële eigendom en auteursrecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Het auteursrecht zit economische kansen in de weg, het zit ondernemende bibliotheken en musea in de weg, het zit met zijn juridische ruis peer-to-peerende privé-personen in de weg, het zit naar het heet nu ook al zichzelf uitende kunstenaars in de weg. Het auteursrecht drijft ondernemers tot razernij. Het auteursrecht is steen des aanstoots voor academici en opiniemakers die roepen dat het innovatie afremt. Als het auteursrecht al niet als booswicht<sup>2</sup> geldt, geldt het als patiënt.<sup>3</sup>

En een die heet te lijden aan ernstige kwalen! In de oploop van geneesheren aan het ziekbed van de patiënt – opiniemakers, filosofen, politici en specialisten – constateert de een juridische schizofrenie,<sup>4</sup> de ander economische obesitas.<sup>5</sup> Velen adviseren dwangopname bij de plastische chirurg van een regelgevende kliniek. Daar wordt een kolossale liposuctie ingezet. Het snijmes moet dansen, de afzuigmonden slobberen! Ontdaan van al zijn weelderig spek, kan het verjongde auteursrecht dan met verende tred en straffe tonus terug de samenleving in om de 'kick off' te verrichten voor een gouden eeuw van innovatie.

De kritiek wordt dikwijls ontvangen met een zekere meegaandheid. Het is tijd om het eens over een andere boeg te gooien: er zit in alle modieuze tirades tegen het auteursrecht ook een grote portie juridische wartaal en romantische onzin.

## Illusie I. Auteursrecht als instrument voor herverdeling

Het auteursrecht verschaft een statuut voor de doelmatige ordening van de mededinging in de informatiesector in brede zin. Het hele auteursrecht gaat dus uit van de vooronderstelling dat er een vrije markt is voor de productie en verspreiding van deze informatie. Zonder het door het exclusieve recht van het auteursrecht zal marktgewijze informatieproductie in veel gevallen niet meer de moeite waard zal zijn. In overeenstemming met dat uitgangspunt verschaft het statuut op de allereerste plaats de op de vrije markt noodzakelijke investeringsbescherming.

Men mag van het auteursrecht natuurlijk best eisen dat het andere doeleinden voorop stelt dan de levensvatbaarheid van de sector, bijvoorbeeld maximale spreiding van informatiewelvaart, maar dan is het helder om voorop te stellen dat men vertrouwen heeft dat informatie en innovatie er vanzelf wel blijven komen, of dat men in ieder geval blijmoedig het risico wil lopen dat de ondernemingssector die thans de basis daarvoor verschaft desintegreert. Maar zolang men die consequentie *niet* wil aanvaarden, omdat ondernemingsgewijze productie van informatie nodig blijft en niet vervangen kan worden door overheidsvoorzieningen en amateursactiviteit, kan auteursrecht op de eerste plaats alleen maar handelsrecht zijn en is een gezonde

1 Over de oorzaken van het afnemend draagvlak schreef ik uitgebreid in AMI 1998, p. 53 e.v.; de daar weergegeven opvattingen zullen hier nog slechts gedeeltelijk en samenvattend worden hernomen.

2 Aldus de antiglobalisten, internet pioniers en andere spontane gevoelsmensen.

3 Het favoriete standpunt van hoger opgeleiden.

4 'Het schizofreen auteursrecht wil innovatie stimuleren door toegang tot de

daarvoor noodzakelijke informatie te belemmeren'.

5 'Het auteursrecht schept winstmogelijkheden die in groeske wanverhouding staan tot een slank model van terug te verdienen investeringen; het begunstigt de zwaarlijvigheid van gevestigde houders van rechtenportefeuilles ten opzichte van creatieve nieuwkomers; het maakt dat de informatie economie bedachtzaam voortschrijdt in plaats van flitsend voortsprint.'

mededingingsbasis voor de sector de eerste zorg van het auteursrecht. Het volgende vloeit daaruit voort.

### *Intellectuele eigendom groeit met de informatie-economie*

De kritieken die ieder uitdijen van het auteursrecht al *a priori* verketteren miskennen de aard van het auteursrecht als handelsrecht. De afgelopen halve eeuw is de economie getransformeerd tot een uiterst gesofisticeerde informatie-economie. Informatie zuigt kolossale investeringen aan en is domweg waardevoller geworden. Het is onvermijdelijk dat de regels mee evolveren en dat delen van het eertijds vrije veld onderwerp van het recht worden, omdat ze onderwerp van de mededinging zijn geworden. Het auteursrecht is in zoverre vervlochten met condities waar het weinig aan kan veranderen.

### *Het Internet Luilekkerland*

In zijn prille jaren leek het ontluikend internet een onbegrensd rijk van geestelijke commons te ontsluiten, onttrokken aan de zwaartekracht van wetten, materie en maatschappelijke bemoeizucht. De commune van de jaren zeventig werd digitaal herboren als *'cyberspace community'*.

Steeds onverbiddeijker in het nauw gebracht door de kreeftenscharen van wetten, recht en politiek is de droom van de digitale vrijstaat alweer vervlogen. Slechts een laatste fort verdedigt zich nog: het entertainment communisme. De publieke goodwill is breed. Zoals Visser in het vorige nummer al aangaf, menen velen dat de industrie zich jarenlang met schaaamteloze gulzigheid bediend heeft uit de ruif van het auteursrecht.<sup>6</sup> De opstand van de gebruikers brengt in die visie slechts een stuk rechtvaardige herverdeling: het woordje *'sharen'* is niet van ideologie gespeend. Het auteursrecht komt deze aangename utopie verstoren, en dat veroorzaakt auteursrecht aversie. Maar ook hier geldt dat men niet tegelijk kan profiteren van de vruchten van de markt maar de wetten ervan negeren.

### *Botsende rechtsintuities: handel en privé*

Auteursrecht betreft dus de handel. Maar door de ontwikkeling van de digitale techniek zijn handel en privé sfeer niet meer altijd scherp te scheiden. Privé-personen hebben de mogelijkheid gekregen tot grootschalige productie (verveelvoudiging) en distributie van kopieën van hoge kwaliteit. Waar die mogelijkheid benut wordt, zoals bij *'file sharing'*, ervaart de handel dat terecht als stropen in haar revier. De privé-persoon daarentegen beroept zich op de vrijheid om in eigen huiskamer met eigen apparatuur op te kunnen participeren in een eigentijdse leefwijze. Daarbij hoort naar 21<sup>e</sup> eeuws rechtsbewustzijn de vrijheid om digitale informatie in beeld en geluid uit te wisselen, op

dezelfde wijze waarop men vroeger een boek uitleende of daarin inzage verschaftte.

Dit voert tot een botsing tussen twee fundamentele en complementaire rechtsintuities: (1) de aanspraak op een exclusief recht in het handelsverkeer en (2) de aanspraak op eerbiediging van de privé-sfeer. Als twee reusachtige tektonische platen botsen handels- en privé-sfeer op elkaar, beide bezield met een juridische oerdrift die niet van wijken weet. Waar zal het evenwicht ongeveer intreden? De handelsrechtelijke logica van het auteursrecht brengt mee dat het nooit zal aanvaarden dat (cumulatieve) privé-activiteit de levensvatbaarheid ondergraaft van de vrije ondernemingswijze informatieproductie. Maar de bescherming van de privé-sfeer, even eerbiedwaardig, zal bijzonder taai weerstand bieden vanaf het punt waar de verspreiding werkelijk beperkt blijft tot de eigen familie- en vriendenkring en hun doorsnee absorptiecapaciteit. Daarnaast brengt de tijdgeest mee dat digitale uitwisseling van informatie een even integrerend deel van het bestaan geworden is als brood, roddel en voetbal. Er blijven dus zeer ingewikkelde horden te nemen. Maar een beter uitgangspunt dan de klassieke waterscheiding tussen handel en privé lijkt niet aanstonds beschikbaar.

## **Illusie II. Maakbaarheid van informatiewaart**

### *De aan het auteursrecht opgedrongen roeping van innovatiemotor*

De laatste decennia is steeds meer de nadruk komen te liggen op een fundering van het auteursrecht in het nut, in het bijzonder in het oogmerk de innovatie te stimuleren. Innovatie is de mantra geworden van de auteursrechtanalyse. Waar men maar komt, overal wordt het weer bevestigd en herhaald en met fermheid geponeerd, alles met de bezieling die het privilege is van de tijdgeest.

### *Maakbaarheid door bescherming: een illusie*

Auteursrecht heeft zich vaak ontwikkeld als een *'streetwise'* stukje handelsrecht. Voor de wetgever kan dat voordelen hebben. Hij kan op een gegeven moment ordenen en fatsoeneren wat in de praktijk al is voorgekookt. Bescheiden wetgevers kunnen zo hinderlagen vermijden.

De Europese wetgever bezat deze bescheidenheid niet. Gedreven door politieke ambities wenste hij zich roem te vergaren voorbij de horizon der praktijk. Het digitale auteursrecht werd het kanaal ingejaagd van visionaire ambtelijke handleidingen. Een privaatrechtelijk rechtsgebied, dat tot 1990 een mengeling van ontzag en vertede-

<sup>6</sup> D.J.G. Visser, 'De intellectuele eigendom van het grootkapitaal', AMI 2010/1, p. 1-2.

ring inboezemde, stommelde nu opeens het podium op als een kale beleidsrobot, die met enorm geraas de plank maar bleef misslaan. In snelle opeenvolging stapelden zich het mijnenveld van het softwarerecht, de doolhof van de databankenrichtlijn, het Corsicaanse struikgewas der duurverlenging, het rollend scheepsdek van het DRM-regime en andere ongelukken op.

De richtlijnen zetten een loodzwaar beschermingsharnas neer, in een kinderlijk optimisme dat meer bescherming meer informatiewelvaart zou brengen. Zo denderden dan de Brusselse richtlijnriders, begeleid door een ketelmuziek van galmende consideransen, de diepe veenpoelen der nationale rechtssystemen in, waarna eerst gespartel en daarna zwijgen intrad. Af en toe zeult nu een plaatselijke rechter een uit procedureel slib opgediepte helm of schouderstuk naar het HvJEU, om te informeren op welk lichaamsdeel deze hulpstukken moeten passen. De Luxemburgse ateliers borduren er dan groteske *Softwarova* variaties op.<sup>7</sup>

### *Maakbaarheid door informatievrijheid: nog een illusie*

Terwijl de Europese Commissie informatiewelvaart najaagt via maximum bescherming prijst het andere eind van het spectrum, de maatschappelijke kritiek, het tegendeel aan als de enige weg tot hetzelfde doel. Hef het auteursrecht op óf breng het terug tot minimale proporties; *vrije* toegang tot informatie schept de beste voorwaarden voor vernieuwing en vooruitgang. In kringen die liefst leunen op het werk van anderen hoort men dit graag. Een systeem dat onereus is om redenen van eigenbelang, valt het verwijt aan te smeren dat het contraproductief is en het maatschappelijk belang schaadt. Hoera! Overal waar het exclusief recht een neen verkoopt, kan nu een afgewezen koopman kermen dat de innovatie gefrustreerd wordt.

Een betreuwenswaardig trekje van de auteursrechtscepsis is haar neiging om de prestatie van de auteur te relativiseren. Die rechtvaardigt geen overdreven verwennerij met exclusiviteit, meent de scepsis. De auteur doet immers niets anders dan het voortbouwen op het immense informatie erfgoed van de hele mensheid, waaruit hij naar hartelust mag snoepen; hij moet dus niet kinderachtig doen als anderen ook eens bij hem komen lenen. Steevast volgt dan triomfantelijk het *mot* van Newton: 'Wij zijn allen slechts dwergen op de schouders van reuzen'. De man die de zwaartekracht doorgrondde, ontmaskerde ook de lichtgewichten!

Helaas, de context van de anecdote onthult het tegendeel. Isaac Newton parafraseerde met bijtende spot een onbenulige collega die er prat op ging dat zijn ontzaglijke inzichten de reus waren waarop Newton de dwerggewassen van zijn eigen theorieën geënt had. Het blijft ook nu natuurlijk iedereen vrijstaan om Newton halsstarrig als een dwerg te beschouwen, maar zijn eigen illustere steun gaf hij daaraan dus niet. Ook voor auteurs geldt dat zij niet per definitie

dwergen zijn. Shakespeare en Kafka associeer ik niet met een creatieve dwerg; bij Picasso en Mondriaan wil dat ook al niet lukken. Zeker, zeker, de meerderheid van de auteurs zijn wel degelijk dwergen, zij zijn zelfs kabouters, zij zijn nietiger dan vliegen, zij zijn microscopische organismen die poepen op het weelderig rif van het cultureel erfgoed! Slechts een partikel van de berg van alle werken is geen dwergenwerk. Maar het is uitgerekend dit partikel dat het publiek aanbidt. Het is dit deel waar een groot deel van de uitgeverij en de industrie op drijft, maar dat blootstaat aan het grootste deel van de inbreuken. En wat al die andere werken betreft: al beschouwde men ze als louter arbeid, laat de rest van de mensheid zich soms niet betalen voor zijn arbeid?

### *Het innovatie argument: de allergrootste illusie*

Niets lijkt de huidige beoefenaars van het auteursrecht zo te biologeren als de slogan dat het auteursrecht tot opdracht heeft om informatiewelvaart te scheppen, maar niets bevat zoveel zinledige retoriek als die slogan. Men kan er van maken wat men wil: een argument voor meer auteursrecht, een argument voor minder auteursrecht. Niemand weet wat men er *eigenlijk* mee wil: zelfs de toch zeer voor de hand liggende vervolgvraag, of het auteursrecht nu echt kwalitatieve innovatie beoogt of toch eerder voorwaarden schept voor (kwantitatieve) diversiteit, wordt ongeveer nooit gesteld! Een effect van hoofdzakelijk kwantitatieve innovatie (meer aanbod van in wezen hetzelfde) is natuurlijk heel prettig voor de samenleving: kunnen kiezen is altijd fijn. Maar als het daarbij blijft, doet dat na de ronkende dithyramben van de innovatie epiek toch ietwat pover aan. Ten aanzien van kwalitatieve innovatie doet zich een hele kluwen van vragen voor, bijvoorbeeld of de wetgever zich wel moet begeven in het stimuleren van wat hijzelf als kwaliteit aanmerkt, en of auteursrechtbeleid als culturele kwaliteitsimpuls niet überhaupt een farce is. Echte innovatie kun je niet commanderen met auteursrecht; die ontstaat uit andere bronnen.

Ook aan het huidige recht zou in feite reeds ten grondslag liggen het stimuleren van de '*progress of science and the arts*'. Maar ik herken daar eigenlijk niets van in de wet. Daaruit ademt eerder een veel bescheidener opstelling: de zorg, de kansen voor informatiewelvaart niet onnodig te bederven. De wet creëert een veilig basisregime voor de informatie industrie, en boort daarin vervolgens weer gaten om de stroom van het maatschappelijk debat, nieuwsvoorziening, wetenschap en onderwijs en andere open te houden, alles op vrij pragmatische basis. Evenwichtskunst en het niet hinderen van innovatie is veel meer het devies van de geldende wet dan het ambitieuze (en pretentieuze) stimuleren van innovatie.

Niettemin heeft het auteursrecht zich de stimuleringsmythe graag laten aanpraten: wie wil niet staan in de glans

<sup>7</sup> Zie BIE 2011, nr. 21 met mijn noot op p. 64.

van het dynamisch vooruitgangsavontuur? Maar voor wie in diepste kern moet weten dat hij slechts een simpel verbodsrecht is, is dat fatale ijdelheid: ieder *nee* dat uit die kern opwelt, is nu een misdadig tegen de vooruitgang, die jij juist zou moeten dienen. Zo wordt het opgedrongen stimuleringsideaal de achilleshiel van het auteursrecht.

### III. Helderheid van recht.<sup>8</sup> Hopelijk geen illusie.

#### *Economisch recht en vertrouwen in het handelsverkeer*

Auteursrecht is economisch recht. Het ordent verhoudingen in handel en bedrijf, in het bijzonder de mededinging in de informatiebranche. Aldus worden uitgangskondities geboden voor een gezond en dynamisch bedrijfskader dat op innovatie concurreert.

Helderheid is voor een handelsrechtelijk kader cruciaal. Handel en bedrijf hebben op de eerste plaats behoefte aan duidelijkheid, stabiliteit en betrouwbaarheid. Ons burgerlijk recht is tot in de haarvaten doortrokken van het spierverlappende beginsel van redelijkheid en billijkheid. Het bewustzijn, hoe belangrijk de voorspelbaarheid van een rechtsregel kan zijn, is daardoor wellicht teveel op de achtergrond geraakt. Maar voor de praktijk van het handelsrecht is helderheid onmisbaar. Men kan dikwijls zelfs beter leven met een hinderlijke of onterechte regel dan met wispelturig en onvoorspelbaar recht. Billijke wendingen kunnen onbillijk uitwerken voor iemand die daardoor volledig overvallen wordt.

De betrouwbaarheid van het juridisch platform is zo belangrijk dat het ook binnen het innovatiedenken veel meer aandacht zou moeten krijgen. Het indirecte stimulerings-effect van heldere regels op innovatie en informatiewelvaart wordt systematisch genegeerd of onderschat. Maar een sector die juridisch op vaste grond staat kan zich economisch hogere risico's veroorloven. Juist primaire, kwalitatief hoogwaardig innoverende informatieproductie brengt dergelijke risico's mee. Als hoogdravende innovatie-idealen, hoe nobel ook, die risico's vergroten door op juridisch vlak aan flexibiliteit en casuïstiek voorrang te verlenen boven betrouwbaarheid van regels, kan dit resulteren in effecten die contrair zijn aan wat men wil bereiken. De ondernemers die het meest vernieuwen, ontwikkelen hoogwaardig informatie aanbod. Maar uitgerekend bij hoogwaardig informatie aanbod zal de rechter geneigd zijn te oordelen dat het zo snel en volledig mogelijk ten goede moet komen aan de hele mensheid. Dat maakt commerci-

eel riskante investeringen ook nog eens juridisch riskant. Men stimuleert in wezen epigonen en straft de bronindustrie van primaire innovatie. Wil men dat?

Helaas is auteursrecht toch al te veel een troebel rechtsgebied geworden. Dat valt op tal van punten te constateren. Ondoorzichtigheid doordrenkt in toenemende mate het werkbegrip. Intransparantie explodeert ook als een algenplaag op het gebied van de exploitatierechten. Een sprinkhanenwolk van vraagtekens trekt samen boven de collectieve uitoefening en de controle daarop. Wat de uitzonderingen op het auteursrecht betreft, deze hebben onvermijdelijk voor een deel het karakter van softe normen en de relatieve vaagheid die daaraan eigen is. Maar voor een deel zijn zij toch ook vrij nuchter en concreet geformuleerd. Voor de praktijk is dat belangrijk, omdat de uitzonderingen in belangrijke mate bepalen wat het auteursrecht concreet betekent. Om dit concrete en nuchtere karakter te bewaken, zou men terughoudend moeten zijn om dat wat er is aan scherpte van contouren, weer in de week te leggen van algemene leerstukken. Niets, zo heeft ervaring ons geleerd, drijft redelijke mensen zo tot woede als een computer waarvan de acties onvoorspelbaar en ondoorgrondelijk zijn. Het auteursrecht moet waken, niet zo een computer te worden.

### Conclusie

Het auteursrecht is niet de hoofdoorzaak van de crisis in het auteursrecht; dat is de technische en economische ontwikkeling. Auteursrecht kan daarop slechts een sober antwoord bieden. Het beschermt arbeid en investeringen door een ordening, die op de allereerste plaats helderheid en betrouwbaarheid moet verschaffen. Het richten van de focus op de beproefde, diepere uitgangspunten kan daarbij steun bieden. De belangen van de dag, hoe dringend ook voorgesteld, horen in de zenuweinden van het auteursrecht, bij de interpretatie van de exploitatierechten, de uitzonderingen, de softe normen. Wie de wortelstructuur wil verleggen schaadt echter de stabiliteit van de boom.

Teveel nadruk op maakbare informatiewelvaart is fout, alleen al omdat de mechanismen die werkelijk tot informatiewelvaart leiden nog veel te duister zijn en de concrete implicaties van allerlei keuzen in feite verregaand onvoorzienbaar. Maar wat men wel kan nastreven is duidelijkheid en betrouwbaarheid van de regels. Een juridisch platform dat de branche houvast geeft, biedt de beste stimulans voor vernieuwing.

<sup>8</sup> Zie de fraaie bijdrage van Marie-Christine Janssens, 'Transparantie in het auteursrecht: een brug te ver?', AMI 2004/6, p. 205-213.