



Hoe informatie te beschermen?

Auteur(s):

Arkenhout, E.J.
Dijk, F., van
Wijck, P.W., van

Arkenhout is verbonden aan het ministerie van Justitie, Van Dijk aan de Raad voor de Rechtspraak. Van Wijck is werkzaam bij het ministerie van Justitie en de Universiteit Leiden.

Verschenen in:

ESB, 87e jaargang, nr. 4362, pagina 407, 24 mei 2002

Rubriek:**Trefwoord(en):**

auteursrecht

Technische mogelijkheden om toegang tot informatie te reguleren nemen toe. Een nieuw evenwicht is nodig tussen het beschermen van makers en gebruikers van informatiegoederen.

Informatie heeft een aantal kenmerken die tot marktfalen kunnen leiden¹. Ten eerste is het gebruik van informatie niet of in beperkte mate rivaliserend: informatie kan op meerdere informatiedragers worden opgeslagen, zonder dat daarmee afbreuk aan die informatie wordt gedaan. Ten tweede is de technische uitsluitbaarheid van informatie tot op heden beperkt: het is moeilijk om te voorkomen dat anderen van de informatie gebruik maken. Een gevolg van beperkte uitsluitbaarheid is dat er te weinig informatie wordt gecreëerd. Het non-rivaliteitskenmerk maakt dat er te weinig gebruik wordt gemaakt van de beschikbare informatie omdat de prijs boven de maatschappelijke marginale kosten van nul ligt. Er zal een balans moeten worden gevonden tussen dynamische en statische efficiëntie op informatiemarkten².

Het auteursrecht kan gezien worden als de poging van de wetgever om de productie en verspreiding van informatie in evenwicht te brengen. Het auteursrecht geeft de maker het recht om anderen te verbieden gebruik te maken van zijn werk. Het maatschappelijk evenwicht komt tot stand door het aanbrengen van wettelijke beperkingen op de rechten, met het oog op bescherming van algemene belangen en belangen van bepaalde groepen gebruikers, zoals vrijheid van meningsuiting, behoud van cultureel erfgoed, privacy en mededingingsbeleid en ten behoeve van het onderwijs en onderzoek.

Ter voorbereiding van de keuze van een beleidsstrategie waarmee op nieuwe ontwikkelingen wordt ingespeeld, acht de minister van Justitie een grondige discussie nodig om een scherper beeld te krijgen van de voor- en nadelen van verschillende scenario's en beleidsstrategieën³. Dit artikel geeft daartoe een aanzet⁴.

Nieuwe ontwikkelingen

Er zijn verschillende ontwikkelingen gaande die belangrijke vragen voor het auteursrecht oproepen. Ten eerste vinden regelgeving en beleidsvorming in toenemende mate op internationaal niveau plaats, met name door de Europese Unie. Markant voorbeeld is de recente eg-richtlijn inzake auteursrecht in de informatiemaatschappij. Daarin komt een belangrijk nieuw aspect van het auteursrecht aan de orde, namelijk de introductie van juridische bescherming tegen omzeiling van technische beveiliging. Ten tweede tekenen zich op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie ontwikkelingen af. Digitalisering en netwerkcommunicatie hebben niet alleen een groter kopieergemak tot gevolg, maar bieden ook groeiende mogelijkheden voor technische beveiliging en daarmee voor zogenaamd 'digital rights management' (drm) ofwel digitaal rechtenbeheer. Hiermee wordt gedoeld op elektronische systemen van ter beschikking stellen en gebruik van creatief materiaal in digitale vorm, waarmee beveiliging tegen illegaal gebruik mogelijk is en waarmee legaal gebruik kan worden gemonitord en afgerekend. Op basis van een inventarisatie van mogelijke ontwikkelingen en beleidsstrategieën om deze ontwikkelingen tegemoet te treden, levert dit artikel bouwstenen voor de keuze van een beleidsstrategie om zo goed mogelijk op deze ontwikkelingen in te spelen⁵.

Digital rights management

Voor het auteursrecht heeft de ontwikkeling van digitaal rechtenbeheer een dubbele betekenis. Enerzijds vormt technische beveiliging een antwoord op bestaande problemen op het gebied van uitoefening van rechten (massaliteit van gebruik, grofkorreligheid van licenties waar behoefte bestaat aan verfijnde vormen van gebruiksvoorwaarden, ontbreken invloed van individuele rechthebbenden op exploitatie van hun werken) en handhaving (gebrekkige controle, opsporing en vervolging). Anderzijds kan het evenwicht tussen rechthebbenden en gebruikers worden verstoord doordat in een digitale omgeving wettelijk geborgde aanspraken van gebruikers massaal kunnen worden weggecontracteerd. In beide situaties wordt door de partijen een beroep op de overheid gedaan om op te treden tegen misbruik. Van de overheid wordt niet alleen verwacht dat zij juridische ondersteuning biedt tegen het omzeilen van beveiliging door gebruikers, maar ook dat zij maatregelen neemt om misbruik door rechthebbenden van diezelfde beveiliging te voorkomen of redresseren. De overheid zal een visie moeten ontwikkelen op de fundamentele dilemma's die door deze ontwikkelingen ontstaan. Een probleem daarbij is dat er nog veel onzekerheid bestaat over de vraag hoe goed de technische beveiliging zal zijn en hoe actoren, in het bijzonder consumenten, erop zullen reageren. Met het oog op de onzekerheden worden twee scenario's geschetst.

Twee scenario's

De scenario's, die worden aangeduid als 'zwak drm' en 'sterk drm', worden gebruikt om extremen te verkennen. Onderscheidende kenmerken zijn de technologische ontwikkeling en de reactie van actoren erop.

Zwak digital rights management

In dit scenario is beveiliging van informatie in de praktijk gemakkelijk te omzeilen. Technische bescherming is relatief zwak en consumenten hebben weinig normatieve bezwaren tegen kopiëren. Vooral vormen van drm waarbij brede toegang tot informatie wordt geboden (abonnementssystemen) komen tot ontwikkeling. De prijzen zijn relatief laag door de aanwezigheid van min of meer 'gratis' alternatieven zoals uitwisseling van mp3-bestanden via internet. Het technisch tegengaan van kopiëren voor eigen gebruik is voor informatieproducenten economisch niet interessant, omdat het vermoedelijk zou leiden tot veel ontduiking die vervolgens tegen hoge kosten bestreden moet worden. De functie van de 'klassieke' auteursrechtelijke wetgeving als instrument om het evenwicht tussen rechthebbenden en gebruikers te bereiken, blijft grotendeels behouden. Het systeem van rechten en beperkingen op de rechten blijft, ook in de digitale omgeving, grotendeels gehandhaafd. In het digitale marktsegment is collectief rechtenbeheer met forfaitaire heffingen, bijvoorbeeld op cassettebandjes, een belangrijke zo niet dominante beheersvorm.

Sterk digital rights management

In dit scenario is technische beveiliging van afdoende niveau haalbaar. De informatie-industrie levert dienstverlening van hoge kwaliteit en een grote diversiteit, waarmee nauwkeurig op de individuele behoeften kan worden ingespeeld. Consumenten wennen er geleidelijk aan dat ze voor de toegang tot informatie moeten betalen. Kopiëren zonder toestemming wordt gevoeld als diefstal. Dm waarbij betaling nauw aansluit bij het individuele gebruik wordt de dominante vorm. Prijzen zijn relatief hoog, mede omdat er weinig mogelijkheden zijn om uit te wijken naar gratis informatie. In deze situatie verliest het klassieke auteursrecht aan invloed. Transacties in de digitale sfeer worden via het overeenkomstenrecht geregeld.

Hoewel moeilijk te zeggen valt welk scenario het meest waarschijnlijk is, lijkt, gelet op de inspanningen van vele marktpartijen, een ontwikkeling richting sterk drm waarschijnlijker.

Beleidsreacties

De twee scenario's leiden tot spiegelbeeldige problemen. Bij zwak drm dreigt te weinig informatie te worden gecreëerd, terwijl bij sterk drm vooral te weinig gebruik van informatie dreigt te worden gemaakt. Dat maakt dat de scenario's uiteenlopende beleidsmatige reacties vergen.

Bij zwak drm past een beleid gericht op de bescherming van de rechthebbenden, opdat voldoende prikkels voor het creëren van werken bestaan. De handhaving van rechten is problematisch, omdat illegaal gebruik eenvoudig is terwijl de opsporing en vervolging ervan juist niet. Wanneer de overheid regels maakt die praktisch niet handhaafbaar zijn, dreigt de legitimiteit van de overheid te worden aangetast. Toezicht en handhaving zullen moeten worden geïntensiveerd en collectief beheer en collectieve financieringsvormen zullen moeten worden bevorderd. Daarbij is dan een grote rol weggelegd voor forfaitaire heffingen op informatiedragers, zoals de harde schijf van computers.

Bij sterk digitaal rechtenbeheer past een beleid ter bescherming van de gebruikers van informatie. Nagegaan moet worden, hoe de toegang tot informatie kan worden bevorderd. Er zal op moeten worden toegezien dat de waarborgen voor toegang tot de informatie waarin het auteursrecht voorziet, door de rechthebbenden worden gerespecteerd. Consumentenbescherming vergt hier aandacht. Bij de realisatie van sterk digitaal rechtenbeheer moeten forfaitaire heffingen worden afgeschaft teneinde dubbel betalen te voorkomen. De producent van informatie is bij sterk digitaal rechtenbeheer in feite de enige leverancier van de desbetreffende informatie, waardoor hij zich als monopolist kan gedragen. Er is dan een belangrijke rol weggelegd voor het mededingingsrecht.

Er zijn ook maatregelen die passen binnen beide scenario's, zoals het bevorderen van het normbesef van de burger ten aanzien van intellectuele eigendom, het zorgdragen voor de totstandkoming van laagdrempelige toegang tot eenvoudige en deskundige geschilbeslechting, en de systematische bestrijding van piraterij.

Vier antwoorden

Er kan op verschillende manieren worden omgegaan met de huidige onzekerheid over de ontwikkeling van digitaal rechtenbeheer en de daaruit voortvloeiende implicaties voor het evenwicht tussen productie en verspreiding van informatie waar het auteursrecht zich op richt. Onderscheid kan worden gemaakt tussen vier beleidsstrategieën, waarbij uiteenlopende maatregelen worden genomen zolang nog onduidelijk is of zwak of sterk drm tot stand komt (fase 1). In elke beleidsstrategie wordt een monitoringmechanisme ontwikkeld en toegepast om een scherp beeld te krijgen van de feitelijke ontwikkeling. Zodra duidelijk is welke ontwikkeling daadwerkelijk plaatsvindt, worden de maatregelen zo nodig aangepast.

Wachten tot de race gelopen is

De beleidsreacties voor de afzonderlijke scenario's worden uitgewerkt tot beleidsplannen en gereedgemaakt voor implementatie. Zodra de richting van verandering voldoende duidelijk is, wordt een van de beleidsplannen geïmplementeerd.

Bij deze strategie maakt de overheid geen gebruik van de mogelijkheid om de realisatie van een van de scenario's te beïnvloeden en wordt Nederland internationaal in een volgende rol gedwongen. Afwachten tot ontwikkelingen voldoende duidelijk zijn, betekent dat achteraf de negatieve aspecten van deze ontwikkelingen hersteld moeten worden.

Inzetten op sterk drm

De beleidsreactie voor sterk drm wordt uitgewerkt tot een beleidsplan en dit plan wordt geïmplementeerd. Sterk drm wordt door aanvullende maatregelen bevorderd. Er wordt een gedifferentieerd handhavingsbeleid ontwikkeld, waarbij niet wordt opgetreden als schending van rechten via technische preventie door drm (gemakkelijk) voorkomen had kunnen worden. Generieke handhaving zou een moreel-risico-probleem creëren: partijen worden ontmoedigd zelf preventieve maatregelen te nemen. Handhaving wordt vooral gericht op omzeiling van technische beveiliging. Het wettelijk verplicht collectief beheer wordt beperkt tot de analoge sfeer. Forfaitaire heffingen worden geminimaliseerd. Indien sterk drm niet tot ontwikkeling komt, wordt overgestapt op de beleidsreactie op het zwak drm-scenario.

Bij deze strategie maakt de overheid gebruik van de mogelijkheid om ontwikkelingen, ook internationaal, te beïnvloeden. Indien desalniettemin geen sterk drm tot ontwikkeling komt, zijn er maatschappelijke kosten omdat de overheid op zwak drm gerichte maatregelen, zoals het intensiveren van handhaving, heeft nagelaten.

Inzetten op zwak drm

De beleidsreactie voor zwak drm wordt uitgewerkt tot een beleidsplan en dit plan wordt geïmplementeerd. Zwak drm wordt bevorderd. Collectief beheer wordt wettelijk verplicht gesteld en forfaitaire heffingen op informatiedragers worden versneld uitgebreid en verhoogd. De efficiëntie van het collectief beheer wordt bevorderd. Indien drm niet zwak blijft, wordt overgestapt op de beleidsreactie op sterk drm.

Het bevorderen van zwak drm stuit op problemen. Ten eerste beschermt de eu-regelgeving juist de ontwikkeling en toepassing van beveiligingsmethoden. Ten tweede belast zwak drm in een digitale wereld de overheid met omvangrijke handhavingstaken. Mocht ondanks het bevorderen van zwak drm toch sterk drm tot ontwikkeling komen, dan moeten de rechten van rechthebbenden achteraf worden ingeperkt teneinde de toegang tot informatie te waarborgen. Hiermee kunnen omvangrijke kosten voor de overheid zijn gemoeid.

Op twee paarden wedden

De beleidsreacties voor de afzonderlijke scenario's worden uitgewerkt tot beleidsplannen die gelijktijdig worden uitgevoerd. De bescherming van rechthebbenden wordt bevorderd, vooral door intensivering van de handhaving en de bescherming van gebruikers van informatie door de toegang tot informatie te waarborgen. Zodra de richting van verandering voldoende duidelijk is, wordt het beleidsaccent verschoven naar het scenario dat zich realiseert.

De kosten van deze strategie zijn hoog, omdat zowel maatregelen worden genomen die passen bij zwak als bij sterk drm. Daarbij komt dat het lang kan duren voordat duidelijk wordt welk scenario zich ontvouwt. Doordat geen standpunt wordt ingenomen over de gewenste ontwikkelingsrichting komt Nederland internationaal in een volgende rol. Impliciet wordt de ontwikkeling van zwak drm gestimuleerd, doordat handhavingsinspanningen ertoe leiden dat de prikkel voor rechthebbenden om te investeren in technische beveiliging afneemt.

Een keuze

Ongeacht de beleidsstrategie die wordt gekozen, kan zowel zwak als sterk drm tot stand komen, zodat bij de keuze van een beleidsstrategie rekening gehouden moet worden met de uitkomsten in beide scenario's. Vanwege de vele onzekerheden en het gebrek aan onderzoek naar de voor- en nadelen die er aan de scenario's verbonden zijn, is slechts een tentatieve keuze uit de strategieën mogelijk. Volgens Towse is een "wait-and-see" beleid op z'n plaats, om marktpartijen de tijd te geven om zelf oplossingen te vinden voor vragen die door nieuwe ontwikkelingen worden opgeroepen⁶. Het probleem daarbij is dat Nederland internationaal in een volgende positie terechtkomt en geen gebruik maakt van mogelijkheden om ongewenste ontwikkelingen tegen te gaan. Naar ons oordeel is het inzetten op sterk drm een aantrekkelijker strategie, onder voorwaarde dat van overheidswege

instrumenten kunnen worden ingezet waarmee voldoende toegang tot informatie kan worden gegarandeerd. De overheid wordt in deze strategie niet belast met weinig kansrijke handhavingstaken. Bovendien wordt niet tegen technologische en marktontwikkelingen opgeroep. Rechthebbenden worden gestimuleerd te investeren in technische beveiliging.

¹ Zie D.A. Blokland en M.A. Feenstra, [Beheerst interveniëren](#), ESB-dossier Informatiegoederen en marktwerking, 3 mei 2001, blz. 3-6.

² J.W. Oosterwijk, [Ordening in een virtuele wereld](#), ESB-dossier Informatiegoederen en marktwerking, 3 mei 2001, blz. 1.

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 26538, nr 6.

⁴ Zie discussieforum op http://www.justitie.nl/themas/wetgeving/rapporten_en_notas/privaatrecht/

⁵ Uitgebreider: E.J. Arkenbout, F. van Dijk en P.W. van Wijck, Auteursrecht in de informatiemaatschappij: bouwstenen voor een justitiestrategie, Ministerie van Justitie, Den Haag, 2001.

⁶ R. Towse, [Sterker auteursrecht niet zinvol](#), ESB-dossier Informatiegoederen en marktwerking, 3 mei 2001, blz. 21.