



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Recht om te spelen. Een programma voor rechtswetenschappelijk onderzoek naar regulering van cyberspace.**

Schmidt, A.H.J.

**Citation**

Schmidt, A. H. J. (2003). Recht om te spelen. Een programma voor rechtswetenschappelijk onderzoek naar regulering van cyberspace. *Javi*, (3), 87-100. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4878>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4878>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

... '(describing later abandoned plans to charge individual Girl Scout camps \$257 to \$1,439 annually for a licence to sing songs such as God Bless America around a campfire)'...

*Dissenting opinion of J. Breyer in ELDRED v. ASHCROFT, Supreme Court of the United States, No. 01-618, January 15, 2003<sup>1</sup>*

... 'this outrageous proposal that Congress ratify the rights of copyright owners to launch attacks on P2P machines – malicious code that goes out there and tries to bring down P2P machines (...) They've shut down an industry and innovation in the name of this terrorist war (...) But you've done nothing' ...

*Free Culture - Lawrence Lessig keynote address to the Open Source Convention 2002, July 24<sup>2</sup>*

# Recht om te spelen

## Een programma voor rechtswetenschappelijk onderzoek naar regulering van cyberspace

**AERNOU SCHMIDT** Op 15 januari 2003 verloor Lawrence Lessig<sup>3</sup> ELDRED v.

ASHCROFT voor het Amerikaanse hooggerechtshof. Het ging over de vraag of een wet (de Sonny Bono Copyright Terms Extension Act van 1998), waarmee de duur van de auteursrechtelijke bescherming in de Verenigde Staten met 20 jaren werd verlengd, in stand kon blijven na toetsing aan de grondwet.

**Mr. A.H.J. Schmidt** is universitair hoofddocent bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, Fellow van het E.M. Meijers Instituut en directeur van het Centrum voor eLaw@Leiden. E-mail: A.H.J.Schmidt@law.leidenuniv.nl

Volgens *justice*<sup>4</sup> Ginsberg, die het oordeel van het hooggerechtshof formuleerde, was dit het geval omdat het niet binnen de bevoegdheid van het hooggerechtshof valt om een wet, alleen omdat het een slechte wet zou zijn, onverbindend te verklaren, tenminste, zolang deze binnen de grenzen blijft die door de grondwet worden gesteld. Volgens de *dissenting opinions* van Stevens en Breyer (de uitspraak berust op een 7-2 verdeling) ligt de zaak anders: Stevens legt de nadruk op het voor-wat-hoort-wat-(*quid pro quo*)-argument dat tegenover een tijdelijk intellectuele-eigendomsmonopolie een maatschappelijk belang stelt, namelijk het vervolgens toevallen aan het publieke domein. Dit argument ligt verankerd in de Amerikaanse grondwet en de bestreden wet kan onder de bestaande omstandigheden er in redelijkheid niet mee in overeenstemming worden gebracht, aldus Stevens. Breyer komt tot dezelfde conclusie omdat hij geen enkele manier ziet, waarop langs de weg van de grondwet en het auteursrecht enig aanwijsbaar publiek belang wordt gediend door de bestreden wet.<sup>5</sup>

Het oprekken van de auteursrechtbeschermingsduur in de Verenigde Staten is er één uit een reeks van maatschappelijke ontwikkelingen waartegen Lawrence Lessig ten strijde trekt. Kort gezegd verzet hij zich in

genoemde casus tegen de onttrekking van cultureel erfgoed aan het publiek domein. Hij verzet zich meer in het algemeen tegen die gang van zaken waarbij cyberspace zich, met zijns inziens rampzalige gevolgen, door de commercie ziet toegeëigend. De digitale ruimte voor vrije informatie-uitwisseling wordt om zeep geholpen, met dezelfde reguleringsmiddelen ('architecturen')<sup>6</sup> die de ruimte hebben geschapen. Het publieke domein in cyberspace wordt bedreigd. En, zo zegt Lessig letterlijk tegen de *Open Source Convention* op 24 juli 2002: *you've done nothing*. Jullie hebben er niets aan gedaan, jullie hebben het laten gebeuren. Die uitspraak werd gedaan tegen de gemeenschap die het internet vorm geeft en die beroepsmatig afhankelijk is van de mogelijkheden die het publieke domein aldaar biedt.

In deze bijdrage wil ik nader ingaan op de publieke ruimte in cyberspace en de ermee gemoeide maatschappelijke belangen, op de argumenten van twee activisten (Stallman en Lessig) die de publieke ruimte in cyberspace in bescherming nemen, op de ordening van (juridische) relaties in en tussen cyberspace en de fysieke wereld om enkele conclusies te trekken over wat juristen kunnen doen om de maatschappelijke waarde van cyberspace te beschermen. Het gaat daar

bij eerder om het opstellen van een agenda, dan om het beantwoorden van concrete rechtsvragen. Als kader voor mijn betoog is het onderscheid tussen internet en cyberspace (waarover hieronder meer) van belang, alsmede het onderscheid tussen spel en recht. Onder *internet* versta ik 'het' netwerk van communicatienetwerken, dat onder meer wereldwijde communicatie toestaat. *internet* levert de infrastructuur van cyberspace. Onder *cyberspace* versta ik 'de' daarmee toegankelijk geworden verzameling van informatie en programmatuurverzamelingen. Onder een *spel* versta ik een gemeenschappelijke, sociale activiteit die door mensen is ontworpen en die door een gemeenschap van spelers (die een rol op zich nemen) en toeschouwers wordt gespeeld, met een bepaald doel en onder de *governance* van spelregels, scheidsrechters en andere functionarissen. Beoefening van de rechtswetenschap is in deze zienswijze een spel.<sup>7</sup> Het rechtssysteem is *geen* spel – men wordt geboren in een jurisdictie en men is niet vrij, binnen een jurisdictie, ervoor te kiezen er wel of niet deel van uit te maken of eraan deel te nemen. Rechtssystemen hebben evenwel vergaande structurele overeenkomsten met spelen: er is, net als bij spelen, sprake van regels die het gedrag van leden in een gemeenschap afhankelijk van hun rol beperkt of stuurt; er is sprake van *governance* en (scheids)rechters; de regels zijn door mensen geformuleerd. Het navolgende betoog strekt er mede toe dat een vruchtbare invalshoek voor regulering van cyberspace als sociaal systeem<sup>8</sup> beschikbaar komt wanneer we activiteiten in cyberspace ordenen en begrijpen in termen van spelen.

**Cyberspace** | Wanneer u gewoon bent gebruik te maken van een telefoon en een pc, is het gemakkelijk de grens tussen de fysieke wereld en *cyberspace* aan te wijzen. Het telefoontoestel, het beeldscherm, de

muis, het toetsenbord<sup>9</sup> vormen die grens. Wat u in uw telefoon hoort en wat u op uw beeldscherm ziet is een voor u vormgegeven reconstructie van wat zich in cyberspace heeft afgespeeld. Wat u met de telefoon, de muis en het toetsenbord uitricht wordt in cyberspace vertaald naar signalen, waarop al dan niet wordt gereageerd. Omtrent 1990 bestond cyberspace in grote lijnen uit de verzameling van informatie-eilandjes die werd gevormd door pc's voor individueel gebruik. Rond 1995 geraakten al die pc's met elkaar in contact via internet en begon het beeld te ontstaan van cyberspace als de geïntegreerde informatieverzameling (gegevens en programmatuur) van al die pc's,<sup>10</sup> vermeerderd met de informatiediensten als aangeboden via webservers. Thuis heb ik, achter een ADSL-verbinding, een pc staan waaraan geen beeldscherm, muis, toetsenbord of luidspreker zijn verbonden. Deze pc heeft een IP-adres en daaraan is een domeinnaam verbonden. Genoemde pc staat op mijn werkkamer in de werkelijke wereld, maar hij functioneert, als *webserver*, in cyberspace. Het ding selecteert automatisch nieuwsberichten uit door mij aangewezen bronnen en (her)publiceert ze, het ding legt archieven aan van *chat*-sessies in door mij geselecteerde (of gemaakte) *channels*, het ding heeft een beveiligde collectieve ruimte waarin ik met een internationale gemeenschap aan het manuscript van een boek werk, het ding heeft een webwinkelje van waaruit de kunstwerken van mijn dochter aan de man worden gebracht, het ding wordt door mijn gezin gebruikt als *mailserver* en als collectief dagboek (*blog*). Er zijn meer van dit type 'bewoners' van cyberspace, hun aantal loopt in de miljoenen. Zij stellen hun informatie algemeen beschikbaar en krijgen daarvoor de informatie van anderen terug. Cyberspace is niet door een *quid pro quo*-, maar door een *do ut des* cultuur ontstaan. En dankzij die cultuur wordt cyberspace ondersteund door *open source* programmatuur en door zoek- en file-sharing *agents*.<sup>11</sup> Hierdoor kan de beschikbaar gestelde informatie door anderen daadwerkelijk worden gevonden en hergebruikt.

De economische waarde van cyberspace is, voor (delen van) de fysieke wereld,<sup>12</sup> in potentie enorm, omdat de beschikbare informatie de kennisgebaseerde productiviteit sterk verhoogt (of kan verhogen) tegen geringe transactiekosten. De politieke waarde van cyberspace is in potentie onschatbaar, omdat de beschikbare informatie ook de normatieve opvattingen op het individuele niveau van de burger over alle mogelijke morele en verdelingsvraagstukken betreft.<sup>13</sup> In potentie, omdat cyberspace een grotendeels publieke ruimte is, waarin de kwaliteitsmarkering van de bijdragen nog maar weinig is georganiseerd. De sociale waarde van cyberspace is enorm, omdat het voor ieder mogelijk is geworden over elk onderwerp ofwel een communicatiegroep (een *community*, of een informele, virtuele vereniging) te starten ofwel aan een

bestaande deel te nemen.<sup>14</sup> De innovatieve waarde van cyberspace is, voorzover het om communicatie en informatie gaat, letterlijk onbegrensd, omdat de tijdplaats belemmeringen die in de fysieke wereld een rol spelen bij het ontwikkelen en verwezenlijken van communicatiespelen lijken weg te vallen.

Het begrip communicatiespel is van belang in mijn verdere betoog. De term wordt hier gebruikt om aan te geven dat gedrag in cyberspace wordt gezien als het deelnemen aan een spel. Voor de *betekenis* van dat gedrag suggereert de term de benadering van Wittgenstein's taalspelen. Voor *strategische keuzen* bij dat gedrag suggereert de term de benadering vanuit de speltheorie. Voor de *regulering* van dat gedrag suggereert de term de benadering vanuit spelregels en scheidsrechters. Voor de *organisatie* van dat gedrag suggereert de term iets als een sociaal contract, als de deelname aan een groep, aan wat in cyberspace een *community* wordt genoemd.

De waardenpotentie van cyberspace mag enorm zijn, in de fysieke wereld wordt cyberspace niet alleen als kans, maar ook als bedreiging ervaren. Met name de media- en de software-industrie voelen zich bedreigd en laten zich uit in terrorisme- en oorlogsretoriek.<sup>15</sup> Vanuit die industrieën, die in belangrijke mate draaien op wettelijk gefundeerde intellectuele-eigendomsmonopolies, is een verdedigingstactiek gekozen die erop is gericht de communicatiespelen in cyberspace te reguleren als werden zij in de fysieke wereld gespeeld. In de standaard auteurscontracten die zowel Kluwer als Elsevier verbinden aan het publiceren in gezaghebbende wetenschappelijke tijdschriften worden de auteursrechten voor alle exploitatie, ook via en in cyberspace, door de industrie opgeëist – zonder dat deze daarbij de verplichting op zich neemt die exploitatie via en in cyberspace ook daadwerkelijk te verwezenlijken. *De facto* worden juridische middelen gebruikt om de (overigens vanzelfsprekende) innovatie van de media-industrie te belemmeren, c.q. vertragen.<sup>16</sup> Wat hebben wij, juristen, eraan gedaan?

De bedreiging die door de software-industrie wordt gevoeld openbaart zich in de contouren van een soort burgeroorlog tussen de aanhangers van het *proprietary* bedrijfsmodel (dat MSWindows XP, MSOffice, MSInternet Explorer, IIS en Oracle9i opleverde) en aanhangers van het *open source* bedrijfsmodel (dat Linux, OpenOffice, Mozilla, Apache en Postgres opleverde).<sup>17</sup> De strijd wordt gevoerd via campagnes in de media, via overheids*politicies*, via standaardauteursrechtlicenties, via *Digital Rights Management* technieken en gerelateerde wetgeving, en, vooral, via de Amerikaanse *patent*-verleningen en daaraan gekoppelde lobbies die ernaar streven de Europese octrooi-verleningspraktijk naar Amerikaanse leest te schoeien. Het gevecht is in volle gang – het ontbreekt er nog maar aan dat de verschillende kampen elkaar met *malicious software*<sup>18</sup> bestoken, iets waartoe ze qua technische kennis volkomen in staat zijn, en, mits voldoen-

de getergd, ook bereid zullen blijken. Hoe reduceren we deze strijd tot de uiting van een gezonde vorm van concurrentie die ons verder helpt? Wat hebben wij, juristen, eraan gedaan deze strijd binnen de perken te houden? Gelet op de maatschappelijke betekenis van cyberspace ligt daar voor ons immers de verantwoordelijkheid bij te dragen aan normatieve kaders voor bescherming.

**Stallman en Lessig** | Onder meer Richard M. Stallman (computer programmeur) en Lawrence Lessig (jurist) hebben belangrijke bijdragen geleverd aan een beter begrip van de situatie. In 1984 liet Stallman het GNU<sup>19</sup>-project los in de IT-wereld en een jaar later richtte hij de Free<sup>20</sup> Software Foundation op. Stallman zegt dat zijn initiatief werd ingegeven door de houding van een printerfabrikant die de bijbehorende *driver*-programmatuur alleen in binaire code beschikbaar stelde en daarmee verhinderde dat hij, als licentienemer en gebruiker, de aanwezige fouten in de software kon verbeteren. De Free Software Foundation vecht voor de beschikbaarheid van de broncode, niet om programmatuur voor niets in handen te krijgen, maar om de verkrijger in staat te stellen om (1) verbeteringen aan te brengen waar nodig en om (2) te kunnen nagaan welke voor hem onwenselijke functies buiten zijn wil of medeweten in de programmatuur zijn verweven.<sup>21</sup> Opmerkelijk is de GNU Public Licence (GPL), die het auteursrecht gebruikt om deze vrijheden juridisch vorm te geven. In de praktijk levert de GPL bescherming aan de leden van *communities* die samenwerken aan programma-ontwikkeling in die zin, dat ze niet worden geconfronteerd met concurrentie van door henzelf mee-ontwikkelde programmatuur. *De facto* is programmatuur onder de GPL onderdeel van het publieke domein. In 1991 bracht Linus Torvalds zijn *Linux kernel* onder de GPL, waarmee de *open source* beweging aanmerkelijk aan maatschappelijke betekenis won.

Bedrijfsmodellen rond programmatuur onder de GPL berusten op de levering van toegevoegde waarde in de vorm van kennis, adviezen en dienstverlening ten aanzien van het toesnijden van de programmatuur op de wensen van de gebruiker. De afnemer *krijgt* in dit model een digitaal halffabrikaat en *koopt* de afwerking bij een professional.

De *proprietary* software industrie bekijkt de sector anders. Ik geef een relevant citaat van Craig Mundie:<sup>22</sup>

'Some of the most successful OSS [voor Open Source Software AS] technology is licensed under the GNU General Public License or GPL. The GPL mandates that any software that *incorporates* [cursief AS] source code already licensed under the GPL will itself become subject to the GPL. When the resulting software product is distributed, its creator must make the entire source code base freely available to everyone, at no additional charge. This viral aspect of the GPL poses a threat to the

intellectual property of any organization making use of it. It also fundamentally undermines the independent commercial software sector because it effectively makes it impossible to distribute software on a basis where recipients pay for the product rather than just the cost of distribution.'

Van belang is in deze beschouwing de aanname dat het nodig zal zijn om open source code in *proprietary code te incorporeren*. Als ik het goed zie, moeten we daaronder die soort van integratie verstaan die het gevaar loopt in strijd te komen met de regels van orderlijke mededinging. Een geldig voorbeeld is de incorporatie van de MS internet Explorer *browser* in het MSWindows95 *operating system*, welke het gebruik van een andere browser belemmerde en tot de befaamde Microsoft case aanleiding gaf.<sup>23</sup> Bij het laten samenwerken van programmatuurfuncties kunnen twee strategieën worden gekozen:

- 1 integratie (of incorporatie) waarbij de functies in één programma-object worden geïncorporeerd: en,
- 2 combinatie, waarbij de functies in afzonderlijke programma-objecten worden ondergebracht die via een koppelvlak of *interface* kunnen worden verbonden.

De huidige dominante (*object oriented*) methoden voor software-ontwikkeling berusten alle op de tweede strategie. Deze maakt het mogelijk om goede programma-objecten te hergebruiken en om, wanneer voor één functie een beter alternatief beschikbaar komt dat ook te gebruiken. Combineren van *proprietary* software met software onder de GPL is dan ook uitstekend mogelijk, zolang het niet gaat om incorporatie, maar om combinatie. Mocht Microsoft er behoefte aan gevoelen om dotLRN<sup>24</sup> in combinatie met eigen software beschikbaar te stellen, is er daartegen geen andere belemmering in de relevante GPL dan dat van de herkomst melding moet worden gemaakt. Als hinderlijk wordt mogelijk ervaren, dat de verbeteringen die Microsoft in dotLRN aanbrengt zal moeten worden gepubliceerd en onder de GPL beschikbaar gesteld. Er is evenwel geen sprake van, dat dit eveneens zou gelden voor andere producten die in combinatie worden aangeboden. Dat Microsoft daarvoor ook in het geheel niet bevreest is, moge blijken uit de omstandigheid dat het met het Massachusetts Institute for Technology (MIT) een project is begonnen om dotLRN de converteren naar .Net.<sup>25</sup> Microsoft investeert 20 miljoen dollars. Het lijkt niet aannemelijk dat de resultaten van deze investering op korte termijn beschikbaar zullen komen in het publieke domein.

Het bedrijfsmodel rond *proprietary* software is sterk verwant aan de bedrijfsmodellen die gangbaar zijn in de muziek-, de film- en de literatuurindustrie. Auteurs en uitvoerend kunstenaars verkopen<sup>26</sup> hun tijdelijke auteursrecht-monopolie aan de media-industrie, wel-

ke verder zorg draagt voor productie, marketing en distributie. De winstgevendheid van dit bedrijfsmodel is voor de media-industrie afhankelijk van *hits* en *stars*, van producten die een aanmerkelijke omzet halen. Met name in de digitale media- en de *proprietary* programmatuurmarkten zijn, na het *break even point*, de 'doordrukkosten' per exemplaar verwaarloosbaar terwijl de inkomsten op niveau blijven. In dit bedrijfsmodel ligt het dan ook voor de hand dat deze industrieën ernaar streven om illegale verveelvoudiging en openbaarmaking te verhinderen.

Het is Lawrence Lessig, die aandacht vraagt voor het delicate evenwicht tussen de culturen die opteren voor de genoemde bedrijfsmodellen en voor de wijzen waarop het dreigt te worden verstoord. Hij wijst ook op de horizontale werking die uitgaat van de langjarige praktijk in de media-industrie in de richting van de software-industrie. De kern van zijn betoog richt zich op het maatschappelijke belang van het digitale publieke domein en op de wijze waarop dat wordt ingesnoerd door recente regulering en rechtspraak, met name op het gebied van de intellectuele eigendom, meer in het bijzonder door regulerende architecturen in cyberspace.

Het hoofdargument in Lessig's eerste boek, *Code and other laws of cyberspace*,<sup>27</sup> betreft de regulering van cyberspace door architecturen, wetten en rechtspraak in een richting die de mogelijkheden van cyberspace zullen afknippen. Hij vreest er bijvoorbeeld voor dat dergelijke toekomstige regulering de verdere ontwikkeling van de open source beweging zal blokkeren. De voornaamste aanwijzing ontleent hij aan de combinatie van lacunes in de interpretatie van de Amerikaanse constitutie (hij noemt ze *inherent ambiguities*) en de invloed van de commercie op het Amerikaanse rechtssysteem. Hij geeft voorbeelden op de gebieden van de vrije meningsuiting, van de persoonlijke levenssfeer, van het recht op intellectuele eigendom (met name de bedreiging via octrooien op internetwerkwijzen) en van het recht betreffende de rechtsmacht. In zijn tweede boek, *The Future of Ideas*,<sup>28</sup> werkt hij genoemde vrees meer specifiek uit in relatie tot het recht op intellectuele eigendom. Hij introduceert de 'commons', als dat deel van cyberspace dat noodzakelijk is voor verdere ontwikkeling van creativiteit en analyseert deze commons in drie horizontale lagen die hij als bouwstenen betitelt: de kabels, de programmatuur en de inhoud. Aan de hand van voorbeelden van regulerende architecturen (opnieuw in samenhang met wetgeving en rechtspraak en de invloed daarop van de commercie) in deze lagen maakt hij aannemelijk dat de toekomst van de *creative commons* er duister uitziet. Hij verwacht resulterende machtsconcentraties die onze keuzevrijheid ten aanzien van gebruik, ontwikkeling en beschikbaarstelling van gebruiksoftware (Microsoft) beperken en die de innovatie belemmeren. Hij biedt geen perspectief op een oplossing, tenzij de in de titel van dit stuk geciteerde vaststelling

moet worden opgevat als een prikkelende oproep aan de open source movement om in de politieke en juridische arena's meer actief tegenwicht te gaan bieden. Men kan zich evenwel afvragen of het niet juist de intellectuele eigendomsrechten en bijbehorende architecturen zijn die de publieke ruimte en de creativiteit in cyberspace kunnen beschermen. Men kan zich ook afvragen of het met name de regulering van de intellectuele eigendom is die hier gevaren oplevert. Ten aanzien van programmatuur gaat de vergelijking met muziek, film, literatuur en pers immers niet vanzelfsprekend geheel op. In de muziek-, film-, literatuur-, en perswereld gaat het om producten die 'af' zijn, en waarvan het belang voor het publieke domein vooral cultureel en retrospectief is, om definitief vormgegeven werken van letterkunde, wetenschap of kunst,<sup>29</sup> om de uitvoering van kunstwerken<sup>30</sup>, alsmede om informatievoorziening.<sup>31</sup> In de software industrie gaat het slechts zeer gedeeltelijk om producten die 'af' zijn en direct bruikbaar – vrijwel steeds is er sprake van ontwikkeling en van configuratie voordat software kan worden gebruikt. En het belang van het publieke domein voor software is vooral instrumenteel en prospectief, met name op de gebieden van informatievoorziening,<sup>32</sup> communicatie<sup>33</sup> en de groei van kennis.<sup>34</sup> De wetenschap vindt plaats in beide categorieën: wetenschappelijke werken die voltooid zijn vallen in de eerste categorie, wetenschappelijk werk in actie valt in de tweede. De beide betekenissen van 'het publiek domein' (retrospectief en prospectief) overlappen elkaar wanneer het gaat om de informatievoorziening. Zij verschillen mogelijk daar, waar het enerzijds gaat om letterkunde, geconsolideerde wetenschap en kunst en waar het anderzijds gaat om communicatie ter ondersteuning van coöperatieve creatieve processen als, bijvoorbeeld, in onderzoeksprojecten, in simulatiespelen en in research ten behoeve van oorlogs- of epidemie- verslaggeving.<sup>35</sup> Tenslotte kan men zich afvragen of de werkelijke bouwstenen van cyberspace niet de communicatiespelen zijn die er worden gespeeld, in plaats van de door Lessig geadopteerde lagen. De laatste zijn veel meer gebruikelijk om communicatie (internet als netwerk van netwerken), dan om dynamische verzamelingen van informatieverzamelingen (als cyberspace) te analyseren.

**Analyse** | Vanuit juridisch gezichtspunt, zowel qua regulering als qua handhaving, is cyberspace een uitdaging. Het is lastig om er greep op te krijgen. De WOGMOOG<sup>36</sup> benadering van de kabinetsnota Wetgeving voor de elektronische snelweg van 1998 wordt inmiddels als naïef gezien.<sup>37</sup> Voor een nadere beschouwing van deze uitdaging is het daarom nuttig om het maatschappelijk speelveld verder uiteen te rafelen waar het inhoudelijk gaat om de normatieve duiding van communicatierelaties en communicatiehandelingen in cyberspace die 'content' betreffen –

en om de diensten die daartoe worden geleverd. Nadat het onderscheid tussen de werkelijke wereld en cyberspace is aangegeven kunnen de relevante relaties worden ingedeeld in vier elementaire typen: geheel in de fysieke wereld, vanuit die wereld naar cyberspace, geheel binnen cyberspace en vanuit cyberspace naar de fysieke wereld. Ik licht deze indeling toe aan de hand van voorbeelden, voornamelijk ontleend aan file-sharing en de juridische positie van programmatuur.

**Binnen de fysieke wereld** | Binnen de kaders van file-sharing doen relevante relaties die beginnen en eindigen in de fysieke wereld (zonder gebruik te maken van cyberspace) zich op verschillende plaatsen voor. Voor de media-industrie bijvoorbeeld in de detailhandel, waar een muziek-cd wordt gekocht, of in een studio, waar een film wordt opgenomen c.q. gemonteerd. Voor de software industrie bijvoorbeeld eveneens in de detailhandel, waar een cd met programmatuur wordt aangeschaft. Maar ook in de werkkamer, waar de programmatuur wordt gecreëerd. Voor file sharing zijn de rechtsrelaties die hierbij worden gevestigd relevant voor zover deze intellectuele eigendomsrechten voorbehouden die verbieden de files op de gekochte cd 's te *rippen*<sup>38</sup> en te distribueren. Dit is meestal het geval, wanneer de cd geen files bevat die met de GPL-licentie beschikbaar worden gesteld. De koper krijgt meestal wel het recht om de bestanden op de gekochte cd af te spelen (wanneer het om mediafiles gaat) of uit te voeren (wanneer het om programmatuur gaat). Opgemerkt wordt dat programmatuur aanmerkelijk vaker onder de GPL op cd wordt verkocht dan muziek of film. Opgemerkt wordt tevens, dat de prijsverschillen tussen cd's met programmatuur die onder de GPL worden verkocht en cd's met programmatuur die daarzonder worden verkocht aanzienlijk kunnen zijn.<sup>39</sup>

**Vanuit de wereld naar cyberspace** | *Kunst en programmatuur*. Relaties die vanuit de fysieke wereld naar cyberspace worden gelegd spelen in elk geval een rol bij het overbrengen (*rippen*) van cd naar computerbestanden. Deze handeling is noodzakelijk om tenminste een exemplaar van een bestand voor file sharing beschikbaar te krijgen. Wanneer de cd uitsluitend verkrijgbaar is onder een licentie die zulks verbiedt, dan is in strijd met deze licentie gehandeld wanneer betreffende files zijn geript.<sup>40</sup> In deze gevallen gaat het meestal om kunstwerken (muziek, films) en om *proprietary* programmatuur. Wanneer het gaat om files die onder een GPL-licentie beschikbaar worden gesteld (hier gaat het meestal om *open source* programmatuur of om wetenschappelijke werken in het *open content* communicatiespel), is er geen strijd met het auteursrecht. Er zijn overigens ook andere rechtsgebieden die een rol spelen: het overbrengen

naar cyberspace van programmatuur die in strijd is met de openbare orde (*malicious software* als computervirussen) of met de maatschappelijke zorgvuldigheid dan wel met contractuele verplichtingen. Opmerkelijk is, dat er eigenlijk nog nauwelijks juridische aandacht is voor de vereisten van maatschappelijke zorgvuldigheid<sup>41</sup> voor het in cyberspace importeren van programma-objecten, bijvoorbeeld van de peer-to-peer *client/servers*<sup>42</sup> die worden gebruikt voor *file sharing*.

*Informatievoorziening.* Niet alle informatie die vanuit de fysieke wereld naar cyberspace wordt overgeheveld is afkomstig van eerder geproduceerde informatiedragers. Het merendeel bestaat uit de tekstfragmenten die internetgebruikers op hun website publiceren. Zij reserveren ruimte op hun website om er hun reisverslagen, nieuwtjes, dagboekantekeningen, vakantiefoto's, inzichten, film-, boek-, en programma-recensies, algemene en bijzondere aanbevelingen en andere met hun persoon verbonden informatie naar toe te brengen. Een dergelijke verzameling doet enigszins denken aan de kopij van een persoonlijk digitaal krantje en wordt een *blog* genoemd.<sup>43</sup> Auteursrechtelijk is de maker gerechtigd deze informatie naar cyberspace te brengen. Wanneer niet-auteursrechtelijken bronnen vanuit de fysieke wereld naar cyberspace brengen is de auteursrechtelijke situatie evenwel vergelijkbaar met *rippen* en is toestemming van de auteursrechtelijken vereist wanneer niet werd gepubliceerd onder de GPL licentie.<sup>44</sup>

Er zijn ook hier andere rechtsgebieden die een rol spelen: het overbrengen naar cyberspace van informatie die in strijd is met de openbare orde (als kinderporno)<sup>45</sup> of met de maatschappelijke zorgvuldigheid (als compromitterende filmpjes van ex-geliefden) dan wel met contractuele verplichtingen (als bedrijfsgeheimen).

*Cyberidentities.* Een bijzondere vorm van het overhevelen van informatie vanuit de fysieke wereld naar cyberspace betreft de aanleg van een *cyberidentity* door een persoon in de fysieke wereld. Over het algemeen gebeurt dit via een digitaal formuliertje dat moet worden ingevuld om aan een communicatiespel (de een of andere collectieve activiteit in cyberspace) deel te nemen. Er zijn twee belangrijke gevolgen:

- 1 een enkele fysieke persoon een of meer relaties legt met virtuele personen in cyberspace, met *cyberpersons*; en
- 2 de fysieke persoon kan zich met het aannemen van deze *cyberidentity* verbinden tot het aanvaarden van de daarmee gemoeide spel-regels en spel-governance.<sup>46</sup>

In deze voorstelling van zaken wordt cyberspace bewoond door *cyberpersons* met *cyberidentities*. Cyberidentities kunnen worden gezien als de identiteiten van de acteurs, die een rol spelen in een spel en die daarbij gehouden zijn aan de regels van dat spel.<sup>47</sup> De

juridische consequenties van het aanleggen van *cyberidentities* zijn onduidelijk. Aannemelijk is dat de relaties tussen *cyberidentities* en een fysieke persoon beschermd worden door het recht op de persoonlijke levenssfeer. Onduidelijk is op welke wijze de daarmee verbonden belangen zullen worden afgewogen wanneer het echt ergens om gaat.<sup>48</sup> Cyberspace wordt niet alleen bevolkt door *cyberpersons*, het is ook voor programma-objecten, voor *cyber-agents*, mogelijk een *cyberidentity* te verwerven. Wanneer een *cyber-agent* van de fysieke wereld naar cyberspace wordt overgebracht is daar steeds een (rechts-)persoon in de fysieke wereld voor verantwoordelijk. Welke die verantwoordelijkheid is, is vooralsnog in de meeste gevallen onduidelijk.<sup>49</sup>

**Binnen cyberspace** | Er is een heel scala aan relaties die zich geheel binnen cyberspace afspelen. Ik geef enkele voorbeelden: periodieke *backups*, de communicatiespelen tussen internet email-servers, tussen *concurrent versioning systems*,<sup>50</sup> de communicatiespelen tussen websites en databases (als tussen die van el Cheapo en de NVM<sup>51</sup>, maar ook tussen kranten.com en de websites van enkele dagbladen<sup>52</sup>), tussen de *shared folders* van *peer-to-peer* spelen, tussen zoekmachines en websites, tussen *intelligent agents*, tussen *spyware* en surfgedragregistraties, alsmede tussen gateways, encoders en decoders. En ook communicatiespelen waarbinnen encryptie en *labeling* tot de spelregels behoren. Een interessante categorie op het moment wordt voorts gevormd door de communicatiespelen die individuele nieuwsdiensten combineren (gebruik makend van *blogs* en de RSS-standaard). Vanzelfsprekend kunnen bovengenoemde communicatiespelen worden gecombineerd. *Kunst en programmatuur.* Relaties tussen *file-sharing server/clients* beginnen en eindigen in cyberspace en verlopen ook geheel via cyberspace. Dat wil zeggen dat individuele *cyberpersons* in dit communicatiespel niet alleen optreden als gebruikers, maar ook als *service providers* voor andere gebruikers. Het is niet geheel duidelijk wat de regels van dit communicatiespel zijn. Het als gebruiker downloaden van wat anderen beschikbaar stellen is vermoedelijk pas dan tegen de spelregels, wanneer men weet of behoort te weten dat het tegen de spelregels is. Mutatis mutandis is het downloaden van wat anderen beschikbaar stellen onrechtmatig, wanneer men weet of behoort te weten dat zulks in strijd met het recht is. Over het algemeen wordt het enkele downloaden voor eigen gebruik van vrij in cyberspace beschikbaar gestelde files niet onrechtmatig geoordeeld. Het functioneel, als *service provider*, vrij beschikbaar stellen aan andere gebruikers van files die eerder werden gedownload is *volgens de spelregels* meestal toegestaan, tenzij men weet of behoort te weten dat rechten zijn voorbehouden.<sup>53</sup> De juridische positie hangt af van de vraag of de gebruiker in deze context dient te worden gezien

als gebruiker (in dat geval blijven de kaders van de maatschappelijke onzorgvuldigheid en van de handhaving van het auteursrecht toepasselijk) of als service provider (omdat alsdan de Europese en Nederlandse regulering van de elektronische handel gaan tellen). In beide gevallen zal van doorslaggevend betekenis zijn de omstandigheid dat de gebruiker weet of behoort te weten dat hij materiaal beschikbaar stelt waarop rechten worden voorbehouden.

*Informatievoorziening.* Onzeker is of *blogs*, met het overbrengen naar cyberspace ook prijsgegeven worden aan het publiek domein. De stand van het auteursrecht verplicht bij eventueel hergebruik van deze informatie tot het vragen van toestemming aan de rechthebbende, omdat het auteursrecht *de jure* ontstaat bij het maken van het werk en omdat aan de vereisten van oorspronkelijkheid voor auteursrechtelijke bescherming van het werk ruimschoots wordt voldaan. Individuele 'bewoners' van cyberspace hebben evenwel de neiging zich te verenigen in *communities* die op basis van het *do ut des* beginsel samenwerken aan al dan niet geredigeerde gemeenschappelijke informatieverzamelingen op specifieke gebieden. Het is daarom aannemelijk dat met het plaatsen van *blogs* door de rechthebbende impliciet de licentie tot hergebruik wordt gegeven.<sup>54</sup> Even aannemelijk is het echter dat er auteurs zijn die zich de rechten op herpublicatie willen voorbehouden. Een en ander scheidt onzekerheid over de vraag of een auteursrechtelijk voorbehoud wordt gemaakt bij een in cyberspace gepubliceerd werk. Deze onzekerheid is een belemmering voor de verdere ontwikkeling van cyberspace als informatiebron.

*Cyberidentities.* Binnen cyberspace worden *cyberpersons* geacht zich te houden aan de regels van het communicatiespel waaraan ze deelnemen. Het opstellen van de regels en het handhaven ervan ligt in handen van de *cyberidentity* die als scheidsrechter optreedt.<sup>55</sup> Sanctiemogelijkheden beperken zich in grote lijnen tot de (soms collectieve) waarschuwing en de uitsluiting van de *cyberperson* aan verdere deelname aan het spel. Het is niet mogelijk om *cyberpersons* aansprakelijk te stellen voor door hen aangerichte schade aan de openbare orde in cyberspace of aan andere *cyberidentities*. Schade wordt niet geleden in cyberspace, maar in de fysieke wereld. Voor juridische aansprakelijkheid is (rechts)persoonlijkheid vereist en die doet zich niet voor in cyberspace. Het is dan ook de vraag of, en zo ja, hoe, personen in de fysieke wereld aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schade die 'hun' *cyberidentity* veroorzaakt (mogelijk via door deze aangestuurde *cyberagents*) via een andere *cyberidentity* van een ander in de fysieke wereld. Een voor de hand liggende aanpak zou kunnen zijn om, wanneer daaraan behoefte is, toepasselijke rechtsregels expliciet te incorporeren in de spelregels van een communicatiespel.<sup>56</sup>

*Architecture.* In zijn analyses ruimt Lessig een belangrijke plaats in voor de regulerende werking van architecturen. Als ik hem goed begrijp, doelt hij hierbij enerzijds op in programma-objecten 'gebakken' spelregels (denk aan de in de services ingebakken privacy policy van AOL ten aanzien van *cyberidentities*, aan *digital rights management* objecten) en anderzijds aan de inkadering die het gevolg is van het gebruik van communicatiestandaards (denk aan de muziekcompressiestandaards MP3 en MP4, aan de internetprotocollen IPv4 en IPv6, aan het gebruik van labels als aanbevolen door het Creative Commons project en aan het gebruik van encryptiestandaards). De belangrijke vraag die Lessig aan de orde stelt is in hoeverre deze regulering door architecturen past in onze opvattingen van juridische regulering, met name wanneer we de informatiegrondrechten in cyberspace van toepassing willen doen zijn. In dit licht wijs ik op de wijze waarop Wierda en ik de reguleringbegrippen conversatie, correspondentie, vergadering, vereniging, omroep en uitgeven konden relateren aan communicatiearchitecturen.<sup>57</sup>

### Vanuit cyberspace naar de fysieke wereld

*Kunst, programmatuur en informatievoorziening* | Sluitstuk in deze weergave vormen de relaties die worden gelegd vanuit cyberspace naar de fysieke wereld. Doorgaans gaat het om de interactie tussen een persoon en een agent. Een bijzondere vorm daarvan treedt op als de deelname aan het communicatiespel wordt beëindigd. Wat in het kader van file sharing mogelijk wordt is om verveelvoudigingen van beschikbaar gekomen werken naar de fysieke wereld te brengen – bijvoorbeeld door ze op een informatiedrager te 'branden'. De vraag of dit mag is afhankelijk van de vraag of de rechten op het werk werden voorbehouden en, zo ja, van de toepasselijkheid en interpretaties van auteursrechtelijke regelingen (ten aanzien van de excepties en de thuiskopie). Het is niet steeds duidelijk wanneer het gaat om werken waarvan de auteursrechten worden voorbehouden. Van belang wordt daarbij mogelijk de mate waarin *digital rights management* technieken en architecturen worden gebruikt bij materiaal waarop de rechten worden voorbehouden. Deze technieken verhinderen het afspelen van onrechtmatige verveelvoudigingen, en maken daarmee duidelijk, dat de auteursrechten worden voorbehouden. Een andere benadering volgt Lessig in zijn *Creative Commons* project: hier wordt een standaard ontwikkeld om de wijze waarop auteursrechthebbenden hun rechten uitoefenen in een label aan het materiaal zelf toe te voegen.<sup>58</sup>

*Cyberidentities* | Bij het beëindigen van de deelname aan een communicatiespel wordt de relatie tussen een *cyberperson* en een persoon in de fysieke wereld geactiveerd. Deze relatie is van belang wanneer het bij

de handhaving van het recht nodig wordt gevonden de fysieke persoon achter een *cyberperson* op te sporen. De architectuur van internet is hierbij van belang: deze levert de mogelijkheden van het registreren van individueel gedrag van *cyberpersons* tijdens de deelname aan een communicatiespel in zogenoemde *logs*, en levert eveneens aanknopingspunten voor de identificatie van de persoon achter de *cyberperson*, namelijk tot aan het gebruikte interface.<sup>59</sup> Daarmee is overigens geenszins een betrouwbare relatie gelegd met een persoon in de fysieke wereld: interfaces kunnen door meerdere personen worden gebruikt, zeker wanneer het gaat om lokale netwerken achter één enkel IP-adres. Er zijn nog geen eenduidige rechtsregels die duidelijk maken wat de bevoegdheden c.q. verplichtingen van wie zijn om dergelijke informatie op te vragen en te gebruiken voor handhavingsdoeleinden. (De aanleg en een deel van het gebruik ervan vindt plaats in cyberspace.) Het is evident dat hier juridische aspecten van vertrouwelijkheid van informatie, van privacy en van opsporing aan de orde zijn.

**Elektronische handel als communicatiespe** | De voorafgaande analyse wekt mogelijk bevreemding vanuit de gedachte dat daarbij ook elektronische handel, voorzover deze zich afspeelt in cyberspace, als communicatiespel wordt gezien. Daarbij krijgen spelregels in beginsel immers de voorrang boven rechtsregels. Deze tegenwerping miskent drie aspecten. Ten eerste, dat het bij elektronische handel *de facto* het geval is, dat handelsscenario's ontleend aan de werkelijke wereld in cyberspace functioneel worden nagespeeld.<sup>60</sup> Ten tweede, dat het goed mogelijk is om in een communicatiespel de spelregels te ontleen aan het recht – hetgeen bij elektronische handel dan ook het geval is. Ten derde, dat deze zienswijze het mogelijk maakt om geldige aanvullende spelregels te formuleren wanneer de handel in cyberspace mogelijkheden opent om nieuwe werkwijzen te introduceren.

**Conclusies** | Wanneer we aan Lessig zouden vragen wat wij, juristen, eraan hebben gedaan om de *creative commons* in cyberspace te beschermen moeten we aannemen dat hij zou aangeven dat we het hoofd teveel hebben laten hangen naar de commercie en dat we de informatiegrondrechten in cyberspace verkwanselen. Ik wil niet uitsluiten dat dit voor de Verenigde Staten een goede analyse is (natuurlijk met uitzondering van het werk van juristen als Lessig zelf). Wanneer we dezelfde vraag evenwel stellen aan Nederlandse juristen, denk ik dat we de zorgen van Lessig niet erg goed kunnen begrijpen – ook al geven we toe weinig aan de bescherming van de *creative commons* te hebben gedaan. Het eerder aangehaalde oordeel van het gerechtshof in de Kazaa-zaak geeft immers goede hoop. En ook de Kranten.com en de El Cheapo-zaken leveren (nog) geen aanleiding

die hoop op te geven. Evenmin zie ik, mogelijk met uitzondering van één reguleringsinstrument, in de toekomst voor het bedrijfsleven, de rechtspraak en de wetgever de mogelijkheid het doemscenario van Lessig in Nederland of zelfs maar in Europa te verwerpen, zelfs niet, wanneer we de aanmerkelijke invloed van auteursrechtlobbies op Europese en Nederlandse regelgevingsprocessen zouden moeten toegeven. Zelfs in de Verenigde Staten zie ik, mogelijk met uitzondering van datzelfde reguleringsinstrument, het doemscenario van Lessig zich niet verwerpen door juridische middelen.

De reden daarvoor is, mijns inziens, een fundamentele keuze die Lessig in zijn beeld van de structuur van cyberspace en de *creative commons* maakt. Als aanknopingspunt voor analyse gaat hij op zoek naar architecturen in lagen. Als resultaat komt hij tevoorschijn met voorbeelden, die hij toepasselijk acht voor cyberspace als geheel. Als we evenwel naast de communicatielagen de daarop rustende communicatiespelen zien als de bouwstenen van cyberspace, dan krijgen we een volkomen ander beeld. Dan kunnen, bijvoorbeeld, Microsoft en de *open source movement* met elkaar concurreren, en daarbij kan elke gemeenschap zijn eigen spel spelen, volgens zijn eigen regels, en zonder te worden weggereguleerd door architecturen van de ander. Het zelfde geldt voor spelen waarin het materiaal onderworpen is aan een architectuur voor *digital rights management* en voor spelen waar de regels van het *open content* initiatief gelden, en ook voor communicatiespelen die worden gereguleerd via een filter-architectuur, die immers niet verhinderen dat er ongefilterde communicatiespelen worden gespeeld. Lessig's drie lagen zijn wel de bouwstenen van communicatie in cyberspace, maar niet van cyberspace zelf. In cyberspace kunnen we regulering meer precies ordenen per spel, dan per laag. Het spel biedt mogelijk zelfs betere aanknopingspunten voor zeggenschap en *governance* dan de op nationale soevereiniteit gebaseerde jurisdictie. Aan de omstandigheid dat het marktaandeel van Linux groeit ten koste van dat van Microsoft, zonder dat daartegen waarneembare juridische belemmeringen worden opgeworpen, ontleen ik een argument voor de houdbaarheid van deze stelling. En voor wat de culturele kant van de *creative commons* betreft, de vrije ontwikkeling van gedachten en ideeën in cyberspace heeft nog nooit zo'n omvang, samenhang en toegankelijkheid gehad als thans – en deze lijken ook niet te zullen gaan verminderen blijkens de stormachtige ontwikkeling van portals, blogs, *RSS-feeds*, discussielijsten en chatlogs. En ook van de kant van Buma/Stemra of de RIAA valt geen actie te verwachten die zal verhinderen dat er, naast hun communicatiespelen onder *digital rights management* regulering, andere communicatiespelen voor muziekbestanden mogen, kunnen en zullen ontstaan.

worden aangetast dan via de wettelijke excepties (en in bijzondere gevallen langs de band van de ongeoorloofde mededinging). Er is geen wettelijke exceptie voor spelen. Het is dus in beginsel mogelijk, dat de rechthebbende, die een absoluut verbodsrecht heeft op een communicatiespel, zal verhinderen dat er een bepaald communicatiespel zal worden gespeeld. Hiermee bestaat derhalve de mogelijkheid om de *homo ludens* te verbieden in cyberspace te spelen. Dit klinkt vergezocht. In de Verenigde Staten worden evenwel thans (en sinds 1996) per jaar meer dan 20.000<sup>61</sup> patenten verleend op software en internet-werkwijzen en daarbij gaat het niet alleen om interactieve computerspelen. Ook op dit terrein is het wenselijk, dat er naast een ruimte voor *proprietary* communicatiespelen ruimte is voor *open source* communicatiespelen. Het lijkt derhalve verstandig dat zij, die prijs stellen op een publiek domein voor communicatiespelen, over gaan tot een GPL-praktijk, en dat wij, juristen, daarvoor effectieve juridische kaders geven.

**Lessig's gelijk** | Dit alles neemt niet weg, dat Lessig gelijk heeft wanneer hij aangeeft dat er enorme belangen op het spel staan en wanneer hij daarenboven suggereert dat de gevestigde rechtspraak niet goed is toegerust op de mogelijke uitwassen die ontstaan met de maatschappelijke herschikking daarvan in en door cyberspace. Een hele reeks van probleemgebieden is in de voorafgaande beschouwing aangeeft. Oplossing van veel van die problemen vraagt nader rechtswetenschappelijk onderzoek – in die zin leidt de conclusie van dit stuk naar de contouren van een wetenschappelijke agenda, gericht op de regulering van cyberspace. Allereerst stel ik evenwel twee probleemgebieden aan de orde welke vooral oproepen tot maatschappelijke actie.

**Het recht om te spelen** | De eerste en belangrijkste vraag waar wij, als juristen, voor staan is de vraag hoe we voor ieder *het recht om spelen te bedenken en het recht om aan spelen deel te nemen* in cyberspace kunnen waarborgen. Het is immers in het geheel niet uitgesloten dat er rechten van intellectuele eigendom ontstaan c.q. kunnen worden geclaimd op de regels en de werking van communicatiespelen die in cyberspace worden gespeeld. Ik acht het onder het Amerikaanse patentrecht (als patent op een internet-werkwijze) nu al mogelijk. Hier ontstaat een kracht tegen het recht om vrij te spelen. Anderzijds is een kenmerkende eigenschap van het deelnemen aan communicatiespelen in cyberspace, dat wordt toegetreden tot een *community*, en dat daarmee in juridische zin gebruik wordt gemaakt van de grondrechten van vereniging en vergadering. Nu weten we dat er op het eerste gezicht spanning kan zijn tussen grondrechten en rechten op intellectuele eigendom, maar we weten ook dat het recht op intellectuele eigendom in de huidige verhoudingen niet anders kan

**Informatieplichten** | Waar weinig aandacht voor is geweest van juristen is de vraag, of het niet beter ware om in cyberspace de eis te stellen om, wanneer er rechten van intellectuele eigendom worden voorbehouden, daarvan zodanig kennis te geven, dat daarmee *in* communicatiespelen langs geautomatiseerde weg rekening kan worden gehouden. Het betreft hier een praktische kwestie, die de ontwikkeling van cyberspace als een creatieve vrijplaats voor informatie-ontwikkeling en informatie-uitwisseling inderdaad ernstig kan belemmeren. Het is immers zo, dat onder de huidige auteurswet moet worden aangenomen dat er van vrijwel alles dat in cyberspace wordt gepubliceerd een auteur is die rechten heeft, ook zonder dat deze bekend is. Om zeker te stellen dat hergebruik rechtmatig is, moet de auteur worden opgespoord en moet toestemming worden verkregen. Een cultuur, waar hergebruik *de facto* de standaard is kan onder deze omstandigheden lastig tot bloei komen. Een oplossing zou zijn, wanneer door de auteurs bij publicatie in het werk zelf wordt aangegeven of en zo ja hoe de auteursrechten worden voorbehouden. Lessig deelt dit inzicht, blijkens zijn *creative commons* initiatief. Het zelfde geldt voor de media-industrie en de aldaar genomen initiatieven van *digital rights management*. Voor een goede ontwikkeling van cyberspace meen ik dat bij ontbreken van een dergelijke kennisgeving zou moeten mogen worden aangenomen dat, in cyberspace, deze rechten niet worden voorbehouden. Een dergelijke defaultregeling zou het meeste recht doen aan de *do ut des* cultuur die aan de basis ligt van het ontstaan en de verdere ontwikkeling van cyberspace. Het is thans niet gebruikelijk om activiteiten in cyberspace als de deelname aan communicatiespelen te zien. Het is dan ook veelal niet eenvoudig te achterhalen wat de spelregels zijn, wat de context van het spel

is (fantasie, vermaak, kunst, coöperatie, informatievoorziening, handel, bestuur, maatschappelijke actie, conflictoplossing, et cetera), wat de toegangsvereisten zijn, wie de *governance* in handen hebben en wat de mogelijke sancties zijn. Voor de praktijk zou het wenselijk zijn wanneer daarvan kennis kan worden genomen alvorens aan het spel deel te nemen.

#### **Juridische status en kwaliteit van spelen en cyberidentities** |

Uitdagend acht ik in dit verband nader onderzoek naar de juridische status van spelen en spelregels in relatie tot het geldende recht. Rechtswetenschappelijk gaat het hier grotendeels om *terra incognita*. Het is immers wenselijk te weten wanneer welke openbare orde-excepties in welke communicatiespelen in cyberspace tot gelding kunnen worden gebracht, wat de verhouding is tussen contractuele verplichtingen en verplichtingen die voortvloeien uit de spelregels, wat de rechtsrelaties (bijvoorbeeld op de gebieden van privacy en aansprakelijkheid) tussen fysieke personen en *cyberperidentities* (*cyberpersons* én *cyberagents*) zijn, op welke wijze vereisten van 'maatschappelijke' zorgvuldigheid in cyberspace samenhangen met de karakteristieken van het spel waarbinnen ze tot gelding worden gebracht en hoe deze afhankelijk zijn van de rol die er wordt gespeeld. Bijzondere aandacht verdient daarom de vraag in hoeverre communicatiespelen in cyberspace hun eigen, virtuele jurisdictie kunnen scheppen. Afhankelijk van het doel van het spel zullen kwaliteitseisen als bijvoorbeeld democratisch gehalte van betekenis kunnen zijn.

De tijd dat we rechtsvragen trachten te beantwoorden voor cyberspace als geheel ligt achter ons. Relevante juridische vragen gaan over communicatiespelen in cyberspace. Het recht om te spelen moet, ook daar, worden bevocht. Anders dan Lessig meen ik dat de mogelijkheden daartoe bestaan.<sup>62</sup>

**Post Scriptum** | Op 25 april 2003 publiceerde het *United States District Court, Central District of California*, zijn *order granting defendants Grokster, LTD.'s and Streamcast Networks, Inc.'s motions for summary judgment and denying plaintiffs' motion for summary judgement...*<sup>63</sup> Het gaat om een rechtsgeschil tussen Metro-Goldwyn-Mayer Studios *et al* en Grokster Ltd. *et al.* waarbij een uitspraak wordt gegeven als *summary judgment* (vergelijkbaar met ons kort geding) over de vraag of de voorgelegde feiten moeten worden gekwalificeerd als *contributory and vicarious infringement of copyright*. Partijen geven aan dat er geen verschil van inzicht bestaat over de feiten zelf: Grokster brengt een peer-to-peer *server/client* in het verkeer, die wordt gebruikt voor file sharing en de gebruikers wisselen (naast andere) files uit waarop auteursrechten zijn voorbehouden. Zoeken en uitwisselen van files vindt plaats door en tussen programma-objecten onder *governance* van de eindgebruikers: Grokster kan daarop geen invloed

uitoefenen. Streamcast levert dezelfde functionaliteit als Grokster: het verschil zit hem daar in, dat Streamcast gebruik maakt van *open source* programmatuur en Grokster gebruik maakt van *proprietary* software (van Fasttrack) hetgeen van belang zou zijn wanneer er een verplichting bij de gedaagden zou bestaan om hun programmatuur anders in te richten – iets dat bij *proprietary* software niet, en bij *open source* software wel mogelijk is.

Het *district court* stelt vast dat er geen sprake is van *direct infringement* door Grokster *et al* omdat (ook door de eisers) is vastgesteld dat, in die gevallen dat daarvan sprake is, deze wordt begaan door de eindgebruikers van de software.

Er is evenmin sprake van *contributory infringement* door Grokster *et al* omdat (1) Grokster *et al* alleen aansprakelijk zijn wanneer ze specifieke kennis hebben van inbreuk op het moment waarop aan die inbreuk wordt bijgedragen en wanneer ze nalaten naar die kennis te handelen en omdat (2) er geen sprake is van een materiële bijdrage aan het inbreukmakend gedrag – immers, als Grokster en Streamcast hun werkzaamheden zouden beëindigen zou dat geen enkele invloed hebben op het inbreukmakende gedrag van de eindgebruikers.

De hierboven samengevatte oordelen ondersteunen het eerder door mij uitgesproken vertrouwen dat het, ook in de Verenigde Staten zal kunnen gaan meevalen met de door Lessig aangekaarte problematiek. Zij ondersteunen eveneens het door mij voorgestelde onderscheiden van informatierelaties tussen de fysieke wereld en cyberspace (het in het verkeer brengen van de programmatuur) en informatierelaties binnen cyberspace (peer-to-peer file sharing). Zij ondersteunen voorts het begrijpen van activiteiten in cyberspace in termen van spelen (en van de daarbijbehorende *governance*). Tenslotte ondersteunt de uitspraak de besproken verschillen tussen *proprietary* en *open source* modellen.

Het oordeel van het *district court* over de vraag of er sprake is van *vicarious infringement* levert belangrijke aanvullende stof tot denken. Er is sprake van *vicarious infringement* in gevallen waarin de gedaagde 'de bevoegdheid en het vermogen heeft om de inbreukmakende activiteit te sturen alsmede een direct financieel belang heeft bij de inbreukmakende activiteit'.<sup>64</sup> Ten aanzien van het financiële belang stelt het *district court* vast dat daarvan sprake is (onder meer via advertentie-inkomsten). Ten aanzien van 'de bevoegdheid en het vermogen om te sturen' stelt het *district court* het volgende 'the "obligation to police" arises only where a defendant has the "right and ability" to supervise'. In aansluiting hierop wordt ook de stelling dat Grokster *et al* zich schuldig maken aan *vicarious infringement* afgewezen. Ik merk op dat deze redenering heel goed aansluit bij de analyse van cyberspace-regulering in termen van spelen.

Maar het *district court* sluit af met een uitermate be-

langrijke analyse, welke ik hieronder in delen citeer en van enig commentaar voorzie:

'The Court is not blind to the possibility that Defendants may have intentionally structured their businesses to avoid secondary liability for copyright infringement, while benefitting financially from the illicit draw of their wares'...'To justify a judicial remedy, however, Plaintiffs invite this Court to expand existing copyright law beyond its well-drawn boundaries. As the Supreme Court has observed, courts must tread lightly in circumstances such as these'.

Het *district court* verwijst hier naar een praktijk die ik elders wel heb aangeduid als *legal requirements engineering*. Het ligt immers voor de hand, wanneer men bij het inrichten van bedrijvigheid in de fysieke wereld rekening houdt met het recht, dat men dat eveneens tracht te doen bij het inrichten van die delen van de bedrijfsvoering die zich afspelen in cyberspace. Wanneer daarbij mogelijkheden worden uitgebuit die in de fysieke wereld niet bestaan betekent dat niet zonder meer dat het gebruik van die mogelijkheden niet is toegestaan. In zijn *Code as Law on cyberspace* noemt Lessig de hier bedoelde witte plekken in het recht *inherent ambiguities*. Zijn betoog strekt er mede toe om aandacht te vragen voor de gevolgen van het ondoordacht en naïef invullen van die witte plekken naar analogie van het recht dat geldt in de fysieke wereld. Ik meen dat de analyse in spelen en typen communicatierelaties (tussen de fysieke wereld en cyberspace, binnen cyberspace et cetera) zal helpen die witte plekken, waar gewenst, meer zorgvuldig in te vullen.

'Sound policy, as well as history, supports our consistent deference to Congress when major technological innovations alter the market for copyrighted materials. Congress has the constitutional authority and the institutional ability to accommodate fully the raised permutations of competing interests that are inevitably implicated by such new technology'...'In a case like this, in which Congress has not plainly marked our course, we must be circumspect in construing the scope of rights created by a legislative enactment which never calculated such a calculus of interests'.

Hiermee ligt de bal in het speelveld van de wetgever en de politiek. Het komt mij voor dat daardoor de urgentie van de hierboven geformuleerde agenda voor rechtswetenschappelijk onderzoek nog nadrukkelijker zichtbaar wordt gemaakt.<sup>65</sup>

### Begrippen

**Agent** – een *agent* is een programma-object dat binnen de grenzen van zijn parameters in cyberspace zelfstandig opereert, en sociaal is in de zin dat hij reageert op input die wordt aangeleverd door andere *agents*.

**Blogs** – tekstfragmenten die internetgebruikers op hun website publiceren. Zij reserveren ruimte op hun

website om er hun reisverslagen, nieuwtjes, dagboek-aantekeningen, vakantiefoto's, inzichten, film-, boek-, en programma-recenties, algemene en bijzondere aanbevelingen en andere met hun persoon verbonden informatie naar toe te brengen. Een dergelijke verzameling doet enigszins denken aan de kopij van een persoonlijk digitaal krantje.

**Communicatiespelen** – de term wordt hier gebruikt om aan te geven dat gedrag in cyberspace wordt gezien als het deelnemen aan een spel. Voor de *betekenis* van dat gedrag suggereert de term de benadering van Wittgenstein's taalspelen. Voor *strategische keuzen* bij dat gedrag suggereert de term de benadering vanuit de speltheorie. Voor de *regulering* van dat gedrag suggereert de term de benadering vanuit spelregels en scheidsrechters. Voor de organisatie van dat gedrag suggereert de term iets als een sociaal contract, als de deelname aan een groep, aan wat in cyberspace een *community* wordt genoemd.

**Community** – een informele, virtuele gemeenschap of vereniging (met een gedeeld doel of een gedeelde belangstelling) en die zich in cyberspace verwezenlijkt.

**Concurrent Versioning Systems** – digitale hulpmiddelen die in staat zijn het programmeerwerk dat leden van een team (of community) gelijktijdig verrichten te integreren in een enkelvoudige versie van een computerprogramma.

**Cyberspace** – onder cyberspace versta ik 'de' verzameling van informatie- en programmatuurverzamelingen die toegankelijk zijn geworden door het internet.

**Digital Rights Management (DRM)** – programmatuur en representatiestandaarden die individuele verrekening van gebruik van auteursrechtelijk beschermde computerfiles mogelijk maken en die gelijktijdig verhinderen dat bruikbare kopieën worden gemaakt.

**Do ut des** – geef om te ontvangen. Het beginsel achter rechtsfiguren als de gift. De ontvanger is vrij om al dan niet iets terug te doen.

**DotLRN** – een verzameling procedures die een webgebaseerde onderwijsomgeving biedt en onder de GPL beschikbaar is. Hij is gebaseerd op de OpenACS toolkit die eveneens onder de GPL beschikbaar is (en in bepaalde versies operationeel is voor MS-Windows *operating systems*).

**File-sharing** – het delen van bestanden door een community, waarbij vaak gebruik wordt gemaakt van peer-to-peer systemen.

**GNU** – heeft als recursieve definitie: 'GNU's Not Unix.' Het betreft aanvankelijk de collectieve bouw van een Unix-achtig operating system in het publiek domein. Om dat te kunnen regelen was een auteursrechtlicentie nodig, die aan een ieder, onder verwijzing naar de herkomst, gebruik en distributie toestaat en die verplicht nieuwe bijdragen onder dezelfde voorwaarden ter beschikking te stellen. Dit is de GNU Public Licence of GPL geworden.

**GNU Public Licence (GPL)** – zie hiervoor.

**Internet** – onder internet versta ik ‘het’ netwerk van communicatienetwerken, dat onder meer wereldwijde communicatie toestaat. internet levert de infrastructuur van cyberspace.

**Malicious software** – kwaadaardige programmatuur die tot doel heeft om communicatiespelen in cyberspace te verstoren. Denk aan de programmatuur die dataverzamelingen van anderen beschadigen (als sommige computervirussen), aan de programmatuur die webdiensten uitschakelt via de zogenoemde denial of service attack.

**Open source bedrijfsmodel** – de gebruiker *krijgt* een halffabrikaat onder de GPL (zie aldaar) en *koopt* expertise die het halffabrikaat toesnijdt op zijn wensen.

**Peer-to-peer** – bijzonder effectieve communicatie-architectuur voor file-sharing. In elke deelnemende pc wordt een verzameling files toegankelijk gemaakt voor alle andere deelnemende pc's (die dat ook weer voor hun eigen verzameling doen). In een peer-to-peer dienst treedt elke pc tegelijkertijd op als *server* (programma dat diensten levert) en als *client* (programma dat diensten vraagt).

**Proprietary bedrijfsmodel** – de media-industrie koopt de exploitatierechten van de auteursrechthebbers (voor een vast bedrag of voor een percentage van de omzet), zorgt voor productie en distributie en int de verkoopprijs.

**Quid pro quo** – voor wat hoort wat. Het beginsel achter rechtsfiguren als koop. De ontvanger is verplicht iets terug te doen.

**Rippen** – het overbrengen van een informatiebestand van een cd of dvd naar een computerbestand.

**RSS-standaard** – webpublicatiestandaard die in staat stelt de koppen van nieuwsbronnen automatisch te verzamelen en te publiceren onder doorverwijzing naar de vindplaats van de gehele brontekst.

**Spelen** - er is sprake van regels die het gedrag van leden in een gemeenschap afhankelijk van hun rol beperkt; er is sprake van governance en (scheids)recht; de regels zijn door mensen geformuleerd.

**WOGMOOG** – afkorting voor het adagium: wat offline geldt moet ook online gelden.

---

## Noten

- 1 <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/02pdf/01-618.pdf>>.
- 2 <<http://www.oreillynet.com/lpt/a/2641>>.
- 3 Het was natuurlijk Eldred die deze zaak verloor; ik kies deze formulering omdat bedoelde zaak door Lessig is gestimuleerd en aangegrepen om een rechtswetenschappelijke vraag juridisch te doen beslissen. Een opmerkelijke, zij het niet unieke, rechtswetenschappelijke methode. Zo meen ik dat Hugenholtz om rechtswetenschappelijke motieven eigenaar is geweest van een telecommunicatiefrequentie en daarover procedeerde.
- 4 Ik heb niet geprobeerd termen te vertalen die daardoor aan betekenis zouden inboeten. Dergelijke termen zijn cursief weergegeven. Daarenboven heb ik afgezien van het nader toelichten van technische termen waarvan de uitleg eenvoudig kan worden achterhaald via <<http://www.google.com>>.
- 5 Belangwekkend is daarbij de tussenconclusie dat voorzover de bestreden wet het belang dient van de *entertainment industry*, dit belang via mededingingsregulering dient te worden gewaarborgd, en niet via intellectuele-eigendomsregulering.
- 6 Lessig onderscheidt vier regulerende krachten: het recht, de markt, sociale regels en architecturen. Naar analogie van de regulerende werking van architecturen in de fysieke wereld - denk aan de architecturen van het trappenhuis en van de rolstoel - doelt hij in cyberspace bijvoorbeeld op communicatie- en encryptiestandaarden, op datamodelen, op digitale formulieren en dergelijke.
- 7 Een toelichting voor deze stelling is aan de hand van elk willekeurig juridisch vraagstuk te geven: partijen staan in de werkelijke wereld voor een reëel probleem, rechtswetenschappelijk wordt met de weergegeven casus een intellectueel spel gespeeld volgens de spelregels van de rechtswetenschap en waarbij de regels, de rollen en de belangen van de rechtswetenschappelijke gemeenschap van doorslaggevende betekenis zijn voor de uitkomst. Het is interessant om in deze zin de inspirerende beschouwing over de status van de rechtswetenschap van Stolker te lezen (Prof. mr. C.J.J.M. Stolker, Ja, geleerd zijn jullie wel, *NJ 15*, 2003, p. 766-778). Voorzover nodig zij hierbij expliciet vermeld dat ik bij de referentie naar spelen niet verwijs naar bezigheden voor de zaterdagmiddag. Afgezien van de structurele verwantschappen tussen spelen en rechtssystemen, acht ik Wittgenstein's noties over de epistemologische rol van (taal)spelen bij uitstek van belang voor een rechtswetenschap die past in de kring van overige academische wetenschappen.
- 8 Ik meen dat Koers als eerste het sociale aspect van internet en de betekenis ervan voor het juristen benadrukte in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging van 1998.
- 9 Kortom: de gebruiksiinterfacies.
- 10 Hierbij behoren tevens de informatieverzamelingen ten behoeve van telecommunicatiedienstverlening - daaraan besteed ik in deze bijdrage geen aandacht.
- 11 Onder een *agent* versta ik een programma-object dat in cyberspace opereert, op cyberspace als het ware is 'losgelaten', dat sociaal is in de zin dat het reageert op input die wordt aangeleverd door andere *agents* en dat, binnen de grenzen van zijn parameters, zelfstandig in cyberspace opereert.
- 12 De economische waarde van cyberspace *als conventionele marktplaats* is in het afgelopen decennium vermoedelijk nogal overschat.

- 13 Europa heeft inmiddels een begin gemaakt met inspraak via het web, zie: <[http://europa.eu.int/yourvoice/index\\_nl.htm](http://europa.eu.int/yourvoice/index_nl.htm)>.
- 14 De mogelijkheden om het recht op vereniging en vergadering daadwerkelijk te gebruiken zijn met de komst van cyberspace explosief toegenomen.
- 15 Jack Valenti press release van 13 maart 2003 <[http://www.mpa.org/jack/2003/2003\\_03\\_13A.htm](http://www.mpa.org/jack/2003/2003_03_13A.htm)>: The article, said Valenti, notes that participants at the 1st International Conference on IPR hosted by Interpol in 2001 'all agreed the evidence was indisputable: a lucrative trafficking in counterfeit and pirate products - music, movies, seed patents, software, tee-shirts, Nikes, knock-off CDs and 'fake drugs' accounts for much of the money the international terrorist network depends on to feed its operations.' Said Valenti, 'September 11 changed the way American looked at the world. It also changed the way American law enforcement looks at Intellectual Property crimes.' Zie ook <<http://www.house.gov/berman/p2p.pdf>> met Berman's voorstel van wet.
- 16 De wereld is niet helemaal zo somber als hij hier wordt geschetst. Enkele wetenschappelijke auteurs hebben het (auteurs)recht in eigen hand gehouden en zich op cyberspace verenigd in het *open science* initiatief. De Nederlandse universiteiten gaan mogelijk zelf via cyberspace uitgeven (het DARE project - overigens moet hierbij worden afgewacht of daarbij het exploitatiemodel van de klassieke uitgeverijen niet zal worden gevolgd), en, wellicht het meest hoopgevende voorbeeld, de Free Record Shop nam medio februari 2003 het initiatief om door muzikmakers zelf geproduceerde en op cd vastgelegde muziek (dit verloopt deels via cyberspace) te gaan distribueren.
- 17 Om aan te geven dat het niet om een denkbeeldige bedreiging gaat gaf ik respectievelijk voor enkele belangrijke standaard *proprietary* softwareproducten (van Microsoft en Oracle) de *open source* producten, welke functioneel gelijkwaardige software aanbieden om niet.
- 18 De term duidt op kwaadaardige programmatuur die tot doel heeft om communicatiespelen in cyberspace te verstoren. Denk aan de programmatuur die dataverzamelingen van anderen beschadigen (als sommige computervirussen), aan de programmatuur die webdiensten uitschakelt via de zogenoemde *denial of service attack*. Dat deze bedreiging serieus moet worden genomen blijkt uit de voorgestelde Berman Act, waaraan Lessig refereert in het citaat dat werd opgenomen bij de titel van dit stuk en waarvan de vindplaats in noot 16 werd vermeld.
- 19 'GNU' heeft als recursieve definitie: 'GNU's Not Unix'. Het project betreft aanvankelijk de collectieve bouw van een Unix-achtig operating system in het publiek domein. Om dat te kunnen regelen was een auteursrechtlicentie nodig, die aan eenieder, onder verwijzing naar de herkomst, gebruik en distributie toestaat en die verplicht nieuwe bijdragen aan dat programma onder dezelfde voorwaarden ter beschikking te stellen. Dit is de GNU-public licence of GPL geworden, waarvan thans versie 2 tot de meest gebruikte behoort <zie <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>.
- 20 Waaraan het beroemde interpretatievoorschrift is verbonden: 'Free as in free speech, not as in free beer'. Anders dan Stallman reken ik de meeste *open source* initiatieven dan ook tot de Free software movement.
- 21 Dit laatste risico openbaart zich onder meer in de nieuwste versies van de Microsoft Media-player, welke alvorens een bestand af te spelen tracht een internetdialoog aan te gaan om te verifiëren dat het bestand rechtmatig wordt afgespeeld. Of gedurende deze dialoog inbreuk wordt gemaakt op de beschermingsrechten van de persoonlijke levenssfeer van de gebruiker is onduidelijk - want niet te controleren - al vrees ik aan de hand van de ongevraagde commerciële e-mail die mij bereikt wel eens dat hier een bron van zorg is.
- 22 Ontleend aan de Prepared Text of Remarks by Craig Mundie, Microsoft Senior Vice President: The Commercial Software Model, The New York University Stern School of Business, May 3, 2001. Zie: <<http://www.microsoft.com/presspass/exec/craig/05-03sharesource.asp>>.
- 23 Aardig is in dit verband dat hoewel de toenmalige concurrent, Netscape, commercieel het loodje legde - dit niet verhinderde dat de software onder de GPL beschikbaar werd gesteld aan het publieke domein, alwaar deze, onder de naam Mozilla aan een succesvol tweede leven is begonnen.
- 24 dotLRN is een verzameling procedures die een webgebaseerde onderwijsomgeving biedt en onder de GPL beschikbaar is. Hij is gebaseerd op de OpenACS toolkit die eveneens onder de GPL beschikbaar is (en in bepaalde versies operationeel is voor MS-Windows *operating systems*).
- 25 Mondelinge mededeling van Al Asse, projectleider van het .LRN project bij MIT.
- 26 Meestal tegen een vast bedrag of tegen een percentage van de omzet (royalties).
- 27 Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books 1999.
- 28 Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, Random House 2001.
- 29 Als beschermd door het auteursrecht.
- 30 Als beschermd door de naburige rechten.
- 31 Als beschermd door de informatiegrondrechten tezamen met het auteursrecht.
- 32 Als beschermd door de informatiegrondrechten tezamen met het auteursrecht.
- 33 Als beschermd door de telecommunicatierechten.
- 34 Als beschermd door enkele informatiegrondrechten en intellectuele-eigendomsrechtexcepties.
- 35 Ik acht het niet uitgesloten dat de verschillen van inzicht tussen Stolker en Nieuwenhuis over methoden en technieken voor rechtswetenschappelijk onderzoek (zie Stolker, o.c., p.776) kunnen worden begrepen wanneer onderscheid wordt gemaakt tussen schrijven (als, meestal individuele, consolidering en presentatie van inzicht) en onderzoeken (als, soms coöperatief, zoekproces naar inzicht).
- 36 WOGMOOG staat voor: wat offline geldt moet ook online gelden.

- 37 Christiaan Alberdingk Thijm in het redactioneel van *JAVI*, jaargang 1, nummer 1, juni 2002, p.1.
- 38 De term die is ingeburgerd voor het converteren van een file op cd naar een computerfile.
- 39 Op 11 april kost een doos met 2 cd's, bevattende Windows XP Professional volgens Tweakers Pricewatch tussen 172 en 449. Volgens dezelfde bron kost een doos met Red Hat Linux 8 tussen 48 en 64, zie: <<http://www.tweakers.net>>.
- 40 Zie: LJN-nummer: AE0805 van 28-03-2002, Gerechtshof Amsterdam (Kazaa).
- 41 Franken heeft hier een belangrijke impuls gegeven met zijn algemene beginselen voor behoorlijk informatiegebruik (Prof. Mr H. Franken, *Kantekeningen bij het automatiseren van beschikkingen*. In: VAR-reeks 110, Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1993, p. 7-50). Zijn algemene beginselen uit 1993 verdienen mijns inziens anno 2003 (tien jaar naar dato: internet bestond nog niet, laat staan cyberspace) nadere analyse in de vier typen van informatierelaties die hier worden onderscheiden.
- 42 De operationele programma-objecten die file sharing verwezenlijken zijn functioneel zowel *servers* (programma's die diensten aanbieden) als *clients* (programma's die diensten vragen).
- 43 Teksten die in digitale discussielijsten worden ingevoerd, of in *chat*-sessies die worden *gelogd* vervullen vergelijkbare informatievoorzieningsfuncties. Veel van mijn betoog over *blogs* geldt ook voor discussielijsten en *chatlogs*.
- 44 Zie: LJN-nummer: AA6716 van 9-08-2000, Rechtbank Amsterdam (Freelancers).
- 45 Zie: Theo de Roos, Gerard Schuijt en Louisa Wissink, *Smaad, laster. Discriminatie en porno op het internet*. In ITeR-reeks 10, Samsom 1996, p.81-242. In het hoofdstuk over actoren en diensten op de elektronische snelweg worden indelingen gehanteerd die goed aansluiten op de hier onderscheiden typen van informatierelaties.
- 46 Enigszins vergelijkbaar met de betekenis van algemene voorwaarden in de commerciële verhoudingen in de fysieke wereld - enigszins, omdat de meeste communicatiespelen om niet (of op een *do ut des* basis) worden gespeeld.
- 47 Denk aan de mogelijkheden die ook in de fysieke wereld bestaan om binnen het kader van spelen de regels van het spel te laten prevaleren boven rechtsregels, ook van het publieke recht (als belediging binnen de arena van rollenspelen, en als mishandeling binnen de lijnen van het voetbalveld). Denk evenwel ook aan de mogelijkheden om het publieke recht boven de regels van het spel te laten prevaleren.
- 48 In de Nederlandse rechtspraktijk is wel het verbluffende begrip 'privatisering van de werkplek' tot stand gebracht, maar bij mijn weten is het nog nooit voorgekomen dat in arbeidsgeschillen naar aanleiding van misbruik van internet op de werkplek deze bij de afweging een rol van betekenis heeft gespeeld.
- 49 Denk hierbij bijvoorbeeld aan *malicious software* (als voorgesteld in de Berman Act), aan peer-to-peer *cleint/servers*, aan *Digital Rights Management* programmatuur, aan *agents* die volautomatisch *patches* of *updates* aanbrengen in bestaand *operating systems* en andere programmatuur, aan *agents* die surfgedrag registreren of beveiligingsgebreken in operationele informatiesystemen opsporen.
- 50 Dit zijn digitale hulpmiddelen die in staat zijn het programmeerwerk dat leden van een team gelijktijdig verrichten te integreren in een versie van een computerprogramma in ontwikkeling.
- 51 Zie: LJN-nummers: AA8588, van 12-09-2000, Rechtbank 's-Gravenhage, LJN-nummer; AB0450, van 21-12-2000, Gerechtshof 's-Gravenhage; LJN-nummer:AD9138, van 22-03-2002, Hoge Raad der Nederlanden 's-Gravenhage (el Cheapo).
- 52 Zie:LJN-nummer: AA6826, van 22-08-2000, Rechtbank Rotterdam (Kranten.com).
- 53 Zie bijvoorbeeld de gebruiksvoorwaarden van Kazaa op <<http://www.kazaa.com>>: 'Copyright: Kazaa Gold does not condone activities and actions that breach copyright owners. As a Kazaa Gold user you have agreed to abide by the End User License Agreement and it is your responsibility to obey all laws governing copyright in each country.'
- 54 Dit is vrijwel zeker, wanneer daarbij een *RSS syndication feed* (een voorziening, die het mogelijk maakt een geautomatiseerde link te leggen met de informatiebron, ten behoeve van herpublicatie) wordt aangeboden.
- 55 Met Van den Herik ben ik van mening dat deze rol in cyberspace heel goed door *cyberagents* kan worden vervuld. Voor rechtspraak acht ik dit, tenminste zolang deze plaatsvindt in de fysieke wereld, op analytische gronden onmogelijk (anders: H.J. van den Herik, *Kunnen Computers Rechtspreken?*, Arnhem 1991).
- 56 Bij de elektronische handel is dat precies wat gebeurt in *interchange agreements* en algemene voorwaarden.
- 57 Zie: A.H.J. Schmidt en G.C.Th. Wierda, Communicatierechten in de grondwet, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2000, p. 323-334. Steenbruggen kiest, voorzover kan worden nagegaan, een andere benadering (Zie: Dodo of feniks: het communicatiegeheim in het digitale tijdperk, *Mf*, 2003-4, p. 118-124 [? Slechts een deel van het artikel is, zij het tweemaal, afgedrukt AS]).
- 58 Zie: <<http://creativecommons.org/licenses/>>.
- 59 In casu het IP-nummer, het voor de communicatie gebruikte poortnummer en het MAC-adres waarmee het interface kan worden geïdentificeerd vanuit cyberspace.
- 60 In deze, functionele, benadering ook: R.E. van Esch, *Electronic Data Interchange en het Vermogensrecht*, Tjeenk Willink 1999.
- 61 Zie: <<http://www.bustpatents.com/>>.
- 62 Bovenstaand deel van deze bijdrage is afgesloten op 16 april 2003
- 63 <[http://www.iff.org/IP/P2P/MGM\\_v\\_Grokster/030425\\_order\\_on\\_motions.pdf](http://www.iff.org/IP/P2P/MGM_v_Grokster/030425_order_on_motions.pdf)>
- 64 Vertaling van 'cases in which a defendant "has a right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities"'
- 65 Het Post scriptum van deze bijdrage is afgesloten op 30 april 2003