

22 531**Wijziging van de Auteurswet 1912 in verband met de rechtsbescherming van computerprogramma's****NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 9 juni 1994

Naar aanleiding van het verslag van de vaste Commissie voor Justitie merk ik het volgende op.

De leden van de CDA-fractie vroegen zich af, onder verwijzing naar een brief van prof. Berkvens aan hun fractie d.d. 2 maart 1994, of de door de staatssecretaris van Justitie gegeven uitleg van artikel 5, tweede lid, van de richtlijn de juiste is. Naar de mening van deze leden verzet de richtlijn zich niet tegen een ruimere interpretatie van het begrip reservekopie.

Ik stel voorop dat interpretatie van de richtlijn en dus ook van het begrip reservekopie in laatste instantie is voorbehouden aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. In de parlementaire stukken is in de context van de richtlijn en haar voorgeschiedenis een toelichting van de verschillende onderdelen van de richtlijn gegeven. Hierbij is onder meer gebruik gemaakt van het Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie, de oorspronkelijke tekstvoorstellen voor de richtlijn en daarbij behorende toelichting en ook van een al eerder in de stukken genoemd toelichtend boekwerk van B. Czarnota en R. J. Hart «Legal protection of computer programs in Europe, a guide to the EC directive», B. Czarnota was als medewerker van de Europese Commissie nauw bij de voorbereiding van de richtlijn betrokken.

Ingevolge artikel 5, tweede lid, van de richtlijn, overgenomen in artikel 45 k van het wetsvoorstel, kan het maken van een reservekopie door een rechtmatige gebruiker van het computerprogramma niet bij overeenkomst worden verhinderd indien die kopie voor gebruik voor het beoogde doel nodig is. Het begrip «reserve-kopie» wordt niet gedefinieerd. Deze uitzondering op het exclusieve recht van de auteursrechthebbende op het computerprogramma moet worden gelezen in het licht van de voorgeschiedenis van de richtlijn en in het licht van de overwegingen en het lichaam van de richtlijn.

De tweede overweging van de richtlijn spreekt van de mogelijkheid programma's te kopiëren voor een fractie van de ontwikkelingskosten; hiermee wordt bedoeld op een belangrijk motief voor de richtlijn, te weten het tegengaan van illegaal kopiëren en piraterij. Dit wordt ook uiteengezet in de toelichting bij het oorspronkelijk ontwerp (onder 1.3) en, uitgebreider, in bovengenoemd Groenboek (p. 35, onder 2.2.31). De richtlijn

heeft ten doel, aldus de aanbiedingsbrief bij het oorspronkelijk ontwerp, «een afdoende rechtsbescherming van computerprogramma's zeker te stellen». In de zeventiende overweging wordt gezegd dat «op de exclusieve rechten van de auteur om de ongeoorloofde reproductie van zijn werk te verhinderen een beperkte uitzondering moet worden gemaakt in het geval van een computerprogramma, ten einde de reproductie toe te laten die technisch noodzakelijk is voor het gebruik van dat programma door de rechtmatige verkrijger». In de eenentwintigste overweging wordt vervolgens, ter toelichting van de interoperabiliteitsuitzondering, opgemerkt dat «alleen in deze zeldzame gevallen» verveelvoudiging door een rechtmatige gebruiker is toegestaan, terwijl blijkens de drieëntwintigste overweging van die uitzondering geen gebruik mag worden gemaakt op een wijze die de gerechtvaardigde belangen van de rechthebbende in gevaar brengt of die tegen een normaal gebruik van het programma indruist.

In artikel 5 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel kwam geen specifieke regeling van de back-up kopie voor. Dit was, gezien het gesignaleerde gevaar voor piraterij en illegale kopieën begrijpelijk. Immers, een back-up kopie is een potentiële bron daarvoor. De toelichting bij het eerste lid van dat artikel 5 vermeldde (p. 26): «Evenzo zal iedere andere vorm van verveelvoudiging dan die voor het gebruik van het programma nodig is niet geoorloofd zijn, in het bijzonder de vervaardiging van een «back-up»-kopie of van een kopie voor particulier gebruik. Wanneer een «back-up»-kopie noodzakelijk is om van het programma gebruik te kunnen maken, wordt zulks gewoonlijk uitdrukkelijk door de rechthebbende toegestaan.» De richtlijn bevat thans wel een uitzondering voor «een reservekopie».

Uit de bewoordingen van artikel 5, tweede lid, volgt dat het maken van «een» reservekopie is toegestaan onder de daar omschreven voorwaarden; er wordt niet gesproken van «kopieën». Er wordt dus impliciet uitgegaan van één kopie, zoals ik reeds in de nota naar aanleiding van het eindverslag aan de Tweede Kamer (stuk nr. 7, p. 12) opmerkte. Czarnota merkt terzake op (p. 68): «It is clear, however, that it is «a» copy which is permitted and not «copies», and that the purpose may not be other than as a «back-up»». De kopie is bedoeld als reserve, voor het geval zo'n reservekopie «nodig» is voor «gebruik» voor het beoogde doel. Is zo'n reservekopie niet nodig, dan is zij niet geoorloofd en kan bij overeenkomst het maken van zo'n reservekopie worden verboden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de leverancier een back-up kopie meeleverd. «Providing a second copy of a program may remove the need to make a back-up copy». (Czarnota, p. 72). In geval van een geschil over de noodzaak van een reservekopie is het uiteindelijk de rechter die, aan de hand van de omstandigheden van het geval, daarover zal beslissen.

In het licht van het voorgaande merk ik ten aanzien van de door Berkvens gegeven voorbeelden ter adstructie van de zijns inziens noodzakelijke ruime interpretatie van artikel 5, tweede lid, het volgende op.

Kwesties als beveiliging, installatie, taakonderzoek en storingsonderzoek spelen vooral bij grote, commerciële, organisaties en zullen normaliter bij overeenkomst zijn geregeld in het kader van operationele noodvoorzieningen. De door Berkvens gesignaleerde noodzaak voor de gebruiker daartoe zelf een extra kopie van het programma te maken is dan niet aanwezig.

Voor een uiteenzetting over de Anglo-Amerikaanse figuur van source code escrow verwijs ik naar hetgeen ik terzake heb opgemerkt in de nota naar aanleiding van het eindverslag aan de Tweede Kamer (stuk nr. 7, p. 2-4), eveneens naar aanleiding van een opmerking van Berkvens (en Alkemade). Ter zake van een dergelijk depot zijn naar Nederlands recht de

constructies bewaargeving, depot bij een notaris, eigendomsoverdracht ten titel van beheer en gemeenschap denkbaar, welke constructies ik alle in genoemd kamerstuk heb toegelicht. Deze constructies, waarbij de medewerking van de auteursrechthebbende op het computerprogramma vereist is, bieden, zoals ik in genoemd kamerstuk concludeerde, voldoende mogelijkheden om tot een praktische oplossing voor de bescherming van de softwaregebruiker terzake van de broncode te komen.

Bij wet van 8 november 1993, Stb. 598, houdende Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel en enige andere wetten terzake van het voeren van een administratie (in werking getreden 1 januari 1994) is de boekhoud- en bewaarplicht en de desbetreffende terminologie gemoderniseerd. De wijzigingen maken het mogelijk dat administratieve gegevens volgens moderne technieken worden overgebracht op andere gegevensdragers zolang de betrouwbaarheid en de mogelijkheid van raadpleging zijn gewaarborgd. Er moeten zekere waarborgen worden gecreëerd ten aanzien van de bewaarde gegevens. In de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel wordt opgemerkt (p. 3): «Hierbij denke men vooral aan de technische en organisatorische waarborgen die ten aanzien van de moderne elektronische gegevensdragers gebruikelijk zijn». Deze waarborgen behoeven niet in alle gevallen uit back-up kopieën te bestaan. Zij kunnen bijvoorbeeld bestaan uit bepaalde afspraken tussen belanghebbende partijen met betrekking tot de elektronische verwerking of middels beveiligingsprocedures van het originele programma.

Het formaat van de floppy disk tenslotte hoeft evenmin tot het maken van een reservekopie te nopen. De gebruiker kan de drager bij de leverancier ruilen voor een van het gewenste formaat.

De Minister van Justitie,
A. Kosto