

Tilburg University

## U zult niet delen? Biologische mechanismen in de IE

Gommer, H.

*Published in:*  
Berichten industriële eigendom

*Publication date:*  
2011

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Gommer, H. (2011). U zult niet delen? Biologische mechanismen in de IE. *Berichten industriële eigendom*, 2011(mei), 160-166.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# U zult niet delen? Biologische mechanismen in de IE

Hendrik Gommer\*

## Inleiding

Op 26 oktober 2010 werd *Limewire* door het federale hof van de VS tot stoppen gedwongen. De service die 50 miljoen peer to peer (P2P) gebruikers per maand bestanden liet delen had op grote schaal de Intellectuele Eigendoms wetten overtreden. Hierdoor hadden platenmaatschappijen naar eigen zeggen onherstelbare schade geleden.<sup>1</sup> *Limewire* zou zich enorm hebben verricht aan de piraterij.<sup>2</sup> Voor IE specialisten niet verrassend, want de uitspraak was in lijn met de uitspraak in de *Grokster* zaak. Het aanmoedigen van het illegaal delen van bestanden is niet toegestaan.<sup>3</sup> Tegelijkertijd is het verbod van *Limewire* voor de hardcore downloaders een rimpeling in de vijver. Met *Bitcomet* en bijbehorende *torrents* gaat het delen van bestanden al sneller dan bij *Limewire*. *Bitcomet* is een programma waarmee je bestanden kunt downloaden van het internet en de *torrents* zijn verzamelingen van bestanden die op de computers van gebruikers staan. Eén druk op de knop en je hebt binnen een uur alle nummers van bijvoorbeeld Creedence Clearwater Revival op je harde schijf staan. Ondanks de uitspraak van het federale hof lijkt er dus geen houden aan. Wat is er aan de hand? Zijn mensen massaal tot het dievengilde bekeerd?

Op het eerste gezicht is het bevel van het hof in lijn met ethische normen. De standaardvisie van auteursrecht deskundigen is dat uitwisselingen wederzijds vrijwillig moeten zijn, wederkerig en respectvol.<sup>4</sup> Aangezien platenmaatschappijen hun muziek niet willen delen met P2P gebruikers die er niet voor betalen, overtreden de laatsten de wet. P2P gebruikers brengen daar tegenin dat de maatschappijen niet meer dan tussenpersonen zijn die grof geld verdienen met de verspreiding van de

werken van de originele kunstenaars.<sup>5</sup> James Grimmelmann stelt dat deze claims vooral retoriek zijn. 'Misschien kunnen filosofen proberen dergelijke claims van een solide fundament te voorzien.'

Gevolg gevend aan deze oproep zal ik het probleem analyseren vanuit het perspectief van mijn biologische rechtstheorie, zoals die beschreven is in het binnenkort te publiceren boekje 'A biological theory of law'.<sup>6</sup> Volgens deze theorie zijn onze ethische overwegingen gebaseerd op de reproductiekansen van onze genen. Er bestaat geen gat tussen biologische mechanismen en onze normen, maar we waardenen wat goed en fout is in het licht van die onderliggende mechanismen. Omdat de reproductiekansen toenemen als mensen samenwerken in groepen, zal het ethisch fundament liggen in de wijze waarop groepen zich het best kunnen gedragen om te overleven. Deze gedachte sluit aan bij de ideeën van Oliver Goodenough en Gregory Decker, die stellen dat onze sociale waarderings meestal zijn geworteld in dilemma's rond samenwerkingsmogelijkheden.<sup>7</sup>

In dit artikel zal ik eerst beschrijven welke ethische posities Grimmelmann onderscheidt. Daarna zal ik belangrijke biologische aspecten van P2P delen bespreken. Ten slotte zal ik proberen het antwoord te formuleren op de vraag of het faciliteren van het P2P delen van muziek gestraft zou moeten worden vanuit het biologische perspectief.

## Vier retorische clusters

Grimmelmann onderscheidt vier clusters van argumenten. Het eerste cluster, dat van de platenmaatschappijen, benadrukt dat het auteursrecht hoe dan ook moet worden gerespecteerd. Niet betalen voor muziek wordt beschouwd als gebrek aan respect voor de makers. Het downloaden van muziek zonder ervoor te betalen is gelijk aan stelen. Stelen is een misdrijf, dus is P2P delen een misdrijf. Deze visie leidt ertoe dat de makers een extensieve vorm van auteursrecht krijgen.<sup>8</sup>

Het tweede cluster, dat van de anti-platenmaatschappij lobby, stelt dat het IE recht misbruikt wordt om het publiek uit te buiten. Het principe dat voor muziek moet worden betaald is goed, maar het geld komt niet meer bij de makers terecht. In plaats daarvan strijken tussenpersonen het geld op, waardoor ze grof verdienen aan het werk van de artiest.<sup>9</sup>

Het derde cluster, vertegenwoordigd door de Free Software Foundation (FSF), klaagt over beperkingen van het gebruik nadat een artikel is gekocht. Men is dan de eigenaar en zou vrij moeten zijn ermee te doen en te laten wat men wil. Het IE recht is volgens deze groep onethisch en artiesten zouden er daarom afstand van moeten doen.<sup>10</sup>

\* Mr. Hendrik Gommer, is universitair docent aan de Universiteit van Tilburg, doceert rechtsbiologie, encyclopedie en rechtstheorie. Hij doet onderzoek naar biologische grondslagen van het recht en gaf op de jaarlijkse IE conferentie op 16 maart 2011 in Zeist een presentatie over biologische aspecten aan het IE-recht [www.boek9.nl/?/Hier+spreekt+Zeist///28240/](http://www.boek9.nl/?/Hier+spreekt+Zeist///28240/).

1 US District Court Southern District of New York, 06 Civ. 05936 (KMW) ECF CASE, Oct. 26 2010.  
2 Yinka Adegoke & Jonathan Stempel, 'U.S. court shuts down LimeWire Music-sharing service', Reuters, Oct 27 2010.  
3 MGM Studios v. Grokster, Supreme Court of the United States, June 27 2005; Zie ook Dirk G.J. Visser, 'Napsteren', 'Gnutellen' en de afwezigheid van legale muziek op Internet', Computerrecht 2001, p. 131-133.  
4 James Grimmelmann, 'The Ethical Visions of Copyright Law', New York Law School, SSRN.com/abstract=1388844, p. 2014.

5 Ibid., p. 2024-2025.

6 Hendrik Gommer, *A Biological Theory of Law. Natural Law Theory Revisited*, 2011; Zie ook Hendrik Gommer, 'The Molecular Concept of Law', Utrecht Law Review April 2011.

7 Oliver R. Goodenough & G. Decker, 'Why do Good People Steal Intellectual Property?'. *The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics, and Evolutionary Biology* 2006, Vol. 4, p. 1-28.

8 Ibid., p. 2019-2021.

9 Ibid., p. 2021-2025.

10 Ibid., p. 2025-2029.

Het vierde cluster, dat te herkennen is in de retoriek van de Creative Commons, benadrukt dat auteurs hun creaties moeten delen als ze respect willen tonen voor hun publiek. Dan verdienen de auteurs bij wijze van wederkerigheid ook respect. Iedere gebruiker is tevens een potentiële ontwikkelaar, iedere lezer een potentiële auteur en iedere luisteraar een potentiële muzikant. Iedere bijdrage aan een pool die vrij door iedereen gebruikt kan worden zou geprezen moeten worden.<sup>11</sup>

Deze vier argumentstructuren worden gebruikt naar gelang de positie die men inneemt, maar zeggen ons weinig hoe IE recht er uit zou moeten zien.<sup>12</sup> Om dat te doen, moeten we vaststellen wat de ethische basis van het IE recht is en die hangt weer samen met het perspectief dat we kiezen. Vervolgens moeten deze ethische principes worden gewogen en bij dit wegen maken mensen gebruik van hun persoonlijke ideologieën, ervaringen, gevoelens en emoties.<sup>13</sup> Omdat dit beslissingsproces zeer ingewikkeld is, hebben we onze intuïtie, ons onderbewuste nodig om vast te stellen wat de juiste morele keuze is.<sup>14</sup> Een ieder die denkt dat juristen rationele, analytische keuzes maken, bedriegt zichzelf. Vanwege de zeer beperkte capaciteit van het bewustzijn is dit niet in staat om een complex wegingsproces uit te voeren.<sup>15</sup> Tijdens het IE congres 2011 in Zeist demonstreerde ik dit door aan de aanwezigen te vragen om een moreel oordeel te geven in een IE-zaak. Het oordeel kon onmiddellijk gegeven worden. Maar mijn vraag hoeveel 12685 maal 13795 is, kon niemand beantwoorden. Een vermenigvuldiging van twee maal vijf cijfers kan ons bewustzijn niet uitvoeren, terwijl alleen het bewustzijn regels kan hanteren. Morele afwegingen worden blijkbaar op een andere manier gemaakt.

### Biologische basisnoties

Toch is er een behoorlijk aantal rechtszaken waarin rechters tot soortgelijke beoordelingen komen. Tegelijkertijd lopen de motiveringen uiteen. Sommige rechters gebruiken ongeschreven rechtsbeginselen, anderen vertrouwen op geschreven regels. De Hoge Raad doet niet zelden een beroep op de 'redelijkheid en billijkheid'. De beslissing van de New Yorkse rechtbank in *Riggs v. Palmer* geeft een interessante hint voor wat betreft de basisnoties van het strafrecht.<sup>16</sup> In deze zaak mocht de moordenaar zijn geld niet houden omdat de rechtbank stelde dat 'no one shall be permitted to profit by his own fraud'.<sup>17</sup> Dit principe kon in verband worden gebracht met de evolutionaire speltheorie. Genen die mensen programmeren om vals te spelen zullen zeer succesvol zijn en zullen zich snel over de populatie

verspreiden, tenzij deze *free riders* worden ontmaskerd. Stabiele groepen zullen groepsleden niet laten profiteren van frauduleuze handelingen.<sup>18</sup>

Wat gaat er in het brein van mensen om als ze moeten besluiten of gedrag goed of slecht is? Ik vroeg studenten om een standaardzaak te beoordelen.<sup>19</sup> Een meisje van 16 reist met de trein zonder geldig kaartje en wordt beboet. Moet ze de boete betalen? Het onmiddellijke antwoord van de studenten is: 'Ja natuurlijk, dat moet.' Gevraagd naar de motivering is het antwoord dat het meisje zich aan de regels moet houden. Hoewel de verklaring rationeel klinkt, verandert die perceptie als details worden toegevoegd. Het meisje had wél een kaartje en op het kaartje stond dat het de hele dag geldig was. De conducteur stelde echter vast dat dit kaartje niet voor negen uur geldig was. De studenten vonden in dat geval dat het meisje niet hoeft te betalen. De boete was oneerlijk. 'Het voelt niet rechtvaardig,' was de motivering. Deze beslissing van de studenten komt uit het onderbewuste en is een reflectie van een ongedefinieerd rechtsgevoel. Emoties maken snelle beoordelingen mogelijk. Pas achteraf zoeken we naar rationele argumenten voor de keuzes die we maken. Dit is in overeenstemming met de ontdekking van Damasio dat mensen morele beslissingen nemen op basis van emoties en gevoelens.<sup>20</sup> De rationele *rule based* reconstructie volgt later. Als we dus willen weten hoe de rechter tot zijn beslissing komt bij de vraag of P2P delen onrechtmatig is, moeten we weten welke emotie hier een rol speelt. Emoties maken snelle reacties mogelijk en zijn dus onmisbaar om te overleven. De vanuit evolutionair oogpunt oude controlecentra in de hypothalamus en het limbisch systeem doordringen onze gedachten met emoties die ons een gevoel van goed en kwaad geven.<sup>21</sup>

Een evolutionair mechanisme is dat *free riders* gestraft worden, dat wil zeggen groepsleden die voordeel trekken van de groepsregels zonder zelf te investeren.<sup>22</sup> Dit is in feite een genetisch principe. Alleen genen die er voor zorgen dat *free riders* weinig kans krijgen zullen zich verspreiden. Dit principe is zo basaal dat het diep geworteld is in onze hersenen. Het uit zich onder andere via onze emoties en gevoelens (woede, verontwaardiging, wraak), waarna ons bewustzijn beschrijft wat we voelen. We straffen degenen die profiteren van hun bedrog, dat wil zeggen groepsleden die hun genen verspreiden ten koste van de inspanningen van andere groepsleden. Regels en geschreven principes proberen dit zeer oude mechanisme, dat duidelijk en direct is

11 Ibid., p. 2029-2031.

12 Ibid., p. 2005, 2036.

13 A. Altman, 'Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin', 1986 *Philosophy and Public Affairs*, pp. 205-236.

14 Roy F. Baumeister, E.J. Masicampo & Kathleen D. Vohs, 'Do conscious Thoughts Cause Behavior?', *Annual Review of Psychology* 2011.

15 Dijksterhuis, A. & L.F. Nordgren, 'A Theory of Unconscious Thought', 2006 *Perspectives on Psychological Science*, pp. 95-109; Gommer 2011, noot 6.

16 Riggs/Palmer 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

17 115 N.J. 511, 22 N.E. 190 (1889).

18 R. Boyd and P.J. Richerson, 'Punishment Allows the Evolution of Cooperation (or Anything Else) in Sizable Groups', *Ethology and Sociobiology* 1992, p. 171-195.

19 Deze zaak is uitgebreid beschreven in H. Gommer, 'Het is maar een standaardzaak', *Strafblad* April 2010.

20 A.R. Damasio, *Descartes' Error-Emotion, Reason and the Human Brain*, 1994; A. Bechara, H. Damasio, D. Tranel, A.R. Damasio, 'Deciding Advantageously Before Knowing the Advantageous Strategy', *Science* 1997, pp. 1293-1295.

21 Wilson, E.O., *Sociobiology. The New Synthesis*, Cambridge: Harvard University Press 1975, p. 3.

22 Ernst Fehr & Simon Gächter, 'Altruistic Punishment in Humans', *Nature* 2002, 137-140.

in eenvoudige situaties, te verwoorden.<sup>23</sup> Echter, in een complexe samenleving kunnen de simpelste situaties gemakkelijk zeer complex worden. Om samenwerking in ingewikkelde situaties mogelijk te maken, hebben we een bijzonder middel nodig. Dat middel noemen we het recht.<sup>24</sup> Of zoals Goodenough stelt: 'Law can be seen as a further step in this chain, creating institutionalized game structures with which attractive, plus-sum outcomes become dominant.'<sup>25</sup> Als gevolg hiervan kan het recht redelijk consistent zijn, zolang rechters, wetgevers en burgers (onbewust) genetische basisprincipes van stabiliteit en reciprociteit laten doorwerken in hun oordeel. Omdat de wet zelf is gebaseerd op deze principes, zal een rechter een rationalisatie van dit rechtsgevoel – dat gebaseerd is op dezelfde onderliggende biologische principes – kunnen vinden in de wet. Zo beschouwen we het doden van groepsleden als moord omdat dit gedrag uitermate nadelig is voor onze genen. Het is dan niet verrassend dat iedere samenleving in de wereld dit ook bestraft.<sup>26</sup> Het opleggen van deze straf kan beschouwd worden als een eigenschap waarvoor mensen een genetische aanleg hebben. Deze aanleg kan echter meer of minder beïnvloed worden door de omgeving.<sup>27</sup> Het is een uitdaging om uit te vinden hoezeer bepaald gedrag is gedetermineerd door onze genen en welk deel veranderd kan worden door de invloed van de omgeving.<sup>28</sup>

### Reproductie en de behoefte aan voedsel

Welke basisnoties zijn van belang in het Intellectuele Eigendomsrecht? Het blijkt dat intellectueel eigendom niet dezelfde eigenschappen bezit als eigendom in het algemeen.<sup>29</sup> Als een artiest een lied zingt, dan kan ik meezingen zonder het te 'stelen'.<sup>30</sup> Sterker nog, hoe meer mensen meezingen des te succesvoller het nummer zal zijn. Volgens Goodenough en Dekker is IE eerder gerelateerd aan respect en aanzien aan de ene kant en geheimhouding aan de andere kant. In de academische wereld zullen auteurs weinig tot geen vergoeding krijgen voor hun artikelen. Ze hopen dat ze geciteerd zullen worden voor hun briljante ideeën, zodat ze uiteindelijk erkenning krijgen. Erkenning kan vervolgens gebruikt worden om indruk te maken op potentiële partners of inkomsten te verwerven.<sup>31</sup> De bijdrage van wetenschappers aan de samenleving wordt voor een belangrijk deel betaald met waardering en respect.

23 Paul H. Robinson, Robert Kurzban & Owen D. Jones, *The Origin of Shared Intuitions of Justice*, *Vanderbilt Law Review* 2007, p. 1644-1646.

24 Deze functie kan ook vervuld worden door verhalen in literatuur en religie die het samenwerken bevorderen door bepaalde emoties los te maken.

25 Goodenough & Decker 2006, noot 7.

26 J. Mikhail, *Is the Prohibition of Homicide Universal? Evidence from Comparative Criminal Law*, 75 *Brooklyn Law Review* 2010, 497-515.

27 Goodenough & Decker 2006, noot 7.

28 Gommer 2011, noot 6, hoofdstuk 7.

29 J. Stake, *The property instinct*, *Phil. Trans. R. Soc. Lond.* 2004, p. 1763-1774.

30 Goodenough & Decker 2006, noot 7

31 G. Miller, *The Mating Mind: How Sexual Choice Shaped the Evolution of Human Nature*, New York: Doubleday 2000.

Iedere academicus zal het trotse gevoel kennen als een artikel van zijn hand veelvuldig wordt geciteerd. Hoe meer een artikel wordt geciteerd, hoe meer hij gestimuleerd wordt om door te gaan op de ingeslagen weg. Dit gevoel valt in het niet bij de extase die musici ervaren als hun publiek klappt en schreeuwt van opwinding. Hun fans betalen niet alleen met geld, maar geven ook hun waardering. Terwijl ik dit artikel schrijf, luister ik naar de hits van Creedence Clearwater Revival (CCR) die ik heb gedownload van het internet. Vroeger had ik LP's van de groep, maar die zijn tegenwoordig praktisch onbruikbaar. De muziek inspireert me tot het in mijn vrije tijd schrijven van een gepassioneerd artikel over P2P delen, dat uiteindelijk gedeeld zal worden met de lezers van dit tijdschrift en later ook op internet. CCR kan trots zijn als Proud Mary dat hun nummers nog steeds invloed hebben op de geest van mensen.

In mijn biologische theorie van het recht, beschouw ik de behoefte aan reproductie als de meest elementaire basisnotie. Voor succesvolle reproductie is vereist dat we voldoende lang leven en voldoende voedsel en voorzieningen vinden. Overleving en het vinden van voorzieningen zijn daarmee eveneens elementaire basisnoties. Omdat geld ons helpt om voedsel en voorzieningen te vinden, kan geld vanuit biologisch perspectief als synoniem beschouwd worden aan voedsel. Erkenning is belangrijk om meer geld met ons werk te verdienen en om seksuele partners aan te trekken. Als mijn artikelen niet gelezen zouden worden, zou ik niet uitgenodigd worden voor presentaties. Dan zou mijn financiële positie, die van belang is voor het voeden van kinderen en familie, achteruit gaan. Hetzelfde geldt voor musici. Hoe groter hun publiek, des te betere sekspartners ze zullen krijgen en hoe meer ze kunnen vragen voor hun *live* optredens. Hun fans zullen bereid zijn meer te betalen om hun favoriete musici te horen spelen.

### Imitatie en delen

Tot nu toe lijkt er geen probleem. De relatie tussen auteur en publiek is wederkerig. Hoe meer fans liedjes van CCR zingen, hoe meer de leden van de band kunnen verdienen. Maar waarom houden die fans zo van CCR? Zij willen delen in het succes van de band. Ook zij willen hoger aanzien in de groep krijgen en seksuele partners aantrekken. Ze zullen dansen op de muziek; ze zullen de drummer, de zanger en de gitarist imiteren; ze zullen hun LP's, CD's, muziekbestanden aan anderen tonen om indruk te maken; ze zullen handtekeningen verzamelen om te tonen hoe dicht ze bij de bandleden staan. Door CCR te imiteren kunnen ze succesvoller zijn in het verspreiden van hun genen. Het succes van Guitar Hero, een spel dat spelers aanzet tot het imiteren van het gitaarspel van hun favoriet, kan vermoedelijk toegeschreven worden aan de behoefte aan imitatie. Het blijkt dan ook dat imitatie essentieel is in sociale interacties. Hoe meer mensen elkaar imiteren, des te meer ze zich betrokken voelen bij anderen.<sup>32</sup> Het is dan

32 T.L. Chartrand & J.A. Bargh, *The Chameleon effect: The perception-behavior link and social interaction*, *J. Pers. Soc. Psychol.* 1999, p. 893-910.

ook niet verrassend dat imitatie een diepgewortelde eigenschap van mensen is.<sup>33</sup> Imitatie zal de sociale banden versterken, terwijl mensen meer empathie zullen voelen voor groepsleden en hen eerder zullen helpen. Imitatie is de lijm die hele samenlevingen bij elkaar houdt.<sup>34</sup> Dit gegeven sluit aan bij het feit dat imitatie veel gebruikt wordt bij het vinden van voedsel. Onderzoekers zagen hoe chimpansees elkaar nadeden bij een techniek om voedsel uit een doos te krijgen. Hoewel er twee mogelijke methoden waren, bleven de deelnemers bij de methode die ze van de eerste chimpansee hadden geleerd. Op deze manier ontstonden twee culturen van voedsel halen uit de doos, die van de 'pokers' en de 'lifters'. Een gelijksoortig onderzoek met kinderen leverde hetzelfde resultaat op.<sup>35</sup> Het blijkt dan ook dat observatie en imitatie efficiënter zijn in primaire leerprocessen dan instructie.<sup>36</sup> De Waal benadrukt het belang van imitatie door er op te wijzen dat chimpansees en jonge kinderen zonder de gelegenheid tot observatie en imitatie niet in staat waren het voedsel uit de doos te krijgen.<sup>37</sup>

Een andere belangrijk sociaal bindmiddel is het delen van voedsel. Veel dieren delen voedsel met hun jongen. Het zorgt ervoor dat de jongen in leven blijven als ze zelf nog niet voldoende voedsel kunnen vinden. Maar enkele grote apen delen, net als de mens, ook voedsel met niet-verwante groepsleden. De Waal ontdekte dat het actief afstaan van voedsel onder apen zeldzaam is. Voedseltransacties zijn het gevolg van 'selectieve tolerantie in combinatie met de behoefte van de niet-bezitter'. De 'gever' is zich min of meer bewust van het feit dat de ander het voedsel zal pakken en neemt een houding aan waarin de ander gemakkelijk voedsel kan pakken. De gever zal uit de buurt blijven van individuen waar hij geen voedsel aan gunt, zodat wederkerige distributie ontstaat.<sup>38</sup> Het blijkt dan dat volwassen chimpansee mannetjes, onbewust, vooral fruit delen met vruchtbare vrouwtjes. Volwassen vrouwtjes delen vooral met nakomelingen en onvolwassen apen.<sup>39</sup> Bovendien zullen chimpansees die geen voedsel willen delen, later ook geen voedsel krijgen van de ander.<sup>40</sup> Net als imitatie is delen van belang voor mensapen om voedsel te krijgen, te overleven en te reproduceren. Het belang van de verspreiding van onze genen houdt ons in de greep,

33 Marco Lacoboni, Neural mechanisms of imitation, *Current Opinion in Neurobiology* 2005, p. 632-637.

34 Ibid., p. 63.

35 Victoria Horner, Andrew Whiten, Emma Flynn & Frans B.M. de Waal, 'Faithful replication of Foraging Techniques along Cultural Transmission Chains of Chimpanzees and Children', *PNAS* 2006, p. 13878-13883.

36 Christoph Engel, Learning the Law, *Journal of Institutional Economics* 2008, p. 275-297.

37 Frans B.M. de Waal, *The Age of Empathy*, New York: Harmony Books 2009, p. 57.

38 Frans B.M. de Waal, 'Attitudinal Reciprocity in Food Sharing among Brown Capuchin Monkeys', *Animal Behaviour* 2000, p. 253-261.

39 Kimberley J. Hockings, Tatyana Humle, James R. Anderson, Dora Biro, Claudia Sousa, Gaku Ohashi, Tetsuro Matsuzawa, *Chimpanzees Share Forbidden Fruit*, *Plos One* 2007.

40 Frans B.M. de Waal, 'Food Sharing and Reciprocal Obligations Among Chimpanzees', *J. Hum. Evolution* 1989, p. 433.

zodat we niet ontkomen aan delen met anderen.<sup>41</sup> Zelfs voordat kinderen kunnen praten bieden ze al voedsel aan om vriendschappelijke relaties aan te knopen.<sup>42</sup> Later geven ze elkaar 'cadeautjes'. Evolutionaire berekeningen leren ons *onbewust* dat als we afwijkend gedrag bestraffen en het delen van voedsel prijzen, onze winst hoger zal zijn.<sup>43</sup>

### Creativiteit bevorderen

Imitatie en delen zijn dus van belang voor de samenhang binnen een groep, terwijl creatieve mensen van belang zijn voor vooruitgang en ontwikkeling. Zonder creativiteit zullen minder nieuwe bronnen worden aangeboord. Creatieve mensen moeten dus aangemoedigd worden om hun creativiteit te gebruiken. Hoe moeten we dat doen? Mandel laat zien dat intrinsieke motivatie nodig is om creatieve productiviteit te bereiken, terwijl extrinsieke motivatie leidt tot een daling van creativiteit, tenzij de competentie van de makers daarmee wordt bevestigd.<sup>44</sup> Intrinsieke motivatie komt voort uit betrokkenheid en uitdaging, terwijl financiële doelen extrinsieke motivatie opleveren.<sup>45</sup> Extrinsieke motivatie, beperking van de autonomie en voorschriften over de verwachte manier van werken stimuleren mensen tot het gebruik van rechtlijnige, algoritmische wijzen van werken bij het oplossen van problemen,<sup>46</sup> terwijl intrinsieke motivatie ertoe leidt dat mensen zichzelf identificeren met de creatieve activiteit.<sup>47</sup> Extrinsieke beloning en erkenning stimuleren alleen als ze een reactie vormen op een bijzondere prestatie en nieuwe ideeën. Doordat de maker zich identificeert met zijn activiteit zal alleen constructieve feedback helpen om zijn creativiteit te bevorderen.<sup>48</sup> Mandel geeft aan dat ook de Supreme Court in de VS meent dat de creativiteit die nodig is om auteursrecht te krijgen erg laag is. Men hoeft maar iets te schrijven dat net iets anders is en het auteursrecht is binnen.<sup>49</sup> Hierdoor is auteursrecht als extrinsieke motivatie geen efficiënte beloning. Het Intellectuele Eigendomsrecht zou vooral makers moeten belonen die echt innoveren.<sup>50</sup>

41 J. Dunn, *The Beginnings of Social Understanding*, Oxford: Basil Blackwell 1988.

42 I. Eibl-Eibesfeldt, *Human Ethology*, New York: De Gruyter 1989, p. 340-341.

43 Herbert Gintis, Samuel Bowles, Robert Boyd & Ernst Fehr, *Gene-Culture Coevolution and the Emergence of Altruistic Behavior in Humans*, in: Charles Crawford & Dennis Krebs (eds.), *Foundations of Evolutionary Psychology*, New York: Lawrence Erlbaum Associates 2009, p. 313-329.

44 Gregory N. Mandel, To Promote the Creative Process: Intellectual Property Law and the Psychology of Creativity, 86 *Notre Dame Law Review* 2011.

45 Ibid.; Katherine A. Lawrence, Why Be Creative? Motivation and Copyright Law in a Digital Era, 1 *IP Central Review* 2004, p. 3-4.

46 Theresa M. Amabile, *Creativity in Context*, New York: Westview Press 1996, p. 122; Marcus Selart et al., Effects of Reward on Self-Regulation, Intrinsic Motivation and Creativity, *Scandinavian Journal of Educational Res.* 2008, p. 452; Richard M. Ryan & Edward L. Deci, Self-Determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development and Well-Being, 55 *American Psychologist* 2000, p. 70.

47 Selart et al. 2008, *Ibid.*, p. 441.

48 Amabile 1996, noot 46, p. 117.

49 Mandel 2011, noot 44; *Feist Publications v. Rural Telephone Service*, 499 U.S. 340 (1991).

50 Mandel 2011, noot 44.

Creativiteit kan dus het best bevorderd worden door makers autonomie te geven, te belonen voor echt nieuwe ideeën, nieuwe uitdagingen te bieden en door erkenning. We moeten hen vrij laten rondspelen, zeggend, en hen belonen als ze iets nieuws uitvinden. Het is opmerkelijk dat een uitsluitend financiële beloning niet altijd stimulerend werkt, vermoedelijk hooguit als het tegelijkertijd een teken van erkenning is.

Samenvattend ontstaat het volgende beeld. Creatieve mensen zijn van groot belang voor de samenleving omdat ze de gave hebben nieuwe werken te ontwikkelen. Makers kunnen gestimuleerd worden door hen autonomie, erkenning en beloning voor nieuwe ideeën te geven. Door imitatie en delen kunnen deze ideeën de samenleving helpen bij het vinden van meer voorzieningen die mensen en hun kinderen in leven houden. Makers worden geprezen, krijgen respect en worden gecompenseerd voor hun inspanningen, zodat ze in hun creativiteit worden aangemoedigd. Door imitatie en delen zal de groepsbinding toenemen en kan de groep eensgezind handelen in moeilijke situaties. Als IE-recht een reflectie is van biologische mechanismen zou het de makers moeten stimuleren en tegelijkertijd het delen van de nieuwe ideeën moeten bevorderen. De Copyright Clause van de grondwet van de VS probeert dat precies te bewerkstelligen door exclusieve rechten voor een beperkte tijd veilig te stellen. "To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries."<sup>51</sup> Men kan zich echter afvragen of deze exclusieve rechten de belangrijkste motivatiefactoren voor makers zijn. Uit het voorgaande blijkt dat de erkenning van de prestatie belangrijker is. Bovendien bestaat er spanning tussen exclusieve rechten en de behoefte aan delen. Als wetenschappelijk auteur, zou ik in extase raken als mijn artikelen veelvuldig werden gekopieerd en door miljoenen per jaar zouden worden gelezen en geciteerd. Waarom is het P2P delen van muziek dan zo'n probleem?

### Vals spelen in het IE-recht

De samenleving is veel gecompliceerder geworden dan in het tijdperk van de jagers en verzamelaars. Maar ook sinds de jaren zeventig hebben zich stormachtige ontwikkelingen voorgedaan. In die tijd kon CCR een groter publiek bereiken als hun muziek verspreid werd door platenmaatschappijen. De productie en verspreiding van singles en LP's was te duur voor jonge, onbekende musici om zelf ter hand te nemen. Ze moesten dus hun rechten verkopen aan grote platenmaatschappijen, die de verdiensten vervolgens gebruikten om nieuw talent aan te trekken. De maatschappijen droegen zodoende bij aan optimale verspreiding van nieuwe 'technieken'. Het voordeel voor de maatschappij was voor de hand liggend. Zo werden sociale principes gekapitaliseerd. Deze kapitalisatie werd het 'eigendom' van de maatschappijen en daarom kan een platenmaatschappij het

als diefstal beschouwen als haar producten illegaal worden gedeeld en gedownload. Het recht op voedsel en waardering van de musici is gekapitaliseerd en verkocht en dit recht heeft geen waarde meer als de muziek door iedereen gratis gedownload kan worden.

Deze redenering maakt het probleem duidelijk. De productie van nieuwe muziek kan tegenwoordig heel goedkoop plaatsvinden. Iedereen kan muziek opnemen en op het internet zetten, bijvoorbeeld op YouTube. Dan kan het door iedereen gezien en beluisterd worden. De functie van platenmaatschappijen als distributeur kan daardoor gemist worden. Daarnaast zijn platenmaatschappijen vooral kooplui, geen makers. Ze moeten slim zijn om hun producten aan de man te brengen. Een maker van een nieuw papieren vliegtuigje kan geprezen worden door andere hobbyisten, maar de ware koopman kan beter een ander product verkopen.<sup>52</sup> Het papieren model kan gemakkelijk geïmiteerd worden en dus zal het worden geïmiteerd.

Toch, zo stelt Dirk Visser, voelen rechters weinig sympathie voor iemand die met opzet anderen imiteert.<sup>53</sup> Hoe moet dat geduid worden als imitatie iets is dat we allemaal doen om te overleven, als imitatie basiseigenschap is van mensen. De Amerikaanse rechtbank legt dit als volgt uit: Originaliteit zou onbeschermd zijn en daardoor vaak niet beloond.<sup>54</sup> Deze uitspraak suggereert dat de rechtbank imitators zal veroordelen als ze doen alsof ze zelf een nummer gemaakt hebben en de inkomsten voor zichzelf houden. Dit is wat Visser 'misleiden en verwarren' noemt. Een dergelijke imitator is aan het bedriegen en free riden. Hij verrijkt zich ongerechtvaardigd met de creativiteit van de maker. Zoals we zagen, moeten dergelijke free riders gestraft worden. Het Europese Hof van Justitie lijkt dezelfde opvatting toegeedaan. In *L'Oréal v. Bellure* wordt overwogen:

"Where a third party attempts, through the use of a sign similar to a mark with a reputation, *to ride on the coat-tails* of that mark in order *to benefit* from its power of attraction, its reputation and the prestige of that mark and to exploit, *without paying any financial compensation*, the marketing effort expended by the proprietor of the mark in order to create and maintain the mark's image...the advantage resulting from such use *must be considered to be an advantage that has been unfairly taken* of the distinctive character or the repute of that mark".<sup>55</sup>

Als een derde meelift op het succes van een maker dan moet dat beschouwd worden als een oneerlijk profiteren van de reputatie van die maker. Hoewel de uitspraak is

.....  
52 Zo ontdekte ik toen ik als 7-jarig jongetje uit krantenpapier gevouwen hoeden probeerde te verkopen voor een dubbeltje. Mijn vriendjes haalden een krant van huis en liepen even later zonder enige kosten met dezelfde hoed rond.

53 Dirk J.G. Visser, 'Misrepresentation and Misappropriation', 2011 (nog niet gepubliceerd); zie ook Dirk Visser & Gerrit de Jager, *Te Intellectuele Eigendom*, deLex 2010.

54 *American Safety Table Company v. Schreiber* 269 F.2d 255 (19 June 1959).

55 HvJ EU, 18 juni 2009, zaak C-487/07 – *L'Oréal/Bellure*.

.....  
51 Article I, Section 8, Clause 8 of the United States Constitution.

bekritiseerd omdat er in de argumentatie geen verwijzing te vinden is naar mensenrechten,<sup>56</sup> wijst Visser erop dat het Europese hof zich heeft laten leiden door het basisprincipe dat parasitisme afwijst. Dit is interessant omdat het Europese hof blijkbaar argumenteert op een ander (meer basaal?) niveau, dan juristen gewend zijn te doen.<sup>57</sup> Als recht een reflectie is van de menselijke natuur, is dit niet verrassend. Het hof geeft daarmee impliciet een antwoord aan Goodenough die vraagt om 'an intellectual property system that is as deeply rooted in human psychology as it is in economic policy'.<sup>58</sup> Misleiding houdt in dat de maker niet de erkenning krijgt die hij verdient. Ongerechtvaardigd voordeel trekken betekent dat iemand beloond wordt voor de creatieve activiteit van een ander.<sup>59</sup> De valsspeler krijgt meer kans op reproductie en voedsel en de maker heeft het nakijken. Vanuit biologisch oogpunt is dit het ergste dat een maker kan overkomen.

### Een biologisch georiënteerde motivatie

Moet het P2P delen van auteursrechtelijk beschermde muziek worden gestraft? We zouden een biologisch georiënteerde motivering als volgt kunnen opzetten:

Free riders moeten gestraft worden.

P2P delen kan beschouwd worden als free riding op de inspanningen van musici.

Tenzij de maker erkenning krijgt en beloond wordt.

Opdat de maker aangemoedigd wordt nieuwe ideeën te blijven ontwikkelen.

Toegepast op de vraag of iemand die zijn MP3 van Proud Mary, uitgevoerd door CCR, downloadt van het internet gestraft moet worden, levert dit de volgende constructie op:

Free riders moeten gestraft worden.

P2P delen van Proud Mary door CCR moet worden gestraft.

Tenzij CCR wordt erkend als maker en ervoor beloond wordt. Zodat CCR aangemoedigd wordt nieuwe muziek te blijven maken.

Dit is een interessant voorbeeld, omdat Proud Mary werd geïmiteerd door Ike & Tina Turner. Moeten Ike en Tina erkenning als maker van het nummer krijgen? Zeker niet. Tina Turner is een geweldige zangeres, maar is niet de bedenker van het nummer. Wordt de auteur John Fogerty als maker van het nummer erkend? Jazeker en hoe meer mensen zijn versie van Proud Mary downloaden hoe meer hij die erkenning krijgt. Wordt John Fogerty beloond? Jazeker. Fogerty kreeg de Pop Award 2010 toegekend vanwege zijn 'unique and inde-

libile influence on generations of music makers'.<sup>60</sup> Hij is nog steeds op tournee met zijn band en als gevolg daarvan schrijft hij nog steeds nieuwe muziek.

Zo geredeneerd is het P2P delen van CCR muziek toegestaan, mits CCR wordt geëerd en beloond. Nu dit het geval is, mag het delen niet verboden worden. Natuurlijk brengt dit enige praktische problemen met zich mee. Men zou zich kunnen afvragen welke beloning voldoende is. Mogelijk dat de rechtseconomie op dit punt een bijdrage kan leveren. Hoeveel beloning verdient een maker zodat hij kan blijven doorgaan met het ontwikkelen van nieuwe ideeën en voldoende gewaardeerd wordt? Hoeveel moet hij beloond worden in vergelijking met minder creatieve geesten? Een andere vraag is hoe musici beloond kunnen worden als hun muziek gedeeld wordt, de dag nadat het op de markt is gebracht. Een efficiënt belastingsysteem zou een middel kunnen zijn. Een biologische theorie van het recht zal geen einde maken aan het wegen van principes; het genereert geen efficiënt handelssysteem, het helpt slechts de fundamentele waarden van het recht bloot te leggen.

### Makers en facilitators

Kan deze redenering een antwoord geven op de vraag of het aanmoedigen door *Limewire* van P2P delen van muziek bestraft moet worden? Omdat delen een sterke biologische neiging van mensen is, zullen er strenge maatregelen nodig zijn om het te onderdrukken. Bovendien zullen mensen het delen niet als slecht ervaren. Ze worden ervoor geprezen door groepsleden en het versterkt de onderlinge band. Delen zorgt er juist voor dat mensen zich goed voelen. Vanuit een biologisch perspectief moet P2P delen daarom als 'goed' gewaardeerd worden, op voorwaarde dat de maker geëerd en gewaardeerd wordt. P2P delen moet zoveel mogelijk worden bevorderd. We doen het voortdurend. Het wordt bovendien op allerlei manieren gefaciliteerd. Eigenlijk faciliteren ook online verkopers als *Bol.com* het delen. Je kunt Cd's kopen, ernaar luisteren, voor jezelf kopiëren en dan tweedehands doorverkopen. *Bol.com* krijgt vervolgens een percentage van de inkomsten. Noch de platenmaatschappij, noch de musicus krijgt een vergoeding. Het delen van films kan op dezelfde manier. Men koopt een DVD, bekijkt de film en verkoopt de film door. TV-series als *Lost* worden op deze manier op grote schaal bekeken. Nadat de serie op TV te zien was, waren de afleveringen van één seizoen voor bijvoorbeeld 80 euro te koop. Een jaar later is een seizoen voor nog geen 20 euro op de tweedehands markt te krijgen en krijgt men er ongeveer hetzelfde bedrag voor bij doorverkoop. We hebben het dan allang niet meer over het belonen van de makers, maar over slim koopmanschap.

Welnu, *Limewire* is een facilitator van P2P delen. Het krijgt een beloning voor deze activiteit. De muziek wordt gedeeld onder de naam van de makers en de makers krijgen daardoor een grotere populariteit die ze te gelde kunnen maken. Mede door P2P delen is CCR na

56 Annette Kur, Lionel Bently & Ansgar Ohly, 'Sweet Smells and a Sour Taste – The ECJ's *L'Oreal Decision*', Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law Research Paper Series, 2009 No. 09-12. Beschikbaar op SSRN.com: abstract=1492032.

57 Visser 2011, noot 53.

58 Oliver R. Goodenough, 'The Future of Intellectual Property: Broadening the Sense of 'Ought'', E.I.P.R. 2002 p. 291-293.

59 Visser 2011, noot 52.

60 www.bmi.com

al die jaren nog steeds bekend. Het inkomen van John Fogerty zal vermoedelijk nog steeds meer dan proportioneel zijn. *Limewire* is geen concurrent van John Fogerty, maar van de klassieke platenmaatschappijen. Een slimme concurrent die hetzelfde doet als andere maatschappijen, maar dan goedkoper. Het hangt van de persoonlijke waardering af hoe men deze actie beschouwt, een slimme koopmansgeest of vals spelen. Maar dit heeft weinig meer van doen met de biologische mechanismen achter het Intellectuele Eigendomsrecht. Het lijkt er eerder op dat de platenmaatschappijen het IE-recht gebruiken om hun (verouderde) winkel te beschermen.

Wat kan *Limewire* doen om meer conform de basisnoties te handelen? Het zou bijvoorbeeld op de website kunnen tonen welke musici het meest zijn gedownload. Het zou ook de gedownloade musici kunnen belonen met een deel van de inkomsten. Als *Limewire* dat zou doen, zouden musici alweer beter af zijn dan academici...

### Conclusie

De maatschappij heeft creatieve geesten nodig om zich verder te ontwikkelen. Nieuwe ideeën moeten vervolgens verspreid en gebruikt kunnen worden. Het eren en belonen van makers is even belangrijk als delen en imiteren. De standaard ethische visie op het auteursrecht is dat de uitwisseling wederzijds vrijwillig en respectvol moet zijn. Tegelijkertijd wordt van makers verwacht dat ze hun nieuwe ideeën delen met anderen. Platenmaatschappijen zijn kooplui, geen makers. Hun business is handel en dus moeten ze zich slimme kooplui tonen. Dit doen ze nog teveel door het IE-recht in te zetten voor hun eigen belang. In de zeventiger jaren was het maken van een LP slim omdat die niet gemakkelijk kon worden gekopieerd, maar biologische drijfveren dreven andere creatieve geesten al gauw in de richting van het bedenken van cassettebandjes. Digitalisering maakte de productie van CD's mogelijk, maar al gauw bleek die muziek gemakkelijk om te zetten in eenvoudig te delen MP3-bestanden.

Grimmelmann stelde dat filosofen zouden kunnen zoeken naar een stevig fundament voor ethische overwegingen op dit vlak. De redenering vanuit biologisch perspectief leidt tot de conclusie dat delen en imiteren zulke sterke biologische driften zijn dat deze zich niet gemakkelijk laten onderdrukken. Daarnaast blijkt het doel van het IE-recht, ook volgens de Amerikaanse grondwet, het bevorderen van de vooruitgang in wetenschap en kunst te zijn. Om dat te bereiken moet de maker geëerd en beloond worden. Rechtszaken tegen P2P delers en facilitatoren zullen contraproductief werken. Mijn biologische theorie van het recht voorspelt dat het verbieden van (het mogelijk maken van) P2P delen uiteindelijk een verloren race is. Het gaat te sterk in tegen het biologische mechanisme van delen, dat juist een belangrijk sociaal bindingsmiddel is. Delen is goed in de ogen van de eigen groepsleden en wordt dus ook als goed ervaren. Platenmaatschappijen kunnen zich beter richten op het bedenken van nieuwe slimme manieren om de producten van onze geëerde makers aan de man te brengen.

### Naschrift

Ten tijde van het schrijven van dit artikel verscheen het bericht in het Financieel Dagblad Online (11 april 2011) dat staatssecretaris Fred Teeven het faciliteren van P2P delen ook in Nederland verder aan banden wil leggen. De reacties brengen geen nieuwe inzichten. Volgens de Consumentenbond krijgt de muziekindustrie hiermee een middel in handen om consumenten voor de rechter te brengen. Volgens Buma Stemra is het verbod een belangrijke stap voorwaarts 'voor alle componisten in Nederland die al jaren aan moeten zien dat hun werk gratis wordt verspreid. Teeven denkt downloadsites onbereikbaar te kunnen maken en heeft het niet over het verbieden van de verkoop van tweedehands DVD's en CD's. Wat mij betreft is dit een goed voorbeeld van wetgeving die onvoldoende rekening houdt met biologische mechanismen. Er wordt geprobeerd iets te onderdrukken dat nauwelijks te onderdrukken valt. Een heffing op internetaansluitingen zou aanzienlijk beter werken.

*Leiden, maart 2011*