



Noot bij Hoge Raad 19 december 2003 (BUMA/KAZAA)

Verschenen in *AMI* 2004-1, p. 9-25

P.B. Hugenholtz

Buma/KaZaA

Hoge Raad 19 december 2003

(Mrs. Neleman, Aaftink, Buchem-Spapens, Kop en Numann)

Cassatieberoep tegen arrest van Hof Amsterdam, waarin eis tot aanpassing van de KaZaA-programmatuur op praktische gronden was afgewezen, om processuele redenen verworpen. De klacht van Buma/Stemra dat het hof de verspreiding van het programma had moeten verbieden als aanpassing niet mogelijk zou blijken, wordt verworpen. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof een dergelijke voorziening niet beschouwd als een minder vergaande voorziening dan een bevel dit programma te wijzigen. De Hoge Raad onthoudt zich van enig materieel oordeel over de (on)rechtmatigheid van de verspreiding van de programmatuur door KaZaA.

Arrest in de zaak van:

1. Vereniging Buma,
2. Stichting Stemra, beide gevestigd te Amstelveen,

eiseressen tot cassatie, incidenteel verweersters, advocaat: mr. T. Cohen Jehoram,

t e g e n

KaZaA B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
verweerster in cassatie, incidenteel eiseres, advocaten: mrs. W.E. Pors en C.B. Schutte.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerster in cassatie - verder te noemen: KaZaA - heeft bij exploit van 9 november 2001 eiseressen tot cassatie – verder tezamen te noemen: Buma/Stemra – in kort geding gedagvaard voor de president van de rechtbank te Amsterdam en gevorderd bij vonnis, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

1. Buma/Stemra te gebieden om binnen twee dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis de onderhandelingen met KaZaA op basis van de reeds gevoerde gesprekken en onderhandelingen, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, voort te zetten teneinde de beoogde licentieovereenkomst te sluiten, zulks op straffe van een dwangsom van f 50.000 per

dag of dagdeel dat Buma/Stemra hieraan niet voldoet, althans een voorziening te treffen als door de president in goede justitie te bepalen, en

2. Buma/Stemra hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure, alle kosten op de tenuitvoerlegging vallende daaronder begrepen.

Buma/Stemra heeft de vordering bestreden en in reconventie gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad: KaZaA te bevelen om binnen 14 dagen na de betekening van het in dezen te wijzen vonnis zodanige maatregelen genomen te hebben, dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma- respectievelijk Stemrarepertoire inbreuk makende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden, een en ander op verbeurte door KaZaA van een direct door Buma/Stemra opeisbare dwangsom van f 100.000 voor iedere dag of gedeelte van een dag gedurende welke KaZaA in gebreke zal zijn aan het op te leggen bevel te voldoen.

KaZaA heeft in reconventie de vordering bestreden.

De president heeft bij vonnis van 29 november 2001 zowel in conventie als in reconventie de vorderingen toegewezen, zij het met matiging en maximering van de gevorderde dwangsommen. Tegen dit in reconventie gewezen vonnis heeft KaZaA hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Buma/Stemra heeft tegen het in conventie gewezen vonnis incidenteel hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 28 maart 2002 heeft het hof zowel in het principaal als in het incidenteel appel het in reconventie, respectievelijk in conventie gewezen vonnis van de president vernietigd en, opnieuw rechtdoende, in het principaal appel de vordering in reconventie van Buma/Stemra en in het incidenteel appel de vordering in conventie van KaZaA alsnog afgewezen.

[...]

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.1. [...]

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Onderdeel I.2 klaagt dat het hof in rov. 4.5-4.8 van zijn arrest is uitgegaan van een onjuiste en onbegrijpelijke uitleg van het door Buma/Stemra gevorderde. Het hof heeft, aldus het onderdeel, de vordering van Buma/Stemra kennelijk aldus begrepen dat (uitsluitend) werd gevorderd dat KaZaA zou moeten verhinderen dat nog langer muziekbestanden zouden worden uitgewisseld *met reeds in het verleden door haar verspreide programmatuur*, terwijl deze beperking nergens in het door Buma/Stemra gevorderde of de toelichting daarbij is te vinden, en ook door KaZaA daarin niet is gelezen.

Het onderdeel gaat uit van een onjuiste lezing van 's hofs arrest en kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het arrest bevat immers enerzijds geen aanwijzingen – die het onderdeel overigens ook niet aanduidt – waaruit zou moeten worden afgeleid dat het hof zich heeft beperkt tot het in het verleden aangeboden computerprogramma, terwijl anderzijds uit zijn overwegingen volgt dat het wel mede toekomstige programmatuur op het oog heeft gehad. Dit blijkt onder meer uit de in rov. 4.4 van zijn arrest weergegeven en door het hof kennelijk onderschreven passages uit het rapport van prof. Huizer, waarin onder meer de vraag wordt besproken of het mogelijk is KaZaA - waarmee kennelijk wordt bedoeld op het aldus genaamde programma - zodanig aan te passen dat het auteursrechten dragende bestanden herkent en

vervolgens weigert die bestanden te communiceren, alsmede uit rov. 4.7, waar het hof de stelling van Buma/Stemra bespreekt dat de nieuwe exploitant van KaZaA in staat is het gebruik van haar programma te controleren.

4.2 Onderdeel I.3 verwijt het hof dat het, indien het van oordeel was dat het gevorderde bevel te ruim en/of te vergaand was, in ieder geval wel een minder verstrekkende voorziening had behoren toe te wijzen, hierin bestaande dat KaZaA niet langer een computerprogramma zou aanbieden en verspreiden met behulp waarvan op de auteursrechten met betrekking tot het Buma/Stemra-repertoire inbreuk makende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de aldus omschreven voorziening, die neerkomt op een algeheel verbod het betrokken programma aan te bieden en te verspreiden, niet beschouwd als een minder vergaande voorziening dan een bevel dit programma te wijzigen. Dit oordeel behoeft geen nadere motivering. Het onderdeel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

4.3 Onderdeel I.4 herhaalt de klacht van onderdeel I.3 met betrekking tot een andere, door het onderdeel als minder verstrekkend aangeduide, voorziening die het hof had behoren te onderzoeken. Zo het voor KaZaA onmogelijk was de door Buma/Stemra gevorderde maatregelen te treffen, dan was het, aldus het onderdeel, in ieder geval voor KaZaA wel mogelijk haar programma opnieuw te ontwerpen, zodanig dat geen inbreuk makende openbaarmakingen en verveelvoudigingen kunnen plaatsvinden, en te proberen haar gebruikers ervan te overtuigen dat ze deze nieuwe versie moeten installeren.

Het onderdeel faalt. Het hof heeft in rov. 4.8 kennelijk geoordeeld dat niet alleen met betrekking tot het bestaande programma maar ook met betrekking tot een nieuw programma weliswaar aanpassing mogelijk was, maar niet een zodanige aanpassing dat geen op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma/Stemra-repertoire inbreuk makende openbaarmakingen en verveelvoudigingen kunnen plaatsvinden. Met name gelet op het door het hof weergegeven verslag van prof. Huizer is dit oordeel niet onbegrijpelijk. Mede in aanmerking genomen dat het hier om een kort geding gaat, behoeft het hof dit oordeel niet nader te motiveren.

4.4 In rov. 4.6, tweede gedachtestreepje, bespreekt het hof een productie 2s, die het omschrijft als een e-mail van 26 juli 2001 van de procureur van KaZaA aan Buma/Stemra. Onderdeel I.5 klaagt dat het hof uit het oog heeft verloren dat productie 2s waarnaar Buma/Stemra in haar conclusie van eis in reconventie had verwezen, haar eigen productie 2s was, waarin wel degelijk sprake is van een toezegging van KaZaA "possible infringements" tegen te gaan. Het onderdeel is op zichzelf gegrond, maar het kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, nu het niet inhoudt dat en waarom het hof tot een ander oordeel had moeten komen indien het productie 2s van Buma/Stemra in zijn overwegingen had betrokken.

4.5 Nu het oordeel van het hof zelfstandig kan worden gedragen door de blijkens het hiervoor in 4.1 - 4.4 overwogene tevergeefs bestreden overwegingen van het hof, behoeven de onderdelen II en III geen behandeling.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

Het hof heeft KaZaA veroordeeld in de kosten van het geding in conventie en in de kosten van het incidenteel appel. Daaraan heeft het hof ten grondslag gelegd dat KaZaA tijdens de terechtzitting in hoger beroep haar vordering tot dooronderhandelen heeft ingetrokken en dat dit meebrengt dat de grief in het incidenteel appel, die zich richt tegen het in conventie gegeven bevel aan Buma/Stemra de onderhandelingen met KaZaA voort te zetten, slaagt en dat het

vonnis, voor zover in conventie geweest, moet worden vernietigd (rov. 4.11).

Aldus overwegende heeft het hof miskend dat intrekking door KaZaA van haar vordering niet noodzakelijkerwijs betekent dat de vordering in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen en heeft het hof ten onrechte geoordeeld dat de daartegen gerichte grief van Buma/Stemra gegrond is. Het hof heeft derhalve ten onrechte KaZaA in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep veroordeeld, zodat het middel slaagt.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt Buma/Stemra in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van KaZaA begroot op € 301,34 aan verschotten en € 1.365,- voor salaris;

in het incidentele beroep:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 28 maart 2002;
- verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt Buma/Stemra in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van KaZaA begroot op € 68,07 aan verschotten en € 1.590,- voor salaris.

Conclusie Advocaat-generaal Mr. D.W.F. Verkade

1. Inleiding

[...]

1.2. De onderhavige zaak heeft destijds in de pers veel ophef gewekt. In de stukken van het geding heeft Buma/Stemra gesproken over 'de meest omvangrijke inbreuk op auteursrechten in de geschiedenis'. Ik zal, na een weergave van de in cassatie tot uitgangspunt dienende feiten, en van het procesverloop (par. 2), eerst het relatief eenvoudige principale middelonderdeel I behandelen (par. 3). Indien Uw Raad met mij van oordeel is dat dat onderdeel faalt, mist Buma/Stemra m.i. daarmee belang bij de behandeling van de verdere onderdelen, en is daarmee in het principale beroep voor Uw Raad de kous af (par. 4).

Voor mij is de kous daarmee niet af, want ik dien mij, hoe dan ook, wél uit te laten over de principale middelonderdelen II en III.

[...]

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

a) Kazaa biedt via haar website <http://www.kazaa.com> een computerprogramma aan voor uitwisseling van verschillende soorten bestanden door de individuele gebruikers via het internet. De software die Kazaa via haar website verspreidt wordt ook wel peer-to-peer technologie genoemd. Daarbij kunnen individuele gebruikers zelfstandig informatie aanbieden, maar ook informatie vinden en downloaden van andere individuele gebruikers (peers).

b) Het computerprogramma van Kazaa wordt onder meer gebruikt voor uitwisseling van tekst-, beeld-, en geluidbestanden. Hieronder vallen tevens auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde werken. Omdat de rechthebbenden van deze werken niet gecompenseerd worden voor gebruik van hun werken voert Kazaa al geruime tijd gesprekken met de betreffende

rechthebbenden, waaronder als belangrijkste gesprekspartner Buma/Stemra.

c) Buma/Stemra oefenen ten behoeve van de auteursrechthebbenden met betrekking tot vrijwel het gehele beschermde wereldmuziekrepertoire in Nederland het openbaarmakings- en verveelvoudigingsrecht uit, waaronder het mechanisch reproductierecht, te weten verveelvoudiging van een muziekwerk door vastlegging op geluidsdragers.

d) Omstreeks 2 september 2000 heeft Kazaa Buma/Stemra aangeschreven teneinde in overleg te treden over een mogelijke licentie voor het muziekgebruik van de gebruikers van de software van Kazaa. Op 21 oktober 2000 heeft vervolgens een eerste gesprek tussen partijen plaatsgevonden.

e) Op 21 december 2000 hebben partijen een Letter of Intent gesloten, waarin als doel van de onderhandelingen staat omschreven – voor zover van belang –
'(...)

1. FastTrack (*ontwerper van het computerprogramma Kazaa, pres.*) and Buma/Stemra shall enter into negotiations about terms and conditions on which FastTrack may obtain a worldwide license for its members which will allow them to share musical works on the KaZaA network, without being liable for copyright infringement.

2. FastTrack will design KaZaA in such a way that it provides a controlled environment where the consumption of music can be tracked to the extent that the information can be used to compensate copyright and neighbouring right owners.

3. (...)

4. FastTrack will design the DRMS in such a way that it allows KaZaA members to listen to musical works within the KaZaA network, i.e. the system will not allow downloads that enable users to listen to musical works on other applications besides the KaZaA network. (...)'

Partijen hebben daarbij de intentie uitgesproken de onderhandelingen zo snel mogelijk af te ronden en uiterlijk 14 februari 2001 een definitieve overeenkomst te sluiten.

f) Na verdere contacten tussen partijen zijn de onderhandelingen in oktober 2001 op initiatief van Buma/Stemra beëindigd.

[...]

3. Bespreking van middelonderdeel I van het principale beroep

3.1. Zoals in de inleiding uiteengezet, kan een beoordeling van middelonderdeel I m.i. geredelijk plaats hebben zonder een nadere uiteenzetting omtrent de auteursrechtelijke en verwante discussiepunten. Ontdaan van de uitwerkingen en uitweidingen, komt het onderdeel erop neer dat, nadat het hof in rov. 4.8 de gevorderde aanpassing van Kazaa's computerprogramma niet mogelijk had geoordeeld en daarom had afgewezen

(‘4.8. Een en ander betekent dat de vordering in reconventie zich niet voor toewijzing leent aangezien aannemelijk is dat het voor KaZaA niet mogelijk is zodanige maatregelen te treffen, dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma/Stemra repertoire inbreukmakende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden.(...)’)

in plaats daarvan een beperkter bevel of een *verbod* had moeten uitspreken. In de subonderdelen I.2 e.v. legt het onderdeel daartoe verschillende argumenten respectievelijk varianten aan de Hoge Raad voor.

3.2. Alvorens daarop in te gaan, herinner ik aan Buma/Stemra's reconventionele petitum in

prima:

'te bevelen om binnen 14 dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis zodanige maatregelen genomen te hebben, dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot het Buma- respectievelijk Stemrarepertoire inbreukmakende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden' .

[...]

3.6. Subonderdeel I.3 acht de beslissing van het hof rechtens onjuist althans onbegrijpelijk in het licht van art. 48 Rv, omdat het hof op grond van die bepaling in ieder geval gehouden was te onderzoeken of een minder verstrekkende voorziening kon worden toegewezen. Het subonderdeel verwijst hierbij naar HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107. Volgens het subonderdeel is een verbod tot het nog langer aanbieden van de desbetreffende software zo'n minder verstrekkende, in het gevorderde besloten, voorziening. Blijkens een overweging (4.7) van het hof en de eigen stellingen en feitelijke handelingen van Kazaa, was Kazaa daartoe ook in staat, aldus het subonderdeel.

3.7. Is een totaalverbod op het aanbieden van de betrokken software een minder verstrekkende maatregel dan wijziging daarvan? Ik meen dat het hof dit kennelijk en terecht anders gezien heeft. Wijziging veronderstelt (normaliter) reductie van de bruikbaarheid van het programma, met behoud van andere (zinvolle) gebruiksmogelijkheden. Bij een totaalverbod blijft er niets over.

[...]

3.14. In het bovenstaande heb ik mij ingespannen om de gedetailleerde subonderdelen van middelonderdeel I met eenzelfde mate van gedetailleerdheid te bespreken, en ik heb daarbij geen gegronde klacht kunnen aantreffen.

Ook als ik mij van die gedetailleerde subonderdelen losmaak, en met welwillendheid probeer in middelonderdeel I nog de algemene klacht 'in te lezen', dat het hof in Buma/Stemra's eerder geciteerde initiële petitum *als het ware vanzelf* zou hebben moeten lezen dat het gevorderde bevel tot aanpassing, bij gebreke aan aanpassingsmogelijkheden, *dán* een totaalverbod zou impliceren, kan ik nog steeds niet tot gegrondbevinding van middelonderdeel I concluderen. Want als men zou overwegen over de – tot aanpassing beperkte – grammaticale tekst van het petitum heen te stappen, staan daaraan m.i. met name in de weg de uitlatingen van Buma/Stemra bij MvA in appel [\[1\]](#) en – vooral – bij pleidooi in appel (vijfde pagina, onder het kopje 'Het Kazaa programma kan ook voor legitieme doeleinden gebruikt worden'):

'Het argument is daarnaast ondeugdelijk omdat Buma/Stemra niet vorderen dat het Kazaa programma van de markt wordt gehaald, maar vorderen dat Kazaa zodanige maatregelen neemt dat daarmee geen de betreffende auteursrechten schendende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van muziekbestanden kunnen plaatsvinden, zonder dat de andere gebruiksmogelijkheden wegvallen.'

[...]

4. Belang bij middelonderdelen II en III? Duiding van 's hofs rov. 4.9

4.1. Uitgaande van het falen van middelonderdeel I, rijst de vraag of Buma/Stemra nog belang

heeft bij de middelonderdelen II en III. Dit roept op zijn beurt de vraag op of 's hofs afwijzing zelfstandig gegrond kan zijn op de r.ovv. 4.4 t/m 4.8, zonder dat rov. 4.9 daaraan een essentiële schakel toevoegt.

4.2. De vraag stellen is m.i. haar beantwoorden. Dat het hof het zelf zo gezien heeft, blijkt m.i. uit (de aanhef van) 's hofs rov. 4.9: 'Voorts merkt het hof nog op...'. Dit zijn bewoordingen die het karakter van een overweging ten overvloede indiceren. Doorslaggevend is uiteraard het geheel der overwegingen, maar daarvoor geldt m.i. niet anders.

4.3. De afwijzingsgrond van het hof in rov. 4.8, meer in het bijzonder de vaker geciteerde deelloverweging:

'4.8. Een en ander betekent dat de vordering in reconventie zich niet voor toewijzing leent aangezien aannemelijk is dat het voor KaZaA niet mogelijk is zodanige maatregelen te treffen, dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het BUMA/STEMRA repertoire inbreukmakende openbaarmakingen en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden....'

is naar mijn mening in het licht van bovenstaande bespreking van middelonderdeel I, zelfstandig dragend.

[...]

4.4. Een eventueel sneuvelen van de in middelonderdelen II en III aangevallen rov. 4.9 kan m.i. dus niet afdoen aan 's hofs zelfstandig dragende oordeel in rov. 4.8. Het in mijn inleiding reeds aangegeven gevolg daarvan is dat de Hoge Raad aan de principale middelonderdelen II en III niet toekomt.

5. Inleidende opmerkingen bij de principale middelonderdelen II en III

5.1. De principale middelonderdelen II en III stellen diverse varianten van potentiële onrechtmatigheid van het omgaan met zgn. 'peer-to-peer' software aan de orde. Alvorens de afzonderlijke (sub)onderdelen te bespreken, zal ik eerst meer algemeen ingaan op de auteursrechtelijke en (overige) wettelijke aansprakelijkheid van de gebruiker en de aanbieder van zulke software.

5.2. De onderhavige computerprogrammatuur creëert een zgn. 'file sharing'-netwerk tussen de gebruikers van de software. Via dit netwerk kunnen gebruikers de zich op hun eigen computers bevindende gegevens, zoals muziek, onderling uitwisselen. [2] De gebruikers zijn daarbij zowel aanbieder als ontvanger van de desbetreffende digitale inhoud ('content'). Bijzonder aan de onderhavige Kazaa-software is dat deze een file-sharing-netwerk tot stand brengt, waarbij niet langer (zoals nog bij het file-sharing netwerk van Napster het geval was [3]) van een intermediaire centrale databank gebruik wordt gemaakt; bij Kazaa vervullen de individuele gebruikers zélf de zoek- en verwijzingsfunctie (zoals door middel van tot 'supernode' verheven gebruikers, die fungeren als ontmoetingsplaats voor omliggende gebruikers). Duidelijk is dat file-sharing-netwerken (zoals Kazaa) onder vuur liggen omdat via deze netwerken auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde werken kunnen worden uitgewisseld.

[...]

1) Inbreuk op auteursrecht: directe inbreuk

Verrichten de gebruikers van Kazaa auteursrechtelijk relevante handelingen?

5.5. De gebruikers van Kazaa kunnen via internet vanuit hun PC – onder meer – zgn. MP3 bestanden aan andere gebruikers beschikbaar stellen, en evenzo van andere gebruikers de door hen beschikbaar gestelde muziek ontvangen. Het *beschikbaar stellen* via internet van (muziek)werken in de zin van de Auteurswet, vormt een *openbaarmaking* in de zin van artt. 1 en 12 lid 1 Aw. [4] Ten aanzien van deze openbaarmaking kan geen beroep worden gedaan op een wettelijke beperking van het auteursrecht. Voorzover de Kazaa-gebruiker zonder toestemming van de rechthebbende een (nog) door het auteursrecht beschermd muziekwerk aanbiedt, pleegt deze dus inbreuk op auteursrecht.

Omstreden is in hoeverre ook de *ontvanger* van de via Kazaa uitgewisselde file een auteursrechtelijk relevante (verveelvoudigings-)handeling verricht, respectievelijk of hij daarbij een (succesvol) beroep op een wettelijke beperking kan doen. Enkele schrijvers gaan ervan uit dat het downloaden door de ontvanger door de wettelijke beperking van art. 16b Aw (privé-kopie) wordt gedekt. [5] Evenzo de minister van justitie, die op vragen van het CDA omtrent peer-to-peer technologie, over de auteursrechtelijke relevantie van de verveelvoudiging aan de ontvangerzijde antwoordde:

'De Internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, Kazaa en vergelijkbare peer-to-peer-diensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of kunst te kopiëren voor privé-gebruik opereert over het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht. Dat geldt ook wanneer een privé-kopie wordt gemaakt van een origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van auteursrechthebbende, is openbaar gemaakt.' [6]

Nu ik eerder ervan ben uitgegaan dat op gebruikersniveau auteursrechtelijk relevante *openbaarmakings*handelingen (kunnen) plaatsvinden, meen ik in het navolgende voorbij te kunnen gaan aan de vraag of de gebruikers al dan niet tevens in strijd met het auteursrecht *verveelvoudigen*.

De auteursrechtelijke – of andere – aansprakelijkheid van Kazaa zelf

5.6. In cassatie kan ervan worden uitgegaan dat Kazaa de programmatuur levert die de gebruikers in staat stelt om onderling bestanden uit te wisselen. Bij deze file sharing kan door gebruikers auteursrechtelijk beschermde muziek worden uitgewisseld. De onderdelen II en III van het middel stellen de vraag aan de orde, hoe het handelen van Kazaa, als aanbieder van de file sharing-software, in auteursrechtelijk dan wel algemeen aansprakelijkheidsrechtelijk opzicht moeten worden beoordeeld, wanneer op het niveau van de individuele gebruikers auteursrechtinbreuken (openbaarmaking) plaats vinden. Deze vraag valt m.i. uiteen in drie deelvragen:

- a) verricht Kazaa, samen met de gebruikers, zelf mede een openbaarmakingshandeling?
- b) verricht Kazaa zelfstandig auteursrechtelijk relevante handelingen? en
- c) is Kazaa zodanig betrokken bij de auteursrechtinbreuken van de gebruikers dat zij een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW pleegt jegens de auteursrechthebbenden?

a) Kan Kazaa, samen met de gebruiker, als mede-openbaarmaker worden aangemerkt?

5.7. In (oudere) jurisprudentie is de vraag aan de orde geweest of niet zelf uitvoerende personen (tevens) als openbaarmakers kunnen worden aangemerkt. In 1919 oordeelde de Hoge Raad dat de exploitant van een 'cabaret' [7] niet zelf (mede) een ongeoorloofde openbaarmaking verrichtte van een aldaar door een pianist uitgevoerd muziekwerk:

'dat nu in het engageren van een pianist om in een Cabaret op een openbaar concert, dat men daar geeft, muziekstukken uit te voeren en het zodoende tot die uitvoeringen medewerken, op zich zelf zonder meer nog niet oplevert openbaar maken, dat in den zin der wet ongeoorloofd zou zijn...'

De Hoge Raad liet hierop volgen dat:

'... van medewerken tot ongeoorloofde uitvoeringen alleen dan sprake zou kunnen zijn, indien mede feiten waren gesteld waaruit zou voortvloeien, dat die ongeoorloofde uitvoeringen in de opdracht waren begrepen, althans dat deze waren voorzien of behoorden te worden voorzien' [8]

Blijkens een arrest van 1920 ging de sociëteit, die in haar zaal gelegenheid gaf tot uitvoeringen, in auteursrechtelijk opzicht vrijuit. De Hoge Raad overwoog:

'dat toch ook in dit artikel [art. 12 Aw, A-G] die uitdrukking [openbaar maken, A-G] de beteekenis heeft, welke daaraan in het dagelijksch leven wordt toegekend, d.w.z. het feitelijk ten gehore brengen van het werk.' [9]

In een arrest van een week later uit 1920 blijkt op positieve wijze het belang dat de Hoge Raad toekent aan een rechtstreekse betrokkenheid bij de daadwerkelijke uitvoering: de dirigent van een koorwerk geldt wél als mede-openbaarmaker van dat 'zangstuk'. [10]

Dat het gelegenheid geven tot het plegen van auteursrechtinbreuk op zichzelf niet voldoende is om als (deelneming aan) auteursrechtinbreuk te gelden, blijkt ook uit de volgende uitspraak, waarin het ging om de aansprakelijkheid van de *organisator* van een muziekwedstrijd voor de ongeoorloofde openbaarmaking van een bij die wedstrijd *voorgescreven* muziekwerk. De Hoge Raad overwoog:

'dat nu dit enkele feit [het gelegenheid bieden tot uitvoering van muziekstukken], waar zelfs niet is gesteld, dat verweerster kon of moest voorzien dat de vereenigingen dat werk ongeoorloofd zouden uitvoeren, niet kan opleveren deelneming of medewerking aan de schending van eischers auteursrecht, noch op zich zelf een inbreuk op dit recht maakt.' [11]

Ofschoon de Hoge Raad hier enige rol aan de voorzienbaarheid van de te plegen rechtsinbreuken toekende, bleek hij *het gelegenheid geven* tot auteursrechtinbreuk op zichzelf niet als een auteursrechtelijke openbaarmaking te beschouwen. [12] In latere jurisprudentie is de voorzienbaarheid van belang geacht bij de vraag of degene die inbreuk faciliteert, onzorgvuldig handelt (zie hierna, onder c).

*b) Verricht Kazaa – los van de gebruikers – zelf auteursrechtelijk relevante handelingen?
- Zelfstandige veeelvondiging- of openbaarmakingshandelingen?*

5.8. Behalve de hiervoor ontkennend beantwoorde vraag, of Kazaa als 'mede-openbaarmaker' van de door de gebruikers verrichte openbaarmakingen zou kunnen worden aangemerkt, kan de vraag worden gesteld of Kazaa wellicht, los van de gebruiker, *zelfstandig* inbreuk op auteursrecht pleegt. Buma/Stemra verdedigt dat standpunt (met name in subonderdeel II.2) en beroept zich daarbij op de zgn. kabelpiratenarresten uit de jaren '80.

Het ging in die zaken om omroeprechtelijk illegale uitzenders van tv-programma's die 's nachts, na afloop van de 'officiële' uitzendingen, signalen op de ontvangstantenne van de Amsterdamse kabelexploitant KTA instraalden, waardoor deze signalen vervolgens via de kabel aan de abonnees werden doorgegeven. Het door de piraten doorgestraalde aanbod omvatte (onder meer) lopende bioscoopfilms. In een van procedures van de auteursrechthebbenden tegen KTA

oordeelde de Hoge Raad:

'Het Hof heeft [...] vastgesteld dat de apparatuur van KTA de van piraten ontvangen signalen bewerkt, versterkt en via het kabelnet van KTA doorgeeft aan al haar abonnees te Amsterdam. Dit een en ander moet aldus worden begrepen dat het de activiteit van KTA is – bestaande in het in werking doen zijn van haar apparatuur – die meebrengt dat haar abonnees de films op hun scherm ontvangen. Daarvan uitgaande heeft het Hof terecht geoordeeld dat hier sprake is van openbaarmaking van de films door KTA in de zin van de Auteurswet 1912'. [\[13\]](#)

In een volgende procedure, ditmaal naar aanleiding van het tijdens de reguliere kabeluitzendingen 'wegdrukken' van het officiële signaal door het piratensignaal, herhaalde de Hoge Raad zijn in bovengenoemd arrest gegeven oordeel, en sanctioneerde voorts 's hofs oordeel dat KTA, op grond van haar verplichting zich van auteursrechtinbreuken te onthouden, haar net moest afschakelen zodra piraten een officiële uitzending wegdrukten. [\[14\]](#)

In beide arresten werd de kabelexploitant door de Hoge Raad dus als *zelfstandige* openbaarmaker van het door de piraten ingestraalde signaal gekwalificeerd. Opgemerkt zij dat deze opvatting van de Hoge Raad niet zonder kritiek is gebleven. [\[15\]](#)

5.9. Na opkomst van de digitale (netwerk)technieken is in de auteursrechtelijk literatuur discussie ontstaan over de betekenis van deze kabelpiraten-arresten voor de aansprakelijkheid van intermediairs op internet (Internet Service Providers, ISP's), alsmede de aansprakelijkheid van aanbieders van peer-to-peer software. Seignette heeft zich ten aanzien van Napster – een aanbieder van een peer-to-peer netwerk waarbij van een centrale server gebruik wordt gemaakt [\[16\]](#) – op het standpunt gesteld dat Napster mogelijk op grond van deze arresten als openbaarmaker kan worden aangemerkt. [\[17\]](#) Anderen hebben daarentegen toepasselijkheid van de kabelpiratenarresten op internet van de hand gewezen. Zo heeft Dommering betoogd dat de aansprakelijkheid van Internet Service Providers juist geheel opnieuw – op grond van het onrechtmatige-daadsrecht – moet worden beoordeeld. [\[18\]](#) Visser, eveneens van mening dat de HR destijds zijn oordeel beter op onrechtmatige daad dan op auteursrechtinbreuk had kunnen baseren, is Dommering bijgefallen. Het faciliteren van inbreuken door Napster levert volgens hem een onrechtmatige daad op. Maar wanneer de bestandsuitwisseling niet langer via een centrale server verloopt (zoals nog wel bij Napster), acht hij de aanbieder van de file sharing software noch op auteursrechtelijke, noch op (algemeen) delictuele grondslag aansprakelijk. Uitsluitend de gebruikers zelf zouden wegens auteursrechtinbreuk kunnen worden aangesproken. [\[19\]](#) Ook Hugenholtz acht Kazaa niet op auteursrechtelijke grondslag aansprakelijk, omdat Kazaa niet zelf openbaar maakt of verveelvoudigt, terwijl faciliteren van inbreuk niet met inbreuk kan worden gelijkgesteld. In aansluiting bij de (hierna te bespreken) Amerikaanse rechtspraak acht hij voor een eventuele aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad beslissend of de aangeboden Kazaa-software al dan niet in aanmerkelijke mate ook voor niet-inbreukmakende activiteiten wordt gebruikt. [\[20\]](#)

5.10. Veel geciteerd en ook naar mijn mening heel interessant is het vonnis van de Haagse rechtbank in de zaak Scientology/XS4ALL, waarin een auteursrechtelijke aansprakelijkheid van Internet Service Providers werd afgewezen en uitsluitend de gebruikers van Internet als (mogelijke) inbreukmakers werden aangemerkt. Onder omstandigheden werd wél een aansprakelijkheid van de provider wegens onrechtmatige daad denkbaar geacht. [\[21\]](#) Het vonnis is, in elk geval wat het eerste element betreft, in appel onlangs gevolgd door het Haagse hof:

'12. Naar het oordeel van het hof verschaffen service-providers slechts de technische faciliteiten om openbaarmaking van gegevens door anderen mogelijk te maken. Het lijkt dan ook niet juist hen op één lijn te stellen met uitgevers die, naar wordt aangenomen, zelf openbaar maken.

Dit oordeel is ook in overeenstemming met het Agreed Statement bij het WIPO Auteursverdrag: [...].'[\[22\]](#)

5.11. De eerder genoemde kabelpiratenarresten zijn m.i. op de onderhavige zaak niet van toepassing. [\[23\]](#) De omstandigheid dat bij de onderhavige gedecentraliseerde peer-to-peer-file-sharing netwerken – anders dan bij KTA – de softwareaanbieder niet zelfstandig openbaar maakt, ook niet in technische zin als bij KTA, staat m.i. aan toepasselijkheid van art. 12 Aw in de weg. Ook al is het Kazaa die de voor het doorgeven van (met name) muziek via internet behulpzame programmatuur ter beschikking stelt, inclusief het systeem van 'supernodes', het zijn de gebruikers zelf die vervolgens, met gebruikmaking van die door hen verkregen programmatuur, onderling de muziek doorgeven. Daarbij is Kazaa niet betrokken op een wijze vergelijkbaar met die van KTA, nu KTA door het laten 'openstaan' van haar antenne/zender/netwerk zelf de 'ingestraalde' films doorgaf aan de abonnees. Tegen het door Buma/Stemra ingenomen standpunt pleit last but not least dat bij de totstandkoming van het WIPO-Auteursrechtverdrag van 1996 in een 'Agreed Statement' uitdrukkelijk is bepaald dat het op internet toegesneden openbaarmakingsrecht (het 'making-available'-recht) uit dit verdrag níet ziet op het enkele ter beschikking stellen van de faciliteiten om een werk openbaar te maken. Het 'Agreed Statement' bij art. 8 van het Verdrag luidt:

'It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11 bis (2)'. [\[24\]](#)

- 'Indirecte auteursrechtinbreuk'?

5.12. De Auteurswet bevat, anders dan tegenwoordig de Rijsoctrooiwet [\[25\]](#), geen bepalingen over zgn. indirecte of middellijke inbreuk: dat wil zeggen handelingen die (in het auteursrecht) zelf geen openbaarmaking of verveelvoudiging opleveren, maar toch als inbreuk worden aangemerkt omdat zij (kunnen) leiden tot inbreuk op auteursrecht door een derde. In de context van de onderhavige problematiek kan het zo juist aangehaalde, bij de totstandkoming van het WIPO-Auteursrechtverdrag van 1996 aanvaarde 'Agreed Statement' als een voorbeeld van een tegenovergestelde bepaling worden gezien.

5.13. Weliswaar kennen het WIPO-Auteursrechtverdrag en de Auteursrechtlijn (terugkerend in het wetsvoorstel 28 482) een verbod van aanbieden van middelen ter omzeiling van *technische* beschermingsmaatregelen, maar die regeling is nadrukkelijk daarop toegesneden en daartoe beperkt. [\[26\]](#)

[...]

2) *Is het aanbieden van de P2P-programmatuur anderszins onrechtmatig jegens BUMA?*

5.15. Naar mijn hierboven gemotiveerde mening dient ervan uitgegaan te worden dat de aanbieder van peer-to-peer software als zodanig, dus voor zover deze zelf geen werken openbaar maakt of openbaar aanbiedt (laat staan: geïdentificeerd openbaar aanbiedt), niet op basis van art. 1 jo art. 12 e.v. Auteurswet aansprakelijk is. Dienen handelingen als die van Kazaa wél onrechtmatig geoordeeld te worden op de voet van art. 6:162 BW?

[...]

Strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen

5.24. In enkele gevallen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat gedragingen (ook nalaten) van derden, die betrokken waren bij door anderen gepleegde rechtsinbreuken, in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid kunnen zijn.

5.25. In de Bonda-zaak (waarnaar ook Buma/Stemra verwijst, in middelonderdeel III.3) ging het om een octrooi voor een werkwijze om bloedstolling in etenswaren tegen te gaan, door middel van een zgn. 'non stolzout'. De Hoge Raad overwoog dat de waarde van het octrooi gelegen was in de opbrengst van het geleverde non stolzout, dat zelf niet onder het octrooi viel, aan degenen die de werkwijze toepasten. Vervolgens oordeelde hij:

'dat voor zover nu de bedoelde stellingen van [de Staat] inhouden, dat Bonda het bedoelde anti-stolmiddel in zijn bedrijf verkoopt en aflevert aan, of ten behoeve van, personen of ondernemingen, waarvan hij bepaaldelijk weet, dat zij, zonder daartoe gerechtigd te zijn, het met dit middel behandelde bloed zullen gebruiken om de geoctrooieerde werkwijze in of voor hun bedrijf toe te passen, derhalve om, al dan niet desbewust, octrooi-inbreuk te plegen, de gestelde gedragingen van Bonda hierop neerkomen, dat hij zich, ten koste van het den octrooihouder toekomend debiet, een afzet voor zijn waar verschafft, welke hij verkrijgt en alleen kan verkrijgen door willens en wetens te profiteren van het feit, dat bepaalde personen het octrooi schenden zonder dat dit met de in de Octrooiwet gegeven rechtsmiddelen voldoende kan worden tegen gegaan, en door deze octrooi schending ten eigen bate in de hand te werken; dat mag worden verlangd, dat de zorgvuldigheid, in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van de rechtmatige belangen van den octrooihouder in acht te nemen, in ieder geval zover ga, dat men zich onthoude om, onder de hierboven weergegeven omstandigheden, willens en wetens profijt te trekken van octrooi-inbreuk door anderen en deze te bevorderen.'

Kennis van de voorgenomen rechtsinbreuk was hierbij evenwel vereist, want volgens de Hoge Raad was geen sprake van onzorgvuldig handelen door Bonda, voorzover het ging om:

'verkoop en aflevering van het antistolmiddel door Bonda, waarbij hij niet de wetenschap had, dat bepaalde personen het met dit middel behandelde bloed zouden gebruiken om octrooi-inbreuk te plegen; dat wat dit deel der posita betreft het Hof terecht is uitgegaan van de gedachte, dat het in het belang van de vrijheid van handel en bedrijf niet aangaat de bescherming, welke het gemene recht den octrooihouder geeft, zover uit te strekken, dat van den verkoper een mate van zorgvuldigheid zou worden geëist, welke zou neerkomen op het opleggen van een rechtsplicht jegens den octrooihouder zich te vergewissen wat de koper met het gekochte gaat doen, te minder waar de koopwaar is een op zichzelf bekend antistolmiddel, dat verwerkt in bloed, ook allerlei andere doeleinden kan dienen dan de bereiding van levensmiddelen.' [\[27\]](#) [\[28\]](#)

5.26. Met de stelling dat bepaalde personen (laat staan: *onbepaalde personen*) het litigieuze middel zouden (kunnen) gebruiken om octrooi-inbreuk te plegen, was de octrooihouder er dus nog niet. Dit blijkt ook uit het vervolgarrest in de Bonda-zaak. [\[29\]](#) In dat arrest overwoog de Hoge Raad:

'dat – daargelaten of het Hof niet reeds aanstonds op grond van vaststaande feiten en omstandigheden had kunnen oordelen, dat voorshands aannemelijk was dat de bedoelde wetenschap bij Bonda heeft bestaan – voor de eerste grief van [de Staat] slechts dan plaats zou zijn, indien ingevolge een rechtsvermoeden deze wetenschap Bonda behoudens tegenbewijs geacht moest worden aanwezig te zijn, voor het aannemen van welk vermoeden echter geen grond aanwezig is.'

Het cassatieberoep van de Staat (octrooihouder) werd verworpen.

5.27. De dilemma's die zich per saldo in die zaak aftekenden en die zich ook nu weer aftekenen (in zoverre: niets nieuws onder de zon) zijn, wat het recht aan moet met:

(i) de *materieelrechtelijke* beoordeling van het aanbieden en leveren van voorwerpen of diensten, waarmee enerzijds inbreuk op rechten van anderen kan worden gemaakt, maar die anderzijds ook – meer of minder – andere doelen kunnen dienen, waarbij van zodanige inbreuk géén sprake is;

(ii) indien om (kwalitatieve en) potentiële kwantitatieve redenen van *potentiële* onrechtmatigheid wordt uitgegaan, vervolgens:

(iii) (in kort geding) de voorhandse aannemelijkheid, onderscheidenlijk (in bodemgeshil) de *bewijslast* en daarmee het *bewijsrisico* ter zake van *de mate waarin* de op zich zelf niet inbreukmakende handelingen/leveranties aanleiding geven tot inbreuk, nog steeds ervan uitgaande dat een (kleiner of groter, maar onbekend) gedeelte inbreuk zal gaan maken, maar evenzeer ervan uitgaande dat het complementaire deel van de afnemers dat dus niét al doen, terwijl beide partijen niet weten wélke eindafnemers al of niet inbreuk zullen maken;

en ten slotte (in bodemgeshil):

(iv) nadat een bewijs als onder (iii) bedoeld is geleverd: de vraag of het aantal en/of de kwaliteit van de inbreukmakende afnemers van dien aard is, dat het volvoeren resp. voortzetten van de op zichzelf niet inbreukmakende handelingen, tóch onrechtmatig moet worden geoordeeld, of niet. Daarbij is andermaal van belang het in het Staat/Bonda I-arrest genoemde criterium of de rechtsschendingen door derden van dien aard zijn dat deze met de door de bijzondere wet gegeven aanspraken al dan niet voldoende kunnen worden tegengegaan.

5.28. Uit Staat/Bonda II blijkt dat de Hoge Raad, na stappen (i) en (ii), bij stap (iii) niet het bewijsrisico op Bonda wilde leggen. [30]

5.29. De Hoge Raad heeft een uitspraak over onrechtmatig handelen door 'indirecte auteursrechtinbreuk' gedaan in het arrest Buma/De Vries van 1957. [31] In de procedure van Buma tegen De Vries, had het hof te Leeuwarden aansprakelijkheid van De Vries ex art. 1401 BW aangenomen in verband met auteursrechtinbreuken, gepleegd door musici die optraden in het café van De Vries' echtgenote. De Vries had volgens het hof in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid gehandeld, omdat

- De Vries bij de muziekavonden in het café te Lippenhuizen aanwezig was om er samen met zijn vrouw de tucht te handhaven, en daarbij de zeggenschap had over het personeel, daaronder begrepen de musici, terwijl de gemeentelijke muziekvergunningen op zijn naam (en niet die van zijn echtgenote) werden verleend,

- De Vries herhaaldelijk door Buma opmerkzaam was gemaakt op reeds gepleegde inbreuken, - het onder deze omstandigheden op zijn weg had gelegen om, alvorens de muziekuitvoeringen plaatsvonden, opgave van de uit te voeren nummers te vragen en zich ervan te vergewissen of die nummers tot Buma's repertoire behoorden.

Ik teken aan dat van een aansprakelijkheid louter op grond van 'zaalhouderschap' of louter op grond van 'faciliteren' geen sprake is. Zowel in het arrest van het hof, als in het arrest van de Hoge Raad (die het cassatieberoep van De Vries verwierp) is m.i. 'scharnierend' dat De Vries *zeggenschap had over het personeel, daaronder begrepen de musici*. De Hoge Raad geeft in zijn arrest expliciet aan dat het hof (daarmee) *niet* heeft beslist dat voor het geven van een gebod als het onderhavige voldoende is, dat de betrokkene feitelijk bij machte is de inbreuk te verhinderen.

5.30. Ik attendeer terzijde nog op een door de Hoge Raad beoordeelde 'decoder'-zaak. In die (Antilliaanse) zaak TDS/Groeneveld, door de Hoge Raad beoordeeld in 1993, ging het om de verstrekking door Groeneveld van door hem vervaardigde decoders, waarmee zijn afnemers de

door het gesloten abonneesysteem van TDS verspreide tv-programma's konden ontvangen, dus met omzeiling van het door TDS gevraagde abonnementsgeld. Het hof oordeelde dit handelen onrechtmatig, en de Hoge Raad verwierp het cassatieberoep. [32]

In die zaak was evenwel, anders dan in de zaak tussen Buma/Stemra en Kazaa 'gegeven' dat de decoders van Groeneveld geen ander doel dienden dan nu juist het ondermijnen van het TDS-abonneesysteem.

5.31. In recente (lagere) rechtspraak is geoordeeld over de aansprakelijkheid van internet providers voor doorgegeven onrechtmatige informatie. Kazaa onderscheidt zich weliswaar van zulke providers, omdat zij niet zelf doorgeeft of anderszins bij de uitwisseling betrokken is (nadat zij de software heeft verschaft), maar niettemin biedt deze jurisprudentie m.i. aanknopingspunten voor de zorgvuldigheid van bij rechtsinbreuken op het internet betrokken derden. De voorlopig belangrijkste uitspraken op dit punt zijn de hiervoor al genoemde uitspraken in de zaken van Scientology c.s. tegen XS4ALL c.s. [33] De rechtbank overwoog in het bodemgeschil allereerst dat de Service providers zelf niet openbaar maken, maar slechts de technische faciliteiten verschaffen teneinde openbaarmaking door anderen mogelijk te maken. Evenmin was sprake van een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging door de provider. De rechtbank vervolgde (rov. 16 in fine):

'Een en ander neemt niet weg dat de Service Provider die niet zelf openbaar maakt en verveelvoudigt, niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt gehouden kan zijn zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te nemen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens home page auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt. Van de Service Provider mag een zekere mate van zorg worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van verdere inbreuk. Mede gelet op de omstandigheid dat de Service Providers bedrijfsmatig handelen, de mogelijkheid die hun ten dienste staat de toegang tot de home page af te sluiten en de schade die van verdere inbreuken het gevolg zou kunnen zijn, moet worden geoordeeld dat de Service Provider die ervan in kennis wordt gesteld dat een gebruiker van zijn diensten op diens home page auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, zelf onrechtmatig handelt indien hij alsdan niet ingrijpt. Van de Service Provider mag dan worden verwacht dat hij de inbreukmakende documenten uit zijn computersysteem verwijdert en tevens dat hij aan de rechthebbende op diens verzoek de naam en het adres van de desbetreffende gebruiker bekend maakt.'

Het vonnis sluit m.i. fraai aan bij het arrest Buma/De Vries. [34]

[...]

5.34. Aan het slot van deze opmerkingen over zgn. 'indirecte inbreuk' is het dienstig om nog eens te herinneren aan het *uitgangspunt* bij de vraag of gedragingen in het handelsverkeer al dan niet onzorgvuldig te achten zijn. Terecht stelt Van Nispen in het commentaar in onderdeel IV (Ongeoorloofde mededinging) van de losbladige Onrechtmatige Daad voorop: *Uitgangspunt: de vrijheid van handel en bedrijf.* [35] Van Nispen wijst ook – met kennelijke instemming – op schrijvers die menen dat 'nu de wetgever de aan de octrooihouder krachtens diens recht voorbehouden handelingen nauwkeurig heeft opgesomd en aldus de grenzen van de bescherming wéloverwogen heeft vastgesteld, voor aanvullende werking van het gemene recht geen plaats is'. [36] Wat Van Nispen hier schrijft over het octrooirecht geldt m.i. ook voor de aan de auteursrechthebbende voorbehouden handelingen. Anders dan de octrooiwetgever heeft de auteursrechtwetgever voorzien in veel 'opener' inbreukcriteria, en zulks welbewust, met het oog op nieuwe technische

ontwikkelingen. Maar zelfs die opener begrippen kennen – zoals hierboven bleek – hun grenzen. En dan blijft 'over die grenzen' de door Van Nispen voor het octrooirecht aangegeven terughoudendheid ook in auteursrechtelijke context passend.

Recente Amerikaanse rechtspraak

5.35. Amerikaanse gerechten hebben zich reeds enkele malen uitgesproken over de aansprakelijkheid van aanbieders van file-sharing-technologie en -diensten. Daarbij ging het steeds om de vraag of deze aanbieders onrechtmatig handelden op grond van *contributory* en/of *vicarious copyright infringement*: in ons Nederlandse begrippenapparaat onrechtmatigheidscategorieën op grond waarvan een betrokkene bij een (directe) rechtsinbreuk door een ander, onder omstandigheden onrechtmatig handelt.

Zo'n betrokkene geldt in de VS als *contributory infringer*, wanneer hij 'with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another.' [37] Aansprakelijkheid op grond van *vicarious infringement* wordt aangewend, indien de derde 'has a right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities.' [38] De eerste onrechtmatigheidsvorm ziet dus, kort gezegd, op het *bevorderen* van inbreuk, de tweede op het (hoewel mogelijk) *niet verhinderen* van inbreuk.

5.36. In *A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.* (2001), stond de aansprakelijkheid van Napster centraal. [39] Napster verzorgde een file-sharing netwerk, waarbij zij o.m. een database onderhield van alle bij haar gebruikers aanwezige (o.a. inbreukmakende) files. De uitwisseling van files door de gebruikers verliep daarbij dus steeds langs een centrale server, waarmee Napster een centrale rol vervulde bij de file sharing door haar gebruikers. Het hof oordeelde, zeer kort samengevat, dat de *gebruikers* van Napster zowel bij het aanbieden als het ontvangen van de uitgewisselde muziek-files inbreuk op het auteursrecht pleegden, en voorts dat dit gebruik niet als *fair use* (de voor het Amerikaanse auteursrecht kenmerkende 'open' beperking) kon worden aangemerkt.

Het hof was voorts van oordeel dat de handelingen van Napster resulteerden in *contributory copyright infringement*. Het hof achtte overigens, overeenkomstig het arrest van het Supreme Court in de zaak *Sony/Universal Studios* [40], nog geen aansprakelijkheid aanwezig op de enkele grond dat de structuur van het systeem uitwisseling van auteursrechtelijk beschermd materiaal mogelijk maakt. In dit geval werd echter 'sufficient knowledge' omtrent de inbreukmakende activiteiten van Napster's gebruikers bij Napster aanwezig geacht om 'contributory infringement' van Napster aan te nemen. Ook *vicarious infringement* werd voldoende aannemelijk geacht, omdat Napster onvoldoende had gedaan om controle uit te oefenen over de uitwisseling door haar gebruikers, terwijl zij daartoe de mogelijkheden had.

5.37. Op 25 april 2003 heeft het U.S. District Court van het Central District of California in de zgn. Grokster-zaak de aansprakelijkheid van aanbieders van software voor *gedecentraliseerde* file-sharing netwerken, (vergelijkbaar met de onderhavige software [41]) beoordeeld. [42] Nadat de rechter had vastgesteld dat ten minste sommigen van de gebruikers van de Grokster-software inbreukmakende activiteiten verrichtten, onderzocht hij de door eisers gestelde indirecte inbreukvarianten. De rechter kwam hierbij tot het oordeel dat, anders dan bij Napster, bij Grokster geen sprake was van contributory copyright infringement aan de zijde van de aanbieder van de file sharing software. Hij grondde dit oordeel in hoofdzaak op de omstandigheid dat de gebruikers van Grokster de software voor zowel rechtmatige als onrechtmatige doeleinden gebruiken, vergelijkbaar met videorecorders en kopieermachines. Ofschoon de aanbieders ervan op de hoogte zijn dat de software voor inbreukmakende handelingen wordt gebruikt, was voor de rechter doorslaggevend dat er geen sprake is van actieve en substantiële bijdrage door Grokster bij de inbreuk zelf.

Ook het beroep op *vicarious infringement* werd afgewezen. Weliswaar was voldaan aan de voorwaarde voor deze vorm van aansprakelijkheid, dat Grokster financieel voordeel had bij de inbreukmakende activiteiten van haar gebruikers, maar het gerecht achtte niet aangetoond dat gedaagden de mogelijkheid hadden het inbreukmakend gebruik, dat steeds plaats heeft nadat de software aan de eindgebruiker is geleverd, te controleren.

5.38. Uit de pers blijkt dat de muziekindustrie intussen ertoe overgaat de individuele eindgebruikers van P2P-technologie aansprakelijk te stellen. [43]

Iets over Duits en Brits recht

5.39. Buma/Stemra beroept zich nog op een Duits arrest en op Britse wetsartikelen. Opgemerkt zij dat het daarbij, anders dan in de hiervoor besproken Amerikaanse zaken, niet om uitspraken of wetgeving over nu juist het peer-to-peer-fenomeen gaat. [44]

Ik ga er met name even op in, omdat de s.t. zijdens Buma/Stemra (nr. 5.21) verwijst naar een BGH-arrest uit 1984, dat ik noch op de aangeven vindplaats, noch elders heb kunnen vinden. Uit gezaghebbende Duitse literatuur – het *Urheberrecht Kommentar* van Schricker e.a. – blijkt intussen dat bij de auteursrechtinbreuk betrokken derden aansprakelijk zijn, mits sprake is van 'adäquate Verursachung'. Dit is bij het aanbieden/ter beschikking stellen van middelen het geval, wanneer het 'bestimmungsgemässe Gebrauch' van deze middelen 'in der Regel einen Eingriff in die Rechte Dritter mit sich bringt'. Dit wordt in een 'Stichwort' als volgt samengevat: 'Haftung als Störer = jeder, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt und die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung hatte bzw. zur Beseitigung der Störung hat und dem diese zumutbar ist'. [45] Het *Kommentar* van Schricker(/Wild) verwijst naar o.a. BGH 9 juni 1983, GRUR 1984, 54 ('Kopierläden'). Daarin oordeelde het BGH dat op de houders van copyshops binnen de grenzen van hetgeen kan worden gevegd, de plicht rust maatregelen te nemen om auteursrechtinbreuken te voorkomen. Daaraan was volgens het BGH evenwel reeds voldaan door het zichtbaar in de winkel ophangen van de algemene voorwaarden, waarin gebruikers op hun verantwoordelijkheid het auteursrecht te respecteren werden gewezen. Verdergaande controle kon niet worden gevegd, aan welk oordeel van het BGH onder meer de privacy van de gebruikers en het overige rechtmatige gebruik van de kopieermachines bijdroeg.

Hetgeen in de s.t. zijdens Buma/Stemra (nr. 5.22) over Brits recht wordt opgemerkt acht ik niet terzake, althans niet richtinggevend. [46]

Tussenconclusie; tussenopmerkingen

5.40. M.i. kan een aanbieder van peer-to-peer filesharing software als de onderhavige niet zelf wegens inbreuk op auteursrecht worden aangesproken. Mogelijk kan deze aanbieder onder omstandigheden onrechtmatig handelen worden verweten. Met strafrechtelijke deelneming is onrechtmatigheid (art. 6:162 lid 2 BW) gegeven, maar daarvoor gelden stringente voorwaarden. Strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen wegens het bevorderen van inbreuken (vgl. *contributory infringement* in het Amerikaanse recht) of het nalaten (verdere) inbreuken te verhinderen (vgl. *vicarious infringement* in het Amerikaanse recht) is eveneens denkbaar. [47] Maar ook daaraan stelt de bestaande jurisprudentie, m.i. niet ten onrechte, vrij zware eisen.

5.41. In het voorafgaande is voorts gebleken dat de wetgevende organen oog hebben voor de problemen waartoe de (gewenste) ontwikkeling van de digitale techniek en het (gewenste) succes van internet aanleiding kunnen geven, en voor de delicate afwegingen die daarbij geboden kunnen zijn. Gebleken is dat de (Europese) wetgever in het kader van die afweging welwillend staat tegenover bescherming van rechthebbenden door technische maatregelen, in die zin dat

verwijdering of omzeiling van technische beveiliging verboden wordt. Gebleken is echter ook dat de politieke (wetgevende) organen er niet voor voelen om de aanbieder van communicatiefaciliteiten waarmee derden inbreuk op auteursrecht kunnen maken, maar ook veel andere, legitieme handelingen kunnen verrichten, vanwege het auteursrechtstrisico te belemmeren. Ik kan dat niet beter verwoorden dan door nogmaals het Agreed Statement bij art. 8 van het WIPO-Auteursrechtverdrag van 1996 weer te geven:

'It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11 bis (2)'.

5.42. Terugblikkend in de tijd, constateer ik dat zich eerdere soortgelijke afwegingen hebben voorgedaan bij de opkomst van de reprografie, en van de audiorecorder en van de videorecorder [48], opgevolgd door hun digitale zusjes. Die zijn telkens niet verboden, maar wél gevolgd door een door de *wetgever* vormgegeven compensatiestelsel.

5.43. Ik onderken dat de Kazaa-programmatuur, evenals het Grokster-systeem, bepaald minder 'content-neutraal' is dan een kopieerapparaat of een audiorecorder. De Kazaa-programmatuur maakt mogelijk om 'peers' die *bepaalde* 'content' willen ontvangen resp. bereid zijn die aan te bieden, bij elkaar te brengen. Maar, enerzijds, is de Kazaa-programmatuur allerminst beperkt tot *beschermde* objecten: er is ook veel 'vrije' muziek. De Kazaa-programmatuur is bovendien niet beperkt tot muziek.

Anderzijds kan men zich afvragen tot hoevéél meer of anders (in vergelijking tot Kazaa) de audio- en video-recorders gediend hebben dan tot: het kopiëren (inclusief onderhands verspreiden) van auteursrechtelijk beschermd werk. Toch werd er geen aanleiding gezien om dáárom zulke apparatuur te verbieden.

5.44. Ook al kunnen nieuwe technische ontwikkelingen (tijdelijk) ten koste gaan van bepaalde beroepsgroepen of bedrijfstakken, de wetgever en de rechter schrikken er – m.i. terecht – voor terug om dáárom die nieuwe (op zichzelf meestal toegejuichte) technische vernieuwingen te verbieden of af te remmen. Op het gevaar af dat alle vergelijkingen natuurlijk als 'mank' kunnen worden aangevochten, zeg ik toch nog maar eens dat het spoor natuurlijk ten koste ging van de trekschuit. Maar ook dit: de *phonografie* (Edison c.s.) en de *radio* gingen ten koste van de kleine individuele uitvoerende zangers en musici. Het waren de componisten (verenigd in Buma/Stemra), en de *ster*-uitvoerders op fonogrammen, en de fonografische industrie, die van die technische ontwikkeling (enorm) geprofiteerd hebben. Dat is hen graag gegund, al pink ik een traan weg over het daardoor veroorzaakte noodlot voor de kleine straat- en café-muzikanten. Geen wetgever of rechter die zich om deze laatsten bekommerde.

De klachten van de componisten (en de uitverkoren uitvoerders op CD's, en de fonografische industrie) zijn vatbaar voor relativering als men onderkent dat het vaker is voorgekomen dat wéér een nieuwe ontwikkeling in de techniek meebrengt dat aan door eerdere technische ontwikkelingen verkregen grote extra mogelijkheden en posities, geknaagd wordt. Overigens wordt zowel in de gewone pers als in de vakpers, en natuurlijk op internet, alom 'gefilosofeerd' over modellen, waarbij er wél betaald wordt aan de componisten c.s.: weliswaar per eenheid minder dan voorheen, maar daar zou een aanzienlijke vergroting van het aantal eenheden tegenover kunnen staan. Het mooiste bij technisch-economische ontwikkelingen is immers: uitkomen op een zgn. *win/win*-model.

6. Bespreking van de principale middelonderdelen II en III

6.1. Middelonderdeel II klaagt over het eerste deel van rov. 4.9, waarin het hof, kort gezegd, de directe inbreuk op auteursrecht door Kazaa (openbaar maken en/of verveelvoudigen van auteursrechtelijk beschermde werken) van de hand heeft gewezen.

[...]

6.3. Subonderdeel II.2 bevat als centraal argument dat de activiteit van Kazaa – activiteit bestaande in 'het in werking doen zijn van haar software-applicatie' – meebrengt dat haar 'afnemers' (het hof spreekt over 'gebruikers') de auteursrechtelijk beschermde werken op hun computer (kunnen) ontvangen en op hun computer aan alle andere afnemers (kunnen) aanbieden, en dat het hof heeft miskend dat Kazaa *daarmee* (ook) zelf auteursrechtelijk relevante handelingen verricht.

6.4. De klacht gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Hetgeen Buma hiér aan Kazaa verwijt, zouden auteursrechthebbenden m.i. evenzo kunnen verwijten aan aanbieders van netwerksystemen in het algemeen, Microsoft Outlook en Netscape daaronder begrepen, en trouwens ook geavanceerde scanningsapplicaties als Acrobat. Het aanbieden of 'in werking doen zijn' van zulke communicatiehulpmiddelen – ofschoon alleszins bruikbaar voor het openbaar maken en verveelvoudigen van auteursrechtelijk beschermde werken – valt niet op zichzelf aan te merken als 'openbaar maken' dan wel 'verveelvoudigen', of men zou (ver) buiten de oevers gaan van hetgeen naar – een zelfs ruim opgevat – spraakgebruik onder 'openbaar maken' onderscheidenlijk 'verveelvoudigen' in de zin van artt. 1, 12, 13 en 14 Aw kan worden begrepen.

6.5. Voor zover subonderdeel II.2 postuleert dat het openbaar maken en verveelvoudigen van auteursrechtelijk beschermde werken het *direct gevolg* van de activiteit van Kazaa zou zijn, gaat het m.i. om een in cassatie niet toelaatbaar feitelijk novum, en – los daarvan – om een stelling die feitelijke grondslag ontbeert. Noch gesteld, noch gebleken is immers dat de activiteit van Kazaa zou leiden tot 'directe', min of meer 'spontane' verspreiding van auteursrechtelijk beschermde werken; anders dan zich wellicht – helaas – voordoet bij de verspreiding van sommige *computervirussen*.

6.6. In nr. 5.11 (mede verwijzend naar nr. 5.8) heb ik reeds aangegeven dat (ook) de 'kapelpiraten'-jurisprudentie van de Hoge Raad niet van toepassing te achten is op de activiteiten van Kazaa.

6.7. De omstandigheden die in het slot van subonderdeel II.2 worden aangevoerd, kunnen m.i. niet tot een ander oordeel leiden. Dat Kazaa het gebruik van de gebruikers 'actief zou ondersteunen' is niet redengevend voor een eigen openbaarmaking door Kazaa. Hetzelfde geldt voor de in het subonderdeel aangevoerde omstandigheid dat Kazaa een website heeft geopend waarop zij aan haar gebruikers de software ter beschikking stelt met het specifieke doel die gebruikers in de gelegenheid te stellen om '(muziek)bestanden' ter beschikking te stellen, op te zoeken en te downloaden. Nog daargelaten dat deze stelling zelf reeds aangeeft dat het niet alléén om muziekbestanden gaat – zoals ook, onbestreden in cassatie, door het hof in rov. 4.4 jo. rov. 4.5 is vastgesteld – leveren de hier bedoelde handelingen nog geen eigen openbaarmaking door Kazaa op.

De stelling in het subonderdeel dat de elektronische verstrekking van muziekbestanden onderdeel is van een 'door Kazaa ontworpen systeem' kan evenmin tot deze conclusie leiden. De in het vonnis in prima (rov. 8) door de president van de rechtbank aanvaarde, en door Buma/Stemra in de toelichting op subonderdeel II.2 ingeroepen stellingen dat het Kazaa-systeem 'als een technische eenheid' is te beschouwen, 'dat door middel van software zó is ontworpen dat de gebruikers de door hen gewenste bestanden niet anders kunnen vinden en

worden “verbonden” met de betreffende aanbiedende gebruiker van het bestand dan door het gebruik van dit door Kazaa ontworpen systeem', kan Buma/Stemra ten deze evenmin baten. Uit r.ovv. 4.4 en 4.5 van 's hofs arrest, waartegen geen klacht is gericht [\[49\]](#), blijkt dat het hof is uitgegaan van een ander feitencomplex ('De Kazaa toepassing is niet afhankelijk van enige bemoeienis van Kazaa bv'), waardoor deze stellingen achterhaald zijn.

6.8. Met het oog op een door haar gewenste uitleg van de artikelen 1 en 12 Auteurswet beroept Buma/Stemra zich in subonderdeel II.3 op inhoud en strekking van artikel 9 lid 2 Berner Conventie respectievelijk art. 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn 2001/29. Artikel 9 lid 2 Berner Conventie luidt:

'Het is aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden om in bijzondere gevallen het verveelvoudigen van genoemde werken toe te staan, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt.'

Artikel 5 van de Auteursrechtlijn geeft in de leden 1-4 een opsomming van voorgeschreven respectievelijk toegelaten *restricties* of *beperkingen* op de in artt. 2-4 toegekende rechten met betrekking tot verveelvoudiging, immateriële openbaarmaking, en distributie van exemplaren. Artikel 5 lid 5, het laatste lid, luidt:

'De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast, mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.'

6.9. Het subonderdeel faalt, omdat het uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. De aangehaalde bepalingen hebben betrekking op *wettelijke beperkingen* van het reproductierecht (Berner Conventie) resp. de auteursrechten meer in het algemeen (Richtlijn): aan die beperkingsmogelijkheden stellen art. 9 lid 2 BC resp. art. 5 lid 5 van Rl. 2001/29 de daar bedoelde grenzen. Aan toepassing van of toetsing aan deze bepalingen komt men – nog daargelaten het discussiepunt of zij wel rechtstreeks in rechte inroepbaar zijn, dan wel zich naar tekst en/of strekking tot wetgever richten – dus pas toe, als het gaat om uitleg c.q. toepassing van *wettelijke beperkingen* op de eerder bedoelde rechten met betrekking tot verveelvoudiging, immateriële openbaarmaking, en distributie van exemplaren, die krachtens de Berner Conventie of Rl. 2001/29 aan de auteur toekomen. [\[50\]](#) Hoewel de Verdragsluitende Staten bij de Berner Conventie, resp. de Richtlijnwetgever natuurlijk daarvoor hadden kunnen kiezen, hebben zij juist niet ervoor gekozen om de uitleg van de begrippen verveelvoudiging, immateriële mededeling en beschikbaarstelling aan het publiek, en distributie van exemplaren, afhankelijk te stellen van criteria als bedoeld in art. 9 lid 2 BC en art. 5 lid 5 Rl. 2001/29. Het eerder aangehaalde 'Agreed statement' bij het WIPO-Auteursrecht-verdrag, welk verdrag de inspiratiebron voor Rl. 2001/29 is, wijst ten deze juist in een andere richting [\[51\]](#), evenals de kennelijk daaraan ontleende considerans sub 23 van de Richtlijn:

'(23) Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis worden gegeven die i e dere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling.'

Niet alleen de laatste volzin is veelzeggend, maar ook de uit de eerdere volzinnen blijkende bedoeling dat het 'recht van mededeling aan het publiek' steeds een 'mededeling' ('communication') ervan, dan wel een 'doorgifte of wederdoorgifte' aan het publiek veronderstelt. Ten aanzien van Kazaa heeft het hof (mede op basis van rov. 4.4 in verbinding met rov. 4.5) met juistheid zulks niét aangenomen.

[...]

6.13. Onderdeel III klaagt dat het hof in de tweede helft van rov. 4.9 het recht, in het bijzonder art. 6:162 BW geschonden heeft door, kort gezegd, het afwijzen van onrechtmatig handelen. Ik geef 's hofs hier bedoelde deelloverweging gemakshalve hieronder nog eenmaal weer:

'4.9. [...] Het is ook niet zo, althans daarvan kan voorshands niet worden uitgegaan, dat het computerprogramma van KaZaA uitsluitend [\[52\]](#) wordt gebezigd voor het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken. Door KaZaA zijn in hoger beroep een groot aantal voorbeelden overgelegd (producties 17 en 18) van werken die hetzij met toestemming van de auteur met behulp van KaZaA worden verspreid, hetzij in het publieke domein zijn gevallen, hetzij geen auteursrechtelijke bescherming genieten of waarvan de verspreiding is toegestaan op grond van een wettelijke beperking. Ook Huizer geeft in zijn 'expert opinion' voorbeelden van andersoortig gebruik. Buma/Stemra stelt wel (mva ad grief 2) dat de enige, althans enige wezenlijke functie van het computerprogramma van KaZaA is om gebruikers in staat te stellen om bestanden met beschermde werken uit te wisselen, doch deze door KaZaA gemotiveerd bestreden stelling wordt in het geheel niet nader door Buma/Stemra geadstrueerd. Dat dit 'andere' gebruik betekenis mist (mva ad grief 5) geldt ongetwijfeld voor Buma/Stemra, maar daarmee is niet gezegd dat dit ook voor die 'andere' gebruikers geldt. Van de juistheid van het standpunt van Buma/Stemra kan voorshands dan ook niet worden uitgegaan. Op grond van een en ander kan het aanbieden van het litigieuze computerprogramma door KaZaA niet onrechtmatig worden geoordeeld.'

[...]

6.15. Subonderdeel III.2 klaagt dat het hof ten onrechte van (doorslaggevend) belang heeft geacht dat het Kazaa-computerprogramma niet *uitsluitend* wordt gebezigd voor het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken. [...]

6.16. De subonderdelen III.3 en III.4 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Buma/Stemra leunt hierin op het (eerste) Staat/Bonda-arrest van HR 18 februari 1949, NJ 1949, 357 m.nt. PhANH, BIE 1949, p. 42 m.nt. VdM (ik wees in nr. 5.26 ook op het arrest Staat/Bonda II).

6.17. Mijn in nrs. 5.31 en 5.32 neergelegde analyse van de Staat/Bonda-jurisprudentie, gecombineerd met een analyse van de in het middelonderdeel bestreden tweede helft van rov. 4.9 van het arrest in onze zaak Buma/Stemra vs. Kazaa, laat zien dat het hof, zonder schending van het recht, de vraag naar *potentiële* onrechtmatigheid (stappen (i) en (ii)) onder ogen heeft gezien. Aan een beoordeling van de voorshandse aannemelijkheid van voldoende ernst *om een verbod uit te spreken* (stappen (iii) en (iv)) is het hof niet toegekomen - en behoeft het zonder schending van het recht niet toe te komen - gegeven zijn (feitelijk), in kort geding gegeven oordeel (cursiveringen van mij, A-G):

'Door KaZaA zijn in hoger beroep een groot aantal voorbeelden overgelegd (producties 17 en 18) van werken die hetzij met toestemming van de auteur met behulp van KaZaA worden verspreid, hetzij in het publieke domein zijn gevallen, hetzij geen auteursrechtelijke bescherming

genieten of waarvan de verspreiding is toegestaan op grond van een wettelijke beperking. Ook Huizer geeft in zijn 'expert opinion' voorbeelden van andersoortig gebruik. Buma/Stemra stelt wel (mva ad grief 2) dat de enige, althans enige wezenlijke functie van het computerprogramma van KaZaA is om gebruikers in staat te stellen om bestanden met beschermde werken uit te wisselen, doch deze door KaZaA gemotiveerde bestanden stelling wordt in het geheel niet nader door Buma/Stemra geadstrueerd.'

Ik wijs er daarnaast nog op dat Buma/Stemra – gelijk door het hof in rov. 4.6 geconstateerd en in zoverre in cassatie onbestreden – dat Buma/Stemra niet gesteld heeft dat zij aan Kazaa gespecificeerde opgave heeft gedaan van gevallen waarin gebruikers met Kazaa-programmatuur auteursrechtinbreuken hebben gepleegd, kennelijk ook niet aan de hand van gespecificeerde voorbeelden. Minst genomen zou een reeks voorbeelden genoemd kunnen zijn. [\[53\]](#)

6.18. De subonderdelen III.3 en III.4 komen tegen 's hofs hierboven weergegeven oordeel niet op. Daarmee is het lot van deze subonderdelen m.i. bezegeld. Buma/Stemra heeft gewoon te weinig ingebracht tegenover de gemotiveerde stellingen van Kazaa, waaronder het rapport-Huizer. Ook als dat ligt aan de door Buma/Stemra in kort geding ondervonden beperkingen, komt dat voor risico van Buma/Stemra, nu zij zelf de betrokken vordering in kort geding (in reconventie) heeft ingesteld.

6.19. Mijns inziens ligt, gezien dit feitelijk een en ander, ook 's hofs hier aangevallen rechtsoverweging in de lijn van het vaker genoemde 'Agreed Statement' bij het WIPO-Auteursrechtverdrag:

'It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention.'

6.20. In dezelfde lijn ligt ook het in nr. 5.37 aangehaalde vonnis van de Amerikaanse rechter in de met deze Buma/Stemra vs. Kazaa-zaak vergaande vergelijkbare 'Grokster'-zaak.

[...]

8. Conclusie

Mijn conclusie strekt in het principaal cassatieberoep tot verwerping, en in het incidenteel beroep tot vernietiging van het arrest met verwijzing van de zaak naar een aangrenzend hof.

Noot

Het KaZaA-arrest is een zaak van records. Volgens Buma/Stemra gaat het om 'de meest omvangrijke inbreuk op auteursrechten in de geschiedenis'. Dat kan kloppen: op een willekeurige vrijdagavond (2 januari 2004, om 22.07 uur) zijn 571.248.998 bestanden (4.389.376 Gigabyte) voor 'file sharing' beschikbaar. Daarvan is, schat ik voorzichtig, zo'n 99% inbreukmakend. Ook een record: niet eerder is een uitspraak van een Nederlandse rechter zo breed uitgemeten in de internationale media (zie 'KaZaA-overwinning is wereldnieuws', <http://www.solv.nl>). Van Singapore tot San Diego kopten de bladen in koor: *Dutch Supreme Court rules file sharing is legal*. En nooit eerder is over een gerechtelijk oordeel zo consequent verkeerd gerapporteerd. Over de rechtmatigheid van 'file sharing' ging deze zaak immers in het geheel niet. Maar zelfs over de rechtsvraag die in eerdere instanties wel centraal stond, de rechtmatigheid van het aanbieden van de KaZaA-programmatuur, heeft de HR geen uitspraak gedaan. Buma/Stemra is gestruikeld

over een 'technicality'. De gevorderde aanpassing van de KaZaA-programmatuur zodat daarmee geen inbreuk (meer) kon worden gepleegd, was naar het oordeel van het hof bij de huidige stand van de techniek onmogelijk. Omdat Buma/Stemra verzuimd had (subsidiar) te vragen om een algemeen verspreidingsverbod, was haar lot in cassatie bezegeld. Het arrest van de HR moge inhoudelijk teleurstellen, het kwam niet onverwacht.

En dat is vooral sneu voor advocaat-generaal (en redactielid) Verkade, auteur van de meest uitvoerige conclusie die mij ooit onder ogen is gekomen, wiens magnum opus van 44 bladzijden, hierboven in verkorte vorm afgedrukt, een beter lot had verdiend. Maar ook voor de AG zal de afloop van deze zaak geen verrassing zijn geweest, getuige § 3 van zijn conclusie, waarin het principaal cassatieberoep met onwrikbare logica naar de prullenbak verwezen wordt. Met dat al zijn de boeiende beschouwingen van de AG over de (on)rechtmatigheid van de gedragingen van KaZaA in het luchtledige blijven hangen, en dat is jammer. Ze zijn echter belangwekkend genoeg om publicatie in AMI te rechtvaardigen. Doordat de HR zich over enige materiële rechtsvraag niet heeft uitgesproken, kan deze noot beperkt blijven tot enkele overpeinzingen over het leven op aarde ná het KaZaA-arrest.

Totdat de HR in een bodemprocedure, die wel niet lang op zich zal laten wachten, heeft beslist, blijft het oordeel van het hof *obiter dictum*, dat de verspreiding van de KaZaA-programmatuur niet onrechtmatig is, overeind staan. Wat nu? Duidelijk is dat de rechthebbenden door de massale uitwisseling van bestanden (niet alleen muziek, maar ook films, foto's, videogames, computersoftware en zelfs romans) enorme schade lijden, zodat niet verwacht mag worden dat zij de afloop van een bodemprocedure zullen afwachten. Nu KaZaA voorlopig buiten schot blijft, zullen zij elders hun recht proberen te halen, in de eerste plaats bij de inbreukmakers zelf: de gebruikers van KaZaA. Dat is de ironie van de overwinning van KaZaA, die door internetgebruikers en *cyberlibertarians* wereldwijd met gejuich begroet is. Hopelijk weet de Stichting Brein, die in Nederland met dit soort vuil werk belast is, hierbij te voorkomen dat, net als in Amerika, kleine kinderen en broze bejaarden binnenkort boze advocatenbrieven in de bus krijgen.

Een sociaal meer aanvaardbaar alternatief, waarover in de vakpers nog weinig is gespeculeerd, is het aanpakken van de internet service providers, die dankzij de zegeningen van ADSL het succes van KaZaA mogelijk hebben gemaakt, en daarvan ook volop profiteren. Kunnen de ISP's voor de schade die rechthebbenden lijden aansprakelijk worden gesteld? Op grond van de E-commerce Richtlijn, die binnenkort in een nieuw art. 6:196c BW zal zijn omgezet, vermoedelijk niet. Art. 12 van de richtlijn voorziet in een wettelijke exoneratie van de louter passief 'doorgevende' ISP; de *access* provider is derhalve nooit schadelijkt. Maar de richtlijn sluit een gerechtelijk verbod of gebod jegens de ISP niet uit, zo blijkt uit het derde lid: 'Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt.' Is een ISP technisch in staat een file-sharende abonnee op aanwijzing van een rechthebbende af te sluiten? Ongetwijfeld. Uitgaande van het gebruikte IP-adres zal het de provider weinig moeite kosten een inbreukmakende abonnee te identificeren, zelfs als deze onder pseudoniem op het P2P-netwerk opereert. De ISP's plegen de verkeersgegevens van hun klanten nauwkeurig te registreren. In sommige gevallen worden grootschalig opererende P2P-ers al eigener beweging door hun ISP's afgesloten om overbelasting van het netwerk te voorkomen. De door de ISP's gehanteerde contractvoorwaarden laten afsluiting wegens auteursrechtinbreuk of overbelasting ook toe.

De voor *hosting* service providers ontwikkelde 'notice and take-down' procedure, die in de praktijk goed blijkt te werken, zou hier als voorbeeld kunnen dienen. Een dergelijk mechanisme

moge op het eerste gezicht moeilijk te rijmen zijn met de door de access providers beleden – en in het licht van de informatievrijheid belangrijke – 'access for all' filosofie, daar staat tegenover dat hierdoor voorkomen wordt dat de providers in rechte worden gedwongen de identiteit van hun abonnees aan de rechthebbenden te onthullen, met alle privacybezwaren van dien (zie

A. Ekker en O.L. van Daalen, 'De provider als speurhond van de muziekindustrie', *JAVI* 2003-4, p. 129-134). Voor de providers én de gebruikers lijkt een actieve betrokkenheid van de ISP's derhalve het minste van twee kwaden. Idealiter maken de ISP's en de rechthebbenden hierover op brancheniveau procedurele afspraken. Overweging 40 van de richtlijn roept hiertoe in feite op; zie ook de brief van de minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 29 september 2003, Kamerstukken TK, 28197, 15, p. 4.

Een meer radicale oplossing van het KaZaA-probleem is natuurlijk legalisering, bij voorkeur in combinatie met een heffing. Enkele Amerikaanse schrijvers (W. Fisher, 'Digital Music: Problems and Possibilities', http://www.law.harvard.edu/Academic_Affairs/coursepages/tfisher/Music.html en N.W. Netanel, 'Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing', *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 13, december 2003) hebben zich hiervoor inmiddels sterk gemaakt. Recent heeft ook KaZaA-advocaat Chr. Alberdingk Thijm voor een P2P-heffing gepleit (NRC/Handelblad 29 december 2003); ook de AG lijkt hier wel iets voor te voelen (§ 5.42). Zo'n heffing zou op verschillende manieren gestalte kunnen krijgen: door een opslag op PC's, harde schijven, CD-branders en MP3-spelers, door verplichte afdracht van ISP's en/of door een heffing op de P2P-programmatuur zelf. Voor een dergelijke 'verheffing' valt op het eerste gezicht veel te zeggen. Aan een massaal gepleegde en door brede lagen van de bevolking kennelijk ondersteunde auteursrechtinbreuk wordt in één klap een einde gemaakt. Rechthebbenden die door KaZaA en haar soortgenoten grote schade lijden, komen financieel – een beetje – aan hun trekken. Vooral de rechtenorganisaties zullen voor een heffing wel te vinden zijn. Bovendien: het prachtige medium P2P wordt door het auteursrecht niet de nek omgedraaid, zoals de technocraten vrezen.

Maar aan een legalisering zijn ook belangrijke nadelen verbonden. Door het toestaan van P2P file sharing wordt een groot deel van het digitale domein voorwerp van een wettelijke licentie. Daarmee worden de incentives voor het ontwikkelen van een regulier online muziek- en filmaanbod, dat na een veel te trage start eindelijk op gang begint te komen (zie voor een mooi voorbeeld *iTunes* van Apple, <http://www.apple.com/itunes>), ondergraven. Wie gaat nog investeren in een digitale muzikwinkel, als iedere zestienjarige vanaf zijn harde schijf een quasi-gratis alternatief in petto heeft? Anders dan de AG in § 5.44 nogal onbekommerd suggereert, zie ik uit KaZaA en soortgelijke diensten geen levensvatbaar legaal 'business model' voortkomen. Wie bereid is voor online muziek te betalen, zal kwaliteit verlangen; die is in een P2P-systeem niet gegarandeerd. Legalisering van KaZaA in combinatie met een heffing belemmert met andere woorden de totstandkoming van een reguliere digitale muziekmarkt.

Tegen het invoeren van heffingen op digitale apparatuur zijn daarnaast diverse principiële en praktische bezwaren aan te voeren. De computer is geen 'dedicated' apparaat, zoals een videorecorder of fotokopieerapparaat, maar een universele ('Turing') machine, die voor allerlei auteursrechtelijk irrelevante toepassingen geschikt is en gebruikt wordt (zie P.B. Hugenholtz & L. Guibault, *The Future of Levies in a Digital Environment*, Amsterdam: IViR 2003, <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>, p. 48 e.v.). Waarom zouden de miljoenen 'onschuldige' PC-gebruikers, die KaZaA niet hebben geïnstalleerd en geen behoefte hebben aan een harde schijf vol MP3-bestanden, moeten boeten voor het (wan)gedrag van hun medegebruikers? Invoering van een P2P-heffing zou bovendien de opmars doorkruisen van het Digital Rights Management, dat het mogelijk maakt het licentiëren van werken te individualiseren

en ongeautoriseerd kopiëren te voorkomen. Niet voor niets bepaalt art. 5 lid 2 sub b van de Auteursrechtlijn dat bij de vaststelling van de 'billijke compensatie' voor de thuiskopie rekening is te houden 'met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen'. Als over enige tijd de platenfabrikanten massaal zijn overgestapt op technische beveiliging, een voorspelbaar gevolg van het succes van KaZaA, valt er voor de gemiddelde P2P-er weinig meer te 'sharen'. Wat is dan nog de ratio van een heffing?

Daarmee zijn we aangeland bij de wettelijke bezwaren. File sharing gaat gepaard met reproduceren en openbaar maken. De Auteursrechtlijn, die beide exploitatierechten harmoniseert, bevat in art. 5 leden 2 en 3 een limitatieve opsomming van toegestane wettelijke beperkingen. De richtlijn laat de lidstaten de vrijheid het digitaal thuiskopiëren te onderwerpen aan een beperking (art. 5 lid 2 sub b), waaronder ook het downloaden uit een P2P-netwerk begrepen kan worden. Maar 'sharen' is ook openbaar maken, en daarvoor laat de richtlijn beslist geen ruimte. In Europa heeft speculeren over een 'KaZaA-heffing' dus weinig zin.

Keren wij, tenslotte, terug naar de bron van het kwaad. Valt KaZaA echt niet aan te pakken? Volgens het Amsterdamse hof, daartoe geadviseerd door Prof. dr. ir. E. Huizer, hoogleraar internettoepassingen van de Universiteit Twente, was KaZaA technisch niet in staat tot ingrijpen tegen haar inbreukmakende gebruikers, zoals ISP's dat wel kunnen. In zijn noot onder het arrest (*Mediaforum* 2002/5, p. 191) spreekt Koelman zijn twijfels uit over deze feitelijke constatering. KaZaA doet en kan veel meer dan het leveren van software. In het verleden heeft het bedrijf bewezen haar gebruikers door middel van 'spyware' in de gaten te kunnen houden en ongeautoriseerde gebruikers af te kunnen sluiten. Maar ook als Prof. Huizer gelijk zou hebben, staat KaZaA's onschuld niet vast. In mijn noot onder het vonnis van de President (*AMI* 2002/1, p. 25) heb ik gepleit voor toepassing van het in de Amerikaanse jurisprudentie ontwikkelde criterium van *substantial non-infringing use*. Als het programma in aanmerkelijke mate voor niet-inbreukmakende doeleinden wordt gebruikt, is verspreiding ervan rechtmatig (zie ook Seignette, *AMI* 2002/4, p. 142). Het Amsterdamse hof heeft door de magere feitelijke stellingen van Buma/Stemra deze toets niet goed kunnen verrichten (ro. 4.9). Is één procent legaal gebruik voldoende om KaZaA rechtmatig te verklaren? Ik meen van niet. Voorlopige conclusie: KaZaA is nog niet 'legaal'.

Zie voor uitspraken en annotaties in eerdere instanties: Pres. Rb. Amsterdam 29 november 2001, *AMI* 2002/1, p. 21 m.nt. P.B. Hugenholtz; Hof Amsterdam 28 maart 2002, *Mediaforum* 2002/5, p. 188 m.nt. K.J. Koelman, *AMI* 2002/4, p. 134 m.nt. J. Seignette op p. 142.

P.B. Hugenholtz