



## Noot bij Pres. Rb. Amsterdam 29 november 2001 (KAZAA/BUMA)

Verschenen in *AMI* 2002-1, p. 21-25

### P.B. Hugenholtz

*Verspreiding van 'peer-to-peer' programmatuur. Afbreken van licentieonderhandelingen.*

KaZaA verspreidt via haar website (<http://www.kazaa.com>) gratis 'peer-to-peer' communicatieprogrammatuur. Gebruikers kunnen met behulp van deze software gemakkelijk elkanders 'media files' traceren en onderling uitwisselen. Dat gebeurt wereldwijd op kolossale schaal; als we de website van KaZaA mogen geloven, is het programma inmiddels meer dan 30.000.000 maal gedownload. Het aantal auteursrechtelijk beschermde bestanden (muziek, video, beeld, tekst) dat door Kazaa-gebruikers is uitgewisseld, bedraagt daarvan ongetwijfeld een veelvoud – reden genoeg voor rechthebbenden om zich ernstig zorgen te maken.

Is KaZaA de nieuwe Napster? Ja en nee. Als middel om muziek online te 'ruilen' is KaZaA zeker vergelijkbaar met het ooit zo populaire Napster, dat na een in de V.S. opgelopen rechterlijk verbod al maanden buiten bedrijf is. [1] Maar technisch en juridisch bestaan er belangrijke verschillen. Terwijl Napster als een ware intermediair een centrale databank beheerde, waarin de bestandsgegevens van alle 'napsteraars' automatisch werden bijgehouden, beperkt KaZaA zich tot de verspreiding van communicatieprogrammatuur. Het zijn de gebruikers van KaZaA zélf die de voor het peer-to-peer netwerk essentiële zoek- en verwijfsfunctie vervullen. KaZaA-gebruikers met snelle PC's en verbindingen fungeren binnen dit netwerk als 'search servers'.

Is de distributie van 'peer-to-peer' programmatuur waarmee auteursrechtelijk beschermde werken worden uitgewisseld onrechtmatig? Dat is geen gemakkelijke vraag, ook al doet de Amsterdamse President het anders voorkomen. KaZaA heeft Buma/Stemra om toestemming gevraagd zonder daarbij een voorbehoud te maken; daardoor 'kan zij niet met succes zich erop beroepen dat zij niet de verveelvoudiger van de werken is' (r.o. 8). Deze variant op *qui s'excuse, s'accuse* spreekt mij niet aan. Hoe vaak komt het in inbreukzaken niet voor dat partijen elkaar claims bestrijden en tegelijkertijd over een licentie onderhandelen? De redenering van de President legt op zulke onderhandelingen een zware hypotheek. Advocaten zullen zich voortaan wel drie keer bedenken voordat zij (uiteraard geheel sans préjudice en onder voorbehoud van alle rechten) met een wederpartij in contact treden. Zo worden minnelijke regelingen ontmoedigd; zou dat echt de bedoeling zijn van de kortgedingrechter?

In het kennelijke besef dat zijn redenering niet concludent is, voegt de President hier nog een moeilijk te duiden argument aan toe. Als ik hem goed begrijp, wordt het door KaZaA in het leven geroepen 'als technische eenheid te beschouwen systeem' van peer-to-peer uitwisseling aan KaZaA toegerekend. Onduidelijk blijft echter welke kwalificatie de President hieraan verbindt. Pleegt KaZaA auteursrechtinbreuk of handelt zij in strijd met de maatschappelijke

zorgvuldigheid?

Van auteursrechtinbreuk kan naar mijn mening geen sprake zijn. KaZaA reproduceert, behalve haar eigen software, geen auteursrechtelijk beschermde werken; openbaar maken doet zij evenmin. Het zijn de gebruikers van de KaZaA-software die (op grote schaal) verveelvoudigen en openbaar maken. Het enkel faciliteren van auteursrechtinbreuk kan niet met inbreuk worden gelijk gesteld, zo blijkt bijvoorbeeld uit het Scientology-vonnis van de Rechtbank Den Haag. [2]

Is het handelen van KaZaA dan misschien aan te merken als 'bevorderen van inbreuk', dat wegens strijd met de zorgvuldigheid tóch onrechtmatig is? In de Scientology-zaak kwam de rechter tot het oordeel dat de internetprovider die van een door hem gefaciliteerde inbreuk op de hoogte is onrechtmatig handelt indien hij daaraan niet prompt een einde maakt. Die norm is op de KaZaA-casus moeilijk toe te passen. KaZaA heeft over het feitelijke gebruik van haar software immers geen zeggenschap of controle; zij kan aan de gepleegde inbreuken dan ook geen einde maken.

De activiteiten van KaZaA zijn eerder vergelijkbaar met de fabricage of verhandeling van fotokopieermachines, CD-branders en andere auteursrechtelijk gevoelige apparaten. De casus roept herinneringen op aan de roemruchte Betamax-zaak die door het Amerikaanse hooggerechtshof in 1984 werd beslist. [3] Het Supreme Court was van oordeel dat de handel in Sony-videorecorders geen 'contributory infringement' opleverde, omdat deze apparaten voor 'substantial non-infringing uses' (zoals 'time shifting') geschikt waren. Dat criterium, dat ik in de Nederlandse rechtspraak nog niet ben tegengekomen, [4] lijkt bij uitstek geschikt om in de KaZaA-zaak te worden toegepast. Indien vast zou komen te staan dat de KaZaA-software niet enkel voor inbreukmakende doeleinden gebruikt wordt, maar ook (en wel in aanmerkelijke mate) voor allerlei legitieme activiteiten, zoals het uitwisselen van 'Buma-vrije' muziek en ander onbeschermd materiaal, dan is het aanbieden ervan niet onrechtmatig.

Een lichtpuntje voor KaZaA is, tenslotte, de toewijzing van haar vordering tot verder onderhandelen. Buma/Stemra had de gesprekken met KaZaA – kennelijk onder druk van haar buitenlandse zusterorganisaties en de fonografische industrie – in het zicht van een overeenkomst afgebroken; dat had zij niet mogen doen. Een boeiende vraag blijft natuurlijk *waarvoor* KaZaA een licentie zoekt, gesteld dat zij zelf geen auteursrechtelijk relevante handelingen verricht. Stof genoeg met dat al voor een mooi arrest van het Amsterdamse Hof.

P.B. Hugenholtz

---

[1] P.B. Hugenholtz, 'Napster: een bliksemonderzoek', *Computerrecht* 2000-5, p. 228; J.M.B. Seignette, 'Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk', *AMI* 2001/2, p. 29; D.J.G. Visser, '“Napsteren”, “Gnutellen” en de afwezigheid van legale muziek op het Internet', *Computerrecht* 2001/3, p. 131.

[2] Rb 's-Gravenhage 9 juni 1999, *Informatierecht/AMI* 1999-7, p. 113 m.nt. K.J. Koelman (Scientology/XS4ALL – bodemprocedure). Aldus ook het 'Agreed statement' bij art. 8 van het WIPO Auteursrechtverdrag.

[3] Zie hierover P.B. Hugenholtz, 'Betamax: geen happy end voor Hollywood', *Auteursrecht/AMR*

1984/3, p. 47.

[4] HR 18 februari 1949, *NJ* 1949, 357 (Bonda/De Staat) wijst enigszins in deze richting. Bonda handelde onrechtmatig door de verhandeling van een antistolmiddel in de wetenschap dat zijn afnemers daarmee octrooi-inbreuk zouden plegen. Zie over het bevorderen van auteursrechtinbreuk uitgebreid Gerbrandy, *Kort commentaar*, p. 327 e.v. Het Betamax-criterium schemert door in art. 6 lid 2 (b) van de Europese Auteursrecht richtlijn, dat omzeilingsmiddelen verbiedt die 'slechts een commercieel beperkt doel of nut hebben, naast de omzeiling van de bescherming'.