

## Hoge Raad. 19 december 2003, Buma v KaZaA



Search, Download & Share!

### ONRECHTMATIG?

#### Geen wijziging programma mogelijk

Hof heeft feitelijk geoordeeld dat zowel voor het bestaande als een nieuw programma geen aanpassing mogelijk is waardoor geen inbreuk makende openbaarmakingen en verveelvoudigingen kunnen plaatsvinden.

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.

### PROCESRECHT

#### Reikwijdte gevraagd bevel

Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de 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.

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 verstrekende 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.

Vindplaatsen: LJN: [AN7253](#); AMI 2004, nr. 1, p. 9, m.nt. [Hugenholtz](#);

### Hoge Raad, 19 december 2003

(P. Neleman, H.A.M. Aaftink, A.M.J. van Buchem-Spapens, P.C. Kop en E.J. Numann)

19 december 2003

Eerste Kamer

Nr. C02/186HR

JMH/AT

Hoge Raad der Nederlanden

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

Verweester 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 licentie-overeenkomst 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.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## **2. Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof heeft Buma/Stemra beroep in cassatie ingesteld. KaZaA heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende het incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

KaZaA heeft geconcludeerd tot verwerping van het principale beroep en Buma/Stemra heeft in het incidentele beroep geconcludeerd tot referte.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Buma/Stemra mede door mr. K.A. van Voorst, advocaat bij de Hoge Raad.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade](#) strekt in het principale beroep tot verwerping en in het incidentele beroep tot vernietiging van het arrest met verwijzing van de zaak naar een aangrenzend hof.

De advocaat van Buma/Stemra heeft bij brief van 17 oktober 2003 op die conclusie gereageerd.

## **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.

3.2 In het onderhavige kort geding heeft KaZaA gevorderd, samengevat weergegeven, Buma/Stemra te gebieden de onderhandelingen met haar voort te zetten ten einde de beoogde licentieovereenkomst te sluiten.

Buma/Stemra heeft in reconventie gevorderd KaZaA te bevelen zodanige maatregelen te nemen, dat niet langer met behulp van het door haar aangeboden computerprogramma op de auteursrechten met betrekking tot muziekwerken behorende tot het Buma/Stemra-repertoire inbreuk makende openbaarmakingen en veelevoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden.

De president heeft zowel de vordering in conventie als die in reconventie toegewezen, met dien verstande dat hij de tevens gevorderde dwangsommen heeft gematigd en gemaximeerd.

Het hof heeft het vonnis van de president zowel in conventie als in reconventie vernietigd en de vorderingen van Buma/Stemra en KaZaA alsnog afgewezen.

## **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 onbegrijpe-

lijke 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 veelevoudigingen 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 veelevoudigingen 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 openbaarstellingen 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, behoefde 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 blijken 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.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren H.A.M. Aaftink, A.M.J. van Buchem-Spavens, P.C. Kop en E.J. Numann, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 19 december 2003.

---

## **Conclusie Advocaat-Generaal Verkade**

### **1. Inleiding**

1.1. Partijen zullen hierna doorgaans worden aangeduid als Buma/Stemra en Kazaa.

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. Ik zal de bespreking daarvan voorafgaan door een uiteenzetting omtrent het juridisch kader alsmede, voor zover in mijn vermogen ligt, enige technische achtergronden (par. 5). De bespreking van de principale onderdelen II en III kan daardoor korter zijn (par. 6).

In par. 7 bespreek ik het incidentele cassatiemiddel van Kazaa.

### **2. Feiten en procesverloop**

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.(1)

a) Kazaa biedt via haar website [www.kazaa.com](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.(2)

2.2. Bij inleidende dagvaardingen van 9 resp. 12 november 2001 heeft Kazaa het onderhavige kort geding aanhangig gemaakt bij de rechtbank te Amsterdam. Zij vorderde hierbij, zo veel mogelijk uitvoerbaar bij voorbaat:

'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 NLG 50.000,- (zegge: vijftigduizend gulden) per dag of dagdeel dat Buma/Stemra hieraan niet voldoen, althans een voorziening te treffen als door u in goede justitie te bepalen;

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

2.3. Buma/Stemra voerde gemotiveerd verweer en vorderde op haar beurt in reconventie een veroordeling om Kazaa:(3)

'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'

een en ander met de gebruikelijke nevenvorderingen.

2.4. Op 29 november 2001 wees de president zowel de vorderingen in conventie als in reconventie toe, met dien verstande dat hij de gevorderde dwangsommen matigde. De president overwoog, in reconventie, dat Kazaa in strijd met het auteursrecht handelt door haar gebruikers in de gelegenheid te stellen om muziekbestanden te downloaden (rov. 8). Voorts achtte hij onvoldoende aannemelijk gemaakt, dat Kazaa geen maatregelen zou kunnen treffen de auteursrechtinbreuken te stoppen; het enkele aanbieden van de software levert reeds een zodanige dreiging van auteursrechtinbreuk op, dat dit als een onrechtmatige daad moet worden aangemerkt (rov. 9). De president oordeelde de conventionele vordering tot dooronderhandelen toewijsbaar, omdat voldoende aannemelijk is gemaakt dat partijen in een vergaand stadium van onderhandelen waren. De voorwaarde van Buma/Stemra dat Kazaa tevens toestemming van de naburig rechthebbenden dient te krijgen vormt geen belemmering voor dooronderhandelen, en evenmin haar stelling dat er overeenstemming moet zijn met internationale zusterorganisaties van Buma/Stemra (rov. 10).

2.5. Na toewijzing van de conventionele vordering, zijn de onderhandelingen tussen Kazaa en Buma/Stemra op niets uitgelopen.(4)

2.6. Van het in reconventie gewezen vonnis is Kazaa in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Amsterdam. Buma/Stemra stelde van haar zijde incidenteel appel in tegen het in conventie gewezen vonnis. Bij arrest van 28 maart 2002 vernietigde het hof zowel in het principaal als in het incidenteel appel het (in reconventie resp. conventie gewezen) vonnis. Hij wees in het principaal appel de vorderingen van Buma/Stemra, en in het incidenteel appel de vorderingen van Kazaa, alsnog af.

In het principaal appel heeft het hof in rov. 4.4 onderdelen weergegeven van de door Kazaa in hoger beroep overgelegde 'expert opinion' van prof. dr. ir. E. Huizer, waarvan de conclusies luiden:

'(...) De KaZaA toepassing is niet afhankelijk van enige bemoeienis van KaZaA bv. Het programma wordt uitgebreid en functioneert nog beter door de door KaZaA geleverde diensten en is beter controleerbaar. Deze diensten zijn echter niet noodzakelijk voor het vinden en uitwisselen van bestanden. Stopzetten van deze diensten kan als effect hebben dat mogelijk illegaal ge-

bruik niet afneemt, maar wel moeilijker wordt te detecteren en op te sporen. (...) Het is met de huidige stand van standaardisatie niet mogelijk om technisch te detecteren welke bestanden auteursrechten dragend zijn en welke bestanden dat niet zijn. Het is dus niet mogelijk om in KaZaA (of enig andere software) een blokkade tegen onrechtmatige bestandsuitwisseling in te bouwen.'

Daarna overwoog het hof:

'4.5. De bevindingen en conclusies van Huizer zijn door Buma/Stemra niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden. Buma/Stemra stelt naar aanleiding hiervan slechts (pleitnotities hoger beroep sub 4) dat KaZaA 'zonder enige twijfel aan het gevorderde (kan) voldoen'. Buma/Stemra verwijst in dit verband naar haar CvE in Rec. Sub 4.1, voorlaatste pagina. Op de aangehaalde plaats wordt vermeld dat KaZaA kan ingrijpen maar dit nalaat, hetgeen blijkt uit:

- Disclaimer KaZaa (productie 8 KaZaa)

"Upon receipt of your Notice we will promptly attempt to inform the identified KaZaa users of your allegations via the email address he or she had submitted to us. If we do not receive a proper answer from the user within two weeks, we have the right to terminate his or her account".

- Prod. 2s, waarin KaZaa toezegt "possible infringements" tegen te gaan.

- Vanaf het begin af aan is uitgangspunt geweest (vgl. onder meer Letter of Intent, prod. 2d1, 1sub 2 t/m 4) dat het gebruik van muziekwerken met behulp van haar systeem zal worden bijgehouden, hetgeen impliceert dat KaZaA weet wat er gebeurt.

4.6. Te dien aanzien geldt het volgende.

- In de 'Disclaimer' vermeldt KaZaA vóór de door Buma/Stemra geciteerde tekst, voor zover van belang, dat voorwaarde voor ingrijpen is dat aan KaZaA opgave moet worden gedaan van de beweerdelijk illegale 'content' en dat het illegale materiaal moet worden geïdentificeerd, daaronder minimaal begrepen de naam van de gebruiker en het IP-adres, via welk het materiaal wordt aangeboden. Dat Buma/Stemra aan deze voorwaarden heeft voldaan of kan voldoen is door haar niet gesteld.

- Productie 2s is een e-mail van 26 juli 2001 van de procureur van KaZaA aan Buma/Stemra. Deze in het Nederlands gestelde e-mail bevat geen toezegging 'possible infringements' tegen te gaan.

- Dat in de Letter of Intent uitgangspunt was dat het gebruik van muziekwerken met behulp van het systeem van KaZaA zal worden bijgehouden, moge juist zijn, maar Buma/Stemra gaat hierbij eraan voorbij dat KaZaA daartoe eerst een nieuw programma zou moeten ontwerpen en vervolgens haar gebruikers ervan proberen te overtuigen deze nieuwe versie te installeren (zie bijvoorbeeld toelichting grief 8 onder 2). Die gebruikers kunnen daartoe niet worden gedwongen zoals ook blijkt uit de opinie van Huizer onder 'Autoupdate'.

4.7. Voorts beroept Buma/Stemra zich erop dat de nieuwe exploitant van KaZaA in staat is het gebruik van haar programma te controleren. In hoeverre dit beroep terecht is vermag het hof niet te beoordelen, reeds

hierom niet waar ten processe niet is komen vast te staan dat het hier om exact hetzelfde computerprogramma gaat. Vaststaat dat KaZaA steeds heeft bestreden in staat te zijn het uitwisselen van muziekbestanden te beëindigen (laatstelijk pleitnotities hoger beroep sub 11). Het hof gaat voorshands van de juistheid hiervan uit, te meer nu vaststaat dat KaZaA naar aanleiding van de uitspraak van de president haar website heeft gesloten. Aangenomen mag worden dat zij hiertoe niet zou zijn overgegaan indien zij het in haar macht had op andere wijze aan het vonnis van de president te voldoen.

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. Buma/Stemra stelt zich op het standpunt (pleitnotities hoger beroep sub 4), dat de beweerdde onmogelijkheid om geheel aan het vonnis te voldoen een zaak is die in een executiegeschil aan de orde behoort te komen. Aan een dergelijk geschil gaat echter vooraf de vraag of de reconventionele vordering zich voor toewijzing leent en die vraag is in dit hoger beroep aan de orde, zoals ook blijkt uit grief VIII.

4.9. Voorts merkt het hof nog op dat door KaZaA terecht wordt opgekomen tegen de overweging van de president, dat voorop moet worden gesteld dat KaZaA, door zonder licentie haar gebruikers in de gelegenheid te stellen muziekbestanden door middel van haar computerprogramma te downloaden, in strijd met het auteursrecht handelt. Voorzover sprake is van auteursrechtelijk relevant handelen worden die handelingen verricht door de gebruikers van het computerprogramma en niet door KaZaA. Het verschaffen van middelen voor openbaarmaking of verveelvoudiging van auteursrechtelijk beschermde werken is niet zelf een openbaarmakings- of verveelvoudigingshandeling. Het is ook niet zo, althans daarvan kan voorshands niet worden uitgegaan, dat het computerprogramma van KaZaA uitsluitend(5) 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.'

In het incidenteel appel overwoog het hof:

'4.11. Tijdens de terechtzitting in hoger beroep heeft KaZaA haar vordering tot dooronderhandelen ingetrokken. Dit brengt mee dat de grief in het incidenteel appel, die zich richt tegen het in conventie gegeven bevel aan Buma/Stemra om de onderhandelingen met KaZaA voort te zetten, slaagt. Het vonnis voor zover in conventie gewezen moet worden vernietigd. KaZaA zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in conventie, alsmede in de kosten van het incidenteel appel, aan de zijde van Buma/Stemra begroot op nihil.'

2.7. Tegen dit arrest heeft Buma/Stemra tijdig beroep in cassatie ingesteld(6), met een uit drie onderdelen bestaand middel.(7) Kazaa concludeerde tot verwerping van het beroep en stelde daarbij incidenteel cassatieberoep in. Buma/Stemra concludeerde tot referte in het incidenteel beroep. Beide partijen hebben hun onderscheiden standpunten schriftelijk doen toelichten. Buma/Stemra heeft gerepliceerd en Kazaa heeft gedupliceerd.

### **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 Stemrerepertoire inbreukmakende openbaarmakingen

en verveelvoudigingen van die muziekwerken kunnen plaatsvinden'.

3.3. Subonderdeel I.2 (subonderdeel I.1 bevat slechts een inleiding) klaagt dat het hof in de overwegingen 4.5 t/m 4.8 een onbegrijpelijke uitleg geeft van het door Buma/Stemra gevorderde. Het hof heeft, volgens het subonderdeel, de vorderingen van Buma/Stemra begrepen als gericht op het verhinderen door Kazaa van uitwisseling van muziekbestanden met de reeds in het verleden door Kazaa verspreide software, terwijl de vordering van Buma/Stemra (in ieder geval) inhield dat Kazaa het door haar aangeboden programma zodanig wijzigt dat gebruikers die het programma downloaden, daarmee niet (langer) inbreuk op de auteursrechten op het Buma/Stemra-repertoire kunnen maken, danwel (wanneer een dergelijke wijziging niet mogelijk zou zijn) Kazaa haar programma niet langer zou mogen aanbieden. Uit de pleitaantekeningen van Kazaa blijkt dat ook zij van een ruimere vordering was uitgegaan, aldus het subonderdeel.

3.4. Voor zover subonderdeel I.2 ervan uitgaat dat het hof de vordering heeft begrepen als (enkel) gericht op reeds in het verleden door Kazaa verspreide programmatuur (en Buma/Stemra's vordering zou hebben afgewezen omdat dááaraan door haar niets gewijzigd kon worden), kan het subonderdeel m.i. reeds niet tot cassatie leiden omdat het berust op een onjuiste lezing van 's hofs arrest.

Anders dan het subonderdeel veronderstelt, heeft het hof in rov. 4.8 m.i. wel degelijk onderkend dat de vordering van Buma/Stemra (mede) inhield dat Kazaa het door haar aangeboden programma zodanig wijzigt dat (ook) nieuwe gebruikers die het downloaden, daarmee geen inbreuk op de auteursrechten op het Buma/Stemra-repertoire kunnen maken: het hof beperkt zich immers niet tot het 'in het verleden aangeboden' of tot '(reeds) verstrekte' computerprogramma.

Dat rov. 4.8 niet beperkt is tot (niet-mogelijke wijzigingen in) het tevoren verspreide computerprogramma blijkt voorts:

- uit rov. 4.7, waarin het hof (in weerwil van de stellingen van Buma/Stemra over de mogelijkheid voor 'de nieuwe exploitant van Kazaa') uitgaat van de juistheid van de bestrijding door Kazaa dat zij in staat zou zijn het uitwisselen van muziekbestanden te beëindigen, en  
- uit de - niet bestreden - rov. 4.4, waarin het hof het rapport van prof. Huizer weergeeft, en waarbij het hof zich kennelijk (bevestigd door r.ovv. 4.5 en 4.6) aansluit. In de in rov. 4.4 op blz. 7, tweede alinea, weergegeven passage uit het rapport van prof. Huizer, is aangegeven dat het Kazaa-systeem niet valt 'aan te passen opdat het auteursrechten dragende bestanden herkent, en die vervolgens weigert te communiceren', zulks bij gebrek aan een 'eenduidig wereldwijd gestandaardiseerde manier om auteursrechten dragende bestanden als zodanig te markeren.' In de op p. 7 weergegeven conclusie is ten deze nog vermeld: 'Het is met de huidige stand van standaardisatie niet mogelijk om technisch te detecteren welke bestanden auteursrechten dragend zijn en welke bestanden dat niet zijn. Het is dus niet mogelijk om in KaZaA (of enig andere softwa-

re) een blokkade tegen onrechtmatige bestanduitwisseling in te bouwen.' Ook deze bevindingen zijn niet beperkt tot reeds in het verleden door Kazaa verspreide software.

Samenvattend: anders dan subonderdeel I.2 wil, heeft het hof de onmogelijkheid van de door Buma/Stemra gevorderde aanpassing zowel ten aanzien van reeds verstrekte, als ten aanzien van nog te verstrekken programmatuur op het oog gehad (en aan de onmogelijkheid van het een en het ander de conclusie van niet toewijsbaarheid verbonden).

3.5. Bij beoordeling van de stelling aan het slot subonderdeel I.2 omtrent de wijze waarop Kazaa de vordering begrepen zou hebben, heeft Buma/Stemra ten aanzien van de klacht met betrekking tot de bedoelde uitbreiding van het petitum over toekomstige wijzigingen in de programmatuur geen belang, zoals uit het bovenstaande blijkt. Ten aanzien van de vraag of Kazaa had begrepen of moeten begrijpen dat het Buma/Stemra mede om een (subsidiare) verbodsvordering ging, vormt deze passus kennelijk een inleiding op volgende middelonderdelen.(8)

3.6. Subonderdeel I.3 acht de beslissing van het hof rechtens onjuist althans onbegrijpelijk in het licht van art. 48 Rv,(9) omdat het hof op grond van die bepaling in ieder geval gehouden was te onderzoeken of een minder verstrekkende voorziening kon worden toegevoegd. 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.(10) Bij een totaalverbod blijft er niets over.

De verwijzing in het subonderdeel naar HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107 (Van Loon/Blaauwbroek; 'krielhanenoverlast'), acht ik reeds hierom misplaatst.

De verwijzing snijdt nog minder hout bij nadere analyse van dit arrest. Het arrest leert (i) dat de rechter, die van oordeel is dat een minder verstrekkende voorziening op zijn plaats is, een zodanige voorziening ook moet toewijzen, indien hij (ii) aannemelijk oordeelt dat in hetgeen gevorderd is ook een vordering tot het treffen van die minder vergaande voorziening besloten ligt. In de krielhanen-zaak had het hof (rov. 6) inderdaad (ad i) overwogen dat de overlast met minder vergaande maatregelen (minder vergaand dan een totaal 'verwijderen en verwijderd houden van de hanen') in voldoende mate tegen te gaan was, maar (ad ii) dat daartoe geen vordering was ingesteld. Dat samenstel van overwegingen was dus cassabel.

In de onderhavige zaak Buma/Stemra versus Kazaa heeft het hof echter nergens overwogen dat een minder verstrekkende voorziening (laat staan: een totaalverbod als 'minder verstrekkende voorziening') op zijn plaats zou zijn. Uit rov. 4.9 blijkt, ten overvloede, het tegendeel.

3.8. Subonderdeel I.4 acht 's hofs beslissing, andermaal in het licht van art. 48 Rv(11) en andermaal met verwijzing naar het krielhanen-arrest, rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk. De klacht is ditmaal dat het voor Kazaa in ieder geval wél mogelijk was om haar programma opnieuw te ontwerpen waarbij zij haar gebruikers had kunnen trachten ervan te overtuigen dat zij de nieuwe versie moeten installeren.

Het subonderdeel voert aan dat Kazaa zelf dit had gesteld (pleitaantekeningen in eerste aanleg, onder 10; toelichting bij grief VIII onder 2), en voorts dat het hof in rov. 4.6 overweegt dat dit voor Kazaa mogelijk is. Op grond hiervan zijn de bestreden overwegingen bovendien innerlijk tegenstrijdig, aldus het subonderdeel.

3.9. Met het in subonderdeel I.4 bedoelde bevel is kennelijk bedoeld een bevel tot vervanging van de bestaande software door een 'nieuw te ontwerpen' computerprogramma waaraan de auteursrechtelijke risico's van het bestaande Kazaa-programma niet kleven, en waarbij Kazaa dit nieuwe programma weliswaar niet aan bestaande gebruikers van haar programma zou kunnen (behoeven) opleggen, maar waarbij Kazaa die gebruikers wél zou kunnen (moeten) trachten ervan te overtuigen dat zij de nieuwe versie moeten installeren.(12)

Een zodanig bevel kan ik, mét Buma/Stemra, wél beschouwen als een 'minder verstrekkende voorziening'. Het subonderdeel stuit m.i. echter af op de omstandigheid dat het hof in rov. 4.8 - met onderbouwing als eerder in nr. 3.4 van deze conclusie aangegeven - heeft geoordeeld (samengevat) dat het door Buma/Stemra gevorderde bevel aanpassing van zowel reeds verstrekte, als nog te verstrekken programmatuur op het oog had, en aan de onmogelijkheid van het een en het ander de conclusie van niet toewijsbaarheid verbond.

3.10. Voorzover het subonderdeel klaagt dat het hof heeft miskend dat Kazaa zelf had gesteld de software zodanig opnieuw te kunnen ontwerpen dat daarmee geen inbreuken kunnen plaatsvinden, ziet het eraan voorbij dat de desbetreffende stelling van Kazaa ten tijde van 's hofs oordeelsvorming in appel achterhaald was, nu voortgeschreden inzicht, blijkend uit de - in cassatie niet bestreden - weergave door het hof van het door Kazaa in hoger beroep overgelegde rapport van prof. Huizer, inmiddels anders had geleerd.(13) Het subonderdeel mist daarmee feitelijke grondslag.

3.11. Voorzover het subonderdeel zich erop beroept dat blijkens de volgende passage in rov. 4.6:

'- Dat in de Letter of Intent uitgangspunt was dat het gebruik van muziekwerken met behulp van het systeem van KaZaA zal worden bijgehouden, moge juist zijn, maar Buma/Stemra gaat hierbij eraan voorbij dat KaZaA daartoe eerst een nieuw programma zou moeten ontwerpen...'

ook het hof ervan uitging dat Kazaa de software zodanig nieuw kon ontwerpen dat daarmee geen inbreuken mogelijk zouden zijn, mist het eveneens feitelijke grondslag. Deze passage kan immers niet los gelezen worden van r.ovv. 4.4 en 4.5.

In rov. 4.5, eerste volzin, heeft het hof geoordeeld dat de in rov. 4.4 neergelegde bevindingen en conclusies van prof. Huizer met betrekking tot onmogelijkheid (bij de huidige stand van standaardisatie) om al dan niet door auteursrechten beschermde bestanden te onderscheiden, door Buma/Stemra niet, althans onvoldoende bestreden zijn. In het vervolg van rov. 4.5 citeert het hof hetgeen Buma/Stemra ten deze nog wél gesteld heeft. In rov. 4.6 motiveert het hof nog waarom die stellingen voor voldoende gemotiveerde bestrijding ongenoegzaam zijn. Dat het hof de even bedoelde passage omtrent de Letter of Intent ongenoegzaam achtte, is een feitelijk - op de uitleg van Buma/Stemra's stellingname en van de Letter of Intent betrekking hebbend - oordeel.(14) Dat oordeel is niet vatbaar voor toetsing in cassatie, behoudens op (on)begrijpelijkheid. Waar het hof overweegt dat Kazaa daartoe eerst nog het nieuwe programma zou moeten ontwerpen, is het hof - mede in het licht van de niet bestreden rov. 4.4 - kennelijk van oordeel geweest dat het ontwerpen van het nieuwe programma (nog) niet mogelijk was gebleken (respectievelijk dat dit zou geschieden in het kader van de Letter of Intent voorziene samenwerking tussen partijen, en dat dit ontwikkelen na het 'op niets uitlopen' van de verdere besprekingen (rov. 4.1 onder e) voor Kazaa alleen niet mogelijk was, althans niet van haar te vergen was). Dit oordeel is niet onbegrijpelijk.

3.12. Volgens subonderdeel I.5 is de bestreden beslissing zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, omdat het hof in rov. 4.6 een 'productie 2s' bespreekt, die een aldus genummerde productie van Kazaa is, terwijl Buma/Stemra ('natuurlijk') haar eigen productie met het nummer 2s bedoelde. Nu Kazaa de klacht van Buma/Stemra in zoverre gegrond acht, wil ik het niet beter weten.

3.13. De vraag is evenwel of deze klacht tot cassatie kan leiden.

Subonderdeel I.5 geeft niet aan waarom het oordeel anders had moeten luiden, indien het hof op de juiste productie 2s (die van Buma/Stemra) acht had geslagen. In zoverre voldoet het subonderdeel m.i. niet aan de ingevolge art. 407 lid 2 Rv. te stellen eisen.

De in het subonderdeel geciteerde zinsnede uit Buma/Stemra's productie 2s(15), luidende: 'Fast Track will cooperate with NVPI(16) in removing and avoiding possible infringements' acht ik voor een eventueel ander oordeel van het hof in ieder geval niet concludent.

Overigens ontwaar ik bij het nalezen van Buma/Stemra's prod. 2s dat het in subonderdeel I.5 niet geciteerde vervolg van de zinsnede, daaraan een m.i. geheel andere wending geeft.(17)

Ook dit subonderdeel kan m.i. niet tot cassatie leiden. Daarbij zij nog aangetekend dat het hof in rov. 4.6 (eerste gedachtenstreepte) - onbestreden in cassatie - heeft geoordeeld dat Buma/Stemra niet gesteld heeft dat zij

voldaan heeft of kan voldoen aan de in de 'Disclaimer' gestelde voorwaarden.

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(18) 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.'(19)

3.15. Ik moet mij haasten aan het bovenstaande nog toe te voegen, wat ik had moeten vooropstellen. De uitleg van processtukken, waaronder begrepen de uitleg van de eis, is aan de feitenrechter voorbehouden, behoudens onbegrijpelijkheid.(20)

Aan de door het hof in casu aan Buma/Stemra's petitum gegeven uitleg kan m.i., noch en détail, noch in algemener zin, het verwijt van onbegrijpelijkheid gemaakt worden. Ik kon evenmin schending van een rechtsregel constateren.

#### **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 deeloverweging:

'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. Daaraan doet niet af, maar draagt zelfs bij het oordeel van het hof in het onmiddellijk vervolg van rov. 4.8:

'Buma/Stemra stelt zich op het standpunt (pleitnotities hoger beroep sub 4), dat de beweerde onmogelijkheid om geheel aan het vonnis te voldoen een zaak is die in een executiegeschil aan de orde behoort te komen. Aan een dergelijk geschil gaat echter vooraf de vraag of de reconventionele vordering zich voor toewijzing leent en die vraag is in dit hoger beroep aan de orde, zoals ook blijkt uit grief VIII.'

Deze deeloverweging is in cassatie (terecht) niet bestreden. Kazaa's grief VIII bestreed nu juist het oordeel van de President 'Dat Kazaa geen maatregelen zou kunnen treffen waarmee auteursrechtinbreuken kunnen worden gestopt is door haar onvoldoende aannemelijk gemaakt.'

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.(21) 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(22)) van een intermediaire centrale databank gebruik wordt gemaakt; bij Kazaa vervullen de individuele gebruikers zélf de zoek- en verwijfsfunctie (zoals door middel van tot 'supernode' verheven gebruikers, die fungeren als ontmoetingsplaats voor omliggende gebruikers).(23) Duidelijk is dat file-sharing-netwerken (zoals Kazaa) onder vuur liggen omdat via deze netwerken auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde werken kunnen worden uitgewisseld.

5.3. Tegen een internationale respectievelijk Europese achtergrond zijn zich de laatste jaren nieuwe juridische kaders gaan aftekenen voor civielrechtelijke aansprakelijkheid op het internet. De nieuwe internationale c.q. supranationale instrumenten zijn: de (door Nederland nog niet geratificeerde) WIPO-verdragen inzake het auteursrecht en de naburige rechten van 1996, de mede daarvan afgeleide zgn. Auteursrechtlijn(24), alsmede de Richtlijn elektronische handel.(25)

Ter uitvoering van de Auteursrechtlijn is thans een wetsvoorstel aanhangig tot wijziging van (o.m.) de Auteurswet (nr. 28 482).(26) Hierin worden onder meer wijzigingen voorgesteld met betrekking tot het verveelvoudigingsrecht, alsmede de wettelijke beperkingen (art. 15 e.v. Aw). Volgens het voorstel wordt evenwel het 'openbaarmakingsartikel' 12 Aw niet gewijzigd.(27) Zowel regering als de Commissie auteursrecht, die de minister van justitie adviseerde over de implementatie, huldigen de mening dat het, in WIPO-verdrag en EG-richtlijn neergelegde, 'recht op mededeling en beschikbaarstelling aan het publiek'(28) reeds in het als flexibel beschouwde openbaarmakingsrecht van art. 12 Auteurswet besloten lag en dat geen noodzaak bestaat om het 'beschikbaarstellingsrecht' nader wettelijk te expliciteren.(29) Algemene beperkingen op het openbaarmakingsrecht met betrekking tot het digitaal ter beschikking stellen van werken zijn evenmin voorzien.

Het wetsvoorstel bevat (evenals de Auteursrechtlijn) verder bepalingen op grond waarvan o.a. het aanbieden van middelen die gericht zijn op de omzeiling van technische beschermingsvoorzieningen als onrechtmatig wordt aangemerkt (art. 29a wetsvoorstel).

5.4. Ter uitvoering van een andere richtlijn, de Richtlijn elektronische handel, is er op dit moment ook een wetsvoorstel (28 197) aanhangig dat voorziet in een bepaling op grond waarvan een access- of service provider ('degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht') onder bepaalde in de wet genoemde voorwaarden niet aansprakelijk zijn voor het omgaan met (onrechtmatige) informatie. Het gaat daarbij om: het enkele doorgeven of toegang verschaffen ('mere conduit', art. 6:196c leden 1 en 2), het tijdelijk opslaan van informatie ter vergemakkelijking van latere doorgifte ('caching', 196c lid 3), en het opslaan van informatie ('hosting', 196c lid 4). Voor aansprakelijkheidsuitsluiting bij 'mere conduit' is nodig dat de provider niet het initiatief tot het doorgeven van de informatie neemt, niet degene is die bepaalt aan wie de informatie wordt doorgegeven, en hij de doorgegeven informatie niet heeft geselecteerd of gewijzigd.(30) Met deze 'richtlijn elektronische handel' is beoogd een zgn. 'horizontale aansprakelijkheidsregeling' te scheppen, waarmee wordt bedoeld dat de strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid gelijk lopen.(31) De richtlijn bevat evenwel geen regeling voor de (niet-)aansprakelijkheid van aanbieders van peer-to-peer-software, zoekmachines e.d.(32)

#### **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(33) 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.(34) 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.(35) 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.'(36)

Nu ik eerder ervan ben uitgegaan dat op gebruikersniveau auteursrechtelijk relevante openbaarmakingshandelingen (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'(37) 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'(38)

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.'(39)

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'.(40)

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 voorgeschreven 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 verenigingen 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.'(41)

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.(42) 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 verveelvoudiging- of openbaarmakings-handelingen?

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 auteursrechthebbers 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'.(43)

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 wegdraken.(44)

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.(45)

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(46) - op het standpunt gesteld dat Napster mogelijk op grond van deze arresten als openbaarmaker kan worden aangemerkt.(47) 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 onrechtmatigdaadsrecht - moet worden beoordeeld.(48) Visser, eveneens van mening dat de HR destijds zijn oordeel beter op onrechtmatige daad dan op auteursrechtinbreuk had kunnen baseren, is Dommering bijgevalen. 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.(49) 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.(50)

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.(51) 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 serviceproviders 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 uitgeverij die, naar wordt aangenomen, zelf openbaar maken.

Dit oordeel is ook in overeenstemming met het Agreed Statement bij het WIPO Auteursverdrag: [...].'(52)

5.11. De eerder genoemde kabelpiratenarresten zijn m.i. op de onderhavige zaak niet van toepassing.(53) 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 doorgaat 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)'.(54)

#### - 'Indirecte auteursrechtinbreuk'?

5.12. De Auteurswet bevat, anders dan tegenwoordig de Rijksoctrooiwet(55), 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.(56)

5.14. Over strafrechtelijke deelnemingsvormen kom ik aanstonds te spreken.

#### **c) 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 een wettelijke plicht**

5.16. Onder strijd met een wettelijke plicht in de zin van art. 6:162 valt het handelen in strijd met een algemeen verbindend wettelijk gebod of verbod, waaronder mede strafrechtelijke voorschriften. De Auteurswet bevat in art. 31 e.v. strafbepalingen. Zo is opzettelijke inbreuk op auteursrecht strafbaar als misdrijf (art. 31 in verbinding met art. 33 Aw). Voorwaardelijk opzet is voldoende.(57)

Eén van de vragen die in middelonderdeel III (subonderdeel III.5) aan de orde is, is of indien Kazaa langs de band van de strafrechtelijke deelnemingsvormen eveneens strafrechtelijk relevant handelt, dit vervolgens in civielrechtelijk opzicht eo ipso tot (onrechtmatig) han-

delen wegens strijd met een wettelijke plicht leidt. Aan het relativiteitsvereiste is daarbij in ieder geval voldaan, nu de strafbepaling strekt ter bescherming van het door de geschonden norm beschermde belang.

5.17. Ik ga ervan uit dat bij voldoening aan de voorwaarden voor strafbare deelneming aan het misdrijf van - met name - art. 31 Aw inderdaad tegelijk sprake is van civielrechtelijke onrechtmatigheid jegens de auteursrechthebbende.(58) Maar strafbaarheid van deelneming veronderstelt dat aan de desbetreffende voorwaarden van het WvS is voldaan. Ik maak een korte, maar voor deze zaak m.i. voldoende rondgang langs de strafrechtelijke deelnemingsvormen.

5.18. Op grond van art. 47 lid 1 sub 1 Sr. zijn strafbaar: zij het feit plegen, doen plegen of medeplegen.

5.19. Plegers zijn de (aanbiedende) Kazaagebruikers (zie hiervoor, nr. 5.5), waarbij voor strafbaarheid evenwel aan het opzetvereiste van art. 31 Aw moet zijn voldaan.

5.20. Voor medeplegen is een willens en wetens samenwerken vereist, waarbij alle bestanddelen gezamenlijk vervuld zijn.

5.21. 'Doen plegen' - waarbij de feitelijk uitvoerder als 'werktuig' wordt gebruikt, kent als voorwaarde dat de werkelijke pleger niet als 'materiële dader' strafbaar is.(59)

5.22. Daarnaast zijn strafbaar, zij die het feit opzettelijk uitlokken (art. 47 lid 1 sub 2 Sr). Strafbaarheid van uitlokking veronderstelt ten eerste het opzettelijk aanzetten van een andere persoon tot een strafbaar feit met de in art. 47 lid 1 sub 2 Sr. genoemde uitlokkingsmiddelen, voor zover hier van belang: het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen. Strafbaarheid van uitlokking veronderstelt voorts dat zulks is geschied om iemand (de gebruikers) over te halen (verschil met medeplichtigheid).

5.23. Ten slotte wordt onder medeplichtigheid (art. 48 Sr), verstaan: het verlenen van hulp aan de pleger van een misdrijf (medeplichtigheid aan een overtreding is niet strafbaar), door middelen verschaffen tijdens of voorafgaand aan het plegen van het misdrijf. Daarbij is dubbel opzet vereist, zowel op het misdrijf zelf als op het bevorderen van het misdrijf, terwijl de opzet alle bestanddelen van het misdrijf moet betreffen. (Ook) voor medeplichtigheid volstaat evenwel voorwaardelijk opzet, zodat voldoende is dat de medeplichtige zich bij het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen blootstelt aan de aanmerkelijke kans dat die gelegenheid, middelen of inlichtingen zullen strekken tot het plegen van het misdrijf.(60)

M. Schellekens meent dat in het algemeen het beschikbaar stellen van een infrastructuur waarvan misbruik gemaakt kan worden, niet kan worden aangemerkt als voorwaardelijk opzet, gericht op medeplichtigheid aan strafbare feiten die met die infrastructuur gepleegd zouden kunnen worden.(61) Ik sluit mij hierbij aan.

##### **Strijd met ongeschreven zorgvuldighedsnormen**

5.24. In enkele gevallen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat gedragingen (ook nalaten) van derden, die betrokken waren bij door anderen gepleegde rechtsin-

breuken, 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 verschaft, 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.'(62), (63)

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.(64) 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 voorschands 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 aftekenden (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 voorshandse 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 níet al doen, terwijl beide partijen niet weten welke 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.(65)

5.29. De Hoge Raad heeft een uitspraak over onrechtmatig handelen door 'indirecte auteursrechtinbreuk' gedaan in het arrest Buma/De Vries van 1957.(66) 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 'decodeer'-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.(67)

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.(68) De rechtbank overwoog in het bodemgeschil allereerst dat de Service providers zelf niet openbaarmaken, 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 vervolgte (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.(69)

5.32. In de literatuur is, eveneens in het kader van de aansprakelijkheid van Internet Providers, getracht de toepasselijke zorgvuldigheidsnormen nader in te vullen.(70) Men zoekt daarbij kennelijk aansluiting bij criteria van het bekende 'Kelderluik'-arrest van de Hoge Raad van 1965. De Hoge Raad overwoog daaromtrent: 'dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt;

dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen'.(71),(72)

Naast de door de Hoge Raad genoemde factoren:

- de mate van waarschijnlijkheid dat derden de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid niet in acht zullen nemen,
- de kans dat daaruit ongevallen ontstaan,
- de ernst van de gevolgen daarvan, en
- de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen,

noemt Brunner in zijn noot onder HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 nog: de mate waarin de gelaedeerde zelf door onvoorzichtigheid of door onrechtmatig gedrag invloed heeft uitgeoefend op de verwezenlijking van het gevaar; de gebruikelijkheid van bepaalde voorzorgsmaatregelen; de mate waarin degene die het

gevaar scheidt, dat doet uitsluitend in zijn eigen belang, dan wel (mede) in het algemeen belang of in het belang van degene die aan het gevaar wordt blootgesteld.

5.33 Naar mijn mening ligt het minder voor de hand om deze specifiek voor levens- en letselschade ontwikkelde (en ook voor zaakschade bruikbare) criteria of gezichtpunten zo maar door te trekken naar gevallen waarin het bijdragen aan (eventuele) inbreuken op intellectuele eigendomsrechten aan de orde is. Voor die categorie gevallen heeft de Hoge Raad in de Bonda- en Buma/De Vries-jurisprudentie beoordelingscriteria gegeven, die nu juist van een op die gevallen toegespitste afweging getuigen.(73)

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.(74)

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'.(75) 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'.(76) Aansprakelijkheid op grond van vicarious infringement wordt aangenomen, indien de derde 'has a right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities'.(77) 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.(78) 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*(79), 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)(80) beoordeeld.(81) 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 afgevoerd. 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.(82)

#### **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.(83)

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 Schrickler 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'.(84) Het Kommentar van Schrickler/(Wild) verwijst naar o.a. BGH 9 juni 1983, GRUR 1984, 54 ('Kopierländer'). 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.(85)

#### **Tussenconclusie; tussenopmerkingen**

5.40. M.i. kan een aanbieder van peer-to-peer filescharing 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.(86) 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 auteursrecht risico 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(87), 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 videorecorders 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 fonografie (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 daarvoor veroorzaakte noodlot voor de kleine straat- en café-muzikanten. Geen wetgever of rechter die zich om deze laatste 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. De in dit onderdeel aangevallen passage uit 's hofs arrest geef ik gemakshalve hieronder nog eens weer:

'4.9. Voorts merkt het hof nog op dat door KaZaA terecht wordt opgekomen tegen de overweging van de president, dat voorop moet worden gesteld dat KaZaA, door zonder licentie haar gebruikers in de gelegenheid te stellen muziekbestanden door middel van haar computerprogramma te downloaden, in strijd met het auteursrecht handelt. Voorzover sprake is van auteursrechtelijk relevant handelen worden die handelingen verricht door de gebruikers van het computerprogramma en niet door KaZaA. Het verschaffen van middelen voor openbaarmaking of verveelvoudiging van auteursrechtelijk beschermde werken is niet zelf een openbaarmakings- of verveelvoudigingshandeling.'

6.2. Subonderdeel II.1 bevat slechts een inleiding.

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 netwerkssystemen 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(88), 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.(89)

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(90), 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 iedere 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.

6.10. Ook bij dit subonderdeel kunnen Buma/Stemra's slotargumenten niet tot een ander oordeel leiden. De omstandigheid dat Kazaa economisch voordeel trekt uit auteursrechtinbreuken door anderen, en dat Buma/Stemra daarvan nadeel lijdt, brengt niet mee dat Kazaa zelf openbaar maakt. De (verdere) slotargumenten vormen herhalingen van de slotargumenten in subonderdeel II.2, en moeten het lot daarvan delen.

6.11. Het (ten opzichte van de subonderdelen II.2 en II.3 subsidiaire) subonderdeel II.4 wil de stelling ingang doen vinden dat onder 'openbaar maken' in de zin van art. 1 Auteurswet mede begrepen dient te worden (en dus als 'directe inbreuk' dient te gelden) het verrichten van:

- handelingen die tot openbaarmaking aanzetten, en/of
- handelingen die de openbaarmaking (rechtstreeks) uitlokken, en/of

- handelingen waarvan redelijkerwijs verwacht moet worden dat die zullen leiden tot openbaarmaking.

6.12. Het subonderdeel vormt in wezen een herhaling van subonderdeel II.2 en faalt op dezelfde grond: de bedoelde handelingen zijn niet op zichzelf aan te merken als 'openbaar maken', of men zou wederom (ver) buiten de oevers treden van hetgeen naar - een zelfs ruim opgevat - spraakgebruik onder 'openbaar maken' in de zin van artt. 1 en 12 Aw kan worden begrepen. De vraag of handelingen als hier bedoeld als 'indirecte' inbreuk zouden moeten worden aangemerkt en in de zin van art. 6:162 BW onrechtmatig zouden moeten worden verklaard, is onderwerp van middelonderdeel III, waarover thans.

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 voorspand niet worden uitgegaan, dat het computerprogramma van KaZaA uitsluitend(91) 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 bestan-

den 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.'

6.14. Subonderdeel III.1 bevat slechts een inleiding.

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.

Voor zover het subonderdeel wil stellen dat reeds de (enkele) omstandigheid dat het computerprogramma, naast ander gebruik ervan, mede gebezigd wordt voor het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken, meebrengt dat het aanbieden daarvan onrechtmatig jegens Buma/Stemra geoordeeld had moeten worden, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Ik verwijs naar nrs. 5.24-5.30 supra. Voor het overige verwijst dit subonderdeel voor klachten naar de volgende subonderdelen.

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 voorhandse aannemelijkheid van voldoende ernst om een verbod uit te spreken (stappen (iii) en (iv)) is het hof niet toegekomen - en behoefde 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 gemotiveerd bestreden 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.(92)

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 hiér 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 vergaand vergelijkbare 'Grokster'-zaak.

6.21. Voor een 'herkansing' voor Buma/Stemra zie ik in deze zaak, als aangegeven, onvoldoende grond. Voor verwijzing van de zaak naar een ander hof toon ik, ten overvloede, aarzeling omdat ik mij afvraag of de dan geboden herbeoordeling niet een zodanig nader feitelijk onderzoek kan medebrengen, dat dit de grenzen van het kort geding te buiten gaat. Uiteraard zou dat ter beoordeling zijn van het hof waarnaar de zaak verwezen zou worden. Maar ik wil op het risico gewezen hebben.

6.22. Subonderdeel III.5 herhaalt grotendeels, zij het soms in iets andere bewoordingen, de stellingen van de subonderdelen III.3 en III.4 en deelt in zoverre het lot daarvan. Uit de bespreking van die subonderdelen is reeds gebleken dat het 'materieel bijdragen' aan inbreuk op auteursrecht door (onbenoemde) derden niet voldoende is om onrechtmatig handelen aan te nemen, waaraan alternatieve etiketten als 'veroorzaken' of 'aanzetten' niet afdoen.

Voor zover subonderdeel III.5 het oog heeft op door strafrechtelijke bepalingen bestreken deelnemingsvormen, loopt het vooruit op het later te bespreken subonderdeel III.7, en zal het het lot daarvan delen.

Voor zover het subonderdeel zich beroept op HR 8 maart 1957, NJ 1957, 271 (Buma/De Vries) gaat het uit van een onjuiste lezing van dat arrest. Ik verwijs naar hetgeen ik in nr. 5.29 over dit arrest heb opgemerkt.

Voor zover het subonderdeel zich beroept op de omstandigheid dat Kazaa in de gelegenheid zou zijn de omstreden software niet verder te verstrekken, faalt het op de gronden waarop onderdeel I afstuitte.

Voor zover het subonderdeel zich beroept op art. 9 lid 2 Berner Conventie c.a., deelt het het lot van subonderdeel II.3.

Voor zover het subonderdeel zich, blijkens de s.t., beroept op jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot bevorderen/uitlokken/profiteren van wanprestatie, verwijs ik naar noot 73.

6.23. Subonderdeel III.6 vormt een herhaling van de klachten in subonderdelen III.2 t/m III.4 en deelt het lot daarvan.

6.24. Subonderdeel III.7 klaagt, samengevat, dat het hof het door Buma/Stemra gestelde onrechtmatig handelen niet mede getoetst heeft aan:(93)

- door het hof te onderzoeken maar niet onderzochte strafbaarheid van gebruikers van het Kazaa-computerprogramma wegens de misdrijven als omschreven in

- art. 31, en/of

- art. 31a sub a en/of sub b, en/of

- art. 32 sub a en/of sub b,

dit alles nu Kazaa deze misdrijven (indien begaan)

- doet plegen (art. 47 lid 1 sub 1 Sr)

- en/of medepleegt (art. 47 lid 1 sub 1 Sr), en/of

- door het verschaffen van gelegenheid en/of middelen opzettelijk uitlokt (art. 47 lid 1 sub 2 Sr), en/of

- opzettelijk behulpzaam is bij het plegen van deze misdrijven (art. 48 sub 1 Sr), en/of

- anderen opzettelijk gelegenheid en/of middelen verschafft tot het plegen van deze misdrijven (art. 48 sub 2 Sr).

6.25. Het verwijt aan het hof veronderstelt, uiteraard behoudens art. 48 (oud; thans art. 25) Rv, dat Buma/Stemra voor bovenstaande verwijten aan Kazaa in feitelijke instanties de nodige gronden heeft aangevoerd.

6.26. Bij de vloed van klachten in het subonderdeel steekt evenwel schrill af (alles) wat Buma/Stemra ten deze in de feitelijke instanties aan de hand van de genoemde strafbepalingen naar voren heeft gebracht. Dat is niet meer dan wat vermeld is onderaan de voorlaatste (ongenummerde) pagina van de pleitnota/conclusie van eis in reconventie namens Buma/Stemra in prima(94):

'Door de middelen waarmee de inbreuken worden gepleegd te verschaffen is Kazaa voorts medeplichtig aan misdrijven strafbaar gesteld in artt. 31, 31b en 33 Auteurswet. Ook op deze grond is de onrechtmatigheid van het handelen van Kazaa gegeven.'

Moest het hof daarop responderen in de thans door subonderdeel III.7 verlangde, uiterst gedetailleerde zin? Ik meen dat daarmee, ex post (veel) te veel van het hof gevraagd wordt, mede in aanmerking genomen dat het om een procedure in kort geding gaat.

6.27. Ik constateer nog dat in de even geciteerde pleitnota/conclusie van eis in reconventie, de verwijzingen naar de strafbepalingen enigszins uit de losse hand op Kazaa zijn afgeschoten. Lezing van art. 33 Aw leert dat dat artikel niets toevoegt, immers alleen maar bepaalt dat art. 31 een misdrijf oplevert. Artikel 31b Aw voegt in civielrechtelijke context ook niets toe: het gaat daar enkel om verzuimde strafbaarheid in geval van een 'gewoontemisdrijf'.(95) Er is (expressis verbis) dus niet

meer gesteld dan: medeplichtigheid aan het misdrijf van art. 31 Aw.

6.27. Het is subonderdeel III.7 gelanceerde pakket strafrechtelijke deelnemingsvarianten is groter en juridisch beter geselecteerd. Maar ik acht het nog steeds niet doeltreffend. Op basis van hetgeen ik hiervoor in nrs. 5.18-5.23 heb vermeld, kom ik tot de volgende bevindingen.

- Dat bij de (aanbiedende) Kazaa-gebruikers (zie hiervoor, nr 5.5) aan het voor strafbaarheid essentiële opzetvereiste van art. 31 Aw is voldaan, is niet gesteld, en aan de president en het hof kennelijk niet gebleken.(96) (Met de stelling in het middelonderdeel dat Kazaa de gebruikers de auteursrechtinbreuk zou 'doen plegen', stelt Buma/Stemra overigens zélf in feite het tegendeel.(97))

- Een voor strafbaar medeplegen vereist willens en wettens samenwerken, waarbij alle bestanddelen gezamenlijk vervuld zijn, is door Buma/Stemra niet gesteld, en is in de feitelijke instanties niet vastgesteld.

- Met betrekking tot 'doen plegen' door Kazaa, zou (vast)gesteld moeten zijn dat de feitelijke Kazaa-gebruikers/openbaarmakers door Kazaa als (willoos) 'werktuig' worden gebruikt, en daarom als werkelijke plegers niettemin niet als 'materiële dader' strafbaar zijn.(98) Van een zodanige (vast)stelling is geen sprake.

- Het voor strafbaarheid van uitlokking vereiste opzettelijk overhalen tot het strafbare feit door middel van (voor zover hier van belang) het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen is evenmin in de feitelijke instanties (vast)gesteld. Ook indien ten deze wél voldoende gesteld zou zijn, blijft gelden dat in dat geval ook opzet bij de dader (de aanbiedende Kazaa-gebruiker) moet bestaan, en hierboven bleek al dat dit laatste niet is (vast)gesteld.

- Ten aanzien van het voor strafbaarheid van medeplichtigheid (art. 48 Sr) vereiste dubbele opzet (opzet zowel gericht op het misdrijf zelf als op het bevorderen van het misdrijf, terwijl de opzet alle bestanddelen van het misdrijf moet betreffen), moet eveneens gelden dat daartoe in de feitelijke instanties te weinig (vast)gesteld is.

6.29. Voor de pas in cassatie naar voren gebrachte strafrechtelijke deelneming door Kazaa aan de door art. 31a sub a en/of sub b, en/of art. 32 sub a en/of sub b Auteurswet strafbaar gestelde handelingen, moge het volgende gelden.

6.30. Artikel 31a stelt, voor zover hier van belang, strafbaar degene die opzettelijk een voorwerp waarin met inbreuk op eens anders auteursrecht een werk is vervat, (a) openlijk ter verspreiding aanbiedt, of (b) ter verveelvoudiging of verspreiding voorhanden heeft. Art. 32 is vrijwel identiek, met dien verstande dat art. 32 geen opzet vereist, maar genoeg neemt met het door de dader 'redelijkerwijs kunnen vermoeden' dat het gaat om een voorwerp waarin met inbreuk op eens anders auteursrecht een werk is vervat.

De klachten met betrekking tot de (niet-)toetsing aan deze wetsbepalingen stranden, zowel wat art. 31a sub a en b betreft, als wat betreft art. 32 sub a en b, reeds op

de omstandigheid dat in de feitelijke instanties niet is (vast)gesteld (voor zover al vastgesteld kón worden) dat de Kazaa-gebruikers bij het aanbieden van hun voorwerp waarop de muziek is vastgelegd, gebruik maken van een voorwerp waarin met inbreuk op eens anders auteursrecht een werk is vervat. Ook indien uitgegaan wordt van een met het auteursrecht strijdig 'download'-aanbod aan andere 'peers', is niet gezegd dat het bij de aanbiedende 'peer' aangeboden exemplaar met inbreuk op eens anders auteursrecht is verkregen. Ook niet (vast)gesteld is dat de aanbiedende 'peer' redelijkerwijs kan vermoeden, of redelijkerwijs zou moeten vermoeden dat het door hem ter verveelvoudiging voorhanden exemplaar een exemplaar is dat met inbreuk eens anders auteursrecht is vervaardigd.

De artikelen 31a en 32 Aw zijn er (zo blijkt in feite al uit het bovenstaande) 'met de haren bijgesleept'. Beide artikelen zijn tegen een geheel andere achtergrond in de wet neergelegd: nl. als specifieke 'helings'-artikelen, gericht tegen verspreiders van fysieke exemplaren van illegaal vervaardigde informatiedragers als audiocassettes, cd's, videobanden, cd-rom's.(99)

6.31. De motiveringsklacht van subonderdeel III.8 faalt voor zover zij zich tegen rechtsoordelen van het hof richt, omdat rechtsoordelen niet met motiveringsklachten kunnen worden bestreden. Bij gebrek aan nadere substantiëring moet het subonderdeel ook overigens het lot van de subonderdelen III.2 t/m III.7 delen.

### **7. Bespreking van het incidentele cassatieberoep**

7.1. Het incidentele cassatieberoep richt zich tegen het dictum van het bestreden arrest in verbinding met rov. 4.11, voor zover het hof, in het incidenteel appel van Buma/Stemra, het in conventie gewezen vonnis heeft vernietigd en Kazaa in de kosten daarvan heeft verwezen, alsmede in de kosten van het incidenteel appel. Het middel acht rechtens onjuist 's hofs daartoe in rov. 4.11 neergelegde gedachtegang, luidende:

'4.11. Tijdens de terechtzitting in hoger beroep heeft Kazaa haar vordering tot doorhandelen ingetrokken. Dit brengt mee dat de grief in het incidenteel appel, die zich richt tegen het in conventie gegeven bevel aan Buma/Stemra om de onderhandelingen met Kazaa voort te zetten, slaagt. [...]'  
Ik acht deze (rechts)klacht gegrond.

7.2. Daargelaten dat een erkenning door Kazaa, dat zij niet langer 'recht' zou hebben op voorzetting van de onderhandelingen door Buma/Stemra nog niet een erkenning zou impliceren dat zij een zodanig 'recht' ook in eerste instantie niet gehad zou hebben, is van enige erkenning in deze of gene zin geen sprake. Er is dus ook geen sprake van een erkenning dat Buma/Stemra haar incidenteel hoger beroep terecht zou hebben ingesteld.

7.3. Buma/Stemra heeft in de mededeling van Kazaa, dat zij haar vordering tot dooronderhandelen niet langer handhaaft, geen aanleiding gezien haar incidenteel appel in te trekken. Als Buma/Stemra dat wél gedaan had, was daarmee overigens nog niet gezegd dat Buma/Stemra (dan wel Kazaa) daarmee buiten de kosten van de eerste instantie had kunnen blijven.

7.4. Het hof heeft miskend dat de kostenveroordeling in eerste instantie ex tunc beoordeeld moet worden.(100) Omdat het hof dat verzuimd heeft, is ook de veroordeling van Kazaa in de kosten van het hoger beroep misplaatst. Daaraan doet niet uiteraard niet af dat die aan de zijde van Buma/Stemra zijn begroot op nihil, nu niet geoordeeld is over het slagen of falen van het beroep van Buma/Stemra, en (dus) niet over de kosten bij Kazaa in geval van eventueel falen van Buma/Stemra's hoger beroep.

7.5. Buma/Stemra heeft in cassatie het door Kazaa bestreden oordeel van het hof niet verdedigd. Buma/Stemra heeft 's hofs oordeel echter wel uitgelokt. Dit brengt mede dat bij vernietiging van 's hofs arrest in incidenteel beroep, Buma/Stemra niet buiten de kosten kan blijven.

### **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.

(...)

---

### **Noten**

1 Ontleend aan het vonnis van de President van de rechtbank te Amsterdam van 29 november 2001, aldaar vermeld onder 1. Van deze feiten is ook het hof uitgegaan (rov. 3 arrest).

2 Zie uitvoeriger het vonnis in prima, onder 1 sub f t/m j.

3 Zie pleitnotities mr. Engels in prima, laatste pagina.

4 Arrest hof rov. 4.2, onder e.

5 Onderstreping hof.

6 De cassatiedagvaarding dateert van 23 mei 2002, dus binnen 8 weken na 's hofs arrest van 28 maart 2002.

7 De cassatiedagvaarding is niet consequent in de hantering van de termen 'middel(en)' resp. 'middelonderdeel(delen)'. Dat doet er niet zo toe, maar deze conclusie wil wél consequent zijn: ik koos voor één middel met drie onderdelen (en veel subonderdelen).

8 Ik wijs intussen nog op de weerspreking in de s.t. namens Kazaa, nrs. 19-21.

9 Het subonderdeel rept over art. 59 Rv. Ik ga ervan uit dat dit een verschrijving is, en dat art. 48 (oud; thans art. 25) Rv. bedoeld is: vgl. in dit verband s.t. Buma/Stemra, nr. 3.12.

10 Dat die in casu aanwezig zijn, blijkt uit de - in zoverre niet aangevochten - rov. 4.4 (rapport prof. Huizer, onder 'Kazaa en muziek') in verbinding met rov. 4.5 van het arrest.

11 Vgl. noot 9.

12 Vgl. ook de s.t. namens Buma/Stemra, p. 15, nr. 3.24.

13 Ik wijs terzijde nog op de verdere weerspreking van het subonderdeel in de s.t. namens Kazaa, nrs. 26-27.

14 De Letter of Intent is terug te vinden als prod. 4c in de 'Akte houdende producties' zijdens Kazaa, resp. als prod. 2d1 van Buma/Stemra in eerste aanleg.

15 Productie 2s van Buma/Stemra in prima. Het betreft 'Minutes of the Meeting Fast Track - Buma/Stemra, 30th July 2001'. Fast Track is de naam waaronder Kazaa destijds (onder)handelde.

16 NVPI is: Nederlandse Vereniging voor producenten en Importeurs van beeld- en geluidsdragers (A-G).

17 De volledige tekst luidt (Buma/Stemra's prod. 2s in prima, p. 1, laatste tekstblok.): 'Fast Track will cooperate with NVPI in removing and avoiding possible infringements in accordance with its Disclaimer and Notice of Alleged Illegal Content, as published on its website, but then needs more information on specific infringement.'

18 Ad grief 8 (p. 3) 'Kazaa kan wel degelijk zodanige maatregelen nemen dat niet langer met behulp van haar programma inbreuken op de door Buma en Stemra beheerde auteursrechten worden gepleegd.'

19 Cursivering toegevoegd, A-G.

20 Vgl. bijv. W.D.H. Asser, Civiele cassatie, Nijmegen 2003, p. 49. Vaste rechtspraak; zie bijv. HR 7 juni 2000, NJ 2000, 186 (Van Bentem/Van Oorschot q.q.).

21 Hierover A.H.J. Schmidt/L. Mommers, Informatie en communicatie, in: H. Franken e.a. (red.), Recht en computer, 4e druk Deventer 2001, pp. 15-16.

22 Waarover onder anderen: J.M.B. Seignette, Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk, AMI 2001, p. 29 e.v.; P.B. Hugenholtz, Napster: een bliksemonderzoek, Computerrecht 2000, p. 228.

23 Zie het arrest van het hof, rov. 4.4 (rapport E. Huijzer).

24 Richtlijn nr. 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (PbEG L 167). Deze richtlijn had moeten zijn geïmplementeerd per 22 december 2002.

25 Richtlijn nr. 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PbEG L 178). Deze richtlijn had moeten zijn geïmplementeerd per 17 januari 2002.

26 Sinds de zomer van 2003 ligt het ontwerp gereed voor mondelinge behandeling door de Tweede Kamer.

27 De voorgestelde toevoeging van een nieuw art. 12b is voor de onderhavige problematiek niet van belang.

28 Art. 8 Wipo-Verdrag; 3 lid 1 auteursrechtlijn.

29 TK 2001-2002, 28 482, nr. 3 (MvT), p. 14. Instemend: Eindrapport van 10 oktober 2002 van de Studiecommissie Informatiemaatschappij van de Vereniging voor Auteursrecht, p. 7; kritisch: H. Cohen Jehoram, Implementatie van de Auteursrechtlijn, NJB 2002, p. 1692.

30 Zie het in wetsvoorstel 28 197 (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel) voorgestelde art. 6:196c BW. De Tweede Kamer heeft het voorstel in week 40 besproken. Er is een amendement (28 197, nr. 12) ingediend met betrekking tot (een van) de voorwaarden voor het ontbreken van aansprakelijkheid van de provider die als 'host' optreedt (art. 6:196c lid 4), maar daaraan kan ik in dit verband voorbij gaan.

31 Zie hierover: [C. van der Net](#), Grenzen stellen op het Internet - Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht, diss. Leiden 2000, p. 68 e.v.

32 Zie [C. van der Net](#), De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders na de Richtlijn elektronische handel, JAVI 2002/1, p. 15.

33 MP3 staat voor een opslagsysteem voor muziek dat zodanig gecompriemd is, dat het vanwege de geringe omvang ook zeer geschikt is voor uitwisseling tussen computergebruikers.

34 In gelijke zin het antwoord van de Minister van Justitie bij Nota n.a.v. het Verslag (TK 2002-2003, 28 482, nr. 5, p. 33; en voorts bijv. de literatuur: J.M.B. Seignette, Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk, AMI 2001, pp. 31-32 (ten aanzien van de gebruikers van Napster); P.B. Hugenholtz, Napster: een bliksemonderzoek, Computerrecht 2000, p. 228 en (ten aanzien van Kazaa-gebruikers) diens noot onder het vonnis van de President van de rechtbank te Amsterdam in de onderhavige procedure, AMI 2002, p. 25; D.J.G. Visser, Napsteren, Gnutellen en de afwezigheid van legale muziek op Internet, Computerrecht 2001, p. 131. In gelijke zin eerder en meer fundamenteel: D.J.G. Visser, Auteursrecht op toegang, diss. 1997, p. 162 e.v. en p. 171 e.v. (onder verwijzing naar o.m. P.B. Hugenholtz, Auteursrecht en information retrieval (1982 (!)), p. 44).

35 Hugenholtz, Computerrecht 2000, p. 228 en AMI 2002, p. 25; Visser, Computerrecht 2001, p. 132; anders: Seignette, t.a.p. (p. 32).

36 TK 2002-2003, 28 482, nr. 5 (Nota n.a.v. het verslag), p. 32.

37 In de toen gebruikelijke betekenis van: café chantant.

38 HR 18 december 1919, NJ 1920, p. 35 (Kollo/Lize; 'Cabaret Métropole'). Hoewel het cassatiemiddel mede over schending van 1401 BW klaagde, werd ook geen onrechtmatigheid op basis van die bepaling aangewomen.

39 HR 11 juni 1920, NJ 1920, 718 (Vereniging Buitensociëteit). De HR casseerde de toewijzing van schadevergoeding op auteursrechtelijke grondslag, en wees de zaak terug om de andere grondslag (onrechtmatige daad) te laten onderzoeken.

40 HR 18 juni 1920, NJ 1920, p. 797.

41 HR 11 februari 1926, NJ 1926, 345 (Harmonie Philautonia).

42 Vgl. S. Gerbrandy, Kort commentaar op de Auteurswet 1912 (1988), p. 125. Onopgehelderd blijft m.i. in hoeverre de Hoge Raad het faciliteren van voorzienbare ongeoorloofde openbaarmaking als een deelneming aan die ongeoorloofde openbaarmaking beschouwt, of (alleen) als onzorgvuldig handelen.

De Toelichting Meijers liet de beantwoording van de vraag of de 'niet-rechtstreekse inbreuk' onder de categorie 'inbreuk op een recht' moet worden begrepen, over aan rechtswetenschap en rechtspraak, zie PG Boek 6, p. 614, (bij) noot 7. Voor de indirecte rechtsinbreuk zie voorts: Onrechtmatige daad (Jansen), art. 162 lid 2, aant. 56 en Hondius/Van Dam, Het Nieuw BW in perspectief, Zwolle 1990, p. 203 e.v. Hartkamp verzet zich

tegen het onderscheid directe/indirecte inbreuk, omdat dit volgens hem tot subtiele en willekeurige onderscheidingen leidt: Asser-Hartkamp 4-III (2002), nr. 37. 43 HR 14 januari 1983, NJ 1984, 696 m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach (KTA/Columbia Pictures e.a. I), rov. 3.6.

44 HR 22 november 1985, NJ 1986, 158 (KTA/Columbia Pictures e.a. II). Zie over deze arresten ook: G.J.H.M. Mom, Kabeltelevisie en auteursrecht (diss. UvA 1990), pp. 104-115.

45 E.J. Dommering, De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs, Het Kabelpiraten-arrest revisited in de tijd van Internet, in: Verkade/Visser (red.), Intellectuele Eigenaardigheden (Bremer-bundel), Deventer 1998, pp. 75-82. Op p. 78 merkt Dommering op dat, zo al van openbaarmaking gesproken dient te worden, de kabelpiraten de openbaarmakers waren en niet KTA: 'De analogie met de zaalverhuurder die naar vaste jurisprudentie niet zelf openbaar maakt, maar laat openbaarmaken, dringt zich bij het door piraten gebruik maken van de in werking zijnde antenne-inrichting op. (...) Het lijkt erop dat de HR door de beslissingen in de Amstelveense zaken gefixeerd was op de draadomroep als zelfstandige schakel in de verspreiding.' (In de 'Amstelveense' zaken ging het om de vraag of het actief doorgeven van radio- en tv-programma's door kabeltv-ondernemingen een '(nieuwe of afzonderlijke) openbaarmaking' opleverden, des ja: zie NJ 1982, 435 en NJ 1984, 697).

Ook ik heb mij kritiek op de kabelpiratenjurisprudentie van de HR gepermitteerd, in mijn noot onder Pres. Rb. 's-Gravenhage 12 maart 1996, Computerrecht 1996, p. 73 (kort geding Scientology c.s./XS4ALL c.s.).

46 Bij Napster melden de gebruikers zich aan op een centrale server van Napster, waarop een zoekopdracht kan worden gegeven in de titellijsten die zijn opgegeven door de andere gebruikers die op dat moment (on line) zijn aangemeld. Daarop wordt een rechtstreekse verbinding gelegd tussen de zoekende gebruiker en een gebruiker die het gezochte bestand op zijn computer heeft, waarlangs het muziekbestand vervolgens wordt verzonden. Zie hierover bijv. (uitvoerig) T. Kreutzer, Napster, Gnutella & Co.: Rechtsfragen zu Filesharing-Netzen aus der Sicht des deutschen Urheberrechts de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2001, p. 193 e.v. (195).

47 J.M.B. Seignette, Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk, AMI 2001, pp. 31-32 (ten aanzien van de gebruikers van Napster).

48 E.J. Dommering, a.w. Dommering wijst hierbij op een aantal verschillen tussen de internet-providers en de kabelexploitant, zoals de actieve rol van de internet gebruiker tegenover de passieve rol van de kabelabonnee, de grote verscheidenheid aan webpagina's tegenover het overzichtelijke aanbod van de kabelexploitant en (tenslotte) de actieve rol van de kabelexploitant in (de selectie van) het aanbod. Vervolgens bespreekt Dommering - aan de hand van de criteria voor onzorgvuldig handelen van Van Dam - de

volgens hem relevante gezichtspunten (a.w., pp. 78-81).

49 D.J.G. Visser, 'Napsteren', 'Gnutellen' en de afwezigheid van legale muziek op het Internet, Computerrecht 2001, p. 132.

50 Noot onder de uitspraak in eerste aanleg in de onderhavige procedure, AMI 2002, p. 25.

51 Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, NJ Kort 1999, 63, Informatierecht/AMI 1999, p. 110 m.nt. K.J. Koelman, BIE 1999, p. 458 m.nt. A.A. Quaedvlieg, Mediaforum 1999, p. m.nt. D.J.G. Visser, Computerrecht 1999, p. 200 m.nt. P.B. Hugenholtz (Scientology c.s./XS4ALL c.s.).

52 Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, LJN-nr. AI 5638. Op het door het hof bedoelde 'Agreed statement' kom ik verderop meer dan eens terug.

53 En: een verder doortrekken van hetgeen toen gedeeld is naar de onderhavige zaak, verdient m.i. geen aanbeveling: vgl. noot 45 supra.

54 Bij de 'Agreed Statements' gaat het om ter Diplomatieke Conferentie geaccordeerde verklaringen, die dienden om het WIPO-Auteursrechtverdrag voor de Diplomatieke Conferentie aanvaardbaar te maken, met vermindering van amendering van de voorliggende verdragsartikelen en de formele kanten van dien. Volgens (het destijds bij de WIPO-conferentie betrokken lid van de Nederlandse delegatie) Arkenbout gaat het bij de onderhavige Agreed Statement om een handreiking naar de telecommunicatie-industrie: E.J. Arkenbout, Nieuwe verdragen over auteursrecht en naburige rechten, Informatierecht/AMI 1997, p. 70.

55 Zie het (aan het Gemeenschapsoctrooiverdrag ontleende) art. 73 ROW 1995.

56 Art. 11 Wipo-auteursrechtverdrag; art. 6 lid 2 Auteursrecht-richtlijn; art. 29a wetsvoorstel 28 482.

57 HR 9 november 1954, NJ 1954, 55 (Toneelvereniging Cicero).

58 In deze zin ook Spoor/Verkade, Auteursrecht (1993), nr. 227, p. 341.

59 Vgl. T&C Strafrecht, art. 47, aant. 4 (Van Woensel).

60 HR 8 mei 1979, NJ 1979, 481 (Danszaal Soranus).

61 M. Schellekens, Aansprakelijkheid van Internetaanbieders, diss. KUB 2001, p. 148.

62 HR 18 februari 1949, NJ 1949, 357 m.nt. PhANH, BIE 1949, nr. 20, p. 42 e.v. m.nt. VdM (Staat/Bonda I).

63 Nadien is de indirecte octrooi-inbreuk ingevolge een resolutie bij het Gemeenschapsoctrooiverdrag (Trb. 1976, 103) sinds 1987 (Stb. 1987, 316) in art. 44A ROW 1910, vervolgens in art. 73 van de ROW 1995 'EOV-geharmoniseerd' geregeld. Ofschoon binnen het octrooirecht van deze nieuwe bepalingen moet worden uitgegaan, heeft m.i. de Bonda-jurisprudentie daarbuiten zijn gelding niet verloren. Kennelijk gaat ook het cassatiemiddel daarvan uit.

64 HR 1 december 1950, NJ 1951, 20, BIE 1951, nr 7, p. 32 (Staat/Bonda II).

65 Waardoor in die zaak aan stap (iv) niet meer werd toegekomen.

66 HR 8 maart 1957, NJ 1957, 271 (Buma/De Vries).

67 HR 7 december 1993, NJ 1994, 274 m.nt. EAA.

68 Zie noten 51 en 52.

69 In het reeds genoemde arrest van 4 september 2003 in de Scientology-zaak heeft het Haagse hof zich ten aanzien van de onrechtmatige-daad-grondslag ertoe beperkt te overwegen dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen van de Service Providers, nu er in casu naar 's hofs oordeel geen sprake was van auteursrecht-inbreuk door de persoon die via de Service Providers de informatie beschikbaar stelde, resp. er geen dreiging (meer) was dat wél inbreukmakende stukken op de servers van de Service Providers zouden worden geplaatst (zie rov. 13).

70 Zie o.a. K.J. Koelman, Mediaforum 1998, pp. 206-208; E.J. Dommering, Bremer-bundel, pp. 79-81; Schellekens, a.w., p. 209.

71 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 m.nt. GJS. Zie voorts HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 m.nt. CJHB (bloedafname) en HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 m.nt. CJHB (zwiepende tak). Zie voor verdere rechtspraak losbladige Onrechtmatige Daad VIII, aant. 5.

72 De even genoemde literatuur verwijst, als ik goed zie, niet rechtstreeks naar het Kelderluik-arrest. Wél wordt verwezen naar C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid (diss. Utrecht 1989), pp. 109-130, waar Kelderluik-(achtige) criteria aan de orde komen.

73 Ik ga voorbij aan het pas in de schriftelijke toelichting namens Buma/Stemra (nrs. 5.18-19) bij middelsubonderdeel III.5 gedane beroep op jurisprudentie waarin is geoordeeld dat de uitlokking of bevordering van wanprestatie onrechtmatig kan zijn. Voor een verdediging van het standpunt dat uitlokken, bevorderen en niet-verhinderen van rechtsinbreuken onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn, is die argumentatie niet nodig, zoals blijkt uit de hiervoor genoemde jurisprudentie (Bonda; Buma/De Vries). Een argumentatie aan de hand van de 'wanprestatie-jurisprudentie', waardoor betrokkenheid bij auteursrechtinbreuk eerder onrechtmatig geoordeeld zou moeten worden dan tot dusverre aangenomen, spreekt mij - wat er overigens van die argumentatie zij - om de boven aangegeven redenen niet aan.

74 Losbladige Onrechtmatige Daad, aant. IV.3.

75 A.w., aant. IV.103. Vanzelfsprekend wordt vervolgens de Bonda-leer van de Hoge Raad genoemd.

76 A&M Records, Inc., v. Napster, Inc., U.S. Court of Appeals 9th Cir.) 12 februari 2001, 239 F.3d, p. 1019 (met verdere verwijzingen naar rechtspraak). Zie over dit leerstuk verder: Joyce/Patry/Leaffer/Jaszi, Copyright Law, San Francisco/Newark 2001, pp. 778-790.

77 Napster, 239 F.3d, p. 1022 (met verdere verwijzingen).

78 Zie noot 76. Voor een uitgebreide samenvatting, zie D.J.G. Visser, AMI 2002, pp. 35-38.

79 Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). In deze ook wel als 'Betamax' bekende zaak nam het Supreme Court geen indirecte auteursrechtinbreuk aan bij het op de markt brengen door Sony van videorecorders.

80 Zie de Grokster-uitspraak, onder II ('factual/procedural background') en voorts o.a. T. Wu, When Code isn't law, Virginia Law Review, 2003, p. 679 e.v.

(736), die ook uitvoerig ingaat op de totstandkomings-geschiedenis van het fenomeen peer to peer filesharing en de onderlinge verhouding tussen de verschillende aanbieders. Gedaagden in deze zaak waren Streamcast Networks, Inc. en Grokster, Ltd. Aanvankelijk maakten beide aanbieders gebruik van dezelfde technologie als Kazaa (nl. 'Fasttrack technology'), maar ten tijde van de uitspraak maakte alleen Grokster daarvan nog gebruik, terwijl Streamcast zich van de (open) Gnutella-technologie bediende (zie Grokster-uitspraak). De overwegingen van de uitspraak zijn overigens ook op andere (decentrale) peer-to-peer-technologie toepasselijk, aldus ook Opsahl en Cisneros in hun noot onder MGM/Grokster in Javi 2003/3, p. 105.

81 MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 2003 U.S. Dist. Lexis 6994 (C.D.Cal. 2003), besproken door K.B. Opsahl en O.S. Cisneros in Javi 2003/3, pp. 105-106.

82 Zie o.a. NRC 30 juli 2003 ('Jacht op de individuele internet piraat' ...).

83 Het fenomeen heeft in Duitse vakliteratuur wel de aandacht gehad; vgl. T. Kreutzer, GRUR 2001, p. 193 e.v. en T. Braun, GRUR 2001, p. 1106 e.v. Beide schrijvers gaan echter alleen in op de aansprakelijkheid van de 'peers', dan wel van de aanbieders van centrale filesharing systemen zoals Napster. Braun gaat ervan uit dat het aanspreken van decentrale filesharing-systemen praktisch niet in aanmerking komt (p. 1110).

84 Zie G. Schricker e.a., Urheberrecht Kommentar (2e druk 1999), p. 1508. De pp. 1510-1513 betreffen 'Haftung im Online-Bereich' en wijzen niet in een andere richting. Zie met name p. 1512, randnr. 40e, over het Haftungsprivileg voor de Host-Provider.

85 Artikel 24 van de Copyrights, Designs and Patents Act betreft niet iedere indirecte inbreuk, zoals de s.t. suggereert, maar het verschaffen van middelen voor het vervaardigen van inbreukmakende verveelvoudigingen van bepaalde werken ('an article specifically designed or adapted for making copies of that work'). De s.t. geeft voorts een te ruime interpretatie aan art. 16 lid 2 van de Act ('Copyright in a work is infringed by a person who without the licence of the copyright owner does, or authorises another to do, any of the acts restricted by the copyright.'). Het in de s.t. niet genoemde art. 26 heeft betrekking op het verschaffen van middelen ten behoeve van ongeoorloofde openbaarmaking. Voor die vorm van 'secondary infringement' gelden evenwel strenge vereisten m.b.t. de kennis van de inbreuken bij de betrokken derde. Zie H. Laddie, P. Prescott, M. Vitoria, The Modern Law of Copyrights and Designs (1995), pp. 540-541.

86 De aansprakelijkheid uit het Bonda-arrest betreft m.i. handelingen die vallen onder het leerstuk van de 'contributory infringement', de aansprakelijkheid in het arrest Buma/De Vries komt n.m.m. overeen met gevallen van 'vicarious infringement'.

87 Nietegenstaande de pogingen daartoe, getuige de eerder genoemde Betamax-zaak

88 Middelonderdeel I richt zich immers niet tegen rov. 4.5, voor zover daarin is geoordeeld dat Kazaa geen invloed meer kan hebben op het gebruik van reeds verspreide software. Het richt zich slechts tegen het

oordeel dat die vaststelling in de weg staat aan toewijzing van het door Buma/Stemra gevorderde, althans tegen de daarin besloten uitleg van dat gevorderde.

89 Vgl. Koelman, AMI 2003/1, p. 6 e.v. (9).

90 Zie supra, nr. 5.11.

91 Onderstreping hof.

92 Dat Buma/Stemra daartoe wel in staat zou moeten zijn, laat zich afleiden uit berichten in de pers dat de muziekrechthebbers rechtstreekse juridische acties tegen gebruikers van Kazaa-achtige systemen (gaan) ondernemen. Zie o.a. NRC 30 juli 2003 ('jacht op de individuele internet piraat' ...). De juridische acties zijn althans in de V.S. reeds een feit: 261 personen zijn gedagvaard, met aankondiging van 'hundreds or even thousands more lawsuits'. Zie [www.cnn.com/2003/TECH/internet/09/29/music.settlements.ap/index.html](http://www.cnn.com/2003/TECH/internet/09/29/music.settlements.ap/index.html).

93 Ik heb in het onderstaande getracht de woordenvloed van het subonderdeel enigszins te schematiseren.

94 Voor zover subonderdeel III.7 dit wil aanduiden, moet het gaan om de aanduiding: 'CvE in reconventie sub 4.1'.

95 Over - dan toch voor de hand liggende - aangiften door Buma/Stemra tegen 'gewoontemisdadigers' is in de stukken niets te vinden.

96 Ook niet in de vorm van 'voorwaardelijk' opzet. Enig strafrechtelijk vonnis waarin de (Nederlandse) strafrechter heeft laten blijken bij het aanbieden van muziek via een peer-to-peer-systeem het bewijs van (voorwaardelijk) opzet bij inbreuk op auteursrecht zonder omhaal geleverd te achten, is niet overgelegd en is mij niet bekend.

97 'Doen plegen' veronderstelt immers dat de feitelijke Kazaa-gebruikers/openbaarmakers niet strafbaar zijn.

98 Vgl. T&C Strafrecht, art. 47, aant. 4 (Van Woensel).

99 Vgl. Spoor/Verkade, Auteursrecht, 2e druk 1993, nr. 301 (pp. 438-439).

100 Vgl. bijv. HR 27 april 1962, NJ 1962, 193, HR 24 november 1995, NJ 1996, 163 en HR 14 januari 2000, NJ 2000, 188.

---