

'Napsteren', 'Gnutellen' en de afwezigheid van legale muziek op Internet

'Napsteren' mag ook naar Nederlands auteursrecht niet, concludeerde Hugenholtz al in een bliksemonderzoek in dit blad. Seignette kwam recent in AMI tot dezelfde conclusie en ging zelfs nog iets verder. In deze bijdrage worden de verschillende standpunten becommentarieerd en passeren nog wat extra (muziek)verschijnselen op Internet de revue.

1. Wat is Napster?

Napster is een onderneming die een muziekruildienst op Internet heeft gecreeerd. Napster maakt uitwisseling van elektronische muziekbestanden mogelijk, zonder dat er sprake is van een centrale opslag daarvan. Een gebruiker die zich aanmeldt op een van de servers van het Napster-systeem kan een zoekopdracht geven voor een bepaalde muziektitel. Er wordt dan gezocht in de titellijsten die zijn opgegeven door de andere Napster-gebruikers die op datzelfde moment (on-line) zijn aangemeld. Als het gezochte muziekbestand beschikbaar is bij één van die andere Napster-gebruikers die op dat moment on-line zijn, dan wordt er een rechtstreekse verbinding gelegd tussen de twee gebruikers en wordt het muziekbestand verzonden. Napster is een voorbeeld van een *peer-to-peer*-systeem.

2. De standpunten in Nederland

Hugenholtz

De kwalificatie van het verschijnsel Napster naar geldend Nederlands auteursrecht heeft in dit blad reeds plaatsgevonden in het bliksemonderzoek van Hugenholtz.¹ Hugenholtz komt tot de conclusie dat 'Napsteren' niet is toegestaan, omdat het beschikbaar stellen van muziekbestanden aan anderen via Napster is aan te merken als openbaar maken, of zo men wil *making available*. Deze kwalificatie is mij juist. Eveneens is vermoedelijk juist dat Napster zelf naar Nederlands recht vermoedelijk (mede) aansprakelijk zal zijn voor de auteursrechtinbreuken die via haar systeem plaatsvinden zodra (of omdat) hij daarvan op de hoogte is, vergelijk de provider aansprakelijkheid in de Scientology-kwestie. De stelling van Hugenholtz dat het 'ontvangende' gebruik van Napster is toegestaan op grond van de vrijstelling van het prive-kopieren komt hieronder nog aan de orde.

Bousie

De reactie van Bousie² op het bliksemonderzoek van Hugenholtz is qua positief rechtelijke analyse en conclusie onjuist. Bousie stelt dat het kopiëren van een geleende of gehuurde CD en het uitlenen van een CD, waardoor een ander die kan kopiëren, wel zijn toegestaan. Dit is juist. De suggestie dat gebruik van Napster gelijk te stellen is met '(uit)lenen' is evenwel niet juist. Uitlenen is in het auteursrecht beperkt tot (het

verplaatsen van) fysieke exemplaren en de veelgehoorde stelling 'wat off-line geldt, moet ook on-line gelden' is geen rechtsregel, maar een (vaak niet volledig doordachte) wens. Een andere misvatting van Bousie komt tot uitdrukking in zijn (retorische) slotvraag 'Het enige doel van de 'openbaarmaking' is immers volstrekt legale verveelvoudiging?' De 'volstrekt legale verveelvoudiging' en de openbaarmaking zijn auteursrechtelijk nu eenmaal twee gescheiden zaken. Een omroep komt ook niet weg met de stelling dat zijn televisie-uitzending geen relevante openbaarmaking is, omdat de uitzending alleen maar dient om de kijkers in staat te stellen een 'volstrekt legale' video-opname voor eigen gebruik te maken. Sterker nog, het is eerder omgekeerd: een kopie voor eigen gebruik kan auteursrechtelijk vrijgesteld worden, omdat de daar aan voorafgaande openbaarmaking wel aan het verbodsrecht van de auteur is onderworpen.³ De reactie van Bousie vestigt wel terecht aandacht op het feit dat auteursrechtelijke beperkingen in de on-line omgeving buiten spel dreigen te komen staan. Met name het ontbreken van het verschijnsel uitputting brengt een belangrijke verschuiving ten gunste van de rechthebbende met zich mee.

Schmidt

Schmidt geeft in zijn reactie⁴ terecht aan dat de suggestie van Hugenholtz dat er geen wetenschappelijk (ITeR) onderzoek naar het verschijnsel Napster meer nodig zou zijn, onjuist is. Nogmaals, de positief-rechtelijke analyse naar huidig Nederlands (auteurs)recht van Hugenholtz is juist en dat bestijdt Schmidt volgens mij ook niet. Schmidt stelt terecht dat het van belang is te onderzoeken welke consequenties deze (of andere) analyses en conclusies hebben op de (gewenste) economische ontwikkeling van Internet en de informatiemaatschappij.

Hugenholtz (2)

In zijn reactie op Bousie en Schmidt noemt Hugenholtz het 'zo langzamerhand een bekend verhaal' dat op iedere technische ontwikkeling de roep om een technologiespecifieke regeling volgt, die telkens tot 'bij voorbaat hopeloos verouderde stukjes regelgeving leiden'. Het is evenwel inmiddels ook een bekend verhaal dat Hugenholtz en De Cock Buning⁵ en velen met hen⁶ van mening zijn dat de Auteurswet binnenkort een rigide technologie specifiek gedrocht zal zijn. Het is ook

* Advocaat te Amsterdam en docent aan de Universiteit Leiden.

1 P.B. Hugenholtz, 'Napster: een bliksemonderzoek', *Computerrecht* 2000, p. 228.

2 T.J. Bousie, 'Hugenholtz kort door de bocht, het kan nog korter: Napster geen probleem', *Computerrecht* 2001, p. 23.

3 Vergelijk Spoor, *Scripta manent*, diss. Utrecht 1976, p. 138.

4 A.H.J. Schmidt, 'Napsteren mag niet', *Computerrecht* 2001, p. 24.

5 Het is in dit verband verplicht te verwijzen naar het proefschrift van De Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie*, diss. UvA 1998.

6 Waar onder schrijver dezes.

zonder meer waar. Het kort geleden ingediende (zoveelste) wetsvoorstel *reprorecht*⁷ is er een droevig voorbeeld van. Het neemt echter niet weg dat niet iedere suggestie voor 'juridische innovatie' van het auteursrecht (bijvoorbeeld van de zijde van Schmidt) op voorhand kan worden verworpen omdat 'onze prachtige, medianeutraal geformuleerde Auteurswet uit 1912' anders zou worden aangetast. Het is namelijk evenveer een feit dat het met de afdwingbaarheid en de maatschappelijke acceptatie van het auteursrecht, ook van de kernbegrippen die er al sinds 1912 in staan, niet al te best gesteld is. De conclusie van Hugenholtz dat 'napsteren' niet mag en dat hij daarmee een simpel antwoord op een actuele rechtsvraag heeft gegeven, is misschien wel juist, maar helpt ons niet veel verder. Er is zeker ruimte voor nader (economisch) onderzoek.

Seignette

Seignette geeft in AMI nummer 2 van dit jaar een interessante beschouwing over Napster.⁸ Seignette is ook van mening dat de aanbod-kant van het beschikbaar stellen van muziek-files aan anderen een openbaarmaking oplevert. Seignette meent echter ook dat de ontvangst-kant, het downloaden van muziekfiles, een verboden vervelvoudiging zou kunnen opleveren en niet, zoals Hugenholtz, door de exceptie voor prive-kopieren van art. 16b Aw wordt gedekt. Seignette voert daartoe onder andere aan: 'Het bestand dat de Napster gebruiker downloadt, wordt immers ook gebruikt om de muziek weer aan alle andere Napster gebruikers ter beschikking te stellen'. Dit lijkt mij een onjuist argument. Een Napster gebruiker zal muziek primair downloaden om deze zelf te kunnen beluisteren en daarmee is het een geoorloofde prive-kopie. Het feit dat hij de muziek vervolgens ook weer gaat aanbieden, doet aan die bedoeling en de legitimiteit van het downloaden niet af, maar vormt een afzonderlijke, inderdaad niet toegestane openbaarmaking. Vervolgens suggereert Seignette ook dat downloaden niet 'zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk' zou zijn en daarom niet onder de prive exceptie zou kunnen vallen. Zij verwijst daartoe naar de uitspraak in de Amerikaanse Napster-zaak⁹ waar in het kader van de fair use-toetsing inderdaad wordt gesteld dat van *commercial use* sprake is wanneer herhaald en *exploitatie* wordt gekopieerd om de kosten van de aanschaf van een geautoriseerd exemplaar uit te sparen. Seignette suggereert hiermee dat (herhaald) prive-kopieren met als doel het uitsparen van de kosten van een geautoriseerd exemplaar naar huidig Nederlands (of komend Europees) auteursrecht niet onder prive-exceptie zou vallen. Volgens mij is dat niet het geval. Thuis kopiëren gebeurt vrijwel altijd om de kosten van een geautoriseerd exemplaar uit te sparen en er is geen twijfel over dat het is toegestaan. Het 'ontvangende' gebruik van Napster is en blijft naar mijn mening naar Nederlands auteursrecht gedekt door de prive-kopieerexceptie (van art. 16b Aw).

3. Aansprakelijkheid van Napster zelf

De Amerikaanse rechter kwam tot de conclusie dat Napster zelf zich schuldig maakt aan *contributory infringement* en dat zij aansprakelijk is onder het leerstuk van de *vicarious liability*,¹⁰ wanneer zij niet al datgene doet wat in haar vermogen ligt om auteursrechtelijk beschermd materiaal van haar systemen te weren. Hugenholtz en Seignette komen beide tot de conclusie dat naar Nederlands recht Napster vermoedelijk

ook onder die omstandigheden (mede)aansprakelijk zou zijn op grond van onrechtmatige daad. Dat lijkt mij juist. Seignette gaat evenwel nog een stapje verder en suggereert dat Napster ook zelf openbaar maakt. Zij verwijst daarbij naar het Kabelpiraten-arrest van de Hoge Raad uit 1983.¹¹ In die zaak ging het om de situatie waarin, gedurende de uren waarop een kabelexploitant zelf geen programma's doorgeeft, piraten illegaal films 'instralen' op de ontvangstantenne van de kabelexploitant. De Hoge Raad oordeelde dat de kabelexploitant door het inwerking hebben van zijn apparatuur, waardoor de aangeslotenen de films konden bekijken, zelf die films openbaar maakte. Vervolgens vraagt Seignette zich af hoe dit zich verhoudt tot de zogenaamde *agreed statement* bij art. 8 WIPO Auteursrechtverdrag uit 1996 dat als volgt 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 []'

Seignette stelt dat het Kabelpiraten-arrest niet in strijd komt met deze 'statement', omdat een kabelexploitant bepaalde programma's doorgeeft aan abonnees als haar eigen dienst. 'De kabelexploitant doet dus meer dan het enkel ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten'. Hiermee haalt Seignette met twee situaties door elkaar. Bij reguliere, 'legale' kabeldoorgifte geeft een kabelexploitant inderdaad programma's als haar eigen dienst door. In de situatie van het Kabelpiraten-arrest was dit echter nadrukkelijk niet het geval. De kabelexploitant bood de gepirateerde films helemaal niet actief aan en zeker niet als zijn eigen dienst.

Er is naar mijn mening wel degelijk een spanningsveld tussen de manier waarop anno 2001 algemeen over de aansprakelijkheid van intermediairs wordt gedacht en het Kabelpiraten-arrest uit 1983. De conclusie die mij onvermijdelijk is, is dat de kwalificatie in laatstgenoemde uitspraak, in het licht van de moderne media, minder gelukkig en niet voor navolging vatbaar is.

Dommering heeft in zijn bijdrage aan de Bremer-bundel uitgebreid uit de doeken gedaan waarom hij van mening is dat het Kabelpiraten-arrest uit 1983 in de tijd van Internet geen navolging verdient.¹² Ik verwijs naar die overtuigende bijdrage en sluit me daarbij aan. Ik durf zelfs de stelling aan dat het Kabelpiraten-arrest bij nader inzien gewoon niet juist was. De Hoge Raad had de aansprakelijkheid, – in concreto ging het om de relatief eenvoudige verplichting voor de kabelexploitant om zijn systemen buiten haar eigen uitzendingen buitenwerking te stellen, waardoor instralen niet mogelijk was –, beter op de onrechtmatige daad had kunnen baseren. Ook de aansprakelijkheid van een intermediair als Napster

7 WV 27617 d d 27 februari 2001.

8 J.M.B. Seignette, 'Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk', *AMI* 2001, p. 29.

9 *A&M Records, Inc. e.a. vs. Napster, Inc.*, U.S. Court of Appeals (9th Cir.), 12 februari 2001, te vinden op www.findlaw.com/9th/0016401.html. Een uitgebreide samenvatting is te vinden in *AMI* 2001, p. 35.

10 Zie *AMI* 2001, p. 36 en 37.

11 HR 14 januari 1983, *NJ* 1986, 696 (Kabelpiraten).

12 Dommering, 'De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs. Het Kabelpiraten arrest revisited in de tijd van Internet', in *Intellectuele Eigendaarigheden*, (red. Veerkade/Visser) (Bijmer bundel), Deventer: Kluwer 1998, p. 75-82.

dient m.i. benaderd te worden via de flexibelere normen van de onrechtmatige daad. Een andere benadering draagt het risico in zich dat er zich, met name ook bij legaal gebruik, een onwenselijke stapeling van auteursrechtelijke (vergoedings) aanspraken zou voordoen. Als allerlei intermediairs of facilitators (opéénvolgend) openbaar maken, dan leidt dit er allicht toe dat Buma en andere collectieve belangenbehartigingsorganisaties op verschillende (zoveel mogelijk) plaatsen hun hand komen ophouden.

Hoe dit ook zij, ik deel de mening van Hugenholtz, Seignette en anderen dat 'napsteren' niet mag en dat Napster zelf gehouden is om maatregelen te nemen waardoor het gebruik van haar systeem aanzienlijk minder aantrekkelijk is en mogelijk Napster een stille dood zal sterven.

4. 'Gnutellen' mag ook niet

Van veel kanten wordt nu gesuggereerd dat er Napster-vervangers in de rij staan, die veel minder makkelijk zijn aan te pakken omdat ze geen centrale server gebruiken. Deze systemen zouden in potentie minstens even schadelijk of nog schadelijker zijn voor de rechthebbenden. Vaak genoemd wordt Gnutella, een programma waarmee individueel en dus decentraal contact wordt gelegd met een beperkte groep anderen, met een vraag naar een bepaald (muziek)bestand. De Gnutella-pogrammatuur zorgt ervoor dat de zoekvraag, zolang deze nog niet beantwoord kan worden, door ontvangers ervan opnieuw individueel wordt doorgespeeld naar een andere groep individuele ontvangers. Als het betreffende bestand bij iemand is gevonden, wordt het, net als bij Napster, individueel uitgewisseld tussen de aanvrager en de aanbieder.

Deelnemen aan het Gnutella-systeem is naar mijn mening een vorm van buiten de eigen familie- of vriendenkring aanbieden van auteursrechtelijk beschermd werk, ter verspreiding en kopiering. En dat levert naar Nederlands auteursrecht een openbaarmaking op. Dat betekent dat 'Gnutellen' dus ook niet mag. Omdat Gnutella echter geen centrale server kent is Gnutella niet gemakkelijk (centraal) aan te pakken zoals Napster. Het is m.i. niet mogelijk om de makers, aanbieders of verspreiders van het Gnutella-programma aan te pakken, noch op grond van auteursrecht, noch op grond van onrechtmatige daad. Gnutella is namelijk in de kern niets anders dan een bestandsuitwisselingsprogramma. De makers en verspreiders van Gnutella zijn ook intelligent genoeg om duidelijk aan te geven dat hun programma niet gebruikt mag worden om auteursrechten te schenden. Deze makers stellen dat zij het wezen van het Internet, het onbeperkt en decentraal peer-to-peer uitwisselen van informatie in ere proberen te herstellen.

Er zit dan dus niets anders op dan gebruikers(groepen) die programma's als Gnutella gebruiken om auteursrechtelijk beschermd materiaal aan te pakken min of meer individueel aan te pakken. Dat lijkt een schier onmogelijke opgave, maar dat kan best mee vallen, althans, wanneer men zich beperkt tot het aanpakken van initiatieven en activiteiten die werkelijk schadelijk zijn voor rechthebbenden.

De vertegenwoordigers van de platenindustrie hebben al diverse malen laten weten dat Gnutella vooralsnog geen bedreiging vormt en dat zij verwachten dat dat voorlopig ook niet zal veranderen. De reden daarvoor is dat dit soort programma's hoofdzakelijk door een relatief kleine groep hobbyisten en insiders worden gebruikt, die linksom of rechtsom toch wel illegaal kopiëren. Door het ontbreken van een herkenba-

re, eenvoudige centrale server als bij Napster, is Gnutella voor de gemiddelde a-technische consument veel minder aantrekkelijk.

Daar komt bij dat wanneer een Gnutella-initiatief wel groot en laagdrempelig wordt, het daarmee tegelijk onvermijdelijk gemakkelijk op te sporen en te infiltreren wordt. Vertegenwoordigers van rechthebbenden kunnen gaan deelnemen en vervolgens andere deelnemers aanspreken en zonedig aanpakken. Zes jaar geleden werd dit in Wired als volgt omschreven:¹³

'Can the Net (het Internet, DV) be leveraged to extend friend-to-friend exchanges to include far larger groups of people? Can we all get the works we want cheaply or for free among private, interlocking circles of friends? This is a tempting thought, but friend-to-friend markets are far more likely to remain small and self-limiting. We might refer to an extended circle of trading acquaintances as 'friends', but in fact few or none of the participants will know everyone else in the circle. This makes such groups ripe for infiltration by the cops, who will do so readily if enough freebies (illegaal gekopieerde werken, DV) pass within these expanded groups that they noticeably reduce sales in legitimate markets. A symbolic legal attack every now and then will keep these groups in check.'

Misbruik van machtspositie

Aan het slot van haar Napster-artikel concludeert Seignette blijmoedig dat met de Amerikaanse Napster-beslissing is bevestigd dat rechthebbenden 'ook in de digitale omgeving kunnen bepalen op welke wijze zij hun werken verspreiden en met het oog daarop promoten.' Zij vervolgt: 'Aan de rechthebbenden de uitdaging om daarbij optimaal gebruik te maken van de distributiemogelijkheden die het Internet biedt. En aan hen de keuze voor open source, gratis licenties, collectief beheer, gratis previews, superdistributie, pay-per-view, abonnementen, enzovoorts.'

Deze opsomming van Seignette is, gezien het 'enzovoorts' duidelijk niet limitatief. Mijn (retorische) vraag is daarom: mogen rechthebbenden, met name die in de muziekindustrie, er ook voor kiezen alle vormen van muziekgebruik op en muziekverspreiding via Internet zo veel mogelijk en zo lang mogelijk domweg tegen houden, om de winstgevende(r) verkoop van hun CD-tjes zo lang mogelijk te beschermen? Volgens mij is zo langzamerhand de tijd rijp voor de volgende stelling: 'Door met een beroep op nationale bepalingen inzake het auteursrecht te weigeren [muziek via Internet te (laten) verspreiden], hebben [de platenmaatschappijen] de introductie belet van een nieuw product, namelijk [muziek op en via Internet], dat zijzelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consument een potentiële vraag bestond, hetgeen misbruik [van machtspositie] in de zin van art [82], tweede alinea, sub b, van het [EG-]Verdrag oplevert'.

De lezer herkent een variatie op overweging 54 van het bekende Magill-arrest van het Europese Hof van Justitie.¹⁴ Het auteursrecht is niet bedoeld om nieuwe technologie tegen te houden. Er moet door de muziekindustrie aangeboden en/of gelicentieerd worden, desnoods onder dwang.

13 Lance Rose, 'The Emperor's Clothes Still Fit Just Fine', *Wired*, februari 1995, p. 104.

14 HvJ EG 6 april 1995, NJ 1995, 492 m.nt DWFV. Zie inmiddels ook Hof Den Haag 30 januari 2001, *Mediaforum* 2001, p. 90 m.nt Overdijk.