

Softwarepiraterij - een rol voor BSA

P. Kleve en A. Mitrakas
Erasmus Universiteit Rotterdam

Abstract

Sinds 1988 werken een aantal softwareproducenten samen in BSA (Business Software Alliance) op het gebied van de bestrijding van softwarepiraterij. In dit artikel wordt ingegaan op de doelstellingen van BSA, de werkwijze en de resultaten. Het artikel is tot stand gekomen na een interview met mr D. Rademaker, woordvoerder van BSA in Nederland voor wat betreft juridische aangelegenheden.

Inleiding

Al sinds het bestaan van persoonlijk computergebruik is het kopiëren van software gemeengoed. In de beginjaren '80 evenwel was men zich nog niet zo bewust van de relatie met intellectuele rechten als tegenwoordig. In West-Europa hebben wetgevende initiatieven van de Europese Unie bijgedragen aan de bewustwording van het illegale karakter van sommige vormen van kopiëren. Niet alle vormen van kopiëren vallen immers onder de noemer 'softwarepiraterij'. Voor sommige doeleinden, zoals het maken van een reservekopie door de rechtmatige gebruiker, is het kopiëren van software gewenst en toegelaten met het oog op een ongestoord gebruik van de software. Desalniettemin lijkt het erop dat wetgevende maatregelen op zichzelf onvoldoende effect sorteren om softwarepiraterij te beteugelen. Dientengevolge hebben softwareproducenten gezamenlijk een aantal stappen gezet ter handhaving van hun wettelijke rechten.

SPA of BSA?

Een van die stappen is geweest de oprichting van Software Publishers Association (SPA), gevestigd te Parijs. De vereniging telt zo'n tweehonderd leden, waarvan de meerderheid bestaat uit kleinere softwareproducenten. SPA verenigt producenten van software voor zakelijke toepassingen, zowel als die voor computerspelen. Onder meer vanwege de diversiteit van de leden - groot en klein, zakelijk en particulier gebruik, lokaal en internationaal - hebben de activiteiten van SPA tot nu toe niet geleid tot juridische acties in Europa. De inkomstenderving als gevolg van softwarepiraterij is voor sommige softwareproducenten nu eenmaal veel hoger dan voor andere. Kleinere ondernemingen zijn vanwege het risico van klantenverlies voorzichtiger met een actieve

opstelling tegenover softwarepiraterij, dan grotere. Bij software voor zakelijk gebruik is vaker dan bij spelletjes-software sprake van een relatie tussen afnemers en leveranciers, zodat het voor leveranciers van zakelijke software ook eenvoudiger is om acties te ondernemen.

Omdat al deze belangen in een relatief grote vereniging moeilijk op een lijn te krijgen zijn, heeft een zestal grote Amerikaanse producenten van software voor zakelijk gebruik in 1988 Business Software Alliance (BSA) opgericht. Thans zijn hierin in Europa veertien ondernemingen vertegenwoordigd¹, die samen verantwoordelijk zijn voor circa 70 procent marktaandeel in de software voor zakelijk gebruik. BSA is onder bepaalde voorwaarden ook toegankelijk voor lokale softwareproducenten. Zij moeten daartoe passen binnen het beleid van BSA en bereid zijn een participatie-contributie te betalen. Niettemin is het doorgaans ook mogelijk om op incidentele basis met BSA samen te werken. Voor wat betreft de onderlinge relaties tussen de oprichters speelt naast de samenwerking ook het besef van de wederzijdse concurrentiestrijd. Zoals de vertegenwoordiger van BSA voor Nederland het uitdrukte, is er binnen BSA sprake van 'coöpetitie'.

Doelstelling

BSA is een internationaal opererende organisatie, actief in meer dan vijftig landen. De doelstelling is het terugdringen (in documentatie van BSA wordt zelfs gesproken van uitroeien) van softwarepiraterij. Een activiteit van BSA is dan ook gebruikers, kandidaat-kopers en het publiek in het algemeen te informeren omtrent de juridische status van software. Dit wordt gezien als een belangrijke eerste stap tegen het illegaal kopiëren van software. Daarnaast houdt BSA zich bezig met het opsporen van ondernemingen die zich op de een of andere wijze schuldig maken aan softwarepiraterij.

Softwarepiraterij moet in dit verband ruim worden verstaan. Wereldwijd hebben de leden van BSA meer dan 500 juridische acties ondernomen tegen organisaties die auteursrechten op software hebben geschonden. Het betrof hier organisaties als dealers die computers verkochten met illegaal geïnstalleerde software, bulletin board exploitanten, producenten en leveranciers van gekopieerde of nagemaakte software en organisaties die onrechtmatig kopiëren voor eigen, intern gebruik. Per eind 1993 waren er volgens de opgave van BSA circa 40 zaken binnen Europa aanhangig gemaakt.

¹ Adobe, Aldus, APP Group Ltd., Apple Computer, Autodesk, Central Point Software, Intergraph, Lotus Development, Microsoft, Novell (w.o. WordPerfect), Santa Cruz Operation, Software 602 Ltd., Symantec en Thoroughbred Software.

Omvang van het probleem

Afgaand op de claims van BSA, komt het kopiëren van software overal voor. In de Verenigde Staten lijkt het iets minder dan in West-Europa, waar het, zoals in Nederland, zo'n 70 procent van de software zou betreffen. Nog aanzienlijker is het in de Zuid-Europese landen, waar het illegaal kopiëren soms wel oploopt tot zo'n 90 procent, zoals in Griekenland². BSA baseert zijn schattingen op de aanname dat op iedere computer tenminste drie applicatieprogramma's zijn geïnstalleerd en worden gebruikt. Dit aantal wordt vermenigvuldigd met de schatting van het aantal verkochte personal computers in dat jaar en vergeleken met het aantal verkochte computerprogramma's. De situatie is complexer in Oost-Europese en Arabische landen en in het Verre Oosten. De oorzaak daarvan ligt er waarschijnlijk in dat de markten aldaar minder volwassen zijn dan die in de Verenigde Staten en West-Europa.

Illegaal kopiëren komt voor in verscheidene variëteiten en gradaties. Een basale vorm is het kopiëren in de privé-sfeer. Programma's worden geïnstalleerd, bekeken en uitgeprobeerd, en blijven daarna vaak ongebruikt. Tot een volgende gebruiker er weer een kopie van maakt. Omtrent het illegale karakter van het kopiëren van software in de privé-sfeer bestaat geen eenduidigheid. In de periode voor de implementatie in Nederland van de richtlijn softwarebescherming, zou men zich kunnen beroepen op de exceptie van artikel 16b lid 1 AW 1912, welke bepaling verveelvoudiging voor eigen oefening, studie of gebruik toelaat. Gelet echter op de gangbare definitie van 'geschrift' - als drager van verstaanbare leestekens - lijkt in dat geval het 2e lid daaraan in de weg te staan, aangezien dan slechts een klein gedeelte van het programma gekopieerd zou mogen worden. De wijziging van de Auteurswet 1912 in verband met de rechtsbescherming van computerprogramma's heeft aan beide argumenten de grond ontnomen. Ingevolge artikel 10 lid 1 AW 1912 mogen computerprogramma's niet meer als geschrift worden beschouwd; voorts bepaalt artikel 45n AW 1912 (o.m.) dat de eigen gebruik exceptie niet van toepassing is op computerprogrammatuur. Het is in het bestek van dit artikel niet de plaats om nader in te gaan op deze o.i. nodeloos complicerende interpretatie van de

² Cijfers afkomstig van het door BSA opgestelde overzicht. De schatting van BSA van het totale omzetverlies wereldwijd als gevolg van softwarepiraterij belooft over 1993 12,8 miljard dollar. Europa heeft hierin met 4,9 miljard dollar een aandeel van 38% en staat daarmee bovenaan. (Azië is met 31% een goede tweede, waarna VS/Canada volgt met 19%). Nog ernstiger lijkt het te worden indien men de cijfers ziet uitgedrukt in een percentage dat de mate van piraterij uitdrukt. Het laagste piraterij-percentage treft men aan in de VS met 35%, het hoogste in Indonesië, waar 99% van de software van piraterij afkomstig zou zijn. Nederland scoort in dit overzicht evenmin gering, met een bedrag van een dikke 215 miljoen dollar en 78%. Het overzicht toont verder een stijgende lijn tot en met 1991, waarna deze weer geleidelijk zou afnemen. Of deze afname in omzetverlies verklaard kan worden uit een beteugeling van het fenomeen, dan wel uit de nogal drastische prijsverlagingen van de afgelopen jaren wordt uit het overzicht niet duidelijk. Voor de goede orde: de cijfers in de overzichten van BSA zijn door de schrijvers van dit artikel niet geverifieerd.

richtlijn door de Nederlandse wetgever. Bovendien is de groep privé-kopieerders nu niet de categorie waarop de primaire belangstelling van BSA is gericht.

Een categorie illegale gebruikers waarvan dat wel het geval is, wordt gevormd door organisaties. Daar worden applicatieprogramma's massaal gekopieerd, waarbij er soms slechts een enkele of zelfs geen licentie tegenover staat. In deze gevallen betreft het vooral zakelijke toepassingen bij o.m. particuliere ondernemingen, banken, overheidsinstellingen, universiteiten e.d. Niet altijd is er bij dit soort kopiëren sprake van bewust beleid. Ook komt het voor dat medewerkers een andere voorkeur hebben dan waarvoor binnen de organisatie is gekozen en zelf illegale kopieën in omloop brengen.

Een derde categorie wordt gevormd door de producenten van illegale software. Doorgaans wordt de term softwarepiraterij gehanteerd ter aanduiding van deze categorie: ondernemingen die softwareproducten namaken - inclusief handleidingen, labels, stickers en verpakkingen - en op de markt brengen alsof zij van de oorspronkelijke fabrikanten afkomstig zijn. Deze activiteiten zou men vooral aantreffen in landen uit het Verre Oosten, bijvoorbeeld Hong Kong.

Zoals gezegd, valt het kopiëren in de privé-sfeer enigszins buiten het door BSA te bestrijken veld. De gebruikers zijn moeilijk te achterhalen en spectaculaire resultaten zijn niet te verwachten. De juridische acties van BSA richten zich voornamelijk op de andere twee categorieën, die van de grotere organisaties en die van de illegale producenten. Niettemin heeft ook de publicitaire aanpak van BSA tot resultaten geleid. In verschillende gevallen hebben grotere organisaties zelf het initiatief genomen om een gegroeide illegale praktijksituatie achteraf te legaliseren door alsnog met de leveranciers licentie-overeenkomsten te sluiten.

Strategie

De aanpak door BSA van het illegale gebruik van software bestaat uit drie delen. Eerst is daar de informatieve campagne die de gebruikers het besef moet bijbrengen dat het kopiëren van software niet mag. Daarna komen de invallen. Dit is in zekere zin het meest tot de verbeelding sprekende deel van de activiteiten. Normaal gesproken gaat BSA af op informatie (o.a. via een 06 'kliklijn') van andere ondernemingen, of van gebruikers van de onderneming waarbinnen men zich aan illegale praktijken schuldig maakt. De informatie wordt intern met de betreffende leden geëvalueerd en indien zij als betrouwbaar en de moeite waard wordt beoordeeld, wordt een beslagprocedure ingesteld op basis van artikel 28 Auteurswet 1912. De samenwerking met overheidsinstanties is doorgaans goed, zij het dat er per land wel enig verschil is. Zo is volgens de vertegenwoordiger van BSA de rechter in Zweden op grond van privacy-

overwegingen meer terughoudend bij het geven van toestemming voor bijvoorbeeld beslaglegging. In Italië daarentegen zou dit haast algemeen gebruik zijn, omdat de opsporing van illegaal gebruikte programmatuur een onderdeel is van de taakstelling van de speciale politie-eenheid "Guardia di Finanza" bij invallen bij bedrijven in verband met BTW ontduiking. In Nederland zou de president van de rechtbank de verzoekschriften van BSA voor het leggen van beslag tot nog toe steeds hebben gehonoreerd.

In aanwezigheid van een deurwaarder worden de computers van de organisatie vervolgens onderzocht met behulp van een speciaal ontworpen computerprogramma, dat de computers uitsluitend test op de aanwezigheid van programmatuur van bij BSA aangesloten leden. Zodoende wordt vermeden dat BSA ongewenst ook kennis zou nemen van andere in de systemen opgeslagen informatie. Het aantal aangetroffen exemplaren wordt vergeleken met het aantal licenties dat door de organisatie voor de betreffende software is afgesloten. Daarna staan er twee opties open. Doorgaans worden er onderhandelingen gestart om de aanwezige exemplaren alsnog te legaliseren, waarbij ook een schadevergoeding vanwege het onrechtmatige karakter wordt betrokken. Het alternatief, het derde stadium van BSA's activiteiten, is een juridische procedure. Het aantal juridische procedures is overigens zeer beperkt, niet in het minst omdat de bescherming van software door het auteursrecht onomstreden is³. Nu zou men wellicht verwachten dat, niettegenstaande de auteursrechtelijke bescherming van software, allerlei verweren worden aangevoerd, zoals de 'eigen gebruik exceptie', parallelimporten, dat de softwarepakketten niet tegelijk worden gebruikt, of dat de onderneming niet op de hoogte was van het bestaan van de illegale exemplaren. Het is aannemelijk dat het weinig valide gehalte daarvan verklaart dat deze verweren kennelijk niet worden aangevoerd. Over de 'eigen gebruik exceptie' hebben wij hierboven reeds een opmerking gemaakt. Evenmin kan met succes worden aangevoerd dat het kopiëren van software binnen een onderneming, organisatie of instelling, ten tijde van het regime van voor de wijziging van de Auteurswet 1912, onder de bepaling van artikel 17 zou vallen. Parallelimport zou moeten blijken uit facturen. De stelling dat de exemplaren niet gelijktijdig gebruikt worden is (in ieder geval) in een organisatie met enkele tientallen pc's niet aannemelijk. Het laatste verweer, de onwetendheid, is voor risico van de organisatie. Daar komt bij, dat investeringen en begrotingen soms een onverklaarbaar verschil vertonen tussen de voor de hardware en de voor de software gereserveerde bedragen. De belangrijkste onderwerpen van geschil blijken steeds te zijn het aantal exemplaren en de hoogte van de licentie- en schadevergoedingen.

³. Anders bijvoorbeeld in België, getuige de twee vonnissen elders in dit blad, met noot Taeymans.

BSA initieert alleen civiele acties; behalve in die gevallen waar er sprake is van het (bedrijfsmatig) verhandelen van illegaal gekopieerde software, kiest zij niet voor de strafrechtelijke benadering. In een civiele procedure zijn de leden van BSA die betrokken zijn bij de betreffende actie, zelf procespartij. In dit verband is het dan ook correcter niet te spreken van 'BSA', maar van 'de betrokken leden van BSA'. BSA voert nooit zelf een rechtszaak. De betreffende leden doen dat wel altijd gezamenlijk, zodat niet een 'derde partij' zich separaat van juridische bijstand hoeft te voorzien, en toch de mogelijk als negatief beleefde aspecten in de relatie tot afnemers verdeeld worden.

Soms vraagt BSA ook niet-leden van wie illegale software is aangetroffen te participeren in het rechtsgeding. In dat geval blijven de proceskosten gewoonlijk voor rekening van de BSA-leden. De eventuele opbrengst uit het proces is dan ook voor BSA, terwijl het niet-lid voordeel heeft bij de publiciteit en bij de eventueel overeen te komen licentie-overeenkomst met de illegale gebruiker. Verreweg de meeste zaken eindigen in een schikking. Ten aanzien van de overige, claimt BSA dat alle zaken die tot nu toe voor het gerecht zijn gebracht, zijn gewonnen. In Nederland zijn geen vonnissen geweest.

Regeren is vooruitzien

De werkzaamheden van BSA blijven niet beperkt tot bovengenoemde activiteiten. BSA heeft meer in het algemeen ook belang bij het beïnvloeden van de politieke opvattingen en prioriteiten, onder meer door lobbyen. De aandacht van BSA gaat dan ook uit naar wetgeving op dit gebied, vooral op het niveau van EU-richtlijnen. Zo is er enige betrokkenheid geweest bij de totstandkoming van de aanbevelingen aan de Europese Commissie van de werkgroep over de informatiemaatschappij, die gerapporteerd heeft op de Corfu-bijeenkomst afgelopen juni. Met betrekking tot het intellectuele eigendomsrecht bevat dit rapport het voorstel om de bescherming door intellectuele rechten zich te laten uitstrekken over multimedia, op een Europees en internationaal niveau. Bovendien wordt opgeroepen tot wijzigingen in bestaande intellectuele eigendoms wetgeving, met het oog op informatietechnologie. Andere aandachtsgebieden zijn het bevorderen van standaarden, het gebruik van interfaces en encryptie.

Enkele punten van kritiek

Bij de opvatting en de activiteiten van BSA laten zich wel enige kritische kanttekeningen plaatsen. Voor de bepaling van de omvang van softwarepiraterij is een belangrijk aanknopingspunt hoeveel pc's er per jaar worden verkocht. Dit aantal lijkt evenwel niet eenvoudig te achterhalen. Zo wees een redacteur van

het Griekse pc-magazine "RAM"⁴ op het probleem van dubbeltellingen. De door ondernemingen gepubliceerde cijfers omtrent het aantal verkochte pc's zijn niet zonder meer bij elkaar op te tellen, gelet op de praktijk dat sommige ondernemingen produceren voor weer andere. De cijfers van de bedrijfsmerken-pc's - veelal grotere computerketens - zijn echter ook al verwerkt in die van de daadwerkelijke fabrikanten.

Een volgend twijfelachtig punt is de aanname van BSA dat op iedere pc met drie applicatieprogramma's (besturingsprogrammatuur wordt hier buiten gelaten) wordt gewerkt. Er is echter een enorm aantal computers bij financiële afdelingen en organisaties, op secretariaten, bij banken en bij overheidsinstellingen waar slechts met één applicatie wordt gewerkt. Voorts lijkt BSA niet de legaal bij de verkoop van pc's kant en klaar geïnstalleerde softwarepakketten mee te rekenen.

De eerdergenoemde redacteur van RAM brengt naar voren dat ook een ontoereikende marketing-strategie van de softwareproducenten zelf voor een deel debet is geweest aan deze ontwikkeling. Sinds de eerste pc's op de markt verschenen tot een aantal jaren terug was er nauwelijks enig ondersteunend materiaal van de kant van de software-ontwikkelaars voor programma's in landen met afwijkende talen en kleinere markten. De prijzen waren nog buitenproportioneel hoog - zeker in vergelijking met die in de thuismarkten - en de handleidingen waren haast zonder uitzondering in de Engelse taal. Gebruikers dienden dus ook nog geld te besteden voor de aanschaf van voor hen adequate programmabeschrijvingen, nog daargelaten dat de programma's zelf niet beschikten over spellingcontrole, indexeringen en afbreekroutines in de lokale taal, en dat er geen support hotlines waren. Vaak werden er dus programma's gekopieerd, uitgeprobeerd en weer verlaten, omdat ze toch niet echt geschikt bleken indien de voertaal van de gebruiker niet het Engels was. De redacteur verklaart hieruit dan ook het (relatieve) succes van lokale softwareproducenten, die meer gevoelig zijn voor de werkelijke behoeften vanuit de markt. Ook uit het onderzoek van Jacobs uit 1993⁵ blijkt dat een goed programma met een deugdelijke handleiding tegen een redelijke prijs minder vaak wordt gekopieerd.

Verder hebben de softwareproducenten ook enigszins boter op het hoofd voor wat betreft het laten ontstaan van deze situatie. Nieuwkomers op de markt hebben er doorgaans niet zo'n moeite mee dat hun programmatuur illegaal wordt gekopieerd. Uit het oogpunt van marktpenetratie is het soms wenselijker dat er met illegale exemplaren van het eigen programma wordt gewerkt, dan met legale exemplaren van de concurrent. Pas nádat deze strategie er mede toe

⁴. Th. Spinoulas, "Argumenten tegen de anti-piraterij van BSA", RAM nr 69, april 1994.

⁵. M.A. Jacobs, "Software: kopen of kopiëren", diss. 1993.

heeft geleid dat de nieuwkomer een zekere positie op de markt heeft verworven, gaat het belang van het tegengaan van het illegale gebruik overwegen.

Niet alle categorieën softwareproducenten hebben in gelijke mate last van softwarepiraterij. De ontwikkelaars van maatwerkprogrammatuur hebben een directe relatie met de afnemers. Zelfs indien dergelijke programma's gekopieerd zouden worden, is het nog maar de vraag of ze elders nuttig zouden zijn, gelet op het cliënt-specifieke karakter. Ook programma's die periodiek onderhoud vereisen, zoals financiële en fiscale software, zijn minder gevoelig voor softwarepiraterij. Het probleem speelt het sterkst bij de producenten van algemeen toepasbare, populaire standaardpakketten. Technische beveiliging van software zou hier voor de hand liggen, ware het niet dat daar ook aanzienlijke nadelen aan verbonden zijn. Technische beveiligingen zijn ook voor de legale gebruiker soms hinderlijk, terwijl de 'softwarekraker' zich er niet door laat afschrikken. Softwarebescherming door middel van hardware-beveiligingen maken het pakket weer duurder, zijn lastig in het gebruik en brengen daardoor de leverancier in een nadelige concurrentiepositie. Indien de softwareproducenten gezamenlijk tot zo'n initiatief zouden besluiten in de vorm van een overeenkomst, loopt men het risico in aanvaring te komen met anti-trust wetgeving in ruime zin.

Slot

Softwarepiraterij is een probleem voor veel softwareproducenten. De leden van BSA vormen slechts een deel van de producenten die daartegen wel juridische acties zouden willen ondernemen, maar niet het vermogen hebben om dat individueel te doen. Niettemin zijn de activiteiten van BSA - juridisch en anderszins - van betekenis voor de software-industrie als geheel en dus ook voor de kleinere softwareproducenten die niet zelfstandig tegen softwarepiraterij kunnen optreden. Voor de leden van BSA geldt dat de effectiviteit van de bestrijding van softwarepiraterij nog zou kunnen toenemen met een zorgvuldiger tactiek, een verdere uitbouw van activiteiten en een nauwkeurigere inschatting van de gepubliceerde cijfers.

Opvallend blijft het evenwel, dat een particulier initiatief als BSA nodig blijkt om de belangen te behartigen van een tak van industrie, daar waar tezelfdertijd door overheidsinstanties computercriminaliteit wordt aangewezen als een belangrijk aandachtsgebied. Hoewel de cijfers die over het fenomeen computercriminaliteit worden gepubliceerd⁶ aangeven dat softwarepiraterij de meest voorkomende vorm daarvan is, lijkt het voor de overheidsinstanties speciaal

⁶. Zie voor Nederland bijvoorbeeld: Charbon en Kaspersen, "Computercriminaliteit in Nederland", rapport in opdracht van het Platform Computercriminaliteit, 1990

belast met de bestrijding van computercriminaliteit niet het belangrijkste aandachtspunt.

Het is jammer dat de overzichten van BSA tekort schieten bij het in kaart brengen van het soort organisaties waar naar hun constatering softwarepiraterij veelvuldig voorkomt. Of de overheid in een dergelijk overzicht hoog zou 'scoren', blijft nu niet meer dan een veronderstelling? Dat BSA gebaat is bij een goede verstandhouding met diezelfde overheid spreekt voor zich. De computerbranche heeft veel te winnen bij de verbreding van het intellectuele eigendomsrecht, zodat dit mede nieuwe producten zal omvatten als multimedia. Voor de ontwikkeling van de computerindustrie en de bevordering van het gebruik van nieuwe vormen van informatie-overdracht wordt het steeds meer van belang dat wetgeving wordt geharmoniseerd. De belangen van producenten en afnemers van software en van data dienen daarbij evenwichtig tot hun recht komen.