



Brinkhof

ADVOCATEN

Internettussenpersonen en auteursrecht

PAO Actualiteiten Auteursrecht
21 november 2011
Remy Chavannes

Agenda

- Voorgeschiedenis in vogelvlucht
- Auteursrechtinbreuk tussenpersoon
- Aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk derden
- Behulpzaamheidsverplichtingen
 - Informatieverplichtingen
 - Preventieverplichtingen (filteren)
- Afsluiting: internettussenpersonen en auteursrechthandhaving

Soorten en maten

Technische schakels in het verkeer tussen zender en ontvanger, koper en verkoper, maker en gebruiker

- Infrastructuurpartijen (SIDN, AMS-IX, RIPE NCC)
- Access & hosting providers
- Zoekmachines
- Advertentieplatforms
- Bestandsuitwisselplatforms
- Internetfora en marktplaatsen

Brinkhof

De periode 2000 - 2010
Van postbode naar wijkagent



Richtlijn Elektronische handel

- Geen aansprakelijkheid bij doorgifte (access), mits geen betrokkenheid bij inhoud
- Geen aansprakelijkheid bij opslag (hosting), mits geen kennis illegaliteit en verwijdering na redelijke kennisgeving

Richtlijn Elektronische handel

- Geen algemene toezichtverplichting
- Wel mogelijkheid maatregelen om inbreuk te voorkomen of beëindigen
- Verstrekking informatie aan bevoegde autoriteiten
- Geen regels over hyperlinks en zoekmachines

Materiële faciliteiten

Gemeenschappelijke verklaring bij artikel 8 WIPO Auteursrechtverdrag / overweging 27 Auteursrechtrichtlijn:

De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zichzelf geen mededeling [aan het publiek]

Groei medewerkingsplichten

- Kennelijk onrechtmatige website afsluiten en klantgegevens verstrekken (Scientology/XS4ALL)
- Links naar kopieën van verboden informatie verwijderen uit forum (DB/Indymedia)
- NAW-gegevens verstrekken als onrechtmatigheid niet vast staat (Lycos/Pessers)

Groei medewerkingsplichten (2)

- Internetverbinding van inbreuk plegende klant afsluiten (Brein/KPN)
- Verkeersgegevens klant verstrekken (Iceshop/Google)
- EU-recht laat verplichte verstrekking van NAW-gegevens onder bepaalde omstandigheden toe, maar verplicht er niet toe (HvJ Promusicae)
- Verkeersgegevens klant bewaren t.b.v. latere verstrekking aan werkgever? (X/Y, LJN BO2916)

Brinkhof

**Auteursrechtinbreuk door
tussenpersoon zelf**

Brein / News-Service

- Usenet is wereldwijd gesynchroniseerd netwerk van berichtendiensten: tekst maar tegenwoordig ook veel binaries
- Veel van deze binaries zijn inbreukmakende films, muziek etc.
- NSE levert aan ISPs en aan resellers, die onder eigen naam Usenet-toegang verkopen

Brein / News-Service

Rechtbank Amsterdam 28-9-11:

- Opslag berichten valt niet onder exceptie voor tijdelijke reproductie en is dus illegale verveelvoudiging
- Synchronisatie met andere Usenet-aanbieders is geen openbaarmaking (HR Chellomedia)
- Beschikbaarstelling aan klanten van resellers is dat wel (HvJ Rafael Hoteles)

Brein / News-Service

- NSE behandelt binaries anders dan tekstberichten en benadrukt lange retentieperiode
- 400 dagen retentie is nog altijd korter dan een hosting provider (immers onbeperkte retentie)
- Hostingexceptie komt niet aan bod
- NSE heeft deuren inmiddels gesloten, maar gaat in hoger beroep

FTD / Brein

- FTP exploiteert online forum waar gebruikers informatie over Usenet-aanbod kunnen uitwisselen ('spots')
- Spots zijn alleen tekstuele beschrijving, geen hyperlink of torrent; lezer moet bestand zelf gaan zoeken
- Gebruikers die spots plaatsen krijgen kudos-punten

FTD / Brein

Rechtbank Haarlem 9-2-11:

- Geen openbaarmaking door FTD want geen link of andere directe lijn naar Usenet-bestanden
- Publiek is al bereikt door de uploader, makkelijker vindbaar maken ≠ nieuw publiek bereiken
- Geen feitelijke beheersing van bestanden, want FTD heeft geen invloed op Usenet-aanbod

Kim Holland / 123Video

- 123video.nl is een video-uploads site
- Gebruiksvoorwaarden verbieden commerciële video's of video's waarop gebruiker niet zelf de rechten heeft
- Gebruiker uploadt toch een aantal fragmenten van Kim Holland films
- Kim Holland vordert schadevergoeding op basis van €0,80 per minuut

Kim Holland / 123video (2)

Rb. Amsterdam 24-11-10 (LJN BP6880):

- 123video levert meer dan technisch hulpmiddel maar komt met volledige kennis van gevolgen van haar handelen tussen om bezoekers toegang tot werken te bieden (HvJ Rafael Hoteles)

-> 123video maakt inbreuk

Kim Holland / 123video (3)

Rechtbank benadrukt extra dienstverrichtingen door 123video:

- Conversie van video's naar Flash
- Opsplitsing site categorieën, inclusief verplaatsing bij verkeerd uploaden
- Aparte rubriek meest bekeken video's
- Mogelijkheid commentaar te geven
- Video's worden getoond binnen door 123video vormgegeven raamwerk

Brinkhof

Onrechtmatig faciliteren van inbreuk door derden



FTD / Brein

Rechtbank Haarlem 9-2-11:

- Meeste spots zijn beschrijvingen van inbreukmakend materiaal
- FTD-moderatoren controleren spots
- Veel spotters zijn ook uploaders
- Faciliteren van downloaden is niet onrechtmatig, want ook downloaden uit illegale valt onder thuis kopie



FTD / Brein

- FTD verdient aan advertenties
- FTD helpt uploaders hun doel te bereiken en moedigt ze aan (kudos)
- FTD draagt bij aan vindbaarheid bestanden en is dus (mede)veroorzaker van schade rechthebbenden

-> FTD handelt onrechtmatig.

Brein / News-Service

Rechtbank Amsterdam 28-9-11:

- Synchronisatie met andere Usenet-aanbieders is weliswaar geen openbaarmaking, maar wel een bewust en structureel faciliteren van inbreuk door die andere aanbieders voor eigen gewin

-> NSE handelt onrechtmatig.

L'Oréal / eBay

HvJ 12-7-11 (zaak C-324/09):

- Elektronische marktplaats kan onder begrip hostingdienst vallen
- Geen beroep op hostingexcepte bij actieve rol tussenpersoon, waardoor deze kennis van of controle heeft over opgeslagen gegevens (HvJ Google)
- Hulp aan klanten bij optimaliseren van advertentie of verkooppromotie = actieve rol

L'Oréal / eBay (2)

- Hof baseert "louter technisch, automatisch en passief" vereiste op overweging 42 bij E-commerce rl.
- Deze overweging gaat echter alleen over mere conduit en caching, bij hosting alleen vereist dat aanbieder ingrijpt na kennis van illegaliteit
- Uitbreiding naar hosting providers = beperking hostingexcepte?

L'Oréal / eBay (3)

- "Kennis" van onwettige karakter informatie is al aanwezig bij kennis van feiten of omstandigheden op grond waarvan behoedzame marktdeelnemer onwettigheid had moeten vaststellen
- Verbod of bevel aan hosting provider niet beperkt tot aangetoonde inbreuk, kan ook zien op voorkomen nieuwe soortgelijke inbreuken

L'Oréal / eBay (4)

- Inrichting maatregelen is aan lidstaten, mits effectief, afschrikkend, billijk, evenredig en niet overdreven kostbaar
- Geen algemene monitorverplichting d.w.z. actief surveilleren van alle gegevens van alle klanten om elke toekomstige inbreuk te voorkomen
- Geen belemmering van legitiem handelsverkeer
- Passend evenwicht tussen rechten en belangen alle betrokkenen

Brinkhof

Informatieverplichtingen

Ziggo / 123Video

- Vordering tot verstrekking van NAW-gegevens klant die beschermde filmwerken uploadde naar 123video.nl
- 123video.nl had per e-mail gecorrespondeerd met klant

Ziggo / 123Video

Hof Amsterdam 10-10-10:

- Algemene belangenafweging, waarin Lycos/Pessers criteria impliciet worden afgewerkt
- Vordering wordt afgewezen op derde criterium (geen minder ingrijpende mogelijkheid voorhanden): 123video.nl kende naam en adres uit mail-corespondentie, kan deurwaarder langsturen (!)

Bonnier Audio (zaak C-461/10)

- Illegale verspreiding audiobooks via ftp
- Bonnier vraagt NAW-gegevens bij ISP
- Prejudiciële vraag Zweedse rechter:
Verbiedt de Richtlijn bewaarplicht verkeersgegevens de verstrekking van NAW-gegevens aan rechthebbenden op grond van de nationale implementatie van de IE-Handhavingsrichtlijn?

Conclusie AG 17-11-2011

Nee, de Richtlijn bewaarplicht verkeersgegevens gaat niet over verstrekking van NAW-gegevens aan auteursrechthebbenden in een civiele procedures en verbiedt het dus niet.

Conclusie AG (2)

Die informatie moet evenwel zijn bewaard om voor dat doel te kunnen worden verstrekt en gebruikt overeenkomstig gedetailleerde nationale bepalingen die zijn vastgesteld met eerbiediging van het Unierecht op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens.

Vergelijk Vزر. Rb. Alkmaar 4-11-10 (X/Y),
Mediaforum 2011-2 m.nt. Q.R. Kroes

Brinkhof

Preventieverplichtingen Filteren

Argumenten voor filteren

- Eenvoudig buitenlandse sites blokkeren die massaal en ongecontroleerd auteursrechtinbreuk plegen of faciliteren
- ISP's filteren toch al: zie spamfilters
- Noodzakelijk om legale alternatieven een kans te geven

Argumenten tegen filteren

- Implementatie is technisch complex, duur en riskant (*single point of failure*)
- Omzeiling is technisch eenvoudig
- Filter laat onrechtmatige content ongemoeid, compliceert alleen toegang
- Blokkeert veel onschuldige content
- Preventieve censuur
- Hellend vlak (zie artikel Schellekens in cursusmateriaal)

Brein/Ziggo

- Brein heeft verbod jegens The Pirate Bay gekregen (LJN BK1067), maar dat blijkt onuitvoerbaar
- Brein eist dat *access provider* Ziggo toegang van klanten tot bestaande en eventueel toekomstige domeinnamen en IP-nummers van TPB blokkeert

Brein/Ziggo (2)

Vzr. Rb. Den Haag 19-7-10:

- Artikel 26d Aw kan ook worden ingeroepen in procedure waarin inbreukmaker zelf geen partij is
- Artikel 6:196c lid 5 BW betekent dat gebod aan access provider op zich mogelijk is

Brein/Ziggo (3)

- Echter niet voldaan aan voorwaarden artikel 26d Aw, dat alleen individuele inbreuk kan doen staken; filter raakt ook niet-inbreukmakende klanten
- Niet voldaan aan subsidiariteitseis: Brein kan ook individuele Ziggo-klanten dagvaarden

Scarlet Extended / SABAM

Prejudiciële vraag:

Bieden de Auteursrechtlijn en de Handhavingsrichtlijn, gegeven de E-commerce-, Privacy- en ePrivacy-richtlijnen en 8 en 10 EVRM, basis voor een filterbevel aan een tussenpersoon ovg de implementatie van 8 lid 3 Aut.r.rl [bevel tot staking diensten die voor inbreuk worden gebruikt, 26d Aw]?

Zie samenvatting Belgische procedure in 20C Fox/BT § 165-174

Scarlet Extended / SABAM (2)

Conclusie AG 14-4-11: Nee

- Opgelegde filterverplichting is algemeen, onbepakt, preventief, op kosten van tussenpersoon
- Belgische implementatiebepaling voldoet niet aan 'prescribed by law' vereiste van 10 lid 2 EVRM (52 Hv): onvoldoende duidelijk, specifiek en voorspelbaar in zijn toepassing
- Zie bijv. EHRM RTBF/België 29-3-11 over preventief publicatieverbod

20th Century Fox/BT (Newzbin)

- Zoekmachine voor Usenet binaries
- In 2009 £1 miljoen omzet
- Wegens auteursrechtinbreuk verboden
- Meteen ontstaat Newzbin2, dat ontraceerbaar blijkt te zijn
- Filmstudio's eisen dat BT toegang tot Newzbin2 blokkeert middels haar bestaande filter tegen kinderporno

20C Fox / BT (2)

High Court 28-7-11:

- BT hoeft geen kennis te hebben van specifieke inbreuk door individuele klant; kennis dat klanten haar systeem gebruiken om inbreuk te maken is voldoende
- Reikwijdte verbod aan tussenpersoon kan ruimer zijn dan reikwijdte daadwerkelijk vastgestelde inbreuk: beëindigen inbreuk én voorkomen nieuwe inbreuken (L'Oréal/eBay)

20C Fox / BT (3)

- Reikwijdte mogelijk gebod aan access provider (inbreuk beëindigen of voorkomen) is niet beperkter dan aan hosting provider (informatie verwijderen of ontoegankelijk maken)
- Filterverplichting is niet in strijd met algemeen monitoringverbod, want specifiek en beperkt gebod dat niet ziet op inhoud van communicatie

20C Fox / BT (4)

- Niet in strijd met 10 lid 2 EVRM want gevraagde filterverplichting is, anders dan in Scarlet/SABAM, duidelijk en specifiek en maakt gebruik van reeds bestaande filtertechniek zodat de extra kosten beperkt zijn (£5.000)
- Miskent rechter hiermee niet kritiek van AG op de kwaliteit v/d wettelijke *grondslag* (in VK gelijk aan Belgische)?

VZW BAF / Telenet

Hof van Beroep Antwerpen 26-9-11:

- Access providers moeten toegang tot domeinnamen Pirate Bay blokkeren
- IP-blocking afgewezen vanwege te grote bijvangst
- Geen bespreking van kritiek AG in Scarlet Extended
- Verbod ziet alleen op subdomeinen met www.; eenvoudig te omzeilen via nieuwe domeinnaam depiraatbaai.be

Brinkhof

Afsluiting

Internettussenpersonen en auteursrechthandhaving

Enige conclusies

- Internettussenpersonen plegen als zodanig niet snel auteursrechtinbreuk
- Internettussenpersonen die zich willen beroepen op de hostingexceptie moeten zich echter beperken tot neutrale, louter technische en automatische verwerking van gegevens van klanten, zonder kennis ervan of controle erover

Enige conclusies (2)

- Internettussenpersonen die structureel aanzetten tot en profiteren van andermans inbreuk, handelen al snel onrechtmatig
- (Internettussen)personen die in een positie zijn om een rechthebbende behulpzaam te zijn, worden daartoe betrekkelijk snel veroordeeld

Enige conclusies (3)

- Juridisch verloopt de aanval op bestandsuitwisseling via Usenet voorspoedig
- De technische doeltreffendheid moet nog blijken

Enige conclusies (4)

- Veel lopende procedures over filterverplichtingen – mogen ze überhaupt en, zo ja, onder welke omstandigheden en met welke waarborgen en hoe expliciet moet de wettelijke grondslag zijn?
- Hof van Justitie laat tot nu de nodige ruimte aan lidstaten om balans te vinden tussen verschillende belangen (auteursrecht, e-commerce, privacy)

Toekomstige ontwikkeling

- Laatste tien jaar sterke toename in medewerkings- en behulpzaamheidsverplichtingen
- Begin van tegenbeweging?
- Waar ligt het evenwicht, m.a.w. in hoeverre moet een internettussenpersoon zich inspannen om te voorkomen dat gebruikers van hun diensten (daarmee) auteursrechtinbreuk plegen?

Huidige ideeën

- Brein: access providers vragen buitenlandse sites te filteren
- Europese auteursrechtlobby: internetverbod voor veelplegers ("graduated response")
- Justitie: filteren op last van OvJ

Logische volgende stappen

- Filteren van overige onwenselijke content (radicalisering, privacy-schending, laster, linkse hobby's, etc.)
- Identificatieplicht bij internetcommunicatie
- Meldplicht ongebruikelijke verkeersstromen
- Bewaarplicht internetverkeer

Waarom de providers?

- "Ze zijn verantwoordelijk voor het ontstaan van het probleem"
- "Ze verdienen geld aan illegaal downloaden"
- "Ze zijn in een positie om er wat aan te doen"
- "Ze hebben een maatschappelijke verantwoordelijkheid"

Wat is de provider niet?

- Politieagent
- Rechter
- Wetgever
- Klusjesman

Wat is de provider wel?

- Leverancier van een transportdienst: snel, veilig, goedkoop, neutraal
- die groot maatschappelijk belang heeft
- en dus ook gebruikt wordt door boeven en piraten
- net als wegbeheerder, PostNL, NS, KLM of taxicentrale.

Retorische vragen

- Moet NS op verzoek van werkgever reisgegevens van werknemer verstrekken?
- Moet de wegbeheerder auto's met namaakgoederen tegenhouden?
- Moet KLM alle bagage controleren op extremistische literatuur?
- Moet PostNL gegevens over alle postzendingen opslaan en 12 maanden bewaren?
- Moet de taxicentrale alle passagiersgesprekken opnemen?

Stellingen

- Ontzie access providers en andere tussenpersonen die zich daadwerkelijk niet met de inhoud bemoeien
- Verdere theorievorming over subjectieve verwijtbaarheid faciliteren
- Medewerkingsplichten beoordelen op technische en maatschappelijke kosten en baten; afweging (grond)rechten alle betrokkenen. Filteren ≠ de oplossing
- Verkeerspolitie, Spoorwegpolitie, Luchtvaartpolitie, Internetpolitie?

Brinkhof

ADVOCATEN

Remy Chavannes
E remy.chavannes@brinkhof.com
<http://www.twitter.com/remych>

