

Tijd voor een frisse wind op de markt

Citeerwijze: Sarah Arayess, *Tijd voor een frisse wind op de markt*, *Auteursrechtdebat 7 november 2014*, IEF 14349.

In een perfecte IE-wereld waarin alles zou gaan zoals het bedoeld is, geldt het uitgangspunt dat een inbreukmaker rechtstreeks wordt aangesproken door de rechthebbende. De inbreukmaker stopt (vrijwillig dan wel op bevel van de rechter) met de inbreukmakende handeling(en) en de wereld is weer even zoals deze moet zijn. Geen speld tussen te krijgen. Toch zijn situaties denkbaar, waarin een of meerdere factoren aanwezig zijn waardoor dit soepele proces wordt verstoord. Online auteursrechtinbreuk is daar een van. Of we daar nou blij mee (moeten) zijn of niet: de technologie ontwikkelt in razendsnel tempo en dit lijkt de komende tijd niet te stoppen. Wie is de inbreukmaker en wie kan worden aangesproken?

Allereerst in het kort een overzicht “torrents voor dummies” om zo te kunnen bepalen wie nou eigenlijk aangesproken zou moeten worden. Iemand (de oma uit de bijdrage van mr. F.B. Melis?) surft naar thepiratebay.com en zoekt naar de film 'Frozen'. Zij heeft van horen zeggen dat deze *feelgood movie* uitermate geschikt is voor stormachtige herfstavonden. Oma vindt een torrent die de film bevat (en wellicht nog een los bestand met Nederlandse ondertitels¹) en klikt op de 'magnet link'. Deze wordt vervolgens geopend in het Torrent-programma dat haar kleinzoon heeft geïnstalleerd. De magnet link bevat een *hash code*, een unieke code die ook in de torrent is opgenomen. Via die *hash code* zoekt het Torrent-programma een online gebruiker die de torrent met dezelfde *hash code* reeds op zijn/haar computer heeft staan. Die online gebruiker uploadt vervolgens een klein bestand (met de extensie .torrent) naar oma. Het grote verschil tussen dat kleine .torrent-bestandje en de magnet link is dat het .torrent-bestandje ook informatie bevat over de

bestanden *in die torrent*.² Ingewikkelde materie voor leken.

Zodra oma het .torrent-bestandje binnen heeft, kan het downloaden van Frozen echt beginnen. Met behulp van de *tracker* in het .torrent-bestandje vindt het Torrent-programma van oma alle mensen die de torrent met de film reeds volledig hebben gedownload (zogenaamde *seeders*) of die nog bezig zijn met downloaden en dus pas een deel van de film heeft gedownload (zogenaamde *leechers*). Om dit proces zo snel en efficiënt mogelijk te maken, is een torrent opgedeeld in allemaal stukjes van dezelfde grootte (bij een film bijvoorbeeld stukjes van 1 megabyte), die onafhankelijk zijn op te vragen bij een seeder of leecher. Het opgevraagde stukje wordt vervolgens door zo'n seeder of leecher naar oma verzonden. Bij een leecher kunnen uiteraard alleen de stukjes worden opgevraagd die de leecher zelf al heeft gedownload. Zodra alle stukjes door oma zijn ontvangen worden deze door het Torrent-programma samengevoegd tot de afspeelbare film Frozen.

Het proces van dat verzenden zelf is ook interessant: de seeder heeft zelf bewust een Torrent-programma aangezet en de betreffende (stukjes van een) torrent geüpload, maar technisch gezien gebeurt het verzenden van het opgevraagde stukje naar oma via de ISP van die seeder (laten we als voorbeeld XS4ALL nemen). Oma heeft zelf ook een internetabonnement bij een ISP (bijvoorbeeld Ziggo). Het stukje wordt dus door XS4ALL aan Ziggo doorgegeven, die de informatie vervolgens naar oma doorzet. Dit klinkt vrij logisch en onschuldig, tot wordt bedacht dat het hier om een stukje auteursrechtelijk beschermd materiaal gaat. Stof tot nadenken lijkt mij.

¹ Zijn ondertitels ook auteursrechtelijk beschermd? Interessante vraag, feit is dat BREIN recent de serie-ondertitels-site bierdopje.com (overigens zonder procedure) heeft overtuigd om alle ondertitel-downloads offline te halen. Zie ook: <http://nos.nl/op3/artikel/579898-brein-jaagt-op-ondertiteling.html>.

² Wellicht is dit verschil de reden dat TPB sinds enige tijd geen .torrent-bestandjes meer ter download aanbiedt, maar alleen nog maar *magnet links*. De .torrent-bestandjes bevatten informatie over hun (mogelijk op auteursrecht(en) inbreukmakende) inhoud, *magnet links* niet. TPB biedt dus geen downloads met een directe link naar inbreukmakend materiaal meer aan. Zie ook voetnoot 3.

Met deze informatie in het achterhoofd rijst de vraag: wie is nou precies de inbreukmaker bij torrentsites zoals The Pirate Bay (TPB)? Is dat i) de uploader (seeder) als feitelijk openbaarmaker van auteursrechtelijk beschermd materiaal³? Is dat ii) Internet Service Provider (ISP) van de uploader, als degene die het openbaar maken van auteursrechtelijk beschermd materiaal technisch mogelijk maakt en ook technisch uitvoert? Of is dat iii) de downloader⁴ of misschien wel iv) de ISP van de downloader? Of is dat, als laatste optie, v) de beheerder van de torrentsite?⁵ En dan de vervolgvraag: wie mag je als rechthebbende aanspreken?

De strategie van Brein kennen we inmiddels: het aanpakken van torrentsites (proberen) via de internet service providers (ISP's). Dit was succesvol in 2012, met een blokkade van diverse websites van TPB tot gevolg.⁶ De inbreukmakers (van notoire uploader tot "zaterdagavondfilm-downloader") bleken echter niet voor één gat te vangen en omzeilden de blokkade massaal. Het Hof oordeelde daarom dit jaar dat de opgelegde blokkade niet effectief is geweest (en dus niet evenredig) en vernietigde de uitspraak van de rechtbank.⁷

Ook in andere EU-landen, zoals in Engeland, speelt de vraag wat de reikwijdte is van een verplichte blokkade. Zeer recentelijk is de High Court in Londen zeer uitvoerig ingegaan op de mogelijkheid om ISP's verplicht een website te laten blokkeren wanneer op deze website counterfeit producten worden verkocht.⁸ In deze uitspraak is de volgende

³ Hof Den Haag 28 januari 2014, *IEPT20140128*, r.o. 4.2 (Ziggo-Xs4all/Brein).

⁴ Dit lijkt sinds HvJ 10 april 2014 (ACI/ThuisKopie) een aannemelijke optie, nu in dit arrest kort gezegd is bepaald dat de thuisKopie-exceptie uit de Auteursrechtlijn niet van toepassing is op downloads uit illegale bron. Bovendien zorgen Torrent-programma's ervoor dat de stukjes die al zijn gedownload, zelf ook weer geüpload worden.

⁵ Deze optie lijkt echter door het hof Den Haag te worden afgewezen. Zie Hof Den Haag 28 januari 2014, *IEPT20140128*, r.o. 4.6 (Ziggo-Xs4all/Brein). De magnet links die door TPB worden verstrekt zijn niets meer dan alleen een linkje. Via dit linkje kan toegang worden gekregen tot toegang naar mogelijk auteursrechtelijk beschermde werken. Te indirect, aldus het hof.

⁶ Rb Den Haag, 11 januari 2012, *Brein v Ziggo & XS4ALL*.

⁷ Hof Den Haag 28 januari 2014, *IEPT20140128* (Ziggo-Xs4all/Brein).

⁸ Artikel 11 lid 1 van de Handhavingsrichtlijn (mogelijkheid tot aanspreken tussenpersonen bij IE-inbreuk) is voor wat betreft het merkenrecht in Engeland nooit geïmplementeerd in de nationale wetgeving. In Nederland is een dergelijke bepaling terug te vinden

overweging terug te vinden. De rechter stelt: "*I do not accept that it is incumbent on [de merkhouders] to show that the blocking measures would lead to a reduction in the overall level of infringement of the Trade Marks, I do accept that the effectiveness of the blocking measures in reducing access to the [geblokkeerde websites] is an important factor in assessing their proportionality.*". Een opvallende overweging. Dit zou betekenen dat het niet aan de (auteurs)rechthebbende is om te laten zien dat de door hem of haar gewenste blokkade inderdaad zal leiden tot minder inbreuken, terwijl dit tegelijkertijd wel een belangrijke factor is om te bepalen of de gevraagde maatregel proportioneel is. De vraag rijst: als de (auteurs)rechthebbende niet hoeft te laten zien dat de door hem of haar gevraagde maatregelen effect zullen hebben (maar dit wel belangrijk is voor het bepalen van de proportionaliteit), is het dan de taak van de ISP's om het tegendeel te bewijzen? Houdt dit een omkering van de bewijslast in? Of hoeft geen van de partijen de (al dan niet) effectiviteit van de blokkade te laten zien, maar vereist dit actief (spontaan?) onderzoek door de rechter? Dit laatste strookt niet met het procesrecht zoals wij dat kennen. De discussie over dit onderwerp valt helaas buiten het bestek van deze bijdrage.

Deze ontwikkelingen roepen bij mij de gedachte op dat de ISP's als een soort heilige graal worden beschouwd, een strohalm waaraan de rechthebbenden zich krampachtig vasthouden. Ondanks dat ik de praktische voordelen van het aanspreken van de ISP's zie, vind ik dat het aanspreken van de inbreukmakers prioriteit moet hebben. Alleen zo kan het probleem effectief worden aangepakt. Laten we de online situatie eens converteren naar een offline situatie. Denk bijvoorbeeld aan de Albert Cuyp markt. Op deze markt staan allerlei verschillende markthandelaren, die in principe niets met elkaar te maken hebben. Een deel hiervan verkoopt inbreukmakende spullen. Wie pak je hiervoor aan? De marktkoopmannen (de uploader, optie i) of misschien wel de mensen die speciaal naar de markt gaan om iets

in artikel 2.22 lid 6 BVIE. Voor wat betreft het auteursrecht: artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn die zowel in Engeland als in Nederland is geïmplementeerd (respectievelijk s97a of the Copyright Designs and Patents Act 1988 en artikel 26d Auteurswet).

“inbreukmakends” te kopen (de downloader, optie iii), die dit materiaal vervolgens misschien wel verder te verspreiden). Maar wat te denken van de persoon die over de markt zwerft, in contact staat met elk kraampje en elke bezoeker op de markt. Een onguur type, met een zwarte lange jas en een verweerd gezicht? ⁹ Wanneer je hem aanspreekt, weet hij precies waar je moet zijn. Als je iets zoekt of wil verkopen, inbreukmakend of niet: *he’s your man* en hij wijst je in de juiste richting (de beheerder van de torrentsite, optie v). Of laat je al deze partijen buiten beschouwing en pak je dan de Gemeente Amsterdam aan. Deze partij organiseert de markt, zorgt ervoor dat de marktkoopmannen op de markt kunnen staan en dat de bezoekers toegang tot de markt hebben (de ISP’s optie ii en iv).¹⁰ Waarom de gemeente aanspreken als het de marktkoopmannen zijn die eigenlijk inbreuk maken? Ligt de marktstruiners aanpakken (optie iii) te gevoelig in de publieke opinie? Dit ‘gewone volk’ aanpakken, dat durft zelfs Brein (nog?) niet aan.¹¹ En wat te denken van die man? Wat zou er gebeuren wanneer je deze van de markt weert (of laat weren door de gemeente)? Zullen niet altijd nieuwe mannen de kop opsteken, de wens van de markt volgend?

Het lijkt een goed idee de gemeente (lees: de ISP’s) te laten verplichten deze zonderling te weren van de markt. Deze oplossing lijkt tevens redelijk gemakkelijk uit te voeren. De gemeente mag namelijk zelf beslissen hoe ze deze maatregel zal uitvoeren. Een groot voordeel voor de rechthebbenden is dat de gemeente goed te vinden is en een duidelijke, zelfs betrouwbare partij om mee om te gaan. Hoe anders is dit wanneer je de inbreukmakers zelf probeert te pakken te krijgen, of die slimme man. Kortom: wanneer we teruggaan naar de online situatie, lijkt het in sommige gevallen een goed idee de ISP’s aan te spreken. Bovendien: de wet biedt niet voor niets hiertoe een mogelijkheid in art. 26d Auteurswet. Toch

⁹ Of zo u wenst, de (oude) behulpzame, wijze man met diepgaande en verstrekkende kennis.

¹⁰De vergelijking met de marktkoopmannen is nog uit te breiden. Zo kun je deze personen wellicht vergelijken met de bekende “zonnebrillenverkopers” in bijvoorbeeld een stad als Rome: groot in aantal, razendsnel en nooit op dezelfde plek. Bovendien zullen de marktkoopmannen naast de inbreukmakende goederen doorgaans ook nog niet-inbreukmakende spullen verkopen, wat het nog lastiger maakt ze te vinden en aan te spreken.

¹¹ <http://anti-piracy.nl/nieuws.php?id=215>.

dient de vraag of de gevraagde maatregel wel proportioneel is naar mijn mening steeds een rol te blijven spelen. De Memorie van Toelichting bij dit artikel 26d stelt immers: *“Indien de tussenpersoon zelf geen inbreuk pleegt en het dagvaarden van de inbreukmaker evenzeer voor de hand ligt en even goed mogelijk is als het dagvaarden van een tussenpersoon, dan zal de vordering tegen de tussenpersoon afgewezen dienen te worden. De vordering tegen de tussenpersoon zal een zelfstandig doel moeten dienen dat niet op enige andere wijze te realiseren is via de inbreukmaker zelf.”*¹² Uit deze overweging blijkt dat terughoudendheid betracht moet worden. Dat het “lastig” is om de inbreukmakers zelf individueel aan te pakken, rechtvaardigt niet dat rechthebbenden de ISP’s opzadelen met het oplossen van hun problemen. Het probleem moet bij de kern aangepakt worden en dat zijn de inbreukmakers.

Kortom: genoeg mogelijkheden tot discussie over dit onderwerp. Ondanks alle (technische en maatschappelijke) veranderingen in deze 21^{ste} eeuw, geldt nog steeds dat vraag en aanbod de markt bepalen. Wellicht wordt het tijd dat nieuwe handelaren (in de vorm van aantrekkelijk legaal aanbod) de markt gaan bestormen, de koopjesjagers verleiden en zo zorgen voor een frisse wind. Dit is geen nieuwe oplossing, maar in het verlengde van het motto *“if you can’t beat them, join them”* naar mijn mening nog steeds een serieuze kandidaat. Zo lang deze oplossing echter nog niet (voldoende) voorhanden is, is de meest doelgerichte aanpak naar mijn mening niet het aanspreken van de ISP’s, maar het aanspreken van de inbreukmakers zelf.

Mr. drs. Sarah Arayess (advocaat bij Hoogenraad & Haak, advertising + IP advocaten)

¹² Kamerstukken II 2005/06 30 392, 3, p. 26 (MvT).