

M.G. Schrijvers, Noot bij Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, IEF 9218 (FTD/EyeWorks), ook verschenen in Computerrecht (Afl. 3 - juni 2011, nr. 69), IEF 10397.

door mr. M.G. Schrijvers¹

Inhoudsopgave

0. Inleiding

1. Feiten

2. Vorderingen Eyeworks

3. Geen openbaarmaking

4. Downloaden niet verboden: betrokkenheid niet onrechtmatig

5. Uploaden wel verboden: betrokkenheid wel onrechtmatig

6. Conclusie

0. Inleiding

Zowel in binnen- als buitenland is er inmiddels een heel scala aan rechterlijke uitspraken die zien op het (tegenaan van) illegaal aanbod van muziek, films, videospellen, boeken enz. via allerlei soorten platforms op internet. Deze uitspraak van het Gerechtshof Den Haag, tussen FTD B.V. ("FTD") en Eyeworks Film & TV Drama B.V. ("Eyeworks") past in dat rijtje. Over deze uitspraak zijn, samen met een tweede uitspraak van hetzelfde hof van dezelfde datum (over de hoogte van de thuiskopievergoeding),² zelfs (zij het wat merkwaardige)³ Kamervragen gesteld.⁴ Waarom worden er nu juist over deze uitspraak Kamervragen gesteld? Wellicht heeft dat te maken met het feit dat het hof het downloaden uit illegale bron expliciet "legaal verklaart"⁵ en de redenen die het hof daarvoor geeft.

1. Feiten

FTD bood een applicatie aan die eraan bijdraagt dat bepaalde op Usenet geuploadede films (die vanwege technische beperkingen van Usenet in veel delen zijn opgeknipt en vaak vreemde - niet herleidbare - bestandsnamen hebben) aanzienlijk makkelijker zijn te vinden en dus te downloaden, doordat op de FTD-applicatie *spots* kunnen worden geplaatst die allerlei bestandsinformatie bevatten over de betreffende films. FTD categoriseerde vervolgens de *spots*. Haar moderatoren checkten de *spots* op kwaliteit en verwijderden zodanig *spots* van onvoldoende kwaliteit. Voorts konden FTD-gebruikers een *spotter* die een goede *spot* had geplaatst een digitale knuffel (een zgn. kudo) geven, waarvan FTD dan weer een top 25 bijhield. Het uploaden van de films zelf ging wel

¹ Advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam. Zij trad samen met J.J. Allen op voor Ziggo B.V. in de zaak Ziggo/Brein (supra noot 22) en schrijft deze noot op persoonlijke titel.

² Gerechtshof Den Haag 15 november 2010, L/JN BO3982 (ACI / Stichting Thuiskopie)

³ Het lid Gesthuizen (SP) spreekt bv. meermaals over "strafbaarstelling van het verwijzen naar downloadbare bestanden" waar, zoals ook blijkt uit de beantwoording door staatssecretaris Teeven (Veiligheid en Justitie), mede namens de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, geen sprake van is.

⁴ Aanhangsel van de Handelingen, Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 936

⁵ Zie bv. ook A.P. Engelfriet, "Kroniek van het Internetrecht 2010", *Tijdschrift voor Internetrecht* 2011/1, p. 11

geheel buiten FTD om en dat gold feitelijk ook voor het downloaden aangezien dat enkel door de gebruikers van de FTD-applicatie op Usenet werd gedaan, hetgeen ook mogelijk was (zij het lastiger) zónder de FTD-applicatie; FTD bood daar ook verder geen software voor aan.

Onder de *spots* bevonden zich ook *spots* voor de film "Komt een vrouw bij de dokter" waarvan Eyeworks de producent is en waarop zij de auteursrechten bezit. In verband met deze *spots* had Eyeworks eerder (in mei 2010) van de Haagse voorzieningenrechter al een ex-parte verbod (in de zin van art. 1019e Rv) gekregen omdat de rechter meende dat FTD de film zélf openbaar maakte. Dit werd in juni van datzelfde jaar in het door FTD aangespannen opheffingskortgeding bevestigd.⁶ Hiertegen stelde FTD, slechts deels terecht naar nu blijkt, hoger beroep in.

2. Vorderingen Eyeworks

Eyeworks stelde in hoger beroep (kort gezegd):

primair: dat het ex-parteverbod in stand moest blijven op grond van haar openbaarmakingsrecht waarop FTD zelf inbreuk maakt (art. 1 jo. art. 12 Aw);

subsidiar: dat het ex-parteverbod in stand moest blijven op grond van FTD's rol als tussenpersoon bij de inbreukmakende handelingen (art. 26d Aw jo. art. 6:162 BW);

meer subsidiar (voorwaardelijk als het ex-parteverbod onderuit zou gaan): dat FTD in elk geval moest worden geboden haar onrechtmatig handelen te staken omdat zij structureel inbreuk faciliteert en stimuleert (art. 6:162 BW).

3. Geen openbaarmaking

In verband met de primaire vordering heeft het hof eerst onderzocht of FTD wel als openbaarmaker kan worden aangemerkt, zoals door de voorzieningenrechter was geoordeeld. Daarbij heeft het hof gekeken naar art. 3 van de Auteursrechtlijn⁷ ("Arl"), dat in dit verband spreekt van het 'recht van mededeling van het werk aan het publiek'. Dit, omdat de artikelen 1 en 12 Aw (waarin het openbaarmakingsrecht van de auteur is neergelegd) volgens vaste rechtspraak richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd. Het hof stelde vast dat het mededelingsrecht in ruime zin (als bedoeld in art. 3 Arl) bestaat uit (i) het 'mededelingsrecht in enge zin', t.w. het recht om het werk aan het publiek mede te delen, waarbij het gaat om de doorgifte van een signaal bevattend het werk dat het publiek bereikt en (ii) het 'beschikbaarstellingsrecht', t.w. het recht om het (signaal bevattende het) werk in zodanige mate aan het publiek ter beschikking te stellen dat het voor het publiek toegankelijk is, waarbij de loutere mogelijkheid om het

⁶ Ex parte beschikking van 11 mei 2010, bevestigd in vonnis van 2 juni 2010, L/JN BM6729

⁷ Richtlijn 2001/29 EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij

werk waar te kunnen nemen voldoende is. Omdat volgens het hof vaststaat dat er geen bestanden op het FTD-platform aanwezig zijn en er verder ook geen signalen via haar infrastructuur lopen is Eyework's mededelingsrecht in enge zin volgens het hof niet geschonden. Maar ook Eyework's beschikbaarstellingsrecht is niet geschonden omdat de gebruikers bepaalde software nodig hebben om de film te kunnen downloaden en/of bekijken, waarmee FTD geen bemoeienis heeft: met alleen de FTD applicatie heeft het publiek nog niet de mogelijkheid om een op Usenet geuploadede film te bekijken, aldus het hof. FTD maakt de film dus niet openbaar en Eyework's primaire vordering wordt afgewezen.

De voorzieningenrechter was zoals gezegd van mening dat de handelingen van FTD wel moesten worden aangemerkt als het zonder toestemming ter beschikking stellen van auteursrechtelijk beschermd materiaal (zie ro. 4.9 van het vonnis van 2 juni 2010). De aansluiting die hij daartoe zocht bij de Engelse zaak over een min of meer vergelijkbare applicatie van Newzbin⁸ is mijns inziens echter niet helemaal terecht. In de Engelse uitspraak is weliswaar geoordeeld dat Newzbin geacht moest worden de films openbaar gemaakt te hebben, maar daarbij is niet onbelangrijk dat het Newzbin systeem wel een NZB-faciliteit (handig voor het bij elkaar zoeken en kunnen downloaden van de in stukjes geknipte film) bood welke volgens de rechter "*provides the means for infringement, was created by the defendant and is entirely within the defendant's control*". Newzbin werd geacht actief betrokken te zijn bij de inbreuk omdat "*it has done so by providing a sophisticated technical and editorial system which allows its premium members to download all the component messages of the film of their choice upon pressing a button, and to save days of (potentially futile) effort in seeking to gather those messages together for themselves*". FTD bood nu juist niet die faciliteiten. Bovendien scande en indexeerde het Newzbin systeem zelf de gehele content op Usenet, terwijl met de FTD-applicatie Usenet-gebruikers elkaar enkel door middel van *spots* wezen op bepaalde bestanden op Usenet. Het zijn enkel deze *spots* die vervolgens door FTD werden geïndexeerd en gecheckt. Daar komt bij dat Newzbin voor het gebruik van haar systeem ook een betaald *premium*-abonnement aanbood en aan het eind van 2009 een winst van meer dan £ 360.000 had gemaakt; over winst wordt in deze zaak slechts opgemerkt dat FTD onvoldoende betwist heeft dat zij een winstogmerk heeft (door de reclame-inkomsten uit de advertenties op haar applicatie). Onder meer gelet op deze vrij essentiële verschillen is het mijns inziens terecht dat het hof niet ook aansluiting heeft gezocht bij de Newzbin-uitspraak en heeft geconcludeerd dat FTD niet openbaar maakt.

Ook van mede-openbaarmaking (welk begrip overigens niet voorkomt in de Arl of de Aw) is geen sprake. Daarvoor moet er, zoals het hof ook vermeldt, in ieder geval een nauwe en bewuste samenwerking tussen FTD en de andere mede-openbaarmaker(s) zijn (zie art. 31 Aw jo, art. 47 Sr en art. 6:192 BW) en daarover had Eyeworks niets gesteld.

Vervolgens heeft het hof beoordeeld of (i) FTD kan worden gekwalificeerd als een tussenpersoon wier diensten worden gebruikt om inbreuk te maken (art. 26d Aw) danwel (ii) of FTD

onrechtmatig handelen kan worden verweten doordat zij structureel inbreuk faciliteert en stimuleert (art. 6:162 BW). Het hof heeft daarbij eerst een onderscheid gemaakt tussen het uploaden van de film en het downloaden ervan.

4. Downloaden niet verboden: betrokkenheid niet onrechtmatig

Het hof heeft vastgesteld dat downloaden uit illegale bron in Nederland nog steeds geoorloofd is omdat downloaden valt onder de thuishopieregeling van art. 16c Aw, zo blijkt uit de opmerkingen van de minister bij de Aanpassingwet 2004.⁹ Overigens heeft de huidige Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie onlangs aangekondigd zich te willen richten op het onrechtmatig verklaren van het downloaden 'uit evident illegale bron'.¹⁰ Of het Nederlandse recht op dat punt wel richtlijnconform is - met het oog op de drie-stappen-toets die wordt vereist door art. 5 lid 5 Arl¹¹ - heeft het hof wel onderzocht, maar kon uiteindelijk in het midden blijven om de volgende reden. Aan de ene kant valt volgens het hof best wat te zeggen voor het standpunt van de regering (welk standpunt o.a. blijkt uit de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet van Arl¹²), t.w. dat rechthebbenden bij een verbod op downloaden geen billijke vergoeding zouden krijgen (omdat zij dan enkel een verbodsrecht hebben) terwijl een verbod op downloaden nu nog niet te handhaven is in de praktijk. Kort gezegd zijn rechthebbenden volgens de regering dus meer gebaat bij een systeem waarin downloaden uit illegale bron is toegestaan, omdat er dan in ieder geval een billijke vergoeding - waarover zo meteen meer - aan hen is verschuldigd. Als dat inderdaad zo is, is volgens het hof voldaan aan de drie-stappen-toets omdat de belangen van de rechthebbenden niet onredelijk geschaad worden. In dat geval is art. 16c Aw dus in overeenstemming met de Arl.

Hoe de toenmalige minister de thuishopievergoeding voor het downloaden uit illegale bron aan de rechthebbenden ziet toekomen blijft overigens een raadsel, althans blijkt niet uit de Nota naar aanleiding van het Verslag. De minister geeft daarin wel toe dat een vergoeding van de gebruiker aan de rechthebbende in beginsel slechts in geld zal plaatsvinden, maar laat e.e.a. liever over aan de relevante onderhandelingsstichting (SONT, zoals genoemd in art. 16e Aw), alhoewel hij er wel aan hecht (omdat er ook meer algemene belangen, met name die van consumenten, meespelen) dat er bij AMvB nadere regels kunnen worden gegeven over de hoogte, de verschuldigdheid en vorm van de billijke vergoeding. Een andere vergoeding dan geld is volgens de minister slechts denkbaar als deze in een AMvB is neergelegd. Volgens www.overheid.nl is de AMvB van de Minister van Justitie van 5 november 2007¹³ ook nu nog van kracht en daarin wordt nog steeds alleen gerept over geldelijke

⁹ Wet van 6 juli 2004 (Stb. 2004, 336) tot aanpassing van de Auteurswet 1912 ter uitvoering van de Auteursrechtlijn

¹⁰ Brief van Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 11 april aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal met onderwerp 'speerpuntenbrief auteursrecht 20©20' en kenmerk 5692923/11/6.

¹¹ Deze toets houdt in dat een beperking op het exclusieve auteursrecht (zoals het moeten toestaan van privé-kopieën tegen een billijke vergoeding) slechts in bijzonder gevallen mag worden toegepast waarbij er geen afbreuk mag worden gedaan aan de normale exploitatie van de werken en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad

¹² Nota n.a.v. het Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr. 5

¹³ Besluit van 5 november 2007, houdende aanwijzing van de voorwerpen, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912, en tot vaststelling van nadere regels over de hoogte en de verschuldigdheid van de vergoeding, bedoeld in artikel 16c van de Auteurswet 1912

⁸ UK High Court 29 March 2010, [2010] EWHC 608 (Ch), *IER* 2010/81 m.nt. F. Macmillan (Twentieth Century Fox Film Corporation et al. / Newzbin Ltd)

vergoedingen op blanco gegevensdragers zoals CDs en DVDs (en bv. geen mp3-spelers, externe harde schijven of computers in het algemeen). In de reeds genoemde zaak ACI / Stichting Thuiskopie,¹⁴ die nota bene ging over de hoogte van de thuiskopievergoeding en of downloaden uit illegale bron daar al dan niet in moet worden meegenomen, wordt ook niet duidelijk of en zo ja, op welke wijze een billijke vergoeding wordt geheven als het uit illegale bron afkomstige materiaal niet op een CD of DVD wordt gekopieerd. Het hof zei aldaar dat onder kopiëren uit illegale bron wordt verstaan met name/onder meer het op een CD-R of DVD-R kopiëren ('downloaden') van muziek of films die door een ander zonder toestemming van de rechthebbende op internet zijn gezet ('ge-upload'). Op basis van dezelfde redenering als in de hier besproken zaak werd door het hof bepaald dat met kopiëren (waaronder downloaden) uit illegale bron rekening moet worden gehouden bij het vaststellen van de thuiskopievergoeding. Hoe dat echter moet gebeuren bij het kopiëren van content niet op een CD-R of DVD-R, maar bv. slechts downloaden op de harde schijf van de computer of via *streaming* wordt ook hier niet duidelijk. Mede daarom komt de redenering van de minister (en daarmee van het hof) mij wat gekunsteld voor, zij het dat aan de minister moet worden toegegeven dat het handhaven van een downloadverbod ook nu nog onbegonnen werk zal zijn en dus ook niet het soelaas zal bieden waar de rechthebbenden kennelijk zo op zitten te wachten.

Met een systeem waarin het downloaden uit illegale bron is toegestaan blijft echter, ook volgens het hof, de stimulans voor het (wel verboden) uploaden overeind. Volgens Eyeworks is dat nu precies de reden waarom de Nederlandse thuiscopieregeling (zoals voorgestaan door de regering) wel in strijd is met de driestappen toets; immers de belangen van de rechthebbenden worden door het downloaden uit illegale bron wel onredelijk geschaad. Het hof ziet ook wel ruimte voor deze opvatting, maar in dat geval is art. 16c Aw zozeer in strijd met de Arl (de regering koos immers bewust voor het toestaan van downloaden uit illegale bron) dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is. Dit, omdat de grenzen van richtlijnconforme interpretatie o.a. gelegen zijn in het rechtszekerheidsbeginsel en het voorkomen van uitlegging 'contra legem'. In een civielrechtelijke context kan volgens het hof van richtlijnconforme interpretatie geen sprake zijn als de inhoudelijke afstand tussen de nationale bepaling en de richtlijnbevestiging zo groot is dat deze redelijkerwijs niet meer door uitleg kan worden overbrugd.

Met andere woorden: óf art. 16c Aw is richtlijnconform óf zij is dat zo vreselijk niet, dat richtlijnconforme interpretatie ook niet mogelijk is. In beide gevallen is dus de conclusie dat downloaden uit illegale bron is toegestaan. Het (als tussenpersoon) betrokken zijn bij een niet-verboden handeling is nu eenmaal niet onrechtmatig, dus wat het downloaden betreft worden de (meer) subsidiaire vorderingen van Eyeworks afgewezen. Hier valt wat mij betreft geen speld tussen te krijgen. Beide opvattingen zijn verdedigbaar, maar gelet op het feit dat de opvatting van de regering o.a. in de kabinetsreactie van 30 juni 2009 op het rapport van de "Werkgroep Auteursrecht"¹⁵ nogmaals is bevestigd, kon het hof eigenlijk

geen andere kant op dan die opvatting als uitgangspunt te nemen en dus het downloaden (uit illegale bron) buiten beschouwing te laten.

5. Uploaden wel verboden: betrokkenheid wel onrechtmatig

Door het illegaal, zonder toestemming of betaling, uploaden wordt niet alleen de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende om te beslissen of en onder welke omstandigheden hij zijn werk aan het publiek wil openbaren, ondermijnd, maar blijft hij bovendien verstoken van de betaling die hij voor het verlenen van zijn toestemming voor die openbaarmakingshandeling had kunnen bedingen; de rechthebbende ondervindt van het illegaal uploaden dus (ernstig) nadeel (aldus het hof in ro. 6.4). Uploaden is dus wel verboden. Het hof is van mening dat het handelen van FTD, t.w. het structureel/stelselmatig (immers permanent beschikbaar) en doelbewust een applicatie in bedrijf houden waardoor een activiteit (t.w. illegaal uploaden) wordt gestimuleerd (o.a. door uitdelen van kudo's en het gemakkelijk kunnen downloaden, wat weer het uploaden stimuleert) die, naar FTD weet of moet weten, inbreuk op het auteursrecht van Eyeworks oplevert en (ernstig) nadeel voor Eyeworks teweegbrengt, terwijl zij van die activiteit profijt trekt:

- i. niet in strijd is met het tussenpersoon-art. 26d Aw, maar
- ii. onrechtmatig is voor zover het gaat om handelen van FTD als stimulator van het uploaden.

Haar oordeel onder (i) onderbouwde het hof als volgt: de uploaders, ook als zij tevens *spotters* zijn, hebben de FTD-applicatie niet nodig om films te kunnen uploaden en de applicatie maakt het uploaden zelf ook niet makkelijker. De inbreukmakende uploaders maken dus geen gebruik van de FTD-applicatie voor het plegen van auteursrechtinbreuk, wat nu eenmaal wel vereist is voor toepasselijkheid van art. 26d Aw; het louter stimuleren en profiteren van auteursrechtinbreuk valt volgens het hof buiten de reikwijdte van art. 26d Aw.

Bij het oordeel van het hof onder (ii) lijkt iets van een frictie met het *e-commerce* artikel 6:196c BW¹⁶ te zitten. Dat artikel sluit de aansprakelijkheid voor (het doorgeven en opslaan van) onrechtmatige informatie van bepaalde internet service providers (ISPs) uit als zij voldoen aan bepaalde voorwaarden. Er zijn in dat artikel gradaties aangebracht op basis van de mate van betrokkenheid van de ISPs bij de informatie, waarbij lid 4 van het artikel de uitsluiting van aansprakelijkheid van de host bevat. Als een host niet weet (of redelijkerwijs behoort te weten) van de onrechtmatige informatie of deze direct verwijderd zodra hij er weet van krijgt, is de host niet aansprakelijk voor de door hem opgeslagen onrechtmatige informatie. Dat staat echter, volgens lid 5 van art. 6:196c BW, niet in de weg aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel. Omdat het in art. 6:196c BW om uitsluiting van aansprakelijkheid gaat zou ik menen dat een dergelijk verbod bedoeld is voor situaties waarin de host zelf geen blaam treft (die heeft zich dus braaf gehouden aan de voorwaarden van lid 4 en zelf niets onrechtmatigs gedaan waarvoor hij aansprakelijk kan worden gehouden), maar de gebruikers van de website iets doen op die site dat kennelijk niet door het aanspreken van de gebruikers zelf (effectief) is te stoppen. In zo'n geval is de host

¹⁴ Supra noot 2

¹⁵ Kabinetsreactie van 30 juni 2009 TK 2009-2010, 28838, nr. 22, p. 14, zie ro. 5.15

¹⁶ Art. 6:196c BW betreft de omzetting van de art. 12, 13 en 14 van de Europese Richtlijn nr. 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij in de interne markt, met name elektronische handel (de "E-commerce Richtlijn")

zelf niet aansprakelijk, maar moet hij een bevel uitvoeren om (latere) aansprakelijkheid alsnog te vermijden (mits dat bevel voldoet aan bepaalde eisen zoals proportionaliteit en subsidiariteit).

Als men nu heeft vastgesteld dat de host niet aansprakelijk is voor de opgeslagen informatie (omdat hij voldoet aan de voorwaarden van lid 4) kan men dan nog wel met betrekking tot diezelfde opgeslagen informatie zeggen dat een host onrechtmatig heeft gehandeld (bv. omdat hij inbreuk zou stimuleren door het hosten van de website)? Art. 6:196c BW is een bijzonder recht ten opzichte van art. 6:162 BW¹⁷ en het is aan de lidstaten niet toegestaan om aanvullende voorwaarden in de wetgeving op te nemen waaraan een ISP zou moeten voldoen als hij een beroep wil doen op de in de richtlijn genoemde vrijwaringen; dat zou immers het hele doel van de harmonisatie van deze regeling in de EU ongedaan maken.¹⁸ Bestaat er naast de geschikte mogelijkheid van art. 6:196 lid 5 BW dan nog wel een grond om een algemene zorgvuldigheidsplicht voor of onrechtmatig handelen ex. art. 6:162 BW van de host aan te nemen? In een normale situatie, waarin de ISP volledig voldoet aan de eisen van art. 6:196c BW zou ik zeggen van niet. Hem kan op grond van lid 5 wel gevraagd worden een onrechtmatige situatie (waarvoor hij zelf niet aansprakelijk is) op te heffen¹⁹ (onder de genoemde voorwaarden), maar hij riskeert pas onrechtmatig handelen als hij dat niet doet terwijl dat van hem wel gevergd kan worden (de vraag is natuurlijk wel wat er zoal van hem gevergd kan worden). In het tussenarrest van het hof Leeuwarden in de Stokke/Marktplaats-zaak²⁰ is geoordeeld dat naar Nederlands recht wel sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van een host (als Marktplaats) indien de host (stelselmatig) ondanks aanmeldingen van de rechthebbenden niet overgaat tot directe verwijdering van de desbetreffende inbreukmakende informatie (i.c. advertenties). In dat geval voldoet de host in mijn ogen dus niet aan de eisen van art. 6:196c lid 4 BW. De vraag of Marktplaats ook anderszins onrechtmatig heeft gehandeld komt echter pas in een volgend arrest aan de orde en dan zal ook worden bepaald of er in dit verband prejudiciële vragen gesteld zullen worden.

Hoe dan ook, FTD (die volgens mij het best gerekend kan worden tot de categorie hosts) voldeed naar het zich laat aanzien niet (tijdig) aan de eisen van art. 6:196c BW lid 4 BW. Immers, zij wist (of moest weten) van het onrechtmatig karakter van de informatie in kwestie (i.e. de *spots* over de illegaal geuploadede film van Eyeworks) en had ook wel meer bemoeienis met de informatie (d.m.v. het indexeren, checken door de moderators en het laten uitdelen van Kudó's) dan het enkele opslaan ervan zodat zij niet goed op één lijn was te stellen met de hosts als bedoeld in lid 4. De geconstateerde mogelijkheid van frictie lijkt dus in het onderhavige geval niet op te gaan. Men moet echter m.i. wel waken voor een lijn waarin de zekerheid die dit art. 6:196c BW biedt voor ISPs en hun (ook welwillende) gebruikers wordt ondermijnd doordat men in een "echte" art. 6:196c BW situatie de ISP alsnog via de omweg van

de toch vrij algemene (niet geharmoniseerde) onrechtmatige daad aansprakelijk houdt.

6. Conclusie

De conclusie van het hof is dat het ex-parteverbod uit mei 2010 niet op goede gronden is gegeven en om die reden dan ook geen stand kan houden. Maar er volgt dus wel alsnog een nieuw verbod. Omdat met de meer subsidiaire vordering Eyeworks kennelijk een verbod voor ogen stond om nog langer *spots* van "Komt een vrouw bij de dokter" aanwezig te hebben via de FTD-applicatie, wordt het verbod door het hof daar ook toe beperkt (op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag). De proceskostenveroordeling volgt volgens het liquidatietarief omdat de vordering wordt toegewezen op grond van oneerlijke concurrentie (art. 6:162 BW wordt daar door het hof mee op één lijn gesteld) en niet een IE-bepaling in de zin van de Handhavingsrichtlijn en omdat volgens het hof de volledige proceskostenveroordeling die uit die richtlijn volgt niet van toepassing kan zijn op een bevel tot staking van een handeling die inbreuk stimuleert.

Wat mij betreft is het arrest van het hof dus eigenlijk niet zo geruchtmakend. Het is gebaseerd op een vrij helder standpunt van een vorige regering²¹ en past ook wel in de lijn van uitspraken die gaan over soortgelijke websites. Hoe de handelingen van de exploitanten van dit soort websites worden gekwalificeerd (openbaarmaker, tussenpersoon, onrechtmatig stimulator) verschilt nog al eens afhankelijk van o.a. de mate van betrokkenheid van de exploitant bij de onrechtmatige informatie en het voordeel dat hij er bij heeft. Maar dat de rechterlijke macht desgevraagd dit soort websites aan banden wil leggen is wel duidelijk.²² (Let wel, dit geldt voor exploitanten van die websites en niet zozeer voor de exploitanten van het internet zelf zoals bv. blijkt uit het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 19 juli 2010²³). Of dit echter de manier is om de strijd tegen illegaal aanbod van muziek en films te beslechten is natuurlijk een tweede, mede gelet op het feit dat er schijnbaar altijd wel weer een alternatief wordt gevonden en de consument naar verluidt door het grote gebrek aan goede legale alternatieven nog altijd voor de illegale weg lijkt te kiezen.²⁴

Inmiddels heeft de rechtbank Haarlem zich ook uitgelaten over de toelaatbaarheid van de FTD-applicatie.²⁵ Ook deze rechtbank heeft geconcludeerd dat FTD weliswaar niet openbaar maakt in de zin van de Aw en dat downloaden uit illegale bron in Nederland toelaatbaar is, maar dat het bieden van een forum voor uploaders wel onrechtmatig is omdat FTD ertoe bijdraagt dat uploaders hun doel kunnen bereiken. Ook al gebeurt het up- en downloaden op Usenet, het feit dat FTD bijdraagt aan de vindbaarheid van de bestanden betekent dat zij (mede)veroorzaker van de schade is. Dit, omdat de rechtbank aanneemt dat degene die een geupload bestand downloadt over het algemeen hetzelfde werk niet meer tegen vergoeding zal aanschaffen. FTD werd in dit geval door de rechtbank

²¹ De huidige regering denkt daar kennelijk anders over, supra noot 10.

²² Zie bv. ook hof Amsterdam 15 juni 2006, LJV AX7579, *Computerrecht* 2006/138 (*Techno Design/Brein*; m.nt. O.M.B.J. Volgenant)

²³ Vzv. Rechtbank Den Haag 19 juli 2010, LJV BN1445, *Computerrecht* 2011/6 (*Brein/Ziggo*; m.nt. M.D. Wubben)

²⁴ Zie voor een praktisch overzicht van mogelijke oplossingen B. De Knock, "Streaming Music Services: remedie tegen piraterij?", *Ars Aequi* februari 2011, p. 86 en 87

²⁵ Rechtbank Haarlem 9 februari 2011, LJV BP3757 (FTD/Brein)

¹⁷ Zie Groene Serie Privaatrecht (Onrechtmatige Daad), Afd. 4.A Aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer, art. 6:196c, aant.4

¹⁸ Zie A.P. de Wit 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders (Deel I)', *Tijdschrift voor Internetrecht*, nr. 2 - april 2009

¹⁹ Zie bv. ook HR 15 november 2005, LJV AU4019, *Computerrecht* 2006/11 (*Lycos/Pessers*; m.nt. H.H. de Vries)

²⁰ Hof Leeuwarden 8 juni 2010, HA ZA 05-211, *IEPT* 20100608 en IEF 8900

veroordeeld om het aanwezig hebben van *spots* via haar FTD-systeem van (gedeelten van) beschermd werken, voor zover de rechthebbenden daarop zijn aangesloten bij Brein, te staken. Omdat er toen kennelijk nog maar weinig materiaal overbleef besloot FTD om de deuren per 1 maart definitief te sluiten.²⁶ Alternatieven voor het zoeken in nieuwsgroepen als Usenet zijn er inmiddels ook al wel (of nog steeds), zoals Spotnet en Spotlight. Dit onderstreept maar weer eens het meer gehoorde standpunt dat de rechthebbenden er waarschijnlijk beter aan doen om te innoveren en redelijk geprijsde alternatieven te bieden, dan om met een juridische aanpak het (vermeende) leed proberen te stelpen.

Uit de beantwoording door staatssecretaris van de genoemde Kamervragen blijkt overigens dat in de zaak tussen FTD en Eyeworks een bodemprocedure is ingesteld bij de rechtbank Den Haag. Of deze procedure gelet op de uitspraak van de rechtbank Haarlem en het feit dat FTD haar activiteiten heeft gestaakt wordt voortgezet, valt nog te bezien.

²⁶ Maikel Dijkhuizen, "Nieuwsgroepenfora onder druk, FTD sluit na verloren rechtszaak", *Computer!totaal*, nr. 4 april 2011

