

**Handhaving en inperking van de auteursrechtelijke
thuis kopie-exceptie: balans verstoord of logische
vervolg stap in de strijd tegen file sharing en het handhaven
van auteursrecht op internet?**

o

masterscriptie Universiteit Utrecht



door: Johannes Gerardus (Jurre) Reus
studentnummer: 3167151
begeleider: prof. dr. Th.C.J.A. (Dick) van Engelen
faculteit: Rechtsgeleerdheid
opleiding: Nederlands recht (privaatrecht)
datum: 16 april 2012

“Law is a much less potent instrument in the digital world than the physical world.”

-Francis Gurry, director general WIPO, 25 februari 2011.

Voorwoord

In mijn rechtenstudie heb ik mij steeds meer verdiept in het recht van intellectuele eigendom. De master Nederlands recht (privaatrecht) bood mij de gelegenheid om een aantal vakken te kiezen die aansloten bij mijn interesses op dat gebied. Mijn fascinatie voor de problematiek rond file sharing bestaat al enige jaren. Ik ben blij dat ik die fascinatie uiteindelijk heb weten om te zetten in het schrijven van deze scriptie over een mogelijk toekomstig downloadverbod. Ik bedank daarvoor graag mijn vriendin Rosa voor haar goede steun en humor. Deze scriptie is afgerond op 16 april 2012. Alle ontwikkelingen en (internet)bronnen zijn tot en met die datum meegenomen c.q. gecontroleerd.

Inhoudsopgave

Inleiding	1
1. Het Nederlands auteursrecht en de muziekindustrie	2
1.1 De ontwikkeling van het auteursrecht	2
1.1.1 De geschiedenis van het auteursrecht	2
1.1.2 De ratio van het auteursrecht	3
1.1.2.1 De intellectuele eigendom	3
1.1.2.2 Het algemeen belang	3
1.1.2.3 De rechtsgronden voor het auteursrecht	4
1.1.2.4 Het publiek domein en het auteursrecht	6
1.1.3 De ontwikkeling en uitdijning van het auteursrecht: een parallel met het verleden	6
1.1.3.1 De digitale dimensie	6
1.1.3.2 De opkomst van de videorecorder in de jaren '80	7
1.1.3.3 De uitdijning van het auteursrecht	8
1.2 Het wettelijk kader ten aanzien van muziek	9
1.2.1 Internationale en Europese regelgeving	9
1.2.2 De Auteurswet	10
1.2.2.1 Het werkbegrip: muziek als werk	10
1.2.2.2 De exploitatierechten van de auteursrechthebbende	11
1.2.3 De naburige rechten	12
1.2.4 Beperking van het auteursrecht	12
1.2.4.1 Het auteursrechtelijk evenwicht	12
1.2.4.2 De driestappentoets in de Auteursrechtlijn	13
1.2.4.3 Het thuiskopiëren: art. 16b en 16c Aw	13
1.3 Collectieve behartiging van auteursrechten in de muziekindustrie	15
1.3.1 Bemiddeling door collectieve beheersorganisaties	15
1.3.2 Privaatrechtelijke handhaving	15
1.3.3 Stichting BREIN	15
1.4 Korte samenvatting	16
2. De technische en juridische aspecten van file sharing	17
2.1 Inleiding	17
2.2 De technische aspecten van file sharing	17
2.2.1 Categorie 1: P2P-file sharing	17
2.2.1.1 Algemeen	17
2.2.1.2 BitTorrent	17
2.2.1.3 Overige P2P-diensten	18
2.2.2 Categorie 2: client-server file sharing	18
2.2.2.1 Rechtstreeks downloaden uit één bron	18
2.2.2.2 Streaming-diensten	19
2.3 De juridische aspecten en (on)rechtmatigheid van file sharing	19
2.3.1 Openbaar maken: uploaden, verwijzen en faciliteren	19
2.3.1.1 Uploaden	19
2.3.1.2 Verwijzen en faciliteren	21
2.3.2 Verveelvoudigen, de thuiskopie-exceptie en de driestappentoets	22
2.3.2.1 Verveelvoudigingshandelingen in een digitale omgeving	22
2.3.2.2 De thuiskopie-exceptie van art. 16c Aw staat downloaden voor privégebruik toe	22
2.3.2.3 In hoeverre laat de driestappentoets ruimte voor de huidige reikwijdte van art. 16c Aw?	23
2.4 Een downloadverbod: het inperken van art. 16c Aw	28
2.4.1 Downloaden uit illegale bron verbieden?	28
2.4.2 Complicaties van een downloadverbod	30
2.5 Korte samenvatting	30

3. Het handhaven van auteursrecht op internet: de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van internettussenpersonen voor auteursrechtinbreuk door file sharing	32
3.1 Inleiding	32
3.2 De functies van ISP's en hun wettelijk kader	32
3.2.1 Functies en verschijningen	32
3.2.2 Het aansprakelijkheidsregime voor ISP's	33
3.2.2.1 De zorgplicht van Scientology/XS4ALL	33
3.2.2.2 Richtlijn elektronische handel: vrijwaring van aansprakelijkheid	33
3.2.2.3 Handhavingsrichtlijn intellectuele eigendomsrechten	35
3.3 Het faciliteren van file sharing door internettussenpersonen: hoe de in acht te nemen zorgvuldigheid is uitgewerkt in de rechtspraak	36
3.3.1 Internettussenpersonen bij file sharing	36
3.3.2 De criteria voor het aannemen van onrechtmatig handelen door internettussenpersonen	36
3.3.2.1 Inleiding	36
3.3.2.2 Techno Design/BREIN (Zoekmp3)	36
3.3.2.3 BREIN/Mininova	36
3.3.2.4 ShareConnector	37
3.3.2.5 FTD/Eyeworks en FTD/BREIN	37
3.3.2.6 BREIN/NSE	38
3.3.2.7 L'Oréal/eBay	39
3.3.2.8 BREIN/KPN	40
3.3.2.9 SABAM/Scarlet	41
3.3.2.10 The Pirate Bay en BREIN/Ziggo en XS4ALL	42
3.3.3 Conclusie: de zorgplicht van, en de mogelijke maatregelen tegen faciliterende internettussenpersonen	45
3.3.3.1 Het handhaven van auteursrecht op internet	45
3.3.3.2 De zorgplicht voor access-providers	45
3.3.3.3 De van belang zijnde factoren bij aansprakelijkheid	45
3.3.3.4 De betekenis van art. 26d Aw	46
3.3.3.5 Het inperken van art. 16c Aw in het licht van bovenstaande analyse	46
3.4 Korte samenvatting	47
4. Een ingeperkte thuiskopie-exceptie en het tegengaan van file sharing: een vergelijking met het buitenland en een toekomstperspectief voor Nederland	48
4.1 Inleiding	48
4.2 De thuiskopie-exceptie (en de reikwijdte ervan) in Duitsland, Frankrijk en Zwitserland	48
4.2.1 Duitsland	48
4.2.1.1 De Duitse thuiskopie-exceptie	48
4.2.1.2 Een uitgekleden thuiskopieheffing	49
4.2.2 Frankrijk	49
4.2.2.1 De Franse thuiskopie-exceptie	49
4.2.2.2 File sharing: legaliseren of aanpakken?	50
4.2.3 Zwitserland	51
4.2.3.1 De Zwitserse thuiskopie-exceptie	51
4.2.3.2. Geen inperking van de thuiskopie-exceptie	51
4.2.3.3 De interpretatie van de driestappentoets	52
4.3 Het tegengaan van illegale file sharing: handhaving van auteursrecht in Duitsland, Frankrijk en Zwitserland	53
4.3.1 Duitsland	53
4.3.1.1 Handhaving van de ingeperkte thuiskopie-exceptie	53
4.3.1.2. Uitwerking in de praktijk: een dode letter	53
4.3.2 Frankrijk	54
4.3.2.1 HADOPI II	54
4.3.2.2 De consequenties van HADOPI II	55
4.3.3 Zwitserland	56
4.4 Eventuele inperking van art. 16c Aw: een toekomstperspectief	56

5. Conclusie	60
Bronnen	63
I Literatuur	63
II Rechtspraak	66
III Kamerstukken	67
Gebruikte afkortingen/woordenlijst	68

Inleiding

Het auteursrecht is momenteel een *hot item*. Volgens Neelie Kroes, Eurocommissaris digitale zaken, werkt het “pre-digitale” auteursrecht niet meer en worden te veel innovatieve ideeën in de kiem gesmoord.¹ Grootschalig gebruik van internet heeft al zo'n tien jaar geleden de verhoudingen wereldwijd veranderd en stelt het auteursrecht voor fundamentele vragen. De laatste jaren volgen wetswijzigingen en spraakmakende rechtszaken rond file sharing elkaar in een steeds hoger tempo op. Uit ons omringende landen komen verschillende berichten. Duitsland heeft het downloaden voor eigen gebruik van illegaal aangeboden materiaal verboden en Frankrijk heeft zeer strenge wetgeving ingevoerd waarbij fervente downloaders na drie waarschuwingen tijdelijk van het internet kunnen worden afgesloten. Daarbij is ook een rol weggelegd voor de internettussenpersonen ('ISP's')² om dit te bewerkstelligen. In Nederland wordt meermaals gepleit voor een inperking van de thuiskopie-exceptie, waardoor het kopiëren voor eigen gebruik van onrechtmatig aangeboden materiaal onrechtmatig wordt.³ Dit heeft geleid tot de volgende hoofdvraag:

In hoeverre is inperking van de thuiskopie-exceptie (een 'downloadverbod') doeltreffend en proportioneel voor het tegengaan van illegale file sharing en kan het de handhaving van het auteursrecht op internet verbeteren?

Allereerst zullen de geschiedenis, werking, ratio en het wettelijk kader van het auteursrecht uiteen worden gezet. Dit is noodzakelijk om de context van de problematiek beter te begrijpen. Vervolgens zal de huidige praktijk van het downloaden juridisch en technisch worden belicht. In hoofdstuk 3 ligt de focus op het handhaven van auteursrecht (in de context van file sharing) in een digitale omgeving. In hoofdstuk 4 volgt een vergelijking met Duitsland, Frankrijk en Zwitserland en zal ook duidelijk worden welke consequenties een eventueel downloadverbod in Nederland zal hebben.

¹ Zie: <<http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/is-copyright-working/>>.

² Voluit: Internet Service Providers.

³ Parlementaire Werkgroep Auteursrecht 2009.

1 Het Nederlands auteursrecht en de muziek-industrie

1.1 De ontwikkeling van het auteursrecht

1.1.1 De geschiedenis van het auteursrecht

Van oudsher is het auteursrecht altijd al verweven geweest met technologische ontwikkelingen. De uitvinding van de drukpers in de 15^e eeuw wordt gezien als het beginpunt van het auteursrecht. Het aanschaffen van een drukpers vormde voor de drukkers⁴ destijds een grote investering. In ruil daarvoor kregen zij van de staat een drukkersprivilege van beperkte duur. Op die manier kreeg een drukker het alleenrecht op het drukken (verveelvoudigen en openbaar maken) van bepaalde boeken, in het begin vaak werken uit de middeleeuwen en de klassieke oudheid, maar later ook nieuwe werken van levende schrijvers.⁵

Toch week dit systeem erg af van wat wij tegenwoordig als 'auteursrecht' zouden typeren. Zo was het niet de auteur, maar de drukker/uitgever aan wie een dergelijk privilege werd verleend, en werden aan het privilege geen eisen van creativiteit of oorspronkelijkheid gesteld. Ook kan getwijfeld worden aan het doel van het drukkersprivilege, dat zich niet in de eerste plaats bekommerde om bescherming tegen nadruk of plagiaat, maar voor de overheid dikwijls een mooi middel vormde om controle uit te oefenen over de verspreiding van ideeën. In de 17^e en 18^e eeuw werd het incidenteel uitgeven van privileges aan drukkers/uitgevers geleidelijk aan vervangen door een meer algemeen systeem, *kopijrecht* genaamd. Qua aard was het kopijrecht slechts een algemene uitwerking van het privilegesysteem, want het had evenmin oog voor de auteur.⁶

Het eerste systeem dat de auteur wel centraal stelde, en daarmee gezien wordt als eerste auteurswet, was de Engelse Statute of Queen Anne uit 1709.⁷ Het jarenlange monopolie van de drukkers kwam daarmee in Engeland tot een einde.⁸ Praktisch veranderde er echter niet zo veel, omdat de auteur in geval van uitgave zijn rechten weer aan de uitgever kon overdragen, maar wel had hij zo een betere onderhandelingspositie gekregen ten opzichte van de uitgevers.⁹ De rechten van de uitgever dan wel de auteur waren niet oneindig van duur, integendeel. Zodra de beschermingstermijn was verlopen, verviel het auteursrecht en was iedereen vrij om het betreffende werk uit te geven. Het werk kwam zo uiteindelijk terecht in het *publiek domein*; het geheel van rechtenvrije werken.¹⁰ Nederland kende in die tijd nog steeds het drukkersprivilege, dat gemiddeld zo'n 15 jaar duurde.¹¹ Pas ruim een eeuw later zou ook Nederland meer de nadruk gaan leggen op de rechten van de auteur in plaats van de drukker/uitgever.¹²

⁴ Een duidelijke scheidslijn tussen drukker en uitgever was destijds niet aanwezig.

⁵ Alberdingk Thijm 2001, p. 6.

⁶ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 18.

⁷ Ibid.

⁸ Alberdingk Thijm 2001, p. 6.

⁹ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 18.

¹⁰ Lessig 2004, p. 87. Zie ook § 1.1.2.4.

¹¹ Alberdingk Thijm 2001, p. 7.

¹² De Auteurswet 1817. Beeldende kunst genoot onder deze wet echter geen bescherming; de reikwijdte beperkte zich tot drukken en uitgeven. In zoverre verschoof de focus maar met mate.

1.1.2 De ratio van het auteursrecht

1.1.2.1 De intellectuele eigendom

Als onderdeel van de *intellectuele eigendom* ('IE') behoort het auteursrecht tot een rechtsgebied dat intellectuele *prestaties* en *onderscheidingstekens* beschermt. De eerste categorie behelst hoofdzakelijk het octrooi- en auteursrecht, de laatste onder meer het handelsnaamrecht en merkenrecht. Hierbij gaat het *per definitie* om onstoffelijke objecten. Meer specifiek kan het auteursrecht worden omschreven als het tijdelijk begrensde monopolie van een schepper van een werk op de exploitatie van dat werk. De maker van een werk wordt in staat gesteld enige invloed te houden op zijn eigen creatie door die exclusief te mogen exploiteren.¹³ Naast de exclusieve exploitatierechten: *openbaar maken* en *verveelvoudigen*, heeft de maker persoonlijkheidsrechten die voortvloeien uit het algemene persoonlijkheidsrecht.¹⁴ Het betreft dan onder meer het recht op eer en goede naam en privacy.¹⁵ In het navolgende zullen de persoonlijkheidsrechten buiten beschouwing worden gelaten en zullen de exploitatierechten centraal staan.¹⁶

Het auteursrecht bepaalt niet of een werk mooi is of lelijk, of dat een bepaald werk veel waard is of niet. Het scheidt slechts de wettelijke voorwaarden. Belangrijk is om zich te realiseren dat het auteursrecht niet de feitelijke inhoud van werken bestrijkt, maar de subjectieve, creatieve *uitwerking* van een werk. Informatie als zodanig wordt dus door het auteursrecht niet beschermd, en datzelfde geldt voor een idee of een bepaalde stijl.¹⁷

1.1.2.2 Het algemeen belang

Het algemeen belang brengt mee dat auteursrechtelijke bescherming niet betrekking kan hebben op *ieder* gebruik door derden. De inhoud van het auteursrecht is dus beperkt. Voor een auteursrechthebbende zal het niet mogelijk zijn om al het gebruik van zijn werk(en) te controleren en desgewenst te verbieden.¹⁸ Men handelt niet onrechtmatig door zich te laten inspireren door bepaalde werken en daar op een niet-commerciële manier gebruik van maakt. Slechts het *exploiteren*, oftewel commercieel gebruiken van werken, kan een onrechtmatig handelen opleveren jegens de auteursrechthebbende.¹⁹

Niets ontstaat zomaar: tot op zekere hoogte is alles nageemaakt. Alleen bij wijze van uitzondering kunnen bepaalde prestaties worden beschermd. Van Engelen refereert hierbij aan de drie vrijheden waar intellectuele eigendomsrechten de uitzondering op vormen: de vrijheid van mededinging, de vrijheid van techniek en de vrijheid van informatie.²⁰ De vrijheid van mededinging is in beginsel een uitstekend middel om innovatie te bevorderen en men dient zich altijd af te vragen hoe de bescherming van bepaalde prestaties zich hiertoe verhoudt. De vrijheid van techniek zal vooral van belang zijn op het gebied van octrooirecht, een rechtsgebied dat in tegenstelling tot auteursrecht altijd techniek beschermt.

¹³ Geerts 2007, p. 61.

¹⁴ Vgl. art. 25 Aw.

¹⁵ Alberdingk Thijm 2001, p. 7 en 8.

¹⁶ Over de exploitatierechten zie § 1.2.

¹⁷ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 5.

¹⁸ Alberdingk Thijm 2001, p. 19.

¹⁹ Van Engelen 1994, p. 167.

²⁰ *Ibid.*, p. 170.

De vrijheid van informatie wordt door het auteursrecht in principe niet ondermijnd. Dat neemt niet weg dat er wel een spanningsveld bestaat met de informatievrijheid.²¹ Artikel 10 EVRM²² waarborgt de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid om informatie te kunnen *ontvangen*. Onder de in het artikel genoemde ‘inlichtingen’ worden ook creatieve uitingen verstaan die door auteursrecht worden beschermd. Het recht op het ontvangen van auteursrechtelijk beschermde informatie of het recht op vrije meningsuiting kan soms in aanvaring komen met het auteursrecht. In enkele bijzondere gevallen prevaleert het recht op informatie dan boven het auteursrecht.²³ Men kan bovendien situaties bedenken waarbij in theorie de informatie weliswaar geheel vrij is, maar men vorm en inhoud moeilijk kan scheiden. Zo heeft het maken van een fotokopie van een bepaald boek, omwille van de daarin opgeslagen informatie, als consequentie dat men zowel inhoud als vorm overneemt. Eveneens bestaat dikwijls de behoefte om te citeren. De informatie wordt dan rechtstreeks overgenomen in originele vorm. Onze Auteurswet voorziet daarom in een systeem dat de spanning tussen informatievrijheid en auteursrecht enigszins wegneemt.²⁴

De aanspraak op een IE-recht zal men pas kunnen maken als het object dat men beoogt te beschermen voldoende is afgebakend; het moet gaan om *concrete immateriële objecten*. Het algemeen belang rechtvaardigt de beperkte duur van de bescherming van geestelijke prestaties zoals auteursrecht: niets is voor altijd ontsloten aan het publiek. Bescherming mag dus niet verder reiken dan noodzakelijk en proportioneel is. Een benadering waarbij men vooral oog heeft voor de rechthebbenden maar niet voor het publiek, brengt het risico met zich mee dat de *uitzondering op de regel* verder reikt dan gerechtvaardigd is en de uitzondering aldus verwordt tot regel.²⁵

1.1.2.3 De rechtsgronden voor het auteursrecht

Het auteursrecht hinkt op twee benen. Enerzijds wordt de *auteur* als schepper van het werk centraal gesteld, anderzijds de *maatschappij*, die gebaat is bij de schepping van nieuwe werken. Deze benaderingen zijn te verklaren vanuit de manier waarop het auteursrecht is ontstaan. Het doel van het oude drukkersprivilege was voornamelijk innovatie te stimuleren, boeken te doen drukken en drukkers in staat te stellen hun investeringen terug te verdienen. De auteur kreeg in deze periode nog weinig aandacht. Veeleer was de regeling gestoeld op het *maatschappelijk nut*: het zogenaamde *utiliteitsdenken*. Later, mede door de erkenning van persoonlijkheidsrechten, verschoof de focus naar de auteur, de daadwerkelijke maker van het werk. De argumenten hiervoor waren meer gebaseerd op *rechtvaardigheid* dan op maatschappelijk nut. Het auteursrecht was niet slechts meer een recht op vergoeding, maar ook een mogelijkheid voor de auteur om te bepalen hoe zijn werk zou worden geëxploiteerd, of juist niet. In die zin werd het auteursrecht een *verbodsrecht*.²⁶

Twee rechtsgronden dus, die ook bij de kwalificatie van de aard van het auteursrecht doorwerken. Enerzijds wordt wel betoogd dat het auteursrecht een *natuurrechtelijke basis* heeft, gelijk het eigendomsrecht. In die opvatting is de auteur de maker en dus bevoegd om over zijn eigendom te beschikken zoals hem dat goedgebeurt. Anderzijds is er de *monopolietheorie*, een meer economische benadering waarbij het auteursrecht niet meer is dan een vanwege de overheid verstrekt monopolie met

²¹ Hugenholtz 2003, p. 2.

²² Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.

²³ Hugenholtz 2003, p. 11.

²⁴ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 5.

²⁵ Van Engelen 1994, p. 166-171.

²⁶ Alberdingk Thijm 2001, p. 8.

als doel de creatie van meer werken te stimuleren.²⁷ Voorstander van de monopolietheorie was de Amerikaanse *founding father* Thomas Jefferson. Al in 1814 weersprak hij de opvatting dat intellectuele eigendomsrechten gezien moesten worden als natuurrechten en dus als eigendom. Volgens Jefferson waren intellectuele eigendomsrechten geheel anders dan eigendom en moesten ze worden beschouwd als door de staat gecreëerde monopolies om de innovatie aan te wakkeren. Niemand kon aanspraak maken op een intellectueel eigendomsrecht alsof het een normaal eigendomsrecht betrof; de staat bepaalde wie daarvoor in aanmerking kwam. Uiteraard werd dit monopolie destijds maar verleend voor beperkte duur: slechts voor zo lang als nodig was om de innovatie te bevorderen.²⁸ In een tijd en een land waarin men een behoorlijke afkeer had van staatsbemoeienis en structurele monopolies van welke soort dan ook, is deze opvatting goed te verklaren. Intellectuele eigendom werd gezien als 'noodzakelijk kwaad', een compromis.²⁹

De vergelijking met eigendom kan tot op zeker hoogte worden gemaakt. Net zoals het eigendomsrecht is het auteursrecht een uitsluitend, absoluut recht. Toch zijn er duidelijke verschillen. Intellectuele eigendom is vrijwel altijd tijdelijk van duur³⁰ en wordt op velerlei manieren beperkt, eigendom niet. Intellectuele eigendomsrechten, zoals het auteursrecht, zijn *vermogensrechten* in de zin van het goederenrecht.³¹ Daar waar het eigendomsrecht uitsluitend betrekking heeft op lichamelijke *zaken*,³² is het object van intellectuele eigendom per definitie onlichamelijk en dus nooit een zaak. De term 'intellectuele eigendom' is daarom enigszins misleidend; men kan immers nooit *eigenaar* zijn van een vermogensrecht (lees: intellectueel eigendomsrecht). Als gevolg van de onstoffelijkheid van intellectuele eigendomsrechten zijn de regels van gewone eigendom niet van toepassing op de intellectuele eigendom en dient men zakelijke rechten en vermogensrechten van elkaar te scheiden.³³

Toch mist zowel de natuurrechttheorie als de monopolietheorie de kracht om als enige rechtsgrond te kunnen dienen voor het auteursrecht. Om de metafoor van de twee benen nog maar eens te gebruiken: wanneer één been zou worden afgezaagd zou men een onevenwichtig auteursrecht overhouden. De natuurrechttheorie faalt ten dele omdat intellectuele eigendom niet gelijk is te stellen aan eigendom. Er zijn wat dat betreft nu eenmaal cruciale verschillen. De monopolietheorie anderzijds, heeft geen oog voor argumenten van rechtvaardigheid. Er is immers altijd nog zoiets als een algemeen rechtsgevoel dat ons zegt dat het overnemen van andermans geestesproducten fout is³⁴ en inspanningen (financieel) beloond moeten worden.³⁵ Het auteursrecht kortom, is gestoeld op beide opvattingen. Enerzijds heeft het oog voor de maker van een werk, anderzijds dient het als stimulans voor de creatie van die werken. Het midden tussen deze opvattingen wordt het *auteursrechtelijk evenwicht* genoemd. Over mogelijke strijd tussen deze twee benaderingen zegt advocaat Alberdingk Thijm:

*Het aanvaarden van de twee tegenstrijdige verklaringen van het auteursrecht impliceert dat deze allebei tot hun recht moeten komen binnen het auteurswettelijke kader.*³⁶

²⁷ Ibid., p. 9.

²⁸ T. Jefferson, 'Letter to McPherson' (1814), p. 333-334.

²⁹ Vgl. Boyle 2008, p. 22.

³⁰ Een uitzondering hierop vormt de bescherming van economische prestaties, zoals het merkenrecht, die meer gerelateerd is aan gebruik dan aan tijdsduur.

³¹ Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (art. 3:1 BW).

³² Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW).

³³ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 15.

³⁴ Alberdingk Thijm 2001, p. 9-10.

³⁵ Van Engelen 1994, p. 158.

³⁶ Ibid., p. 12.

1.1.2.4 *Het publiek domein en het auteursrecht*

De term *publiek domein* wordt op twee manieren gebruikt. In de enge zin des woords duidt de term op alle *objecten* die niet door auteursrecht (of een ander IE-recht) *kunnen* worden beschermd en op werken die weliswaar beschermd kunnen worden door auteursrecht maar waarvan de beschermingstermijn is verlopen.³⁷ In de brede zin des woords omvat het publiek domein niet alleen onbeschermden werken, maar ook *onbeschermd gebruik* van werken, zoals bijvoorbeeld gebruik dat valt onder de Nederlandse thuiskopie-exceptie. Gebruik dat onder een exceptie valt, levert geen auteursrechtinbreuk op en is in die zin dus ook *onbeschermd*.³⁸

Het publiek domein speelt een belangrijke rol in onze samenleving. Veel cultureel erfgoed staat iedereen vrij ter beschikking. We kunnen stellen dat het publiek domein de *regel* is waarop de intellectuele eigendom de *uitzondering* vormt, zoals eerder besproken.³⁹ Uiteindelijk draagt het auteursrecht bij aan het ontstaan van dit publiek domein. Het stimuleert de creatie van werken, waar het publiek *uiteindelijk* ook profijt van kan hebben, zo is de gedachte.

1.1.3 *De ontwikkeling en uitdijning van het auteursrecht: een parallel met het verleden*

1.1.3.1 *De digitale dimensie*

Met de komst van internet is er een nieuwe dimensie aan het auteursrecht toegevoegd: de digitale dimensie.⁴⁰ Zoals we hebben gezien beschermt het huidige auteursrecht slechts een bepaalde *concrete* uiting.⁴¹ Toch is het zo dat een uiting pas waarde krijgt wanneer deze kan worden geëxploiteerd, zeker bij literatuur, muziek en film.

Men plaatst het auteursrecht het grootste gedeelte van de twintigste eeuw vooral in een analoge context. Vóór de komst van het internet betekende exploitatie vrijwel altijd dat een auteursrechtelijk werk middels een fysieke drager (cd, dvd, vinyl) verhandelbaar moest worden gemaakt. Grootschalig gebruik van internet en het gemak waarmee tegenwoordig bestanden kunnen worden uitgewisseld, heeft de beleving van veel kunst veranderd. Fysieke dragers zijn een onderschikte rol gaan spelen. Door technologische ontwikkelingen wordt men gedwongen om terug te keren naar de kern van het auteursrecht: een werk moet waarneembaar zijn, maar het hoeft niet te zijn neergelegd in een materiële drager om beschermd te zijn.⁴² Auteursrechtelijke bescherming hoeft immers nergens te worden geregistreerd of geclaimd; het ontstaat op het moment dat het werk wordt geschapen.⁴³ Dit leidt op internet tot problemen. Men kan eindeloos en moeiteloos bestanden kopiëren en uitwisselen zonder gebonden te zijn aan grenzen die worden bepaald door fysieke dragers of hoge kosten. Op die manier ontstaat een onoverzichtelijk veelvoud van werken. Zoals rechtsgeleerde Lessig het treffend samenvat: in de tijd zonder internet was de kopie de uitzondering, in het huidige internettijdperk is de kopie de regel geworden.⁴⁴

³⁷ CDIP 2011, p. 5.

³⁸ Ibid., p. 8.

³⁹ Ibid., p. 13-14.

⁴⁰ Nederland loopt wat betreft internetgebruik voorop in de wereld. Bijna 12,5 miljoen mensen maakten in Nederland in 2010 gebruik van internet. Opvallend daarbij is dat inmiddels 50% van de mensen tegenwoordig gebruik maakt van mobiel internet, bijvoorbeeld via een telefoon of tablet. Dat is maar liefst een verdubbeling ten opzichte van 2009. Bron: CBS.nl.

⁴¹ Geerts 2007, p. 66.

⁴² Ibid., p. 67.

⁴³ Ibid., p. 64.

⁴⁴ Interview met Lawrence Lessig, 18 november 2009. Te raadplegen via: <<http://en.wikipedia.org/wiki/File:IntervjuLessig.ogv>>.

Het auteursrecht heeft nooit als doel gehad om technologische ontwikkeling te reguleren. Als we de geschiedenis er op naslaan, zien we dat elke ontwikkeling van nieuwe technologie door auteursrechthebbers, zoals platen- en filmaansluitingen, in eerste instantie niet werd verwelkomd. De cassette recorder, de videorecorder en zelfs de komst van de fonograaf, de grammofoon en kabel-tv werden in hun eerste jaren door de toenmalige auteursrechthebbers met argusogen bekeken. De muziekindustrie, tegenwoordig in het nauw gedreven omdat hun belangen door de komst van internet en *file sharing* kunnen worden geschaad, bevond zich in de tijd van de eerste muziekopnames juist in de tegenovergestelde rol: die van een innovatieve industrie die grootschalig gebruik maakte van nieuwe techniek om muziek op te nemen en te exploiteren.⁴⁵

1.1.3.2 De opkomst van de videorecorder in de jaren '80

Een voorbeeld. Toen begin jaren '80 de videorecorder het licht zag, was de filmindustrie zeer argwanend. De videorecorder, evenals het internet nu, was een techniek die het kopiëren van bepaalde werken, zoals film- en tv-programma's goedkoper en makkelijker maakte. Dit strookte niet met het toenmalige *business model* van de filmindustrie, dat was gebaseerd op het vertonen van films in bioscopen en het licentiëren aan tv-zenders.

Hoe verhiel al dit kopiëren zich tot het auteursrecht? De filmindustrie was daar duidelijk over: de videorecorder was volgens hen een *copyright violation device*. Het kopiëren werd zo makkelijk en goedkoop, dat auteursrechthebbers sterkere rechten nodig hadden, zo was de redenering.⁴⁶ Nadat men tevergeefs had geprobeerd om videorecorders te laten onderwerpen aan heffingen, werden de pijlen gericht op de fabrikanten van de videorecorder. In de belangrijke *Sony*-uitspraak⁴⁷ van de Amerikaanse Supreme Court werd bepaald dat de fabrikanten niet aansprakelijk zijn te houden voor eventuele auteursrechtinbreuken op rechten van bijvoorbeeld filmstudio's, omdat het thuis opnemen van tv-programma's door burgers met het doel deze op een later tijdstip terug te kijken (*time-shifting*) onder de zogenaamde *fair use*-exceptie valt. Bovendien vormt een substantieel deel van het gebruik van videorecorders überhaupt geen auteursrechtinbreuk. *Fair use* van auteursrechtelijk beschermd materiaal levert volgens de Amerikaanse Auteurswet geen auteursrechtinbreuk op.^{48,49}

Waar de raadsheren van de Supreme Court bang voor waren, was dat de filmstudio's het auteursrecht zouden gebruiken om controle te krijgen over nieuwe technologieën, zoals de videorecorder.⁵⁰ Wat dat betreft is de *Sony*-uitspraak meer dan het erkennen van een beroep op *fair use* voor het opnemen van tv-programma's: er zit een diepere gedachte achter die teruggrijpt op de eerder besproken ratio van het auteursrecht. Intellectuele eigendomsrechten in het algemeen, en auteursrecht in het bijzonder, blijven de uitzondering op de regel. Als de auteursrechthebbende het recht zou worden gegeven zich te kunnen keren tegen elke nieuwe technologische ontwikkeling die een (potentiële) bedreiging vormt voor zijn *business model*, zou de videorecorder zoals wij die hebben gekend wellicht niet hebben bestaan. Beperkingen op het auteursrecht zijn kortom essentieel om een gezonde balans te bewaren tussen enerzijds de belangen van auteursrechthebbers en anderzijds de belangen van het publiek. Dat de videorecorder de filmindustrie uiteindelijk trouwens geen windeieren heeft gelegd blijkt uit het feit dat tot

⁴⁵ Hargreaves 2011, p. 46.

⁴⁶ Boyle 2008, p. 64.

⁴⁷ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

⁴⁸ Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. § 107.

⁴⁹ Deze Amerikaanse beperking van het auteursrecht heeft betrekking op gebruik van werken voor onderwijs, studie, parodie, citaten en onderzoek, en is vooral ook een algemene wettelijke beperking (open norm) van het auteursrecht die in de Amerikaanse jurisprudentie verder is uitgewerkt.

⁵⁰ Boyle 2008, p. 70.

aan de opkomst van de dvd maar liefst 50% van alle inkomsten met het verhuren van videobanden werd behaald.⁵¹ Bovendien toont dit aan dat de eerste schrikreactie op de ontwikkeling van de videorecorder zwaar overtrokken was.

Dergelijk verzet, dat we tegenwoordig aan de zijde van de muziekindustrie zien, is dus niet nieuw en hoeft niet op zichzelf reden te zijn om het auteursrechtbeleid drastisch te veranderen of restrictiever te maken. Veeleer kan uit de geschiedenis de tegenovergestelde conclusie worden getrokken: wanneer het gebruik van nieuwe technieken op de juiste manier wordt omarmd in plaats van tegengegaan of bemoeilijkt, leidt dat eerder tot een goed gedijende creatieve sector.

Desalniettemin is de invloed van de 'grote spelers' aanzienlijk. De Engelse professor Hargreaves heeft onlangs in zijn onafhankelijke aanbeveling tot verbetering van het beleid ten aanzien van intellectuele eigendom in het Verenigd Koninkrijk gepleit voor een meer rationele opstelling van de wetgever. Beleid moet worden gebaseerd op feiten en onderzoek, en niet op grond van een onderbuikgevoel of argumenten van partijen die vooral oog hebben voor hun eigen belangen.⁵² De Britse regering heeft toegegeven dat de *Digital Economy Act*⁵³ niet slechts op grond van deugdelijk onderzoek tot stand is gekomen, maar dat er vooral is geluisterd naar de lobby van auteursrechthebbers, waarbij het met name gaat om de grote spelers op de entertainmentmarkt en hun vertegenwoordigers.⁵⁴ De *Sony*-uitspraak in het achterhoofd houdend verbaast dergelijke berichtgeving weinig.

1.1.3.3 De uitdijning van het auteursrecht

Ook in veel andere Europese en westerse landen (waaronder Nederland) is de laatste tientallen jaren de wetgeving ten aanzien van auteursrecht aangescherpt. Het auteursrecht is uitgedijd, zogezegd. Met name onder invloed van EU-richtlijnen is de beschermingstermijn verlengd, tot 70 jaar na de dood van de maker (als deze een persoon is)⁵⁵ en is het werkbegrip, dat bepaalt wat onder een auteursrechtelijk werk verstaan wordt, uitgebreid. Zo is begin jaren '90 officieel bepaald dat software auteursrechtelijk kan zijn beschermd⁵⁶ en is het mogelijk dat de geur van parfum bescherming geniet.⁵⁷ Hierdoor bestrijkt het auteursrecht een immer groter wordende verscheidenheid aan werken voor een steeds langere tijd. Deze trend brengt volgens sommigen risico's met zich mee.

Alberdingk Thijm acht de ontwikkelingen zoals deze plaatsvinden problematisch. Hij stelt dat de ratio van het auteursrecht wordt aangetast. Uitbreidingen zijn niet per definitie slecht, maar wel als deze verzuimen het auteursrechtelijk evenwicht te herstellen. Technologische ontwikkelingen kunnen wel degelijk aanleiding zijn voor aanpassing van het auteursrecht, maar niet als die uitbreiding niet in de eerste plaats is bedoeld om het auteursrecht te versterken, zoals zijns inziens het geval is bij veel (supranationale) wetgeving. De uit Europa veel gehoorde onderbouwing dat uitbreiding noodzakelijk is om innovatie te stimuleren en dus wordt gelegitimeerd met argumenten van maatschappelijk nut, is volgens hem niet correct. Meer en langere bescherming leidt niet per definitie tot meer creatie, dat is

⁵¹ Ibid., p. 64.

⁵² Hargreaves 2011, p. 98.

⁵³ Een Britse wet die digitale media reguleert, waarover meer in hoofdstuk 4.

⁵⁴ Z. Whittaker, 'We had no evidence for anti-piracy law, UK government admits', *London Calling*, 21 november 2011. Te raadplegen via: <<http://www.zdnet.com/blog/london/-8216we-had-no-evidence-for-anti-piracy-law-uk-government-admits/1046>>.

⁵⁵ In Nederland: art. 37 lid 1 Aw.

⁵⁶ Richtlijn 91/250/EEG (*Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's*).

⁵⁷ HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (*Lancôme/Kecofa*).

een economische misvatting.⁵⁸ Denkbaar is mijns inziens dat langere bescherming zelfs reden kan zijn om *minder* te gaan creëren.

Ook professor Hugenholtz ziet de uitdijning en legt de 'schuld' bij de Hoge Raad die volgens hem dikwijls te gemakkelijk bescherming aanneemt. De Hoge Raad zou volgens hem terug moeten naar de basis, gelegd door een arrest uit 1946⁵⁹, waarin werd bepaald dat "alleen de vormgeving, die de uiting is van datgene, wat den maker tot zijn arbeid heeft bewogen, de bescherming van het auteursrecht geniet". Hierbij is geen plaats voor de bescherming van de geur van parfum.⁶⁰ Waar Hugenholtz vooral op doelt is dat uitgebreide auteursrechtbescherming het risico meebrengt dat het auteursrecht zich over 'uitingen' uitstrekt die op het eerste oog weinig meer van doen hebben met het doel waar het auteursrecht primair voor was bestemd, met als ongewenst resultaat een discrepantie tussen ratio en praktijk. Deze conclusie is begrijpelijk en grijpt terug op de basis van het auteursrecht, zoals eerder besproken.

Door technologische ontwikkelingen is de dimensie van het auteursrecht veranderd. Met name de belangen van rechthebbenden worden (mede door een goede lobby) sterk behartigd, met als gevolg dat de balans meer dan eens uitvalt naar de zijde van de rechthebbenden.⁶¹ Hierbij gaat de meeste aandacht uit naar bescherming.⁶² Aan de beperkingen van het auteursrecht is de laatste jaren weinig fundamenteels veranderd, waardoor de positie van de gebruiker onderbelicht is gebleven. Een kritische houding ten opzichte van de ontwikkeling van het auteursrecht in de informatiemaatschappij is daarom op zijn plaats.⁶³

In de volgende paragrafen zal blijken tot welk wettelijk kader de ontwikkelingen hebben geleid in Nederland. De nadruk zal hierbij vooral liggen op het (muziek)auteursrecht en de thuiskopie-exceptie.

1.2 Het wettelijk kader ten aanzien van muziek

1.2.1 Internationale en Europese auteursrechtregelgeving

Sinds de totstandkoming van de multilaterale Berner Conventie ('BC') in 1886 wordt de internationale bescherming van werken gewaarborgd.⁶⁴ Met 164 lidstaten anno 2011 is de BC is een goed geslaagde poging om de basis van het auteursrecht internationaal te regelen. De BC regelt hoofdzakelijk welke werken bescherming genieten en op welke manier.⁶⁵ Buitenlandse werken dienen op grond van het zogenaamde *gelijkheidsbeginsel* in lidstaten hetzelfde te worden behandeld als nationale werken.⁶⁶ Bovendien geldt er een formaliteitenverbod: het auteursrecht ontstaat van rechtswege.⁶⁷ De conventie heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het auteursrecht in veel landen en is in Nederland reden

⁵⁸ Alberdingk Thijm 2001, p. 15-16.

⁵⁹ HR 28 juni 1946, NJ 1946, 712 (*Van Gelder/Van Rijn*).

⁶⁰ Hugenholtz 2008a, p. 8.

⁶¹ Netanel 2007.

⁶² Litman 2001, p. 77-80.

⁶³ Vgl. Quaedvlieg 1998, p. 57-58.

⁶⁴ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1886), kortweg: Berner Conventie.

⁶⁵ Art. 2 BC.

⁶⁶ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 693.

⁶⁷ Art. 5 lid 2 BC.

geweest voor het invoeren van de huidige Auteurswet in 1912.⁶⁸ De Berner Conventie is later nog een aantal maal gewijzigd, in 1979 voor het laatst.

Naast de BC heeft de Wereldorganisatie voor Intellectuele Eigendom ('WIPO') gezorgd voor de totstandkoming van een tweetal verdragen: het *WIPO Copyright Treaty* ('WCT', voor auteursrecht) en het *WIPO Treaty on Performances and Phonograms* ('WTPP', voor naburige rechten)⁶⁹, beide uit 1996. Deze verdragen kunnen worden gezien als een update van de Berner Conventie en stellen vooral de toepasselijkheid van auteursrecht en naburig recht in de digitale omgeving vast. In de Europese Unie zijn de verdragen aanleiding geweest voor de invoering van de Auteursrechtlijn ('ArI')⁷⁰, waarin overigens meer wordt geregeld dan in de WIPO-verdragen.⁷¹

Het TRIPs-verdrag ten slotte, is een van de Wereldhandelsorganisatie ('WTO') afkomstig verdrag uit 1994 dat de erkenning van intellectuele eigendom regelt.⁷² Meer specifiek ziet TRIPs op de mate van bescherming die lidstaten van de WTO moeten bieden aan rechten van intellectuele eigendom in hun land. Dit doet TRIPs hoofdzakelijk door landen te verplichten om toe te treden tot de Berner Conventie.

1.2.2 De Auteurswet

1.2.2.1 Het werkbegrip: muziek als werk

Een voortbrengsel komt op grond van de Auteurswet ('Aw') voor bescherming in aanmerking wanneer het 1) voor menselijke waarneming vatbaar is, 2) een eigen, oorspronkelijk karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt en 3) het eigen, oorspronkelijke karakter niet enkel datgene betreft wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een technisch effect.⁷³ Voor dit laatste is men immers in principe aangewezen op het octrooirecht of modellenrecht. Zoals besproken moet het hierbij gaan om concrete uitingen.⁷⁴ Het Europese Hof van Justitie lijkt daar met het arrest *Infopaq I*⁷⁵ nog een nadere invulling aan te hebben gegeven, terwijl er geen concrete harmonisatie ten aanzien van het object van het auteursrecht heeft plaatsgevonden. Een werk moet volgens het hof uitdrukking zijn van de eigen intellectuele schepping van de auteur.⁷⁶

Artikel 10 Aw leert ons voorts dat bescherming wordt geboden aan oorspronkelijke werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Het artikel noemt hierbij een verschillend aantal concrete werken, zoals: boeken, tijdschriften, toneelwerken, muziekwerken, fotografische werken, filmwerken en computerprogramma's. De auteur (maker) van een muziekstuk is dus in beginsel de rechthebbende van dat werk. Hiervan moet de uitvoerende kunstenaar worden onderscheiden. Voor muziek geldt bovendien dat er geen 'vastleggingsvereiste' is. Zoals we hebben gezien geldt slechts de eis van waarneembaarheid. Ook een improvisatie kan dus beschermd worden. Het begrip muziek wordt breed begrepen.⁷⁷

⁶⁸ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 19.

⁶⁹ Zie § 1.2.3 voor de naburige rechten.

⁷⁰ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001. (*Richtlijn betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij*).

⁷¹ Vgl. Arkenbout 2000.

⁷² Agreement on trade related aspects of intellectual property rights (1994).

⁷³ HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 (*Lancôme/Kecofa*).

⁷⁴ Zie § 1.1.2.2.

⁷⁵ HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq I*).

⁷⁶ *Ibid.*, § 37 e.v.

⁷⁷ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 102.

1.2.2.2 De exploitatierechten van de auteursrechthebbende

Het auteursrecht is overdraagbaar.⁷⁸ De rechthebbende kan delen van het auteursrecht, maar ook het gehele auteursrecht overdragen. De splitsing in delen kan betrekking hebben op vele verschillende aspecten.⁷⁹ De maker (of diens rechtverkrijgende) heeft op grond van art. 1 Aw het exclusieve recht op het *openbaar maken* en *verveelvoudigen* van zijn werk. Onder openbaar maken en verveelvoudigen verstaat de Auteurswet veel verschillende soorten handelingen waarvan in de wet enkele voorbeelden worden opgesomd. Aangenomen mag worden dat de Auteurswet deze begrippen slechts gebruikt ten aanzien van het soort handelingen die daar in de wet onder worden begrepen en niet elke handeling die daar in het normale spraakgebruik onder zou vallen.⁸⁰

Verveelvoudigen

De Auteurswet geeft geen algemene definitie van *verveelvoudigen*, maar noemt een aantal voorbeelden.⁸¹ Het begrip kan worden onderverdeeld in twee categorieën: 1) reproduceren in (bijna) identieke vorm; en 2) het bewerken van een origineel werk. Bij categorie (1) valt te denken aan het kopiëren van een boek of cd, of het downloaden van een liedje via internet. Het verschil met categorie (2) is dat bij deze laatste categorie het origineel wordt bewerkt. Er wordt een creatieve inbreng aan toegevoegd. Zo moet de vertaling of verfilming van een boek als een verveelvoudiging worden beschouwd. Lastig hierbij is dat de eigen inbreng van de bewerker ook als auteursrechtelijk werk wordt beschermd.⁸² Op een bewerking rust dus een dubbel auteursrecht: dat van de originele maker en dat van de bewerker. Een bewerking kan echter ook zo ver afstaan van het origineel dat sprake is van een nieuw, oorspronkelijk werk. In dat geval kan niet meer gesproken worden van een verveelvoudiging.⁸³

Niet-duurzame en betekenisloze verveelvoudigingen worden uitgezonderd van het verveelvoudigingsrecht. Op grond van de Auteursrechtlijn geldt bijvoorbeeld de verveelvoudiging van tijdelijke of voorbijgaande aard die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé, niet als verveelvoudiging.⁸⁴ Het moet dan gaan om handelingen die plaatsvinden met het doel de doorgifte in een netwerk tussen derden en een tussenpersoon mogelijk te maken of een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken. De verveelvoudiging mag bovendien geen zelfstandige economische waarde bezitten. Deze bepaling zondert de tijdelijke verveelvoudigingen die inherent zijn aan het verwerken van informatie met een computer uit van de hoofdregel. In het vervolg zal met de term verveelvoudiging hoofdzakelijk worden bedoeld op de eerste categorie: het reproduceren in (vrijwel) identieke vorm.

Openbaar maken

Van *openbaar maken* wordt ook geen algemene definitie gegeven, maar ook hier geeft de Aw een aantal niet-limitatieve voorbeelden.⁸⁵ Hieruit volgt dat van openbaar maken sprake is als het werk op één of andere manier ter beschikking van het publiek wordt gesteld.⁸⁶ Ook het aanbieden van werken op internet valt onder het begrip openbaar maken en vereist dus in beginsel toestemming van de auteursrechthebbende. Vanzelfsprekend geldt de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het

⁷⁸ Art. 2 Aw. De levering geschiedt door een daartoe bestemde akte.

⁷⁹ Zoals: openbaarmakings- en verveelvoudigingswijzen, verschillende branches, gebruikers, territoire, tijd, etc.

⁸⁰ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 152.

⁸¹ Art. 13-14 Aw.

⁸² Art. 10 lid 2 Aw.

⁸³ Art. 13 Aw.

⁸⁴ Art. 5 lid 1 Arl en art. 13a Aw.

⁸⁵ Art. 12 Aw.

⁸⁶ Zoals is bepaald in HR 27 januari 1995, NJ 1995, 669 (*Bigott/Douca*).

openbaar als openbaarmaking. Uitzondering hierop vormt de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling die zich beperkt tot de familie- of vriendenkring of daaraan gelijk te stellen kring waarvoor geen betaling wordt gevraagd.⁸⁷ Die 'daaraan gelijk te stellen kring' wordt eng opgevat. Zo geldt het afspelen van muziek in de gemeenschappelijke ruimte van een bejaardentehuis *wel* als openbaarmaking.⁸⁸ De vraag roept zich op hoe de 'daaraan gelijk te stellen kring' eruit kan zien, gezien de enge uitleg in de praktijk.⁸⁹

1.2.3 De naburige rechten

Naast het auteursrecht bestaat het naburig recht. De Wet op de Naburige Rechten ('WNR'), ingevoerd in 1993, kent rechten toe aan uitvoerende kunstenaars, fonogrammenproducenten (producenten van geluidsopnames), filmproducenten en omroeporganisaties. De WNR is ingevoerd om de prestaties van de hierboven genoemde categorieën personen en organisaties, die geen aanspraak maken op auteursrechtelijke bescherming, beter te kunnen beschermen.⁹⁰ De term 'naburig' ziet op het feit dat de rechten grenzen aan het auteursrecht maar maken daar geen deel van uitmaken. Een voorbeeld: een muziekopname (een cd of lp) heeft betrekking op auteursrechtelijk beschermd werken, uitgevoerd door een zanger of band. De schrijver van de muziek (zo dat iemand anders is dan de uitvoerende) is derhalve *maker* van het *auteursrechtelijk beschermd werk*, de uitvoerende(n) en de fonogrammenproducent hebben op grond van art. 1 WNR recht op *nabuurrechtelijke* bescherming. Geluidsopnames an sich worden dus bestreken door het naburig recht, de composities van de opnames door auteursrecht. De naburige rechten ontstaan van rechtswege, net als het auteursrecht. De beschermingstermijn is 50 jaar na de eerste vervaardiging van een fonogram.⁹¹ Onlangs is deze termijn Europees verlengd tot 70 jaar.^{92,93} De naburige rechten voor geluidsopnames zullen in het navolgende sporadisch aan bod komen. Er zal van 'auteursrechtrechthebbenden' worden gesproken, ook wanneer het naburig recht een rol speelt.

1.2.4 Beperking van het auteursrecht

1.2.4.1 Het auteursrechtelijk evenwicht

In het licht van de ratio van het auteursrecht wekt het geen verbazing dat het auteursrecht voorziet in een aantal beperkingen van de exclusieve rechten. Hoewel we hebben geconstateerd dat de mogelijkheden tot controle zijn toegenomen, zijn de beperkingen van het auteursrecht geenszins verdwenen. Zowel het openbaarmakingsrecht als het verveelvoudigingsrecht zijn beperkt. De beperkingen houden het auteursrechtelijk evenwicht in stand. Dit *institutionele karakter* van het auteursrecht is ingebakken in de Auteurswet zelf: er is in de wet een reeks excepties opgenomen.⁹⁴ Gefocust zal worden op de beperking van het verveelvoudigingsrecht.

⁸⁷ Art. 12 lid 1 sub 4 Aw.

⁸⁸ HR 9 maart 1979, NJ 1979, 341 (*Dreeshuis/Buma*).

⁸⁹ Vgl. Mom 2010.

⁹⁰ Geerts 2007, p. 167-168.

⁹¹ Art. 12 WNR.

⁹² Richtlijn 2011/77/EU van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2011 ter aanpassing van Richtlijn 2006/116/EC (*Richtlijn betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten*).

⁹³ Zie Helberger e.a. 2008. Deze verlenging is controversieel. Mede door een stevige lobby van oude muzikanten (uitvoerenden) is de beschermingstermijn in 2011 uiteindelijk verlengd. De leeftijd van de muzikanten wordt zelfs als argument gebruikt voor de aanpassing van de richtlijn. Voor de nare bijmaak van deze wijziging, zie: Helberger e.a. 2008 en J. Sluijs, 'Cliff Richards en de Beatles blijven uit het publieke domein: another one bites the dust' *Ars Aequi Weblog*, 15 september 2011, op <<http://maandblad.arsaequi.nl/opinie/weblog/>>.

⁹⁴ Quaadvlieg 1998, p. 58.

1.2.4.2 De driestappentoets in de Auteursrechtlijn

Eind jaren '60 van de vorige eeuw werd aan de Berner Conventie een algemeen geformuleerde beperking van het verveelvoudigingsrecht toegevoegd: de *driestappentoets*.⁹⁵ De driestappentoets geeft aan hoe het verveelvoudigingsrecht mag worden beperkt naar nationaal recht en is het resultaat van lang onderhandelen tussen de verschillende lidstaten. Omdat alle lidstaten van de BC zich konden vinden in de algemeen geformuleerde driestappentoets, is ze later min of meer rechtstreeks overgenomen in het TRIPs-verdrag en het WIPO Copyright Treaty. Bovendien worden daar niet alleen beperkingen van het verveelvoudigingsrecht bestreken maar ook van het openbaarmakingsrecht.⁹⁶ In de Auteursrechtlijn, mede bedoeld om de WIPO-verdragen te implementeren in de EU, is de driestappentoets overgenomen in artikel 5 lid 5:

De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

Er is sprake van minimumharmonisatie: lidstaten moeten voldoen aan de driestappentoets, maar mogen daaraan wel een nadere invulling geven. De driestappentoets laat op deze manier verschillende nationale systemen toe met betrekking tot de beperking van het verveelvoudigingsrecht. Nederland heeft er voor gekozen om de driestappentoets niet rechtstreeks over te nemen in de Auteurswet. De vraag rijst dan ook hoe de verhouding tussen de driestappentoets en de beperkingen van het auteursrecht in Nederland moet worden gekarakteriseerd. Deze verhouding zal worden geanalyseerd in het volgende hoofdstuk.

Met betrekking tot het *openbaarmakingsrecht* laat de richtlijn weinig ruimte voor nationaal beleid. Het recht om werken aan het publiek te communiceren moet worden aangemerkt als exclusief recht. Het online ter beschikking stellen valt hier ook onder. Zonder toestemming van de rechthebbende mag men dus geen auteursrechtelijk beschermd openbaar maken, waaronder *uploaden* op internet.⁹⁷

1.2.4.3 Het thuis kopiëren: art. 16b en 16c Aw

Onze Auteurswet kent twee belangrijke bepalingen die het verveelvoudigingsrecht beperken: art. 16b en 16c Aw. Op grond van deze artikelen is het tot op zekere hoogte geoorloofd om voor eigen oefening, studie of gebruik één of enkele verveelvoudigingen van een werk te maken. Bouwwerken, computerprogramma's en met elektronische middelen toegankelijke verzamelingen (databanken) worden nadrukkelijk uitgezonderd van de bepalingen.⁹⁸ Onder invloed van de Auteursrechtlijn zijn beide artikelen in 2004 gewijzigd.⁹⁹ Op het eerste oog lijkt er geen inhoudelijk verschil te zijn tussen de twee wetsartikelen, maar dit is er wel.

Art. 16b Aw ziet op de 'traditionele' vormen van verveelvoudiging voor eigen gebruik. Hierbij moet gedacht worden aan het overschrijven, natekenen, naschilderen, niet-digitaal fotograferen en fotokopiëren van werken. Dat de bepaling *niet* ziet op het verveelvoudigen zoals bedoeld in art. 16c Aw

⁹⁵ Art. 9 lid 2 BC.

⁹⁶ Art. 13 TRIPs resp. art. 10 WCT.

⁹⁷ Art. 3 Arl.

⁹⁸ Op grond van art. 16b lid 6, 45n en 16c lid 8 Aw.

⁹⁹ Art. 5 lid 2 sub b Arl.

(“reproducen” genoemd) valt af te leiden uit art. 16b lid 6 Aw en de parlementaire geschiedenis.¹⁰⁰ De vraag die vervolgens rijst is op welk kopiëren art. 16c Aw dan betrekking heeft. Uit art. 16c lid 2 Aw vloeit voort dat het artikel alleen ziet op het kopiëren op “een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven”.¹⁰¹ Die voorwerpen zijn analoge en digitale beeld- en geluidsdragers zoals videobanden, dvd’s, cd’s, maar ook mp3-spelers, tablets en andere computers. In tegenstelling tot art. 16b Aw mag men op grond van art. 16c Aw niet voor iemand anders een kopie maken, maar alleen voor zichzelf. De verdeling van het thuis kopiëren over twee wetsartikelen valt te verklaren uit het feit dat traditioneel (foto)kopiëren voor eigen gebruik niet onderworpen is aan een heffing, in tegenstelling tot het digitaal kopiëren van art. 16c Aw, waarop de zogenaamde *thuis kopieheffing* van toepassing is.¹⁰² Art. 16c lid 1 Aw luidt als volgt:

Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd het reproducen van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproducen geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.

De thuis kopieheffing is een heffing ter compensatie van het thuis kopiëren van art. 16c Aw (van toepassing op een beperkt aantal soorten materiële dragers) en vindt in art. 16c lid 2 zijn bestaansrecht:

Voor het reproducen, bedoeld in het eerste lid, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid [onderstreping JGR].

Welke dragers onderworpen zijn aan een heffing is bij AMvB bepaald.¹⁰³ Dit is tamelijk arbitrair.¹⁰⁴ Zo zijn blanco cd’s en dvd’s aan een heffing onderworpen, maar mp3-spelers en harde schijven niet. De heffing ziet dus niet op alle voorwerpen die worden bestreken door art 16c Aw.¹⁰⁵ Heffingen worden gezien als een billijke manier om het moeilijk controleerbare thuis kopiëren toe te staan en tegelijkertijd de rechthebbenden te compenseren. Een muzikant bijvoorbeeld, ontvangt immers royalty’s van plaatverkopen, maar niet van het thuis kopiëren. Toch bestaat volgens sommigen het risico dat deze *fiscalisering* van het auteursrecht leidt tot een uitholling van de exploitatierechten. Wanneer gebruikers immers structureel een (vast) bedrag betalen voor het verveelvoudigen voor eigen gebruik, wordt het verband tussen de gebruiker en het verbodsrecht van de rechthebbende steeds vager.^{106,107}

¹⁰⁰ MvT w.v. 28 482, nr. 3 p. 45-46 en MvA I w.v. 28 482, C, p. 5-6.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 264-265.

¹⁰³ Art. 16c lid 6 Aw. In realiteit bepaalt de Stichting Onderhandelingen Thuis kopie vergoeding (SONT) de hoogte van de vergoeding o.g.v. art. 16e Aw.

¹⁰⁴ Zo ook Hof 's-Gravenhage 27 maart 2012, LJN: BV9880. Het Hof is van oordeel dat de heffing (i.c. voor uitvoerende kunstenaars, die op grond van de Wet naburige rechten recht hebben op een billijke vergoeding) voor alle apparatuur/dragers moet gelden die gebruikt kan/kunnen worden voor het kopiëren van beschermd materiaal.

¹⁰⁵ De tarieven zijn te raadplegen via: <<http://www.thuis kopie.nl/nl/tarieven>>.

¹⁰⁶ Vgl. Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 275.

¹⁰⁷ Vgl. Hugenholtz 2004, p. 5-8.

1.3 Collectieve behartiging van auteursrechten in de muziekindustrie

1.3.1 Bemiddeling door collectieve beheersorganisaties

Voor gebruik dat onder de thuiskopie-exceptie valt, hoeft de gebruiker geen toestemming te hebben van de rechthebbende. Bij exploitatie is dit natuurlijk anders. Voor de meeste individuele auteurs is ten aanzien van de exploitatie niet reëel dat zij telkens rechtstreeks gaan onderhandelen met elke exploitant die een auteursrechtelijk beschermd werk van hen wil gebruiken. Een schrijver kan rechtstreeks onderhandelen met zijn uitgever, maar een componist zal moeilijk met elke kroeg afzonderlijk kunnen onderhandelen over de vergoeding voor het openbaar mogen maken van zijn werk. Omgekeerd is het voor de gebruikers ondoenlijk om elke componist op te sporen en toestemming te vragen. Vandaar dat bemiddeling en samenwerking in de muziekindustrie door collectieve beheersorganisaties zeer gebruikelijk is. Hierna zullen drie organisaties die zich bezighouden met muziek worden besproken.

De Vereniging Buma ('Buma')¹⁰⁸ behartigt de belangen van componisten en tekstschrijvers met betrekking tot de uitvoering van hun werken. Op grond van art. 30a Aw heeft Buma een monopoliepositie. Ieder openbaar ten gehore brengen van muziek (met of zonder tekst) behoort tot het domein van Buma, met uitzondering van de uitvoering van muziekdramatische werken (ballet, opera) die gepaard gaat met een opvoering daarvan.¹⁰⁹ Muziekauteurs kunnen in principe ook nog steeds zelfstandig hun rechten uitoefenen, maar veel grote gebruikers (zoals omroepen) prefereren het samenwerken met Buma boven het contracteren met individuele gebruikers.

Stemra¹¹⁰ houdt zich bezig met de rechten inzake mechanische reproductie. Daarmee wordt bedoeld het vastleggen van een werk 'op enig voorwerp dat bestemd is een werk ten gehore te brengen'. Het gaat dan om het vastleggen van muziek op cd's, cassettes en het geluidsspoor van films, dvd's etc.¹¹¹ Buma en Stemra zijn samen bekend als Buma/Stemra en werken onder dezelfde directie. Stemra heeft echter in tegenstelling tot Buma geen monopoliepositie. Voor de naburige rechten van uitvoerende kunstenaars en fonogrammenproducenten bemiddelt Sena.¹¹²

1.3.2 Privaatrechtelijke handhaving

De maker van een werk of diens rechtverkrigende kan zijn rechten privaatrechtelijk handhaven. Degene die verveelvoudigings- of openbaarmakingshandelingen verricht kan door de rechthebbende worden gedaagd. Hierbij kunnen de gebruikelijke privaatrechtelijke vorderingen worden ingesteld, zoals onrechtmatigverklaring, een verbod, schadevergoeding, etc.¹¹³

1.3.3 Stichting BREIN

In 1998 is Stichting BREIN¹¹⁴ opgericht.¹¹⁵ Het doel van BREIN is piraterij op het gebied van audio- video- en multimediatproducten te bestrijden. BREIN is met name bekend door het grote aantal

¹⁰⁸ Vroeger: Bureau voor Muziekauteursrecht.

¹⁰⁹ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 469.

¹¹⁰ Opgericht als: Stichting tot Exploitatie van Mechanische Reproductierechten der Auteurs.

¹¹¹ Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 473.

¹¹² Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten.

¹¹³ Vgl. Spoor/Verkade/Visser 2005, p. 489-490.

¹¹⁴ Zie: <www.anti-piracy.nl>.

(privaatrechtelijke) procedures dat zij voert tegen online aanbieders van illegaal aangeboden muziek en film en ISP's.

1.4 Korte samenvatting

We hebben gezien dat het auteursrecht is ontstaan om drukkers te kunnen compenseren voor hun financiële inspanningen. Later, met erkenning van persoonlijkheidsrechten, verschoof de focus steeds meer naar de auteur, de maker van het werk. Er waren meerdere argumenten voor het erkennen van auteursrecht. Hierdoor is het auteursrecht gestoeld op twee rechtsgronden: de natuurrechttheorie en de monopolietheorie. De combinatie van beide theorieën impliceert dat het auteursrecht altijd een evenwicht dient te vinden tussen de belangen van de rechthebbende enerzijds en de belangen van het publiek, het algemeen belang, anderzijds. De inhoud van het auteursrecht is hoofdzakelijk beperkt tot commercieel gebruik: de exploitatierechten van de rechthebbende.

Ontwikkelingen in het auteursrecht laten een onevenwichtigheid zien. De rechten van rechthebbenden zijn in de loop der jaren versterkt, en de te beschermen materie is uitgebreid. Beperkingen zijn echter goeddeels ongewijzigd gebleven. Nieuwe technologische ontwikkelingen gaan vaak gepaard met veel strijd, zoals te zien is bij de ontwikkeling van de videorecorder maar ook bij internet. Rechthebbenden eisen daarbij meer controle. Het is aan de wetgever en de rechter het hoofd koel te houden en de ratio van het auteursrecht niet uit het oog te verliezen.

Het huidige wettelijk kader dat in Nederland wordt gekenmerkt door de Auteurswet is het resultaat van internationale ontwikkelingen. De Europese Unie heeft het auteursrecht in Europa (deels) geharmoniseerd, maar de open norm ten aanzien van de mogelijkheden tot het beperken van het verveelvoudigingsrecht middels de *driestappentoets* laat lidstaten de nodige ruimte. Nederland kent de zogenaamde thuiskopie-exceptie op grond waarvan het geoorloofd is voor eigen gebruik een kopie (verveelvoudiging) van een werk te maken. Hierbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen art 16b Aw dat ziet op 'traditioneel kopiëren' en art. 16c Aw dat ziet op het digitaal kopiëren (waarbij een heffing bestaat: de thuiskopieheffing).

Voorts hebben we gezien dat het auteursrecht in de muziekindustrie door een aantal organisaties wordt behartigd, waarbij Stichting BREIN vooral procedeert.

¹¹⁵ BREIN staat voor 'Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland' en is opgericht door Buma/Stemra, NVPI, NVGD, MPA, Videma en NVF (organisaties van producenten, handelaren en verhuurders van muziek en film).

2 De technische en juridische aspecten van file sharing

2.1 Inleiding

Dat het auteursrecht ook volledig tot gelding komt in de digitale omgeving van het internet moge inmiddels duidelijk zijn. Ook daar is het de rechthebbende die beschikt over de exclusieve exploitatierechten. Het delen van (muziek)bestanden op internet is inmiddels behoorlijk ingebakken in het dagelijks leven. Het up- en downloaden van o.a. muziekbestanden wordt *file sharing* genoemd. Er zijn verschillende manieren waarop dit gebeurt. In het navolgende zal de praktijk van file sharing van twee kanten worden beschouwd: vanuit technisch en juridisch oogpunt.

2.2 De technische aspecten van file sharing

2.2.1 Categorie 1: P2P-file sharing

2.2.1.1 Algemeen

De meest gebruikte manieren van file sharing zijn onder te verdelen in twee categorieën: *peer-to-peer* ('P2P') en *client-server*. Bij P2P-file sharing wordt bij het downloaden van bestanden (of delen daarvan), in feite gekopieerd van gelijkwaardige computers van andere downloaders: de *peers*. Bij P2P is het soms onvermijdelijk dat men in het netwerk van peers gelijktijdig zowel up- als downloader is; dit is namelijk inherent aan sommige systemen waarmee de bestanden worden uitgewisseld. Het is wel mogelijk om te downloaden zonder daarbij zelf te *delen* (uploaden), maar dit kan lagere downloadsnelheden tot gevolg hebben.¹¹⁶ De beweegredenen voor mensen om überhaupt te gaan delen zijn velerlei.

2.2.1.2 BitTorrent

Een groot gedeelte van alle (P2P-)file sharing geschiedt via BitTorrent. Dat is een programma, of beter gezegd een methode (of protocol)¹¹⁷ waarbij een gigantisch netwerk van peers, wanneer zij online zijn, het aanbod verschaffen. Dit aanbod bestaat in de praktijk voornamelijk uit audio en videobestanden, maar dat kan in principe elk soort bestand zijn. Typerend voor BitTorrent is dat men nooit uit één bron downloadt, maar dat bestanden (stel: een album van James Brown) worden opgesplitst in honderden kleine deeltjes van elk 256kb groot. Bij het binnenhalen van één album, downloadt men in feite van tientallen of honderden verschillende peers die de deeltjes van het bestand in willekeurige volgorde *op dat moment* aanbieden (die uploadende peers heten dan *seeders*). BitTorrent is een voorbeeld van de hierboven geschetste situatie, waarbij up- en downloaden simultaan plaatsvindt. Zou dat niet zo zijn, dan zouden er alleen downloaders zijn maar geen uploaders die het aanbod verschaffen. Seeders zijn dus noodzakelijk om de bestandsuitwisseling levend te houden.¹¹⁸

¹¹⁶ Vgl. De Vey Mestdagh & Millenaar 2009, p. 728.

¹¹⁷ Rietjens 2006, p. 8.

¹¹⁸ Ibid., p. 9.

Hoe werkt het nou precies? Voordat het album van James Brown beschikbaar kan worden gesteld, moet er door de eerste uploader (*first seeder*) met een speciaal programma een torrentbestand worden gemaakt. In het torrentbestand wordt kort gezegd informatie (zogenoemde *metadata*¹¹⁹) opgeslagen over het (audio)bestand. Die metadata bevat informatie over de bestandsgrootte, de naam en de locatie van de *tracker*. Vooral dit laatste is essentieel. De tracker is een *server* (ook: de beheerder daarvan) waarop bepaalde programmatuur wordt geïnstalleerd, bedoeld om de peers met elkaar in contact te brengen. De tracker zorgt er voor dat de juiste up- en downloaders bij elkaar komen wanneer het album van James Brown wordt gedeeld. Vervolgens moet het torrentbestand worden verspreid. Dit gebeurt hoofdzakelijk via *torrent-hosters*, waarvan *The Pirate Bay*¹²⁰ ongetwijfeld de bekendste is. Hier worden de torrentbestanden geïndexeerd zodat ze makkelijk vindbaar zijn. Tegenwoordig wordt vaak alleen nog een *magnet link* aangeboden, wat inhoudt dat zelfs de torrent-hosters geen torrentbestanden aanbieden maar dat die bestanden eveneens op P2P-basis worden uitgewisseld. Door het indexeren wordt een groot publiek bereikt, wat leidt tot veel aanbod (gebruik) van het betreffende bestand. Hoe meer gebruikers, hoe effectiever BitTorrent werkt. De torrentbestanden kunnen op de computer worden geopend met speciale BitTorrentcliëntprogrammatuur. Bekende voorbeelden zijn *Transmission* of *Vuze*. Dit zijn programma's die kunnen lezen wat er in een torrentbestand is opgeslagen. Bij het openen van een torrentbestand in een dergelijk programma wordt het downloaden van alle deeltjes van een bestand automatisch gestart en na voltooiing uiteindelijk omgezet in één luisterbaar geheel (het album van James Brown), opgeslagen op de harde schijf van de computer.¹²¹

2.2.1.3 Overige P2P-diensten

Naast BitTorrent bestaat er nog een aantal andere varianten van P2P-file sharing. Het oude *KaZaA* en *LimeWire* zijn hiervan voorbeelden, maar denk ook aan *Soulseek*. Bij deze varianten wordt een bestand van één andere peer (seeder) gedownload en op lagere snelheid dan bij BitTorrent. Het betreft hier daarom doorgaans geen grote bestanden. Bij dergelijke programma's is het al dan niet verplicht om ook zelf te delen. Bij *KaZaA* hoefde dat niet en ook bij het nog steeds veelgebruikte *Soulseek* is dat geen vereiste voor goed functioneren.

2.2.2 Categorie 2: client-server file sharing

2.2.2.1 Rechtstreeks downloaden uit één bron

Een andere vaak gebruikte manier van file sharing, naast P2P, betreft de categorie die kan worden aangeduid als *client-server*. In tegenstelling tot P2P file sharing, is er bij client-server tijdens het downloaden sprake van eenrichtingsverkeer. Bij het downloaden kopieert de gebruiker (*client*) een bestand vanaf een *server* rechtstreeks naar zijn eigen computer. Er wordt door de gebruiker *niet* gelijktijdig geüpload en het door een derde op de server geüploade bestand wordt uit één bron in één keer binnengehaald. Bekende voorbeelden zijn de talloze gratis *uploadsites* zoals bijvoorbeeld *Rapidshare* waar men onbeperkt en gratis bestanden kan uploaden, waarna men een link verkrijgt die rechtstreeks naar het betreffende bestand op de *server* wijst. Via websites als *Filestube.com* kunnen derden dergelijke uploadsites eenvoudig doorzoeken op bestandsnaam en dus op inhoud. Veel film en muziek wordt op deze manier in fora of op weblogs gedeeld, door het enkele plaatsen van de hyperlink.

¹¹⁹ Metadata kan volgens Wikipedia omschreven worden als 'data over data'.

¹²⁰ Zie: <www.thepiratebay.org>. Naast het indexeren van torrentbestanden biedt *The Pirate Bay* óók een tracker aan. Zie ook hoofdstuk 3.

¹²¹ Rietjens 2006, p. 8-9.

Een andere bekende variant van client-server file sharing betreft het downloaden via nieuwsgroepen. Nieuwsgroepen zijn oorspronkelijk ontstaan als discussieplatforms voor internetgebruikers. Dit *user network* (*Usenet*) bestaat als sinds het begin van het internet. Tegenwoordig worden nieuwsgroepen gebruikt voor file sharing. Wil men een bestand downloaden, dan kan men met een *Newsreader* via bijvoorbeeld *Spotnet* zoeken naar de juiste bestandsnaam en deze downloaden en omzetten in daadwerkelijke audio dan wel video. De vindplaatsen worden gerangschikt en door gebruikers aan elkaar doorgegeven in *spots* (iets wat een gebruiker gespot heeft). Voorheen bestond het programma/internetforum FTD¹²² om te zoeken naar dergelijke *spots* (dus niet naar auteursrechtelijk beschermde werken), maar zoals we zullen zien is FTD niet meer.¹²³ Downloaden via nieuwsgroepen staat bekend om de zeer hoge snelheden die bereikt kunnen worden. Complete films zijn al binnen enkele minuten binnengehaald.¹²⁴

2.2.2.2 Streaming-diensten

Ook rechtsreeks is het gebruikmaken van *streaming*-diensten. Bij dergelijke diensten (zoals bijvoorbeeld muziekdienst *Spotify*) hoeft echter geen heel bestand te worden binnengehaald alvorens men het wil afspelen, maar vindt het waarnemen en *streamen* tegelijkertijd plaats. Streaming is geen vorm van file sharing. Er is dus geen sprake van het downloaden van een bestand in de zin dat een kopie wordt gemaakt en opgeslagen op de harde schijf, maar het is onvermijdelijk dat de computer het bestand wel tijdelijk reproduceert in het (cache)geheugen om het te kunnen afspelen.

2.3 De juridische aspecten en (on)rechtmatigheid van file sharing

Het wekt geen verwondering dat het bij de in de vorige paragraaf uitgelegde methoden van downloaden in veel gevallen auteursrechtelijk beschermd materiaal betreft. Hier volgt een juridische kwalificatie van beide handelingen die het exploitatierecht behelst.

2.3.1 Openbaar maken: uploaden, verwijzen en faciliteren

2.3.1.1 Uploaden

Het uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken wordt gezien als het ter beschikking stellen van een werk aan het publiek, en dus als openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw. Van een 'vrienden- of familiekring, of daaraan gelijk te stellen kring' zal op internet zelden sprake zijn. Het openbaar maken van *gedeelten* van een werk, zoals bij het normaal gebruik van BitTorrent gebeurt, valt in beginsel ook onder het openbaarmakingsrecht, zo blijkt uit art. 12 lid 1 Aw.¹²⁵

Toch speelt ook de *intentie* waarmee openbaar wordt gemaakt een rol. Dat volgt uit het arrest *Buma/De Zon*, waarbij een wasserij waarin een werknemster een radio aan had staan, werd aangesproken door Buma.¹²⁶ Het louter voor eigen genoegen ten gehore brengen van muziek, zoals de werknemster deed, vormt volgens de Hoge Raad ook buiten besloten kring geen nieuwe openbaarmaking, zodat de wasserij Buma geen vergoeding verschuldigd was. Een aantal andere werknemers kon de muziek

¹²² Zie: <nl.wikipedia.org/wiki/FTD>.

¹²³ Zie § 2.3.1.2 en hoofdstuk 3.

¹²⁴ Zie: <www.digimuziek.nl/nieuwsgroepen.htm>.

¹²⁵ Vgl. Rietjens 2006, p. 11-12.

¹²⁶ HR 1 juni 1979, NJ 1979, 470 m.nt. LWH (*Buma/De Zon*).

weliswaar horen, maar dat was onvermijdelijk en niet doorslaggevend om aan te nemen dat sprake was van een openbaarmaking van een werk.

Het Europese Hof van Justitie heeft zich ook uitgelaten over het begrip openbaar maken, of beter gezegd, de Europese definitie daarvan in o.a. art. 3 Arl:

(...) het uitsluitende recht de mededeling van werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn [onderstreping JGR].

Het begrip 'mededeling aan het publiek' moet volgens het hof ruim worden uitgelegd. In *SGAE/Rafael Hoteles*¹²⁷ is bepaald dat het tv-signaal dat met tussenkomst van een hotel naar de verschillende kamers wordt uitgezonden, gezien moet worden als een (nieuwe) *mededeling*. De hotelgasten zijn daarbij het *publiek*: zij vormen een onbepaald aantal potentiële kijkers. Het privékarakter van een hotelkamer neemt niet weg dat de gasten tezamen één nieuw publiek vormen waaraan de mededeling wordt gedaan. Ook het feit dat sommige gasten de tv niet aanzetten neemt niet weg dat het werk voor hen toegankelijk is gemaakt en dus sprake is van een mededeling aan het publiek, aldus het hof.¹²⁸ Omdat de Arl niet de begrenzing kent van de vrienden- of familiekring of daaraan gelijk te stellen kring, is het hof genoodzaakt een analyse te geven van de begrippen *mededeling* en *publiek*. Naar Nederlands recht zou geconcludeerd kunnen worden dat in casu al sprake is van een openbaarmaking vanwege het feit dat de hotelgasten die de werken waarnemen zich buiten genoemde kring bevinden. In *Airfield & Canal Digitaal/SABAM*¹²⁹ heeft het hof daar aan toegevoegd dat bij een 'mededeling aan het publiek', zoals dat ook als begrip is opgenomen in art. 2 Satelliet- en kabelrichtlijn,¹³⁰ elke persoon die deze mededeling opstart of die daarin een interventie uitvoert zodat door middel van die mededeling de auteursrechtelijk beschermde werken toegankelijk worden voor een nieuw publiek, toestemming nodig heeft. Publiek dat de auteurs van de beschermde werken niet voor ogen hadden toen zij aan een andere persoon toestemming verleenden, is een nieuw publiek.¹³¹ In *SCF/Del Corso*¹³² bepaalt het hof bovendien nog dat het begrip *publiek* (in casu in de context van het naburig recht, wat echter voor de uitleg van *dit* begrip niet uitmaakt) ziet op een groep personen van enige omvang (cumulatief gezien) die ontvankelijk is voor de mededeling. De zeer kleine en bovendien vaste klantenkring van een tandarts, waarvan er zich hoogstens twee personen tegelijk in de wachtkamer bevinden wordt daarom niet aangemerkt als een onbepaald aantal potentiële ontvangers zoals dat bij de hotelgasten van *SGAE/Rafael Hoteles* wel gebeurt. In lijn met *Buma/De Zon* is het hof van oordeel dat personen die een mededeling toevallig opvangen niet als publiek gelden.¹³³

Terug naar BitTorrent. Bij normaal gebruik door individuen, gericht op het verveelvoudigen (downloaden) van een werk, wordt in de meeste gevallen tegelijkertijd dat werk ook geüpload. Anders dan in *Buma/De Zon* is dit in beginsel gewoon een openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw.

¹²⁷ HvJ EU 7 december 2006, C-306/05, *AMI* 2007/2 m.nt. K.J. Koelman (*SGAE/Rafael Hoteles*).

¹²⁸ *Ibid.*, § 43.

¹²⁹ HvJ EU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09 (*Airfield & Canal Digitaal/SABAM*).

¹³⁰ Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 (*Richtlijn tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel*).

¹³¹ HvJ EU § 72.

¹³² HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10 (*SCF/Del Corso*).

¹³³ Een duidelijke paragraafnummering ontbreekt in het arrest, zie daarom: *IEPT* 20120315, p. 9, op <www.iept.nl>.

Het openbaar maken is, in tegenstelling tot het geluid van een radio dat door (enkele) anderen wordt opgevangen, een bewust ingebouwde (en cruciale) eigenschap van BitTorrent. Een gebruiker kan er ook voor kiezen om te downloaden *zonder* tegelijkertijd te uploaden (openbaar te maken).¹³⁴ Kortom: het uploaden strekt, in tegenstelling tot de openbaarmaking als gevolg van het luisteren naar een zelf meegebrachte radio, niet tot het eigen genoegen van de gebruiker maar tot het genoegen van anderen: een nieuw publiek. Daardoor is er bij dat publiek ook geen sprake van 'toevallig opvangen'. Ontbreekt voor de mededeling aan het publiek de toestemming van de rechthebbende, dan handelt de BitTorrent-gebruiker dus onrechtmatig.¹³⁵ Vrij algemeen wordt daarom aangenomen dat het gebruik van BitTorrent alleen rechtmatig is als de uploadfunctie geheel is uitgeschakeld.¹³⁶

Wat betreft andere P2P-diensten dan BitTorrent: het uploaden zonder toestemming van de rechthebbende is (logischerwijze) hoe dan ook onrechtmatig, zoals ook is erkend in het arrest *Buma/KaZaA*.¹³⁷ Ook het uploaden van bestanden via een uploadsite of het aanbieden van werken via streaming-diensten zijn dus in beginsel openbaarmakingen, oftewel mededelingen aan het publiek, in de zin van art. 12 Aw en 3 Arl.

2.3.1.2 Verwijzen en faciliteren

Het direct uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal op internet is een openbaarmaking. In hoeverre dit ook geldt voor *verwijzingen* (zoals hyperlinks) naar openbaarmakingen en het *faciliteren* van toegang tot dit materiaal is in een aantal uitspraken aan de orde gekomen. Omdat deze problematiek erg verweven is met de aansprakelijkheid van internettussenpersonen, die in hoofdstuk 3 aan bod zal komen, wordt hier volstaan met enkele opmerkingen in relatie tot het openbaar maken en wordt voor de volledigheid naar genoemd hoofdstuk verwezen.

Zoals bleek, bevatten torrentbestanden geen daadwerkelijke auteursrechtelijke werken, maar slechts *metadata*.¹³⁸ Het zijn de gebruikers van BitTorrent die daadwerkelijk muziek- en filmbestanden uitwisselen.¹³⁹ Het aanbieden van een torrentbestand, zoals torrent-hosters doen, kan daarom niet als openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw worden bestempeld. De aangeboden torrentbestanden zijn geen (dragers van) auteursrechtelijk beschermde werken, en dus niet onderworpen aan de toestemming van de rechthebbende. Ook de tracker (of beheerder van de tracker-server), die verschillende actieve peers bij elkaar brengt en zorgt dat de juiste bestandsdeeltjes worden uitgewisseld, verricht geen exploitatiehandelingen, want het verveelvoudigt zelf geen auteursrechtelijke werken; dat doen eveneens de peers.¹⁴⁰ Uit *BREIN/Mininova* volgt dat torrent-hosters wel gehouden kunnen zijn om torrentbestanden van hun site moest verwijderen, vanwege hun faciliterende rol bij inbreuken.¹⁴¹

¹³⁴ Via BitTorrent, maar ook via een andere filesharingdiensten.

¹³⁵ Hugenholtz 2008b, p. 585.

¹³⁶ Vgl. Hugenholtz 2008b en De Vey Mestdagh & Millenaar 2009, p. 728-730.

¹³⁷ HR 19 december 2003, *AMI* 2004/1, p. 24 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Buma/KaZaA*).

¹³⁸ Zie § 2.2.1.2.

¹³⁹ Overigens bestaan ook (muziek)bestanden zoals mp3's, slechts uit 1-en en 0-en (is m.a.w. *binair*), maar moet op grond van het werkbegrip, dat *niet* ziet op het type drager maar op hetgeen *gedragen wordt*, worden geconcludeerd dat het auteursrecht hierop zijn gelding heeft. Ditzelfde geldt bijvoorbeeld voor ponskaarten voor draaiorgels. Vgl. S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 198. Metadata is in tegenstelling tot ponskaarten of mp3's niet rechtstreeks om te zetten in een auteursrechtelijk werk; draagt, met andere woorden, geen werk.

¹⁴⁰ Rietjens 2006, p. 12.

¹⁴¹ Rb. Utrecht, 26 augustus 2009, LJN: BJ6008 (*BREIN/Mininova*).

Ook bij het zogenoemde hyperlinken worden, net als door de aanbieder van torrenbestanden of de tracker, geen exploitatiehandelingen verricht, maar wordt er wel verwezen naar een auteursrechtelijk beschermd werk. De situatie is vergelijkbaar. In de zaak *Techno Design/BREIN (Zoekmp3)*¹⁴² oordeelt het Hof Amsterdam dat Techno Design als aanbieder van een website die het zoeken van mp3-bestanden faciliteert door in de zoekresultaten hyperlinks aan te bieden, onrechtmatig handelt jegens auteursrechthebbenden. Techno Design handelt *niet* in strijd met het auteursrecht (openbaarmakingsrecht), maar pleegt wel een onrechtmatige daad doordat het weet dat de zoekmachine structureel en systematisch verwijst naar ongeautoriseerde openbaarmakingen.

In 2007 is in een tweetal uitspraken (*BREIN/Leaseweb*¹⁴³ en *BREIN/KPN*¹⁴⁴) in eerste aanleg wederom bepaald dat het uitsluitend hyperlinken naar auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder het daadwerkelijk zelf aan te bieden in beginsel geen openbaarmaking oplevert. In *FTD/BREIN* besliste de Rechtbank Haarlem in gelijke zin.¹⁴⁵ Hier ging het om de *spots* die gebruikers van nieuwsgroepen konden delen via FTD.¹⁴⁶ Deze *spots* waren volgens de rechtbank op zichzelf geen openbaarmakingen maar slechts verwijzingen naar auteursrechtelijk beschermde werken.

Deze uitspraken leren dat het begrip *openbaar maken* weliswaar strikt wordt uitgelegd, zodat niet snel sprake zal zijn van directe auteursrechtinbreuk, maar dat de 'verwijzer' uiteindelijk toch onrechtmatig kan handelen wanneer meerdere omstandigheden van het geval worden meegewogen. Meer hierover in het volgende hoofdstuk.

2.3.2 Verveelvoudigen, de thuiskopie-exceptie en de driestappentoets

2.3.2.1 Verveelvoudigingshandelingen in een digitale omgeving

Omdat verveelvoudigingshandelingen in de digitale omgeving onvermijdelijk zijn is in art. 13a Aw de verveelvoudiging van tijdelijke en voorbijgaande aard vrijgesteld van het verveelvoudigingsrecht. Dit is in § 1.2.2.2 reeds aan bod gekomen. Streaming-diensten zijn op deze manier rechtmatig te gebruiken zonder dat daarvoor de toestemming van de rechthebbende nodig is; sterker nog: het rechtvaardigt überhaupt het gebruik van internet door consumenten. Zelfs het surfen op internet brengt immers verveelvoudigingshandelingen met zich mee, want de computer slaat alles (tijdelijk) op in het geheugen.¹⁴⁷ De ratio van deze uitzondering op het auteursrecht is evident. Zoals we hebben gezien is het auteursrecht geen absoluut controlerecht. Het gebruik maken van werken door het publiek moet derhalve tot op zekere hoogte vrij zijn om het auteursrechtelijk evenwicht te bewaren. Voor computerprogramma's geldt dat ook het laden ervan als een verveelvoudiging geldt en dus *in beginsel* ook het *gebruik* onderworpen is aan toestemming van de producent.¹⁴⁸

2.3.2.2 De thuiskopie-exceptie van art. 16c Aw staat downloaden voor privégebruik toe

Het *downloaden* van bestanden (exclusief software) is niet van tijdelijke en voorbijgaande aard en evenmin zonder zelfstandige economische waarde. Art. 13a Aw is kortom niet van toepassing op het downloaden; het digitaal kopiëren van bestanden. Zoals we hebben geconstateerd, is art. 16c Aw dat

¹⁴² Hof Amsterdam 15 juni 2006, LJN: AX7579, *AMI* 2006/5, p. 173-179 m.nt. K.J. Koelman (*Techno Design/BREIN*).

¹⁴³ Rb. Amsterdam 21 juni 2007, LJN: BA7810 (*BREIN/Leaseweb*).

¹⁴⁴ Rb. 's-Gravenhage 5 januari 2007, LJN: AZ5678, *AMI* 2007/2 m.nt. O.L. van Daalen (*BREIN/KPN*).

¹⁴⁵ Rb. Haarlem 9 februari 2011, LJN: BP3757 (*FTD/BREIN*).

¹⁴⁶ Zie § 2.2.2.1.

¹⁴⁷ Hugenholtz 2008b, p 585.

¹⁴⁸ Zie art. 45i Aw. In art. 45j Aw wordt hier vervolgens weer een uitzondering op gemaakt. Verveelvoudigingen die noodzakelijk zijn voor met het werk beoogde gebruik worden niet als inbreuk beschouwd.

echter wel.¹⁴⁹ Het kan gaan om kopieën op mp3-spelers, harde schijven of welke digitale kopie dan ook. Het downloaden voor eigen gebruik zonder commercieel oogmerk is op grond van deze bepaling toegestaan. Ook het kopiëren uit 'illegale bron' is rechtmatig op grond van 16c Aw. Het maakt, met andere woorden, niet uit of de openbaarmaking waarvan verveelvoudigd wordt, met of zonder toestemming van de rechthebbende heeft plaatsgevonden. Dat dit zo is, is meermaals erkend door de wetgever.¹⁵⁰ De motivering hiervoor is dat (thuis)kopieheffingen alleen mogelijk zijn voor kopieën die rechtmatig worden gemaakt in de zin van art. 16c Aw.¹⁵¹ Wanneer downloads uit 'illegale bron' geen rechtmatige kopie opleveren, zou daar dus ook geen billijke vergoeding voor hoeven te worden betaald en lopen rechthebbende geld mis. Downloaden kan immers niet én verboden zijn, én toch onderworpen zijn aan een (thuis)kopieheffing. Bovendien is volgens de minister handhaving van een dergelijk downloadverbod problematisch, omdat schending van dit verbod in de huiskamer moeilijk te controleren valt.

Art. 16c Aw geldt alleen voor persoonlijk gebruik in de privésfeer. Het kopiëren in naam, of ten behoeve van derden is onrechtmatig.¹⁵² De strikte uitleg van art. 16c Aw heeft als consequentie dat slechts bepaalde vormen van downloaden zijn toegestaan, en wel die waarbij op geen enkele manier wordt geüpload naar derden. Het downloaden voor eigen gebruik uit nieuwsgroepen en van uploadsites is hiermee in Nederland rechtmatig, mits wordt voldaan aan de eis van art. 16c Aw. De veel bezigde term 'illegaal downloaden' is dus in het huidig wettelijk kader een misleidende aanduiding.

2.3.2.3 In hoeverre laat de driestappentoets ruimte voor de huidige reikwijdte van art. 16c Aw?

Zoals we hebben gezien zijn nationale beperkingen van het verveelvoudigingsrecht in lidstaten van de Europese Unie onderworpen aan de algemene eisen die de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl daaraan stelt.¹⁵³ Of het Nederlandse standpunt, dat ook het kopiëren op de voet van art. 16c Aw uit een illegale bron (ongeautoriseerde openbaarmaking) in lijn is met de driestappentoets, werd in de zaak *ACI c.s./Thuis(kopie) en SONT* betwist.¹⁵⁴ De Haagse rechtbank zag in 2008 inderdaad een conflict met de driestappentoets. In hoger beroep laat het hof deze vraag in het midden en verzuimt de drie stappen duidelijk toe te passen.¹⁵⁵

Het geschil draait om de vraag welke criteria SONT in acht moet nemen bij het vaststellen van de 'billijke vergoeding' die op grond van art. 16c Aw voor het thuis(kopie)ren wordt geheven en voor welke voorwerpen de heffing nu precies geldt. Interessanter is echter dat eisers (importeurs en fabrikanten van blanco informatiedragers) van mening zijn dat art. 16c Aw in het licht van de driestappentoets zo moet worden uitgelegd dat het thuis(kopie)ren uit 'illegale bron' onrechtmatig is. De rechtbank erkent dat de Nederlandse regering een ander standpunt inneemt, maar is het in dezen toch eens met de eisers, zonder nadere uitleg.¹⁵⁶ In de noot bij de uitspraak geeft Van der Net aan dat de wetgever meermaals heeft aangegeven hoe art. 16c Aw dient te worden uitgelegd, en bovendien aangevoerd waarom. Dat de rechtbank dan zonder nadere motivering een schending aanneemt van de driestappentoets is

¹⁴⁹ Zie § 1.2.4.3.

¹⁵⁰ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2002/03*, 28 482, nr. 5, *Kamerstukken II 2006/07*, 29 838, nr. 6 en in reactie op het Eindrapport Parlementaire Werkgroep Auteursrecht: *Kamerstukken II 2009/10*, 29 838, nr. 22.

¹⁵¹ HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08 (*Padawan/SGAE*). De compensatie voor privé(kopie)ren omvat alleen gebruikshandelingen die ook daadwerkelijk onder een privé-/thuis(kopie)-excectie vallen. Onrechtmatige handelingen kunnen dus niet middels een heffing worden gecompenseerd.

¹⁵² *Spoor/Verkade/Visser 2005*, p. 271 en *Seignette 2006*, p. 21.

¹⁵³ Zie § 1.2.4.2.

¹⁵⁴ Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, *AMI 2008/5*, m.nt. C.B. van der Net (*ACI/Thuis(kopie) en SONT*).

¹⁵⁵ Hof 's-Gravenhage 15 november 2010 *IER 2011/27*, m.nt. K.J. Koelman (*ACI/Thuis(kopie) en SONT*).

¹⁵⁶ Zie r.o. 4.4.3.

opmerkelijk.¹⁵⁷ Bovendien is de driestappentoets, en in beginsel elke bepaling uit een Europese richtlijn, volgens Van der Net een instructie aan de nationale wetgever. De wetgever heeft de richtlijn omgezet naar o.a. art. 16c Aw en daarmee zijns inziens een juiste invulling gegeven aan de voorwaarden die de Auteursrechtlijn stelt aan beperkingen van het veeleenvoudigingsrecht. Het is dan ook niet wenselijk dat de rechter plaatsneemt op de stoel van de wetgever.¹⁵⁸ Inmiddels is de uitspraak achterhaald, gezien het hoger beroep.

Het hoger beroep brengt weinig extra duidelijkheid ten aanzien van de mogelijke spanning tussen art 16c Aw en de driestappentoets. Wel is het hof, in tegenstelling tot de rechtbank, van mening dat downloaden uit illegale bron onder art. 16c Aw valt. Het hof schetst twee alternatieve scenario's zonder daarbij de knoop door te hakken. Er is ofwel; 1) helemaal geen conflict tussen art 16c Aw en de driestappentoets, ofwel; 2) als er wel een conflict zou zijn, zou de rechtszekerheid te veel in het gedrang komen omdat art. 16c Aw niet meer richtlijnconform kan worden uitgelegd, gezien de grote discrepantie.¹⁵⁹ De rechtszekerheid ten aanzien van art. 16c Aw is met deze redenering hersteld, maar duidelijkheid ten aanzien van de driestappentoets wordt hiermee niet gegeven.

Richtlijnconforme interpretatie in ACI/ThuisKopie en SONT

In geschillen tussen burgers vormt bij beoordeling door de rechter het nationaal recht het uitgangspunt. Dat nationaal recht wordt echter in grote mate vormgegeven door Europese richtlijnen, die in eerste instantie bedoeld zijn om het recht in de EU te harmoniseren.¹⁶⁰ In nationaal recht omgezette richtlijnen hebben geen horizontale rechtstreekse werking,¹⁶¹ zodat een direct beroep op een richtlijn door burgers *in onderlinge geschillen* onmogelijk is.¹⁶² Onder omstandigheden hebben richtlijnen wel rechtstreekse *verticale* werking, maar dat ligt buiten de casus van *ACI/ThuisKopie en SONT*. Op grond van het *Pfeiffer*-arrest¹⁶³ moet de nationale rechter de nationale wet wel zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn en draagt hij uiteindelijk ook zorg voor de volle werking van het gemeenschapsrecht.¹⁶⁴ Deze richtlijnconforme interpretatie vindt alleen plaats ten aanzien van geharmoniseerde onderdelen. Met andere woorden: alleen ten aanzien van nationale bepalingen die zien op de onderdelen die een richtlijn beoogt te harmoniseren, zoals art. 16c Aw, dat art. 5 Arl beoogt te implementeren. Uiteindelijk zal een rechter dus altijd het Europeesrechtelijk kader altijd in het oog moeten houden, ook bij geschillen tussen particulieren.

Wanneer richtlijnconforme interpretatie van art. 16c Aw leidt tot een *contra legem* uitleg kan van de rechter niet meer worden gevraagd een richtlijnconforme interpretatie te geven aan art. 16c Aw. Het inhoudelijke verschil tussen het Nederlands recht en de Auteursrechtlijn wordt dan dusdanig groot dat dit verschil niet te helen valt met een richtlijnconforme uitleg. Een conflict of geen conflict: het zou volgens het Haagse hof op hetzelfde neer komen. In beide gevallen geldt art. 16c Aw. Zodoende blijft concrete toetsing van art. 16c Aw aan de richtlijn i.c. achterwege.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Zie 'Juristen fileren vonnis over downloadverbod', *Webwereld*, 1 juli 2008, <webwereld.nl/nieuws/51684/juristen-fileren-vonniss-over-downloadverbod.html>.

¹⁵⁸ Noot C.B. van der Net bij Rb 's-Gravenhage, p. 152.

¹⁵⁹ Zie r.o. 7.15 en 7.16.

¹⁶⁰ Conclusie Advocaat-Generaal, 6 mei 2003, C-397-403 (*Pfeiffer*).

¹⁶¹ De verhouding staat-burger wordt 'verticaal' genoemd, de verhouding burger-burger 'horizontaal'.

¹⁶² Vgl. 'De richtlijn', op <europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114527_nl.htm>.

¹⁶³ HvJ EU 5 oktober 2004, C-397-403 (*Pfeiffer*).

¹⁶⁴ *Ibid.*, § 113.

¹⁶⁵ Noot K.J. Koelman bij Hof 's-Gravenhage.

De zaak *ACI/Thuiskopie en SONT* doet zich de vraag stellen aan wie de driestappentoets nu eigenlijk gericht is: de nationale wetgever en/of de rechter? In 2011 buigt het Europees Hof zich over een prejudiciële vraag van de Hoge Raad in een geschil tussen Stichting De Thuiskopie en een Duitse producent van blanco informatiedragers.¹⁶⁶ Hoewel dit geschil draait om wie de thuiskopieheffing moet betalen, geeft de A-G in dezelfde zaak enige verduidelijking ten aanzien van de verhouding tussen de driestappentoets en art. 16c Aw:

41. De driefasentest [lees: driestappentoets, JGR] is in zijn algemeenheid gericht tot de nationale wetgevers, die deze moeten uitvoeren bij de implementatie van de in artikel 5 van richtlijn 2001/29 bedoelde uitzonderingen en beperkingen in het nationale recht.

42. Wanneer nationale bepalingen echter dubbelzinnig zijn of ruimte laten voor verschillende uitkomsten, moet de nationale rechter ze uitleggen in het licht van die test. Hoewel het dus in de eerste plaats een tot de wetgever gericht voorschrift is, moet ook de nationale rechter de driefasentest toepassen om te verzekeren dat de praktische toepassing van de in het nationale recht overgenomen uitzondering van artikel 2 van richtlijn 2001/29 binnen de bij artikel 5 van de richtlijn vastgestelde grenzen blijft.¹⁶⁷

Rechters moeten volgens de A-G dus nationale beperkingen van het verveelvoudigingsrecht uitleggen in het licht van de driestappentoets. In de zaken *Infopaq I*¹⁶⁸ en *Football Association Premier League*¹⁶⁹ was geen sprake meer van richtlijnconforme interpretatie maar toetste het Europees Hof van Justitie een concrete situatie *rechtstreeks* aan art. 5 lid 5 Arl en niet aan nationale regelingen. Zo'n direct beroep van rechters op de driestappentoets kan rechtsonzekerheid met zich meebrengen omdat gebruikers van auteursrechtelijk beschermd materiaal niet meer volledig kunnen vertrouwen op de nationale beperkingsregimes, zoals ook het geval was in eerste aanleg bij *ACI/Thuiskopie en SONT*.¹⁷⁰

Als het Haagse hof van mening was dat art. 16c Aw onvoldoende duidelijkheid verschaft over de rechtmatigheid van de bron, had zij de driestappentoets kunnen toepassen. Dit zou de rechtszekerheid zeker ten goede zijn gekomen.¹⁷¹ Of er inderdaad een conflict bestaat tussen de Nederlandse beperking en de richtlijn zal door de Europese rechter moeten worden bepaald. Wel kunnen we de driestappentoets nader analyseren. Ter herinnering, de driestappentoets in art. 5 lid 5 Arl luidt als volgt:

De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

Beperkingen van de exploitatierechten zijn dus aan drie cumulatieve vereisten onderworpen: 1) het moet gaan om bepaalde, bijzondere gevallen; 2) er mag geen afbreuk worden gedaan aan de normale exploitatie en 3) de wettige belangen van de rechthebbende mogen niet onredelijk worden geschaad. Mist een nationale beperking één van de drie stappen, dan is de beperking in strijd met de richtlijn. De

¹⁶⁶ HvJ EU 16 juni 2011, C-462/09 (*Thuiskopie/Opus Supplies*).

¹⁶⁷ Conclusie Advocaat-Generaal, 10 maart 2011, C-462/09 (*Thuiskopie/Opus Supplies*), § 41 en 42. De laatste alinea valt te verklaren in het licht van het hierboven besproken *Pfeiffer*-arrest.

¹⁶⁸ HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq I*), § 58.

¹⁶⁹ HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League/QC Leisure*), § 181.

¹⁷⁰ Senftleben 2011, p. 155.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 159.

complexiteit van de driestappentoets valt te verklaren uit de ontstaansgeschiedenis van de open norm, die toch vooral zoveel mogelijk verschillende nationale beperkingsregimes moest kunnen toestaan zonder landen te dwingen hun nationale wet grondig aan te passen.¹⁷² De norm is daardoor erg flexibel¹⁷³, maar het resultaat is dat de driestappentoets een moeilijke en vage toets is.¹⁷⁴

Stap 1 - Bepaalde, bijzondere gevallen

Gezien het feit dat de driestappentoets in de Auteursrechtlijn niet uniek is maar al eerder is opgenomen in (onder meer) art. 13 TRIPs, is het interessant om een uitspraak van het Dispute Settlement Body (hierna: 'DSB'), de geschillencommissie van de WTO, uit 2000 te analyseren waarin de driestappentoets nader wordt uitgelegd.¹⁷⁵ Het ging in casu om de toelaatbaarheid van een Amerikaanse auteursrechtbeperking op de openbaarmaking¹⁷⁶ van muziekwerken. 'Bepaalde, bijzondere gevallen' betekent volgens het panel dat een nationale beperking uit het oogpunt van rechtszekerheid goed gedefinieerd moet zijn, maar niet dat elke denkbare situatie expliciet moet worden vermeld.¹⁷⁷ 'Bijzonder' ziet op het feit dat de situatie zowel kwalitatief als kwantitatief uitzonderlijk moet zijn, maar niet dat de beperking per se een bepaald beleidsdoel moet dienen.¹⁷⁸ Open normen zijn toegestaan.¹⁷⁹ Stap 1 geeft volgens Koelman duidelijk aan dat de toets is gericht tot de wetgever en niet tot de rechter. In een zaak voor de rechter zal het immers altijd om een 'bepaald' geval draaien.¹⁸⁰

'Kwantitatief uitzonderlijk' zal doelen op een handeling die maar zelden wordt verricht. Volgens Senftleben is het DSB in deze zaak vooral van deze benadering uitgegaan. Dat valt te verklaren omdat een *kwalitatieve* benadering van de 'gevallen' meer inmenging in nationale rechtsstelsels veronderstelt. Dan wordt namelijk een meer inhoudelijke toets gehanteerd die de ratio achter de beperking meeweegt. Volgens Senftleben kan de Nederlandse rechter zodoende verregaander (en dus vollediger) art. 16c Aw toetsen aan de driestappentoets dan het DSB heeft gedaan met de Amerikaanse wetsbepaling.¹⁸¹ Daarbij verwijst hij ook naar de reeds genoemde uitspraak *Football Association Premier League*¹⁸² waarbij het Europese Hof van Justitie ten aanzien van de beoordeling van de beperking van tijdelijke en voorbijgaande aard mede de daaraan ten grondslag liggende ratio meeweegt.¹⁸³ Of het downloaden uit illegale bron hiermee als bijzonder geval kan gelden blijft de vraag. Het zou kunnen dat gezien de ratio van de bepaling van burgers niet verwacht kan worden elk legaal en illegaal aanbod van elkaar te scheiden.¹⁸⁴ In dat geval zou de thuiskopie-exceptie in die opvatting niet beperkt hoeven zijn tot gebruik uit legale bron. Het blijkt overigens ook nergens uit dat dit het geval zou moeten zijn.

Stap 2 - Geen afbreuk aan de normale exploitatie

De reeds genoemde WTO-uitspraak gaat ook in op stap 2. Onder normale exploitatie van muziekwerken verstaat het panel:

¹⁷² Zie § 1.2.4.2.

¹⁷³ Senftleben 2011, p. 159.

¹⁷⁴ Zo ook K.J. Koelman bij Hof 's-Gravenhage (*ACI/Thuiskopie en SONT*).

¹⁷⁵ DSB WTO 27-07-2000, Dispute DS160 (*Europese Gemeenschap/VS*), te raadplegen op: <www.wto.org>.

¹⁷⁶ Zij eraan herinnerd dat de driestappentoets van art. 13 TRIPs in tegenstelling tot die in de Auteursrechtlijn ook de beperking van het openbaarmakingsrecht bestrijkt.

¹⁷⁷ DSB § 6.108.

¹⁷⁸ DSB § 6.109 en 6.112.

¹⁷⁹ Hugenholtz 2000, p. 206.

¹⁸⁰ Koelman 2003, p. 8.

¹⁸¹ Senftleben 2011, p. 157.

¹⁸² HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League/QC Leisure*).

¹⁸³ HvJ EU § 164.

¹⁸⁴ Senftleben 2011, p. 157.

*(...) the activity by which copyright owners employ the exclusive rights conferred on them to extract economic value from their rights to those works.*¹⁸⁵

Dit betekent dat gebruik waarvan de rechthebbende mag verwachten dat hij er een vergoeding voor kan krijgen, onder het verveelvoudigingsrecht moet vallen. Als gebruik onder een uitzondering valt, kan de rechthebbende geen vergoeding verwachten. Deze (potentiële) cirkelredenering is niet erg verhelderend.¹⁸⁶ Dat met 'normale exploitatie' niet wordt bedoeld dat de rechthebbende al zijn (exploitatie)rechten ten volste kan benutten spreekt voor zich. In dat geval zou er namelijk nooit een beperking op het auteursrecht mogelijk zijn.¹⁸⁷ Het DSB is van oordeel dat niet alleen momenteel gebezigde manieren van exploiteren tot de normale exploitatie behoren, maar ook toekomstige en potentiële.¹⁸⁸ In deze visie kan de normale exploitatie in principe elk gebruik gaan omvatten, en dus altijd in strijd komen met stap 2. Dit is niet wenselijk en ook niet de bedoeling van de bepaling, die juist beoogt beperkingen te *reguleren* en niet uit te sluiten.

Art. 16c Aw zondert thuiskopieën uit van de 'normale exploitatie' van werken. Indien daarbij het rechtmatig downloaden uit illegale bron de ontwikkeling van nieuwe markten in de weg zou staan, zou een conflict met de driestappentoets kunnen ontstaan. Dit druist echter in tegen de ratio achter de beperkingen, die *juist* ten doel heeft om exploitatie te beperken. Geacht moet worden dat stap 2 eng dient te worden opgevat, wil het niet zichzelf tenietdoen door (in de toekomst) geen enkele beperking toe te staan.¹⁸⁹ Als immers rechthebbenden mogen verwachten steeds betere exploitatiemiddelen te krijgen, zouden zij kunnen betogen dat hun normale exploitatie door allerlei beperkingen wordt gedwarsboomd. Downloaden uit illegale bron is niet per definitie een handeling die afbreuk zal doen aan de normale exploitatie. Het economische argument dat elke download een gemiste verkoop is, blijkt een te simpele voorstelling van zaken en bovendien niet eenvoudig te bewijzen.¹⁹⁰ Daarbij: het thuiskopiëren is altijd uitgezonderd geweest van de normale exploitatie, vanwege het institutionele karakter dat beoogt het auteursrechtelijk evenwicht in stand te houden. Wat dat betreft ligt het niet in de verwachting thuiskopieën onder de normale exploitatie van werken te scharen, zelfs niet van illegale bronnen. In Zwitserland is de hoogste rechter van oordeel dat voor strijd met de tweede stap (i.c. art. 10 lid 1 WCT) sprake moet zijn van aantoonbare schade en/of verlies.¹⁹¹

Stap 3 - Wettige belangen niet geschaad

Op stap 3 verschilt art. 13 TRIPs enigszins van de driestappentoets van art. 5 lid 5 Arl. Gesproken wordt van 'legitieme belangen' in plaats van 'wettige belangen'. De WTO-uitspraak heeft voor de uitleg van stap 3 sowieso weinig waarde, zodat deze hier buiten beschouwing blijft.

Volgens stap 3 zijn alleen de wettige belangen bij een beperking van belang. Omdat iedere beperking een zekere 'schade' meebrengt voor de rechthebbende, verbiedt de derde stap slechts het veroorzaken van *onredelijke* schade. In zoverre is stap 3 een proportionaliteitstoets die verweven is met de ratio van het auteursrecht. Het publiek moet tot op zekere hoogte vrij zijn om gebruik te mogen maken van

¹⁸⁵ DSB § 6.156.

¹⁸⁶ Koelman 2003, p. 7 en de aangehaalde bronnen.

¹⁸⁷ Hugenholtz 2000, p. 207.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Vgl. Senftleben 2011, p. 158.

¹⁹⁰ Zoals blijkt uit het rapport TNO/IVIR/SEO 2009 over de economische en culturele aspecten van file sharing.

¹⁹¹ Geiger 2008b, p. 947. Zie ook hoofdstuk 4.

werken, en deze voor privégebruik te kopiëren. Er moet altijd worden gezocht naar evenwicht tussen de belangen van rechthebbenden en de belangen van gebruikers.¹⁹²

Het betalen van een billijke vergoeding (thuiskopieheffing) kan eventuele onredelijke schade die het thuis kopiëren veroorzaakt compenseren en nationale beperkingen daarmee in balans houden met de wettige belangen van rechthebbenden. Als de driestappentoets zo geïnterpreteerd wordt dat het een dergelijke uitleg onmogelijk zou maken, is dat een niet wenselijke en te enge toepassing van de driestappentoets.¹⁹³

Conclusie

Al met al brengt deze analyse geen absolute zekerheid ten aanzien van de compatibiliteit van art 16c Aw met de driestappentoets. Er zijn echter veel argumenten om de Nederlandse situatie in overeenstemming met de driestappentoets te achten. Er wordt waarschijnlijk geen afbreuk gedaan aan de normale exploitatie en de thuiskopieheffing kan zorgen voor een juist evenwicht tussen de exploitatierechten van rechthebbenden en het 'gebruiksrecht' van derden. De driestappentoets stelt ook niet de eis van een 'legale' bron en moet in de eerste plaats vooral worden gezien als een open norm die veel regimes toelaat. Voor de rechtmatigheid van downloaden uit illegale bron in Nederland heeft het ontbreken van absolute zekerheid omtrent de compatibiliteit vooralsnog geen consequenties. Gezien het standpunt van de regering, en het arrest van het Haagse Hof inzake *ACI/Thuiskopie en SONT*, kan geconcludeerd worden dat het downloaden uit illegale bron in Nederland is toegestaan op grond van art. 16c Aw. Al met al zullen rechthebbenden hierdoor niet slechter af zijn, nu ze een vergoeding ontvangen voor kopieerhandelingen die, wanneer onrechtmatig, toch erg moeilijk te handhaven zullen zijn. Dit aspect zal in de volgende paragraaf worden behandeld en uiteindelijk in de volgende hoofdstukken doorklinken.

2.4 Een downloadverbod: het inperken van art. 16c Aw

2.4.1 Downloaden uit illegale bron verbieden?

In 2009 concludeerde de Parlementaire Werkgroep Auteursrecht dat het raadzaam zou zijn om in Nederland het downloaden uit evident onrechtmatige bron te verbieden.¹⁹⁴ De staatssecretaris van Justitie ging daar in mee en kondigde zijn plannen aan ten aanzien van het nieuwe auteursrechtbeleid.¹⁹⁵ De belangrijkste drijfveer voor het aanpassen van de regeling is de opvatting dat er zonder het downloaden aan te pakken nooit een gezonde digitale markt voor legaal aanbod zal ontstaan. Bovendien wordt een downloadverbod cruciaal geacht in de strijd tegen internettussenpersonen, die blijkbaar niet voldoende kunnen worden aangesproken op hun (inbreukfaciliterende) handelen.¹⁹⁶ Hier zal verder niet specifiek op de plannen worden ingegaan, maar zullen wel de consequenties en de noodzaak van een dergelijk downloadverbod worden besproken.

¹⁹² Zoals ook is erkend in art. 7 TRIPs en de *preamble* bij het WIPO Copyright Treaty (WCT).

¹⁹³ Vgl. de verklaring voor een juiste toepassing van de driestappentoets van een aantal rechtsgeleerden: Geiger/Griffiths/Hilty 2009, p. 9.

¹⁹⁴ Parlementaire Werkgroep Auteursrecht 2009.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 838, nr. 29 ('Speerpuntenbrief Auteursrecht').

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 7-10.

Al in de tijd van KaZaA werd geopperd om P2P-file sharing niet tegen te gaan maar te legaliseren middels een heffing.¹⁹⁷ Daardoor zou naast het downloaden ook het uploaden, als essentieel onderdeel van een goed functionerende P2P-dienst, rechtmatig worden. Deze door meerdere juristen voorgestane maatregel, gebaseerd op de gedachte *compensate what you cannot control*, zou natuurlijk veel oplossen. In wezen komt het er op neer dat de thuiskopieheffing wordt uitgebreid en het uploaden (dus openbaar maken) daarmee wordt gecompenseerd en gelegaliseerd. Er zou bijvoorbeeld een heffing kunnen komen op internetabonnementen, mp3-spelers of harde schijven. In één klap zouden veel rechthebbenden gecompenseerd worden voor handelingen waar ze voorheen nooit geld voor zouden hebben gehad. Bovendien bespaart legalisering een hoop rechtszaken en procedures. Iedereen beter af, zou je zeggen.

Toch zit er een adder onder het gras. Hugenholtz heeft er meermaals op gewezen dat 'verheffing' ook nadelen heeft.¹⁹⁸ Dit kwam overigens in hoofdstuk 1 ook al kort ter sprake, waar werd gesproken over de 'fiscalisering' van het auteursrecht. Verheffing, en dus legalisering van voorheen illegaal aanbod, neemt de prikkels weg om een regulier en commercieel initiatief op internet op te starten. Niemand zal gaan betalen voor content die tegen betaling wordt aangeboden met innovatieve initiatieven, wanneer het gebruik van P2P-diensten dan immers toch al legaal is, en er bovendien voor betaald wordt. Het auteursrecht wordt hiermee een soort belasting. Dit brengt meteen een tweede bezwaar aan het licht: als er heffingen bestaan, en rechthebbenden besluiten alsnog om hun werken te beveiligen middels bijvoorbeeld DRM¹⁹⁹, wordt de gebruiker alsnog geconfronteerd met een werk dat is voorzien van elektronische beveiliging. Geen maximaal gebruikersgenot dus. Hier kan nog een argument aan worden toegevoegd. Niet elke internetgebruiker is per definitie een P2P-gebruiker. De niet-P2P-gebruikers betalen in geval van een heffing voor de P2P-gebruikers. Momenteel is al een verschuiving waarneembaar, waarbij streaming-diensten een steeds grotere rol gaan spelen. Op welk moment in de internetontwikkeling wordt een dergelijke heffing dan weer afgeschaft? Naast deze praktische argumenten is het wettelijk niet toegestaan om het openbaarmakingsrecht zodanig te beperken, zodat een dergelijk plan waarschijnlijk niet uitvoerbaar is.²⁰⁰

Buma/Stemra verraste in 2010 met een eigen variant op de heffing. Zoals Hugenholtz al eerder opperde²⁰¹, stelde Buma/Stemra voor om namens rechthebbenden met internettussenpersonen (*access-providers*) collectieve licenties af te sluiten voor muziekwerken.²⁰² Dit zou file sharing van veel muziek legaliseren omdat het uploaden dan met toestemming zou plaatsvinden. Er zou een kleine vergoeding worden betaald via het internetabonnement, waarbij gebruikers die vrijwillig de licentie zouden accepteren, rechtmatig zouden kunnen down- en uploaden. Een duidelijke uitwerking van het plan is er niet gekomen. De vraag hoe moet worden gecontroleerd welke gebruiker wel en welke gebruiker geen toestemming heeft voor uploadhandelingen bleef hiermee onbeantwoord. In 2011 krabbelde Buma/Stemra terug. Een downloadverbod kreeg toch de voorkeur.²⁰³

¹⁹⁷ Alberdingk Thijm 2003.

¹⁹⁸ Noot P.B. Hugenholtz bij HR 19 december 2003, *AMI* 2004/1, p. 24 (*Buma/KaZaA*), p. 24 en Hugenholtz 2004b.

¹⁹⁹ Digital Rights Management.

²⁰⁰ Zie § 1.2.4.2. Art. 5 ArI laat legalisering van (P2P-) file sharing waarschijnlijk niet toe omdat het openbaarmakingsrecht (het uploaden) niet kan worden beperkt. Wel zijn eventueel andere mogelijkheden denkbaar. Hiernaar zal het IVIR een onderzoek starten.

²⁰¹ Hugenholtz 2008b, p. 588.

²⁰² Zie: '5 reacties op Buma's 'licence to share'', *Webwereld*, 24 april 2010, op <<http://webwereld.nl/de-vijf/65823/vijf-reacties-op-buma-s--licence-to-share-.html>>.

²⁰³ Zie: 'Buma zet stap terug: geen collectieve licentie, maar downloadverbod', *Bits of Freedom*, 25 januari 2011, op <<https://www.bof.nl/2011/01/25/buma-zet-stap-terug-geen-collectieve-licentie-maar-downloadverbod/>>.

2.4.2 Complicaties van een downloadverbod

Een eerste logisch gevolg van een downloadverbod is, mede in het licht van het voorgaande, dat de thuiskopieheffing voor dergelijk kopiëren ook moet worden afgeschaft. Zoals bleek is het niet mogelijk om het thuiskopiëren uit illegale bron enerzijds te verbieden en er anderzijds wel een compensatie voor te geven aan rechthebbenden.²⁰⁴

Het belangrijkste aspect van een downloadverbod is dat van rechtshandhaving. Het is in tegenstelling tot de hierboven geschetste ideeën een repressieve maatregel. Veel beperkingen op het auteursrecht zijn niet alleen ontstaan uit de gedachte dat het auteursrechtelijk evenwicht dient te worden bewaard,²⁰⁵ maar ook vaak uit meer praktische overwegingen. Waarom is het toegestaan om een kopie te maken van een artikel uit een tijdschrift of een programma op te nemen van tv? Omdat dat wordt gezien als gebruik van een werk dat de normale exploitatie niet aantast. Een zekere 'vrijheid van delen' hoort er nu eenmaal bij.²⁰⁶ Maar er is nog een niet onbelangrijke reden voor dit soort beperkingen: omdat handhaving van de exploitatierechten in de huiskamer nu eenmaal zeer problematisch is. Het onrechtmatig verklaren van dergelijk gebruik zou in de praktijk moeilijk zijn, omdat overtredingen niet of nauwelijks te controleren zijn. Deze problematiek speelt niet minder in de digitale omgeving van het internet.²⁰⁷

Inperking van de thuiskopie-exceptie uit art. 16c Aw zou erop neerkomen dat het downloaden uit illegale bron onrechtmatig wordt. Het kopiëren van rechtmatig aangeboden mp3's of andere bestanden blijft voor eigen gebruik toegestaan. Het is voor gebruikers echter dikwijls niet eenvoudig om de rechtmatigheid van een bron te toetsen. Dat de meeste uploaders van BitTorrent-content geen toestemming hebben van de rechthebbende, is gezien het grote aantal rechtszaken voor de meeste mensen waarschijnlijk wel duidelijk, maar toch zullen er ook situaties voorkomen waarin dit niet zo duidelijk zal zijn: er bestaat immers ook legale file sharing. Of voor het aanpakken van de illegale content en bepaalde internettussenpersonen een downloadverbod nodig is, en welke consequenties dat eventueel heeft voor de handhaving, zal blijken in de volgende hoofdstukken.²⁰⁸

2.5 Korte samenvatting

File sharing vindt plaats op meerdere manieren. P2P-file sharing is een veelvoorkomende methode van bestandsuitwisseling, waarbij het BitTorrent-protocol ongetwijfeld de meeste populariteit geniet. Kenmerkend voor P2P is dat een netwerk van gebruikers (peers) tegelijkertijd bestanden met elkaar uitwisselt. Zodoende is een downloader doorgaans tegelijkertijd op hetzelfde moment ook uploader, tenzij de uploadfunctie wordt uitgeschakeld. Naast P2P-file sharing bestaat het zogenoemde client-server file sharing. Hierbij wordt tijdens het downloaden niet geüpload en worden bestanden uit één bron binnengehaald. Populair is client-server file sharing via nieuwsgroepen, een soort internetfora waarmee veel muziek- en filmbestanden worden gedeeld. Ook wordt veel gebruikgemaakt van gratis uploadsites.

²⁰⁴ Zie § 2.3.2.2.

²⁰⁵ Zie hoofdstuk 1.

²⁰⁶ Hugenholtz 2008b, p. 587.

²⁰⁷ Zie ook hoofdstuk 3 en 4.

²⁰⁸ De Werkgroep Auteursrecht en de Nederlandse staatssecretaris zien een downloadverbod als essentieel onderdeel in het aanpakken van ongeautoriseerde openbaarmakingen van werken (en het onrechtmatig handelen door internettussenpersonen), blijkt uit *Kamerstukken II* 2010/11, 29 838, nr. 29, p. 7-8.

Juridisch heeft het uploaden te gelden als mededeling aan het publiek, een openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw. Als dit zonder toestemming van de rechthebbende gebeurt is dit onrechtmatig. Het grootste deel van de werken die via BitTorrent of nieuwsgroepen worden aangeboden zijn zonder toestemming openbaar gemaakt en schenden hiermee het auteursrecht van veel rechthebbenden. Het downloaden op zijn beurt, is gelijk te stellen met een verveelvoudiging in de zin van art. 13 e.v. Aw. De thuiskopie-exceptie van art. 16c Aw zondert digitale verveelvoudigingen uit van het verveelvoudigingsrecht en maakt daarmee het thuiskopiëren toegestaan. Ook het downloaden uit illegale bron (het kopiëren van een ongeautoriseerde openbaarmaking) is op grond van art. 16c Aw toegestaan. Dit is meermaals door de wetgever erkend. Het normaal gebruikmaken van BitTorrent, en eigenlijk elke P2P-dienst, blijft hiermee echter onrechtmatig, tenzij er niet wordt geüpload.

Het Hof 's-Gravenhage heeft in *ACI/Thuiskopie en SONT* eveneens erkend dat het downloaden uit illegale bron voor eigen gebruik is toegestaan, maar de onduidelijkheid die in eerste aanleg ontstond over de vraag of deze Nederlandse regel op grond van de driestappentoets uit art. 5 lid 5 Arl toelaatbaar is, niet weggenomen. Een nadere analyse van de driestappentoets uit de richtlijn kan deze absolute zekerheid evenmin geven. Geacht moet worden dat de driestappentoets in de eerste plaats is gericht tot nationale wetgevers en slechts onder omstandigheden door de rechter rechtstreeks in geschillen kan worden toegepast. Wel gebeurde dit in twee arresten van het Europese Hof (*Infopaq I en Football Association Premier League*), wat de situatie niet eenvoudiger maakt. Toch moet, gezien het ontstaan van de driestappentoets, worden bedacht dat de norm veel nationale stelsels moest kunnen toestaan, waardoor er een zekere terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van strijdigheid van nationale stelsels met de toets.

Feit blijft dat het in Nederland is toegestaan voor eigen gebruik te downloaden uit illegale bron. Er gaan echter stemmen op om dit te veranderen en de thuiskopie-exceptie nog slechts van toepassing te laten zijn op situaties waarbij uit legale bron wordt gekopieerd. Een dergelijke wetswijziging heeft complicaties voor de handhaving en het functioneren van een zodanig enge thuiskopie-exceptie in de praktijk. Het is de vraag in hoeverre de maatregel noodzakelijk is voor het na te streven doel (meer legaal digitaal aanbod stimuleren en meer mogelijkheden creëren tot het aanpakken van internettussenpersonen) en past bij het karakter van het auteursrecht.

3 Het handhaven van auteursrecht op internet: de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van internettussenpersonen voor auteursrechtinbreuken door file sharing

3.1 Inleiding

In § 2.3.1.2 werd een reeks uitspraken aangehaald waaruit blijkt dat het verwijzen (hyperlinken) naar, of faciliteren van openbaarmakingen op zichzelf niet beschouwd wordt als openbaarmaking, maar wel onrechtmatig kan zijn. Het betreft hier doorgaans verwijzingen die plaatsvinden via websites, netwerken of servers van internet- tussenpersonen. Internettussenpersonen zijn uit de huidige informatiemaatschappij niet meer weg te denken. Het tegengaan van illegale file sharing gebeurt dan ook hoofdzakelijk door het aanspreken van deze tussenpersonen op hun verantwoordelijkheden. In dit hoofdstuk zal verduidelijkt worden welke soorten tussenpersonen er zijn, wat hun rol is en op welke wijze zij wettelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden (het faciliteren van) auteursrechtinbreuken. Hierbij zal rechtspraak geanalyseerd worden waarin het een en ander verduidelijkt is. De focus ligt hierbij op tussenpersonen die zich op enigerlei wijze bezighouden met file sharing.

3.2 De functies van ISP's en hun wettelijk kader

3.2.1 Functies en verschijningen

Het begrip *Internet Service Provider* ('ISP') ziet op internettussenpersonen met verschillende soorten functies. Er kunnen vier functies worden onderscheiden: *access*, *hosting*, *extra value* en *content*.²⁰⁹ Access ziet op het aan klanten verschaffen van de technische faciliteit tot het verkrijgen van toegang tot het internet via het systeem van de ISP. Denk hierbij aan providers als KPN of Ziggo. Hosting is het aan klanten verschaffen van de mogelijkheid om op ISP-servers bepaalde informatie beschikbaar te stellen van en voor derden. Hierbij moet gedacht worden aan diensten als website, nieuwsgroep en forum. Extra value betreft diensten die een aan access en hosting een meerwaarde toevoegen, zoals ISP's die domeinnamen registreren of bepaalde extra (help)service verlenen. Content ziet op het aanbieden van inhoudelijke informatie op het internet, die door de ISP zelf wordt aangeboden. De inhoud, het onderwerp en inrichting van de informatie op de website of portal behoren tot de verantwoording van de ISP.

3.2.2 Het aansprakelijkheidsregime voor ISP's

3.2.2.1 De zorgplicht van *Scientology/XS4ALL*

Al in 1999 wordt in de belangrijke uitspraak *Scientology/XS4ALL* het een en ander bepaald met betrekking tot auteursrechtelijk relevante handelingen en de aansprakelijkheid van ISP's, meer specifiek

²⁰⁹ Siemerink 2008, p. 180.

hosting-providers.²¹⁰ De gelding van het auteursrecht op internet wordt vooropgesteld. Bij verspreiding via internet is er weliswaar sprake van openbaar maken en verveelvoudigen, maar het is niet de internettussenpersoon die auteursrechtelijk relevante handelingen verricht, maar de uploader. De ISP kan derhalve geen directe auteursrechtinbreuk worden verweten. Toch kan de ISP op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, gehouden zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te nemen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens homepage auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt. Van de ISP mag, aldus de Rechtbank 's-Gravenhage, een zekere mate van zorg worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van de verdere inbreuk. De ISP die kennis heeft van het onrechtmatig handelen van zijn gebruiker, en aan deze informatie in redelijkheid niet mag twijfelen, handelt zelf onrechtmatig als hij niet ingrijpt.

Of een internettussenpersoon inderdaad aansprakelijk is, moet worden bepaald op grond van de criteria voor de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW. Dat betekent dat de aansprakelijkheid gestoeld kan zijn op twee gronden: 1) inbreuk op een recht en/of schending van een wettelijke verplichting en 2) schending van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.²¹¹ Onder categorie (1) kan een schending van de Auteurswet worden verstaan.²¹² Categorie (2) is een open norm die voor ISP's een zekere zorgplicht schept. Dat is in *Scientology/XS4ALL* bepaald. De in § 2.3.1.2 genoemde en verderop nog te behandelen uitspraken borduren hier min of meer op voort.

3.2.2.2 Richtlijn elektronische handel: vrijwaring van aansprakelijkheid

Na *Scientology/XS4ALL* trad op 17 juli 2000 de Richtlijn elektronische handel in werking.²¹³ De richtlijn bevat een reeks bepalingen die ISP's onder bepaalde voorwaarden vrijwaren van aansprakelijkheid.²¹⁴ Deze bepalingen zijn in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd in art. 6:196c BW. Het artikel ziet op diensten van de informatiemaatschappij, het begrip dat ook centraal staat in de Richtlijn elektronische handel. Dit zijn diensten die, gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van een afnemer diensten verricht.²¹⁵ Dergelijke diensten zijn in drie gevallen gevrijwaard van aansprakelijkheid:

1. *Mere conduit: functioneren als doorgeefluik*

Art. 6:196c lid 1 BW ziet op de doorgifte van van een ander afkomstige informatie of het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk (*mere conduit* genoemd). Een ISP is voor deze activiteiten niet aansprakelijk indien hij: a) niet het initiatief tot het doorgeven van de informatie neemt; b) niet degene is aan wie de informatie wordt doorgegeven; en c) de doorgegeven informatie niet heeft geselecteerd of gewijzigd. Onder toepassing van lid 1 valt tevens de geautomatiseerde, tussentijdse en tijdelijke opslag van doorgegeven informatie, voor zover de opslag uitsluitend geschiedt voor de doorgifte van informatie en de duur van deze opslag niet langer is dan daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk. De ISP handelt als doorgeefluik.

²¹⁰ Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *AMI* 1999, p. 113 (*Scientology/XS4ALL*).

²¹¹ Art. 6:162 lid 2 BW.

²¹² Van der Sloot 2011b, p. 137.

²¹³ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 (*Richtlijn betreffende bepaalde juridische aspecten van diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt*).

²¹⁴ Art. 12-15 Richtlijn elektronische handel.

²¹⁵ Art. 2 sub a Richtlijn elektronische handel.

2. Caching

Art. 6:196c lid 3 BW ziet op de onder (1) genoemde geautomatiseerde, tussentijdse en tijdelijke opslag van informatie met dien verstande dat deze opslag geschiedt om het doorgeven van informatie aan anderen op hun verzoek doeltreffende te maken (*caching* genoemd). De ISP is hiervoor niet aansprakelijk indien hij: a) de informatie niet wijzigt; b) de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht neemt; c) de in de bedrijfstak geldende of gebruikelijke regels betreffende de bijwerking van informatie naleeft; d) niet de in de bedrijfstak geldende of gebruikelijke technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van informatie wijzigt en e) prompt de nodige maatregelen neemt om de informatie te verwijderen van de plaats waar deze zich oorspronkelijk in het communicatienetwerk bevond of de toegang daarmee onmogelijk is gemaakt.²¹⁶

3. Hosting: notice-and-take-down

Art. 6:196c lid 4 BW ziet op de ISP die op verzoek informatie opslaat die afkomstig is van een ander (*hosting*). De ISP is voor deze informatie niet aansprakelijk, indien hij: a) niet weet en in het geval van een schadevergoedingsactie niet redelijkerwijs behoort te weten dat de activiteit of informatie een onrechtmatig karakter heeft en b) zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt (ook wel *notice-and-take-down* ('NTD') genoemd). 'Weten' betekent dat de ISP in redelijkheid niet aan de juistheid van de informatie/waarschuwing met betrekking tot onrechtmatige content die zich op zijn netwerk bevindt, kan twifelen. Aanvankelijk was de regeling bedoeld voor hosting-providers in de enge zin des woords (partijen die anderen in de gelegenheid stellen een website op het internet te uploaden), maar tegenwoordig mag worden aangenomen dat de bepaling ook andere internettussenpersonen die anderen in staat stellen een boodschap op hun servers te uploaden en zo via internet verspreiden, kan vrijwaren van aansprakelijkheid, mits voldaan aan de voorwaarden.²¹⁷

Mere conduit en caching zijn onder deze voorwaarden uitgesloten van aansprakelijkheid omdat de ISP daarmee slechts technische handelingen verricht, welke handelingen een passief karakter hebben.²¹⁸ Bij hosting daarentegen, speelt de wetenschap van de onrechtmatigheid een grotere rol, omdat het karakter minder passief is. De ISP is dan doorgaans goed in staat om op te treden tegen bij hem opgeslagen informatie. Alle vrijstellingen van aansprakelijkheid hebben overigens alleen betrekking op openbare informatie-uitwisseling; op voor het publiek toegankelijke informatie, bijvoorbeeld via websites of nieuwsgroepen.²¹⁹

Uit art. 6:196c BW volgt dat niet elke in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk genoemde ISP zich kan beroepen op vrijwaring van aansprakelijkheid. Alleen ten aanzien van access- providers (waaronder begrepen netwerk-providers) wordt de aansprakelijkheid categorisch uitgesloten. De content-provider bijvoorbeeld, zal niet gevrijwaard zijn en de hosting-provider slechts onder voorwaarden. Doet een ISP meer dan de reikwijdte van de bescherming die art. 12-14 Richtlijn elektronische handel hem beoogt te geven, dan is een beroep op de vrijwaring niet mogelijk. Dat betekent niet dat de ISP daarmee *automatisch* aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Zijn aansprakelijkheid dient te worden

²¹⁶ De Wit 2009a, p. 38.

²¹⁷ Noot K.J. Koelman bij HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, BIE 2011, nr. 107, p. 334 (*L'Oréal/eBay*).

²¹⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 26-27.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 25.

gebaseerd op de daarvoor geldende criteria uit art. 6:162 BW, die overigens met name in de jurisprudentie zijn uitgewerkt.²²⁰

Van de Richtlijn elektronische handel kan niet door lidstaten worden afgeweken door extra eisen te stellen aan de vrijwaringsbepalingen. Art. 15 van de Richtlijn verbiedt lidstaten daarnaast om ISP's een algemene filterverplichting op te leggen. ISP's hoeven dus niet actief op zoek te gaan naar onrechtmatigheden.

De relatie met de algemene zorgvuldigheidsnorm uit de Scientology/XS4ALL

Toch betekent een succesvol beroep op een vrijwaringsbepaling niet dat van de ISP geen bepaalde mate van zorg meer mag worden verwacht. Met andere woorden: de ISP mag niet achteroverleunen.²²¹ De richtlijn doet geen afbreuk aan de mogelijkheid van een ISP naar nationaal recht te eisen dat hij een bepaalde inbreuk voorkomt of ongedaan maakt, zo volgt uit art. 6:196c lid 5 BW.²²² In *Stokke/Marktplaats*²²³ is dit door de rechtbank bevestigd en ook de Hoge Raad heeft dit in *Lycos/Pessers*²²⁴ erkend.²²⁵ Beide zaken hadden betrekking op hosting-providers. *Scientology/XS4ALL* werkt op de achtergrond dus nog altijd door, omdat zelfs ISP's die in beginsel gevrijwaard zijn van aansprakelijkheid nog een bepaalde zorgplicht hebben. Verderop bij het analyseren van enkele uitspraken zal blijken welke complicaties dit kan hebben voor access-providers die in beginsel geheel gevrijwaard zijn van aansprakelijkheid.

3.2.2.3 Handhavingsrichtlijn intellectuele eigendomsrechten

Tegenover de vrijwaring staat de mogelijkheid om tussenpersonen aan te spreken wier diensten worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht te maken. Op grond van art. 26d Aw (en het equivalent in art. 15e WNR) kan de rechter dergelijke tussenpersonen op vordering van de maker, bevelen diensten die inbreuk maken op auteursrecht te staken. Dit wetsartikel is ingevoerd om de Handhavingsrichtlijn intellectuele eigendomsrechten te implementeren.²²⁶ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de rechter zich bij toepassing van art. 26d Aw het volgende moet afvragen: 1) of de vordering geëigend is gezien het aandeel of de betrokkenheid van de tussenpersoon bij de inbreuk en of het met de vordering beoogde doel het belang van de rechthebbende opweegt tegen het nadeel dat of de schade die de vordering de tussenpersoon eventueel toebrengt; 2) of de tussenpersoon redelijkerwijs in staat is aan de vordering te kunnen voldoen, zonder daarvoor onevenredige kosten te moeten maken; 3) indien de tussenpersoon zelf geen inbreuk pleegt en het dagvaarden van de inbreukmaker evenzeer voor de hand ligt en even goed mogelijk is, dan zal de vordering tegen de tussenpersoon afgewezen dienen te worden en 4) de vordering tegen de tussenpersoon zal een zelfstandig doel moeten dienen dat niet op enig andere wijze te realiseren is via de inbreukmaker zelf.²²⁷

²²⁰ De Wit 2009a, p. 38.

²²¹ Ibid., p. 39.

²²² Luidend: "Het hiervoor bepaalde staat niet in de weg aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel".

²²³ Rb. Zwolle 3 mei 2006, LJN: AW6288, *IER* 2007/73 m.nt. H. Struik (*Stokke/Marktplaats*).

²²⁴ HR 25 november 2005, LJN: AU4019, *IER* 2006/2 (*Lycos/Pessers*).

²²⁵ Zie r.o. 5.1.4.

²²⁶ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 (*Richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten*).

²²⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26.

3.3 Het faciliteren van file sharing door internettussenpersonen: hoe de in acht te nemen zorgvuldigheid is uitgewerkt in de rechtspraak

3.3.1 Internettussenpersonen bij file sharing

Auteursrechtelijk relevante handelingen op internet worden voornamelijk verricht door individuen. P2P-file sharing is ontzettend populair, maar ook het uploaden van content in nieuwsgroepen en op uploadsites gebeurt hoofdzakelijk door een aantal individuele content-providers. Het traceren van individuele openbaarmakers is lastig, kostbaar en levert vaak weinig op.²²⁸ Omdat het niet handig gebleken is in alle gevallen deze openbaarmakers direct aan te spreken, wenden rechthebbende zich steeds vaker tot de tussenpersonen.

3.3.2 De criteria voor het aannemen van onrechtmatig handelen door internettussenpersonen

3.3.2.1 Inleiding

Bij het bespreken van de rechtspraak hieronder zal gefocust worden op de omstandigheden waaronder het handelen van internettussenpersonen onrechtmatig kan zijn en het in kaart brengen van de mogelijkheden die in het Nederlandse recht reeds bestaan om inbreukfaciliterende tussenpersonen aan te pakken.

3.3.2.2 Techno Design/BREIN (Zoekmp3)

Het arrest *Techno Design/BREIN*²²⁹ is al kort ter sprake gekomen toen werd vastgesteld dat het enkele hyperlinken geen openbaarmaking vormt in de zin van art. 12 Aw. Techno Design exploiteerde de website zoekmp3.nl, wat een index vormde van doorklikbare links naar mp3-bestanden van auteursrechtelijk beschermde werken. Het arrest legt de basis voor veel latere uitspraken. Het hof stelt vast dat het handelen van Techno Design niet op één lijn gesteld kan worden met dat van een ISP zoals bestreken wordt door art. 12-14 Richtlijn elektronische handel (art. 6:196c BW), zoals mere conduit, caching of hosting. Daarvoor bemoeit Techno Design zich te veel met de inhoud van de website.²³⁰ Het exploiteren van een (mp3-)zoekmachine wordt op zichzelf niet gezien als onrechtmatig, omdat iedereen vrij moet zijn met een zoekmachine geld te verdienen. Echter, Techno Design wist dat de zoekmachine systematisch en structureel zou verwijzen naar ongeautoriseerde openbaarmakingen. Dit, en het feit dat Techno Design inkomsten verwerfde met de website, welke inkomsten voornamelijk afhankelijk waren van het ongeautoriseerde materiaal waar zijn gebruikers naar op zoek zijn, is voor het hof reden om aan te nemen dat Techno Design in strijd handelt met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt (6:162 BW). De speelruimte die het hof hiermee geeft aan dergelijke gespecialiseerde zoekdiensten lijkt klein.

3.3.2.3 BREIN/Mininova

In de zaak *BREIN/Mininova* staat torrenthoster *Mininova* terecht.²³¹ Ook bij deze uitspraak kwamen we reeds tot de conclusie dat een torrenthoster geen directe inbreuk pleegt op auteursrechten van derden. Zij verricht immers geen zelf verveelvoudigings- en openbaarmakingshandelingen; dat doen de

²²⁸ Vgl. De Cock Buning & Van Eek 2009.

²²⁹ Hof Amsterdam 15 juni 2006, LJN: AX7579, *AMI* 2006/5, p. 173-179 m.nt. K.J. Koelman (*Techno Design/BREIN*).

²³⁰ Zie r.o. 4.7.

²³¹ Rb. Utrecht 26 augustus 2009, LJN: BJ6008, *IER* 2009/60 (*BREIN/Mininova*).

gebruikers die onderling de bestanden uitwisselen. De criteria waaraan de rechtbank toetst of het handelen van Mininova onrechtmatig is, lijken veel op die gehanteerd in *Techno Design/BREIN*. Van doorslaggevend belang is dat Mininova haar website, waar de torrentbestanden worden aangeboden die grotendeels verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal, modereert. De moderators van Mininova bemoeien zich actief met het aanbod van torrentbestanden op de website (porno wordt verwijderd) en onderzoeken ook of de daarmee aangeboden content wel 'echt' is. Uit de inrichting van de website, die torrents indeelt op categorie ('movies', 'music', etc.), de hulp die gebruikers wordt geboden bij het plaatsen van torrents en het incidenteel zelf uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal, leidt de rechtbank af dat Mininova auteursrechtinbreuk bij zijn gebruikers (uploaders) bevordert. Daar komt nog bij dat Mininova als onderneming profiteert van deze inbreuken. Mininova wordt om genoemde redenen niet gevrijwaard van aansprakelijkheid op grond van art. 6:196c lid 4 BW, ondanks het bestaan van een *notice-and-take-down*-procedure.

3.3.2.4 *ShareConnector*

*ShareConnector*²³² indexeert betrouwbaar bevonden *hash codes*. Dat zijn codes waarmee via P2P-netwerk e-Donkey bestanden kunnen worden gedownload. *ShareConnector* fungeert derhalve als een soort inspecteur van het grote (illegale) aanbod dat via e-Donkey beschikbaar wordt gesteld. *ShareConnector* maakt dus niet zelf openbaar en schendt geen auteursrecht. Hoewel *ShareConnector* geenszins een onderneming is die veel geld verdient aan haar praktijken (het werd bij wijze van hobby gerund door één student), wordt het handelen van *ShareConnector* onrechtmatig geacht en valt het niet onder het uitgangspunt dat eenieder een internetzoekmachine mag beginnen.²³³ Daarvoor is doorslaggevend dat *ShareConnector* (blijkens onderzoek door TNO) voor het overgrote deel verwijst naar auteursrechtelijk beschermd materiaal en het uploaden van dergelijk materiaal stimuleert, zoals uit bewijs blijkt. De figuur van mede-openbaarmaking wordt door het hof afgewezen. Het in *Techno Design/BREIN* gebruikte (belangrijke) argument dat de internetdienst geld verdient met het handelen lijkt derhalve niet van zodanige doorslag dat niet-commercieel handelen zonder meer rechtmatig is. In casu wordt immers gelijkwaardig handelen van een hobbyist eveneens onrechtmatig geacht.

3.3.2.5 *FTD/Eyeworks* en *FTD/BREIN*

In de zaak *FTD/Eyeworks*²³⁴ lijkt het stimuleren van uploaden, en dus auteursrechtinbreuk, het belangrijkste argument om strijd met de zorgvuldigheid aan te nemen. Productiemaatschappij *Eyeworks* stelt nieuwsgroep-platform *FTD* aansprakelijk wegens auteursrechtinbreuk op haar film 'Komt een vrouw bij de dokter'. Via *FTD* kunnen gebruikers van nieuwsgroepen elkaar wijzen op de nieuwste *spots* (niet-doorklikbare verwijzingen) en wordt het vinden van (muziek- en film)bestanden in nieuwsgroepen een stuk eenvoudiger. De daadwerkelijke uitwisseling van bestanden vindt echter, evenals bij bijvoorbeeld torrent-hosters, buiten *FTD* om plaats, zodat *FTD*, aldus het hof, zich niet zelf schuldig maakt aan auteursrechtinbreuk. Spotters die het goed doen, ontvangen van hun medegebruikers zogenoemde 'kudos' als blijk van waardering. Het hof oordeelt dat *FTD* structureel en stelselmatig een activiteit stimuleert die naar zij weet, of moet weten, een inbreuk op het auteursrecht (van *Eyeworks*) oplevert. Bovendien wordt daarbij geprofiteerd van deze inbreuken door geld te verdienen met advertenties. Dat *FTD* hiermee het *downloaden* faciliteert is niet onrechtmatig, gezien art. 16c Aw,²³⁵

²³² Hof Amsterdam 16 maart 2010, LJN: BL7920, *IER* 2010/78 (*ShareConnector*).

²³³ Vgl. *BREIN/Techno Design*.

²³⁴ Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN: BO3982, *IER* 2011/28 m.nt. K.J. Koelman (*FTD/Eyeworks*).

²³⁵ Zie § 2.3.2.

maar dat het een platform biedt voor *uploaders* (die ongeautoriseerd openbaar maken) is dat wel. Dit argument werd eerder gebruikt in de *Mininova*-zaak.

Art. 26d Aw: geen zelfstandige betekenis?

Het hof gaat nog in op de vraag of art. 26d Aw een grondslag biedt voor een verbod jegens FTD. Dit had Eyeworks immers subsidiair gevorderd. Het hof stelt vast dat de uploaders FTD niet gebruiken, en niet nodig hebben, om direct inbreuk te maken op auteursrecht. Het louter stimuleren en profiteren van auteursrechtinbreuk valt volgens het hof buiten de reikwijdte van art. 26d Aw. Koelman merkt daarbij in zijn noot op dat de toegevoegde waarde van het op de Handhavingsrichtlijn geënte wetsartikel überhaupt niet duidelijk is. De partij wiens diensten door derden worden gebruikt om auteursrechtinbreuk te plegen, handelt niet per se onrechtmatig, daarvoor zijn aanvullende omstandigheden van belang. De rechter die van oordeel is dat een dienst voor auteursrechtinbreuk wordt gebruikt, *kan* een verbod opleggen omdat de partij verplicht is iets te doen of na te laten (art. 26d Aw jo. 3:296 BW). Dat verbod zal de rechter pas opleggen als hij van oordeel is dat de partij onrechtmatig handelt. Art. 26d Aw heeft in die redenering geen zelfstandige betekenis, omdat de onrechtmatigheid van het handelen van de internettussenpersoon alsnog eerst moet worden bepaald.

Later wordt FTD wederom in het ongelijk gesteld. In *FTD/BREIN*²³⁶ gaat het niet om één bepaalde film, maar om de rechten van alle bij BREIN aangeslotenen. De Haarlemse Rechtbank bepaalt op dezelfde gronden als in *FTD/Eyeworks* dat FTD onrechtmatig handelt. Het wordt FTD verboden om nog spots aanwezig te hebben die verwijzen naar auteursrechtelijk beschermde werken van bij BREIN aangeslotenen, ook in de toekomst. De enige manier om aan het vonnis te voldoen is om alles vooraf te filteren. Omdat FTD waarschijnlijk geen succesvol beroep kan doen op de hosting-bepaling (art. 14) uit de Richtlijn elektronische handel, is het algemene filterverbod (art. 15) niet van toepassing.²³⁷ FTD is daarom met de dienst gestopt.²³⁸

3.3.2.6 BREIN/NSE: internettussenpersoon maakt direct auteursrechtinbreuk

In de recente uitspraak tegen Usenet Service Provider ('USP') News Service Europe ('NSE'), hanteert de rechtbank een ruim werkbegrip en komt bovendien tot de opvallende conclusie dat de internettussenpersoon zelf auteursrechtinbreuk maakt.²³⁹ NSE biedt tegen betaling toegang tot Usenet (de nieuwsgroepen). Wordt door een server van NSE een bericht ontvangen, dan wordt dit eenmalig uitgewisseld met de servers van andere USP's waarmee de server van NSE wereldwijd in verbinding staat. Dit wordt synchronisatie genoemd. Middels synchronisatie ontvangt NSE ook berichten van andere servers. Deze berichten worden net als de berichten die door gebruikers van NSE worden geplaatst, op de servers van NSE opgeslagen. Zoals bekend, worden binaire bestanden (zoals mp3's) op Usenet aangeboden in alfanumerieke vorm, als een soort artikelen. BREIN stelt dat NSE met dit handelen inbreuk maakt op de auteursrechten van haar leden. De rechtbank is van oordeel dat de alfanumerieke bestanden een 'werk' zijn in de zin van de Auteurswet. De rechtbank overweegt dat:

(...) er niet van [kan] worden uitgegaan dat van een verveelvoudiging van het werk geen sprake is omdat er slechts sprake is van alfanumerieke bestanden en het werk over meerdere

²³⁶ Rb. Haarlem 9 februari 2011, LJN: BP3757 (*FTD/BREIN*).

²³⁷ Van der Sloot 2011b, p. 139.

²³⁸ Zie: 'FTD verliest van BREIN: moet forum opschonen', *Webwereld*, 9 februari 2011, op <webwereld.nl/nieuws/105664/ftd-verliest-van-brein--moet-forum-opschonen.html>.

²³⁹ Rb. Amsterdam 28 september 2011, LJN: BU6271, *IEPT* 201109028 (*BREIN/NSE*).

*artikelen is verspreid. Het auteursrechtelijk werk is immers vervat in de diverse artikelen die door de codering van het binaire bestand tot stand zijn gekomen.*²⁴⁰

Van een tijdelijke reproductie van voorbijgaande aard (art. 13a Aw) is volgens de rechtbank geen sprake, gezien de lange tijd dat de bestanden op de server staan (soms wel 400 dagen). De rechtbank is van oordeel dat het handelen van NSE als verveelvoudigen en openbaar maken heeft te gelden. NSE maakt op die manier direct inbreuk op het auteursrecht. Een beoordeling aan de hand van art. 6:162 BW en de eventuele uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van art. 6:196c BW blijft daardoor opvallend genoeg achterwege.

3.3.2.7 *L'Oréal/eBay: het voorkomen van nieuwe inbreuken en een elektronische marktplaats gevrijwaard?*

Hoewel *L'Oréal/eBay*²⁴¹ een zaak was die draaide om merkenrecht, is het arrest niettemin interessant. Het Europese Hof doet namelijk enkele uitspraken over de toepasselijkheid van de Richtlijn elektronische handel op online diensten als eBay. Diensten als eBay en ook Google kunnen zich in principe op 6:196c BW beroepen, aldus het hof. Ze moeten ageren op kennisgeving van derden over inbreuken wanneer deze hen voldoende betrouwbaar voorkomt. Gesteld wordt ten aanzien van de bepaling voor hosting-diensten dat:

*(...) artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op de beheerder van een elektronische marktplaats wanneer deze geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de opgeslagen gegevens. Genoemde beheerder heeft een dergelijke rol wanneer hij bijstand verleent die onder meer bestaat in het optimaliseren van de wijze waarop de betrokken verkoopaanbiedingen worden getoond of het bevorderen daarvan.*²⁴²

Op grond van de Handhavingsrichtlijn intellectuele eigendomsrechten zijn lidstaten volgens het hof gehouden om:

*(...) ervoor [te] zorgen dat de op het gebied van de intellectuele eigendomsrechten bevoegde nationale rechterlijke instanties de beheerder van een elektronische marktplaats kunnen gelasten om maatregelen te treffen die niet alleen bijdragen tot het doen eindigen van de door de gebruikers van die marktplaats gepleegde inbreuken op die rechten, maar ook tot het voorkomen van nieuwe inbreuken van die aard. Deze bevelen moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en mogen geen belemmeringen voor het legitiem handelsverkeer scheppen.*²⁴³

Evenals in *FTD/BREIN* wordt de tussenpersoon gehouden om ook gelijke (in casu namaak *L'Oréal*-producten) *toekomstige* inbreuken te voorkomen. eBay kan hier geen succesvol beroep doen op de Richtlijn elektronische handel, omdat het een te weinig passieve rol heeft. Passief houdt in dat de dienst geen kennis of controle heeft over de gegevens waarvan de verspreiding onrechtmatig is, of klanten veel bijstand verleent. Koelman merkt in zijn noot op dat dit tot een dilemma kan leiden. Wanneer een

²⁴⁰ r.o. 4.3.

²⁴¹ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, *BIE* 2011, nr. 107, p. 334 m.nt. K.J. Koelman (*L'Oréal/eBay*).

²⁴² *Ibid.*, § 123.

²⁴³ *Ibid.*, § 127.

dienst er alles aan doet om onrechtmatigheden te voorkomen, speelt zij een actieve rol. Juist op die actieve rol rekent het hof eBay in casu af met als gevolg dat een beroep op vrijwaring is uitgesloten. In die visie is het dus beter om helemaal niets te doen en volledig passief te blijven, wat de dienstverlening niet ten goede zal komen, maar wel eerder uitsluiting van aansprakelijkheid tot gevolg zal hebben.²⁴⁴ Dezelfde problematiek speelde in de zaken met betrekking tot FTD en Mininova, waar de diensten ook tot op bepaalde hoogte modereerden, wat leidde tot een grotere betrokkenheid en dus aansprakelijkheid.

3.3.2.8 BREIN/KPN: NAW-gegevens vorderen en een inbreukplegende internetabonnee afsluiten van internet

In *BREIN/KPN*²⁴⁵ vordert BREIN de NAW-gegevens²⁴⁶ van een internetabonnee en bovendien afsluiting van zijn internetverbinding. De rechtbank bepaalt dat ISP (access-provider) KPN onder omstandigheden gehouden is van een klant de toegang tot het internet af te sluiten, terwijl de website niet op de server van KPN staat. Het betreft hier een klant waarvan vaststaat dat hij de website www.dutchtorrent.org op het internet heeft geplaatst. Daarmee pleegt de abonnee auteursrechtinbreuk. Wanneer hij dit opnieuw doet, en BREIN verzoekt KPN hem daarom de internettoegang te ontzeggen, kan KPN dit niet meer weigeren.

NAW-gegevens

Het is voor rechthebbenden mogelijk om van ISP's de NAW-gegevens van inbreukmakers te verzoeken. Hiervoor bestaat geen wettelijke plicht, maar ISP's kunnen afgifte onder omstandigheden niet weigeren. Bij het verstrekken van NAW-gegevens moet uitdrukkelijk rekening worden gehouden met de privacybelangen van abonnees.²⁴⁷ In het al kort aangehaalde arrest *Lycos/Pessers* is dit door de Hoge Raad eveneens erkend en uitgewerkt, daar ten aanzien van een *hosting-provider*: de onrechtmatigheid van de informatie moet voldoende blijken, de derde heeft een reëel belang bij de gegevens, er is geen minder ingrijpende mogelijkheid om de NAW-gegevens te achterhalen en een afweging van alle belangen (van de derde, de provider en de gebruiker) brengt mee dat het belang van de derde moet prevaleren.²⁴⁸

Het internet afsluiten

De rechtbank gaat in op het feit dat KPN slechts mere conduit handelingen verricht in de zin van art. 6:196c lid 1 BW, in beginsel niet aansprakelijk gesteld kan worden. Dit betekent echter niet dat een access-provider niet gehouden kan zijn een inbreuk te voorkomen. De zorgplicht brengt mee dat ook in dat geval de ISP niet achterover kan leunen, net als in *Scientology/XS4ALL*. In die zaak ging het echter om hosting en niet om mere conduit. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat art. 6:196c lid 5 BW, dat bepaalt dat de vrijwaringsbepalingen er niet aan in de weg staan een gerechtelijk verbod of bevel te eisen, ook van toepassing zijn op mere conduit en caching. In casu kan de rechter niet de *notice-and-take-down*-norm van art. 6:196c lid 4 gebruiken omdat KPN geen hosting-provider is. De rechter oordeelt daarom dat:

²⁴⁴ Noot K.J. Koelman bij HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, *BIE* 2011, nr. 107, p. 334 (*L'Oréal/eBay*).

²⁴⁵ Rb. 's-Gravenhage 5 januari 2007, LJN: AZ5678, *AMI* 2007/2 m.nt. O.L. van Dalen (*BREIN/KPN*).

²⁴⁶ Naam, adres, woonplaats.

²⁴⁷ De Wit 2009b, p. 73 en HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae*).

²⁴⁸ Zie r.o. 4.10.

Indien KPN echter gewezen wordt op kennelijk (onmiskenbaar) onrechtmatige gedragingen van haar abonnees op het internet, kan zij niet volstaan met het verstrekken van de NAW-gegevens, maar is zij daarnaast gehouden de betreffende verbinding af te sluiten. Nalaten daarvan zou in strijd zijn met de zorgvuldigheid die zij jegens degenen, van wie de belangen door de onrechtmatige gedragingen worden geschonden, in acht moet nemen en dus onrechtmatig.

Ook access-providers hebben een verantwoordelijkheid en kunnen blijkbaar verplicht zijn een abonnee af te sluiten van het internet wanneer zij op de hoogte zijn van onmiskenbaar onrechtmatige gedragingen van die abonnee. Uit *Lycos/Pessers* volgt dat de lat voor onmiskenbare onrechtmatigheid hoog ligt en niet zonder meer mag worden aangenomen.²⁴⁹ KPN moet uiteindelijk de laatste beslissing nemen, neemt plaats op de stoel van de rechter, zogezegd.²⁵⁰ Opvallend is dat de (privacy)belangen van de gebruiker niet worden meegewogen.

3.3.2.9 SABAM/Scarlet: geen algemene filterverplichting voor access-providers van P2P-verkeer

Dat access-providers vaker worden aangesproken door rechthebbenden blijkt ook uit een uitspraak van het Europese Hof: *SABAM/Scarlet*²⁵¹. SABAM (de Belgische Buma) vordert vast te stellen dat door P2P-systemen inbreuken worden gemaakt op auteursrecht met behulp van de diensten van access provider Scarlet (het verlenen van toegang tot internet). Daarnaast vordert SABAM dat Scarlet de auteursrechtinbreuken beëindigt door elke niet door een auteursrechtrechthebbende toegestane uitzending of ontvangst door haar klanten via een P2P-systeem van bestanden die muziekwerken bevatten te blokkeren of onmogelijk te maken.

Het evenwicht tussen het auteursrecht en andere rechten

Het opleggen van een dergelijk algemeen filtersysteem is volgens het hof ontoelaatbaar. Daartoe weeg het hof de rechten van de drie belangrijkste partijen tegen elkaar af: het recht van intellectuele eigendom (van de rechthebbenden), het recht van ondernemerschap (van de ISP's) en het recht van vrije communicatie (van de abonnees). Allereerst kan het gevorderde in strijd komen met art. 15 Richtlijn elektronische handel (6:196c lid 5 BW in Nederland) dat een algemene toezichtverplichting (filterverplichting) verbiedt. Evenmin verdraagt het zich met het Unierecht. Het hof vermijdt daarbij verwijzingen naar het EVRM, en prefereert het Handvest. Intellectuele eigendom wordt weliswaar door het Handvest²⁵² beschermd, maar niet absoluut, aldus het hof. Blijkens het arrest *Promusicae*²⁵³ moet de bescherming van IE-rechten worden afgewogen tegen andere grondrechten van de Unie, waaronder ook de vrijheid van ondernemerschap die ISP's hebben. De gevorderde filter ziet op alle elektronische communicatie die op het netwerk van de ISP wordt verricht en is bovendien onbegrensd in tijd en ook gericht op iedere toekomstige inbreuk op auteursrechten. Dit leidt voor de ISP's tot een te grote (financiële) belasting. Er dient een juist evenwicht te worden verzekerd tussen de bescherming van IE-rechten en de vrijheid van ondernemerschap. Het door SABAM gevorderde is hiermee strijdig.²⁵⁴ Bovendien kan een dergelijk filtersysteem in strijd komen met de vrijheid van informatie en privacy omdat het mogelijk onvoldoende onderscheid maakt tussen legale en illegale inhoud en vereist dat alle

²⁴⁹ De Wit 2009a, p. 40.

²⁵⁰ Vgl. Van der Sloot 2011b en De Wit 2009b, p. 75.

²⁵¹ HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*SABAM/Scarlet*).

²⁵² Art. 17 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

²⁵³ HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae*).

²⁵⁴ § 49 arrest.

communicatie van gebruikers stelselmatig wordt geanalyseerd.²⁵⁵ Evenmin is het meteen duidelijk of bepaalde werken zich in het publiek domein bevinden, of überhaupt wel auteursrechtelijk beschermd zijn. Dit laatste maakt de uitvoerbaarheid in de praktijk erg lastig. Uiteindelijk brengt dit het hof tot de conclusie dat zo'n filtersysteem niet aan Scarlet kan worden opgelegd, omdat de Handhavingsrichtlijn, de Auteursrechtlijn, de Richtlijn elektronische handel, de Richtlijn betreffende Privacy en elektronische communicatie²⁵⁶ en de Richtlijn verwerking persoonsgegevens²⁵⁷ in samenhang en tegen de achtergrond van de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten (vervat in het Handvest) bezien, zich daartegen verzetten. Een uitgebreide analyse van de privacywetgeving gaat deze scriptie te buiten.

3.3.2.10 *The Pirate Bay en BREIN/Ziggo en XS4ALL: de verplichting voor access-providers om de toegang tot een website te blokkeren*

In navolging van de uitspraak tegen Mininova en andere torrent-hosters, wordt ook het handelen van The Pirate Bay onrechtmatig verklaard door de Amsterdamse voorzieningenrechter.²⁵⁸ De beheerders van het Zweedse Pirate Bay werden reeds enkele maanden daarvoor in eigen land strafrechtelijk veroordeeld voor medeplichtigheid aan grootschalige auteursrechtsschendingen.²⁵⁹ De beheerders beriepen zich tevergeefs op de vrijwaringsbepaling voor hosting-providers in art. 14 van de Richtlijn elektronische handel. The Pirate Bay negeerde stelselmatig *notice-and-take-down*-verzoeken waardoor een beroep op de bepaling volgens de rechter niet meer mogelijk was.²⁶⁰

Terug naar Nederland. De talloze rechtszaken tegen The Pirate Bay hebben niet geleid tot het offline gaan van de website. Tot op de dag van vandaag is de website nog steeds te bereiken, zij het op andere servers. Reden voor BREIN om van een tweetal grote access-providers, te weten Ziggo en XS4ALL, te vorderen dat zij voor hun abonnees de toegang tot de website blokkeren. Nadat een poging dit te bewerkstelligen in 2010 vanwege te weinig bewijs vruchteloos bleek,²⁶¹ lukt het in 2012 wel. In *BREIN/Ziggo en XS4ALL*²⁶² oordeelt de Haagse Rechtbank dat de access-providers The Pirate Bay bepaalde IP-adressen en domeinnamen voor hun abonnees moeten blokkeren. Een domeinnaam verwijst naar een IP-adres, een code waarmee computers op het internet worden geïndividualiseerd. ISP's hebben een DNS-server die weet welke domeinnaam naar welk IP-adres moet linken, waardoor de internetgebruiker slechts domeinnamen hoeft te onthouden en geen IP-adressen.²⁶³

Allereerst stelt de rechtbank vast dat 95% van het materiaal waar The Pirate Bay naar verwijst, inbreukmakend is. Dit blijkt ook uit onderzoek van TNO. Uit steekproeven van BREIN distilleert de rechtbank dat van de Nederlanders die via The Pirate Bay downloaden 30% Ziggo-abonnee is en 4,5% XS4ALL. Downloaden is echter toegestaan op grond van art. 16c Aw, maar volgens de rechtbank (en zoals behandeld in hoofdstuk 2) is uploaden een essentieel onderdeel van BitTorrent. De rechter acht

²⁵⁵ Vgl. Dommering 2008.

²⁵⁶ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 (*Richtlijn betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie*).

²⁵⁷ Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 (*Richtlijn betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens*).

²⁵⁸ Rb. Amsterdam (Vzr.) 22 oktober 2009, LJN: BK1067, *AMI* 2010/1 (*The Pirate Bay*). Zie ook: 'Opnieuw verlies voor Pirate Bay', *SOLV Weblog* op: <www.solv.nl/weblog>.

²⁵⁹ Rb. (Tingsrätt) Stockholm 17 april 2009, divisie 5, unit 52, zaak nr. B13301-06.

²⁶⁰ Schermer 2009, p. 68.

²⁶¹ Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2010, LJN: BN1445.

²⁶² Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN: BV0549 (*BREIN/Ziggo en XS4ALL*).

²⁶³ Spauwen & Volgenant 2012.

derhalve bewezen dat hetzelfde percentage gebruikers auteursrechtinbreuk pleegt door illegaal openbaar maken (uploaden). Dit is in lijn met eerdere rechtspraak.

Een andere uitleg van art. 26d Aw dan in FTD/BREIN

Ziggo en XS4ALL zijn volgens de rechtbank aan te merken als tussenpersonen wier diensten gebruikt worden om auteursrechtinbreuk te plegen in de zin van art. 26d Aw en wijst daarbij de benadering dat eerst moet worden vastgesteld of de tussenpersoon onrechtmatig handelt, af. In *FTD/BREIN* werd nog een andere benadering voorgestaan. Daar oordeelde de rechter immers dat het louter stimuleren en profiteren van auteursrechtinbreuk buiten de reikwijdte van art. 26d Aw valt.²⁶⁴ In het licht van die uitspraak zou een *access-provider* waarvan het onrechtmatig handelen *niet* vaststaat dan zeker niet onder art. 26d Aw kunnen vallen. Ook Koelman heeft daar in zijn noot bij *FTD/BREIN* op gewezen, waar hij stelt dat eerst moet worden vastgesteld of de tussenpersoon onrechtmatig handelt. De rechtbank interpreteert art. 26d Aw echter zo dat de door BREIN gevorderde blokkade van The Pirate Bay gezien kan worden als een bevel tot het staken van de inbreuken.²⁶⁵ De vraag is of deze conclusie zich kan verenigen met de criteria die de wetgever voor de toepassing van art. 26d Aw voor ogen had.²⁶⁶ De access-providers zijn niet anders betrokken bij de inbreuken dan dat zij hun abonnees toegang verschaffen tot het internet. Deze passieve (mere conduit) handelingen zijn niet voor niets door de Richtlijn elektronische handel uitgezonderd van aansprakelijkheid. Dat er zich op het internet websites bevinden die onrechtmatig handelen, staat zonder meer vast. Dat betekent nog niet dat daarmee is voldaan aan het criterium dat de vordering geëigend is gezien het aandeel of de betrokkenheid van de tussenpersoon bij de inbreuk en of het met de vordering beoogde doel het belang van de rechthebbende opweegt tegen het nadeel dat of de schade die de vordering de tussenpersoon eventueel toebrengt.²⁶⁷ Het aanspreken van individuele inbreukmakers is lastig en The Pirate Bay is moeilijk offline te krijgen met 'normale' procedures. Aan de overige criteria lijkt daarmee wel voldaan te zijn,²⁶⁸ maar het onrechtmatig handelen van de ISP's is niet vastgesteld.

Overige knelpunten

Er zijn meer knelpunten. In *L'Oréal/eBay is* bepaald dat van een tussenpersoon kan worden verlangd ook toekomstige inbreuken te voorkomen als de informatie van derden voor hem niet onbetwifelbaar is. Het betreft in die zaak echter geen ISP in de zin van de Richtlijn elektronische handel. In de Richtlijn lijkt wetenschap van onrechtmatigheden bij mere conduit handelingen, zoals bij access-providers, niet relevant.²⁶⁹ In de praktijk is dit anders. De vrijwaring van aansprakelijkheid voor mere conduit is niet absoluut, getuige bijvoorbeeld *KPN/BREIN* en art. 6:196c lid 5 BW. De vraag is echter of een algemene blokkering van een website een juist evenwicht oplevert tussen de rechten van ISP's, hun abonnees en de auteursrechthebbenden. In *SABAM/Scarlet* werd een zeer breed filtersysteem onmogelijk geacht omdat het in strijd komt meerdere EU-grondrechten. Daarbij werden ook de rechten van de abonnees meegewogen. Dat neemt niet weg dat een meer specifiek filter wel toegestaan zou kunnen zijn. De informatievrijheid, die in de situatie van *SABAM/Scarlet* in het geding zou komen, lijkt daarom met het blokkeren van The Pirate Bay op minder gespannen voet te staan.²⁷⁰ Echter is het ook hier de vraag of aan art. 26d Aw een zelfstandige betekenis toekomt, in de zin dat reeds een beroep op die bepaling een

²⁶⁴ Zie § 3.3.2.5.

²⁶⁵ Zie r.o. 4.15.

²⁶⁶ Zie § 3.2.2.3.

²⁶⁷ Criterium 1 voor de toepassing van art. 26d Aw, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 392, nr. 3, p. 26.

²⁶⁸ Criteria 2-3 voor de toepassing van art. 26d Aw, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 392, nr. 3, p. 26.

²⁶⁹ Zie § 3.2.2.2.

²⁷⁰ Zie r.o. 4.38.

bevel tegen access-providers rechtvaardigt. Zo ja, dan geldt het als wettelijke grondslag in de zin van art. 10 lid 2 EVRM en kan er een beroep op worden gedaan in het kader van de bescherming van rechten van derden. Zo nee, en dat standpunt lijkt mij gezien het voorgaande meer aannemelijk, dan ontbreekt de grondslag voor een dergelijke maatregel en moet het blokkeren van de website in strijd met art. 10 EVRM worden geacht. De maatregel is dan niet voorzienbaar en noodzakelijk in een democratische samenleving.

De overeenkomsten met SABAM/Scarlet

Het verschil met *SABAM/Scarlet* is bovendien kleiner dan op het eerste gezicht lijkt. SABAM verlangde toezicht op alle P2P-communicatie die via het platform van de ISP loopt, het gold zonder onderscheid voor alle klanten, het werkte preventief, het moest uitsluitend door de ISP worden bekostigd en het was niet beperkt in tijd. Voor Ziggo en XS4ALL geldt hetzelfde. Weliswaar gaat het slechts om het blokkeren van één website, maar om te kunnen achterhalen wanneer een abonnee een website wil bezoeken, is een algemeen IP-adresfilter nodig. Dit betekent dan ook in de praktijk dat de ISP's van alle websiteverzoeken van hun klanten moeten controleren of hierin wordt verzocht een domeinnaam van The Pirate Bay om te zetten in een IP-adres. Ook moet van alle websiteverzoeken van klanten worden gecontroleerd of deze leiden tot een IP-adres van The Pirate Bay.²⁷¹ De rechtbank is van oordeel dat desondanks geen sprake is van een algemene monitor- of filterverplichting zoals bedoeld in art. 15 Richtlijn elektronische handel. Overweging 47 van de Richtlijn bepaalt namelijk dat voor een *speciaal* geval een uitzondering wordt gemaakt. Hiervan zal echter niet snel sprake kunnen zijn als de ISP op grond van de Richtlijn gevrijwaard is.²⁷² Er zijn nu eenmaal grenzen aan de zorgplicht van ISP's.

Mogelijke bezwaren tegen filteren

Voorts is het nog de vraag of het filteren van informatie überhaupt een manier is om auteursrechtinbreuk te bestrijden. Filteren is preventieve controle op informatie. Dat is censuur, en op grond van art. 7 Grondwet voor alle media verboden.²⁷³ Filteren is niet zelden een disproportionele maatregel. Er wordt meer informatie afgeschermd dan in eerste instantie gewenst en vaak blijkt de maatregel dan ook nog ineffectief. The Pirate Bay is voor Ziggo- en XS4ALL-abonnees immers nog steeds te bereiken, wanneer men zijn IP-adres afschermt of een niet-geblokkeerde domeinnaam intypt. De rechter is hiervan op de hoogte, maar vindt dat geen overtuigend argument tegen het bevelen van het filter.²⁷⁴ Een filter opleggen dat kan worden omzeild is mijns inziens onwenselijk. Een zwaar middel wordt dan ingezet, maar is in feite ontoereikend om het probleem op te lossen.²⁷⁵ Het aanpakken van inbreukmakers en faciliterende tussenpersonen is het uitgangspunt, ook wanneer deze zich in het buitenland bevinden.²⁷⁶

Interessant is nog dat de access-providers door de maatregel niet meer geheel passief zijn. Ze worden immers gedwongen om van hun klanten te controleren welke website zij bezoeken, en wanneer dat een van de door BREIN aangevoerde websites is, dient de toegang te worden ontzegd. Deze meer actieve rol kan wellicht consequenties hebben voor de vrijwaring van aansprakelijkheid die art. 6:196c BW de ISP's biedt.

²⁷¹ Spauwen & Volgenant 2012 en Dommering 2012.

²⁷² Alberdingk Thijm 2008, p. 579-580.

²⁷³ Dommering 2008, p. 125.

²⁷⁴ Zie r.o. 4.35.

²⁷⁵ Zie: 'Blokade The Pirate Bay leidt niet tot minder downloads', *UvA*, 13 april 2012, op <<http://www.uva.nl/actueel/nieuws/nieuws.cfm/E23822A1-C772-4CD8-A21DA2E6A0A1E7AC>>.

²⁷⁶ Zo ook Dommering en Lodder. Zie: 'Juristen filteren Pirate Bay-blokkade', *Webwereld*, 25 februari 2012, op <<http://webwereld.nl/analyse/109647/juristen-filteren-pirate-bay-blokkade/1.html>>. En ook XS4ALL, zie r.o. 4.20.

3.3.3 Conclusie: de zorgplicht van, en de mogelijke maatregelen tegen faciliterende internettussenpersonen

3.3.3.1 Het handhaven van auteursrecht op internet

Het handhaven van auteursrecht op internet en dan met name met betrekking tot illegale file sharing, is vooral een kwestie van onrechtmatigedaadsrecht. De meest logische optie voor auteursrechthebbenden is tenslotte om internettussenpersonen aan te spreken. Het gevolg is dat de jurisprudentie op dit gebied vooral gaat over het faciliteren van inbreuken en de mate waarin internettussenpersonen daarvoor aansprakelijk zijn te stellen. De auteursrechthebbende moet daarbij aantonen dat er sprake is van structureel faciliteren. Hij kan dus niet volstaan met aan te tonen dat er via het netwerk inbreuk wordt gemaakt op zijn werk, zoals dat bij de handhaving van auteursrechten normaliter het geval is.²⁷⁷ Sterker nog, internettussenpersonen zoals torrent-hosters handelen in beginsel rechtmatig. Dat is het uitgangspunt. Uit bijkomende omstandigheden kan echter het tegendeel blijken.

Slechts zelden wordt de internettussenpersoon zelf auteursrechtinbreuk verweten. Een uitzondering vormt de zaak *BREIN/NSE*, waar het opslaan van binaire bestanden door de nieuwsgroep-provider op zijn server, beschouwd wordt als directe auteursrechtinbreuk. Gezien eerdere uitspraken lijkt deze uitspraak een vreemde eend in de bijt. Nu ook de figuur van mede-openbaarmaking ten aanzien van internettussenpersonen niet (en sowieso zelden) wordt aangenomen,²⁷⁸ lijkt het meer voor de hand liggen om NSE op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen.

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over de criteria die tot nu toe in lagere rechtspraak zijn ontwikkeld, anders dan voor het afgeven van NAW-gegevens. De precedentwerking die van de uitspraken (meer specifiek: de gehanteerde criteria en de toepassing ervan) uitgaat moet niet worden onderschat.²⁷⁹ De uitspraak *Techno Design/BREIN* is leidend geweest voor veel latere uitspraken tegen internettussenpersonen die zich op enigerlei wijze bezighouden met (het faciliteren van) file sharing.

3.3.3.2 De zorgplicht voor acces-providers

Internettussenpersonen hebben naar derden de verplichting om onrechtmatigheden te voorkomen en/of ongedaan te maken. Deze plicht kan worden opgelegd door een rechter of op voorhand gelden. In *Scientology/XS4ALL* is bepaald dat van een ISP een bepaalde mate van zorg mag worden verwacht. Deze regel geldt met name voor hosting-providers, maar uit *BREIN/KPN* blijkt dat ook access-providers (bij mere conduit) niet achterover kunnen leunen. Een beroep op de vrijwaringsbepaling van art. 6:196c lid 1 BW sluit een vordering op grond van art. 6:162 BW niet uit, zo blijkt uit lid 5 van het artikel. In de praktijk betekent dit dat ISP's geconfronteerd worden met open normen en zelf uiteindelijk een oordeel moeten vellen over vermeende onrechtmatigheden (auteursrechtinbreuken).

3.3.3.3 De van belang zijnde factoren bij aansprakelijkheid

Internettussenpersonen die geen beroep kunnen doen op art. 6:196c BW, zijn niet zonder meer aansprakelijk. Ook hier geldt het algemene art. 6:162 BW. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat, indien er geen sprake is van actieve bemoeienis met onrechtmatig materiaal (zoals bij een content-provider), de volgende factoren van belang zijn bij het vaststellen van aansprakelijkheid:

²⁷⁷ Vgl. Noot J.M.B. Seignette bij Rb. 's-Gravenhage (Vzr.) 22 maart 2011, *IER* 2011/44 (*Premier League/MyP2P*).

²⁷⁸ Vgl. De Cock Buning & Van Eek 2009 en Noot J.M.B. Seignette bij Rb. 's-Gravenhage (Vzr.) 22 maart 2011, *IER* 2011/44 (*Premier League/MyP2P*).

²⁷⁹ Chavannes 2007, p. 178.

- 1) Het aanmoedigen/stimuleren van het uploaden van werken (auteursrechtinbreuk);
- 2) De mate van bemoeienis met auteursrechtinbreuk (inrichting van de website);
- 3) De mate waarin de dienst wordt gebruikt voor auteursrechtelijk beschermde content (vaak gebaseerd op onderzoek of steekproeven).
- 4) De kennis van auteursrechtinbreuk. Deze kennis kan ook ontstaan door daarop geattendeerd te worden door rechthebbenden. Dit kan reden zijn om ook toekomstige inbreuken te voorkomen, zoals Mininova en FTD moesten doen;
- 5) De mate waarin de tussenpersoon profijt heeft bij het faciliteren van auteursrechtinbreuk. In *ShareConnector* was hiervan overigens geen sprake, zodat dit daar geen doorslaggevend criterium lijkt.

Opvallend is dat tussenpersonen die geen succesvol beroep kunnen doen op de vrijwaringsbepaling van art. 6:196c lid 4 BW vrijwel altijd in het ongelijk gesteld worden. In de hierboven besproken zaken is er geen enkele dienst die vrijuit gaat. Het valt ook op er dan filterverplichtingen worden opgelegd aan tussenpersonen die zich actief bemoeien met onrechtmatig materiaal, zoals Mininova en FTD. Ten aanzien van Mininova wordt uit het feit dat Mininova controle uitoefent (modereert) afgeleid dat ze ook kennis moet hebben van auteursrechtinbreuken. Daar wordt vervolgens weer de plicht uit afgeleid deze inbreuken te voorkomen. Ook hier geldt dat een dienst dus beter af is als er totaal geen controle wordt uitgeoefend, omdat dan een beroep op de vrijwaringsbepaling makkelijker is.²⁸⁰

3.3.3.4 De betekenis van art. 26d Aw

De betekenis van art. 26d Aw is niet geheel duidelijk. Werd in *FTD/BREIN* nog de eis gesteld dat de tussenpersoon zelf auteursrechtinbreuk moet plegen en dus het louter faciliteren en stimuleren buiten de reikwijdte valt, zo oordeelde de rechter in *BREIN/Ziggo en XS4ALL* dat art. 26d Aw voldoende grondslag biedt om access-providers te gebieden een website te blokkeren en geblokkeerd te houden. Volgens Koelman in zijn noot bij *FTD/Eyeworks*, vloeit uit art 26d Aw en het wettelijk systeem voort dat eerst moet worden vastgesteld of de tussenpersoon onrechtmatig handelt. Bij het verstrekken van NAW-gegevens aan derden, het afsluiten van internetabonnees en het blokkeren van websites spelen ook andere belangen mee, zoals de informativrijheid, privacy en vrijheid van ondernemerschap. Al deze belangen dienen tegen elkaar te worden afgewogen, zo volgt uit *Promusicae* en *SABAM/Scarlet*. De vraag is ook hoe de blokkade van The Pirate Bay zich verhoudt met die belangen en het algemene filterverbod van art. 15 Richtlijn elektronische handel. In *SABAM/Scarlet* werd een (in uitvoering) vergelijkbaar bevel onmogelijk geacht.

3.3.3.5 Het inperken van art. 16c Aw in het licht van bovenstaande analyse

Het bovenstaande toont aan dat het structureel faciliteren van uploaden en het verspreiden van werken aannemelijk gemaakt moet worden aan de hand van de genoemde factoren. De tussenpersonen maken, behalve in de situatie van NSE, zelf geen inbreuk op auteursrecht. Met andere woorden: tussenpersonen zijn niet degenen die zonder toestemming openbaar maken of verveelvoudigen. Mochten zij al verveelvoudigen, dan gaat een beroep op art. 16c Aw voor hen (logischerwijze) niet op. Uit de inventarisatie van de manier waarop kan worden opgetreden tegen inbreuken op internet, blijkt dat inperken van art. 16c Aw hier op het eerste oog weinig aan verandert. Bij zaken tegen torrent-hosters neemt de rechter aan dat downloaders ook uploaders zijn, en dus inbreuk plegen. Het

²⁸⁰ Van der Sloot 2011b, p. 139.

verbieden van downloaden verandert of vergemakkelijkt dat niet. Hooguit kan de rechter aan een downloadverbod ontleen dat door de tussenpersoon niet alleen het uploaden wordt gefaciliteerd, maar ook het downloaden. Zo erkende de rechter in *FTD/Eyeworks* nog eens expliciet dat het faciliteren van downloaden gezien art. 16c Aw geen onrechtmatig handelen kan meebrengen. Echter moet worden vastgesteld dat alle besproken internettussenpersonen die zich met file sharing bezighouden in het ongelijk zijn gesteld, zonder downloadverbod. Ook FTD is betrekkelijk eenvoudig uit de lucht gehaald.

3.4 Korte samenvatting

Het huidige wettelijk kader dat gebaseerd is op art. 6:162 BW en met name is ingevuld in de rechtspraak, is al goed in staat om internettussenpersonen aansprakelijk te stellen voor het verwijzen naar onrechtmatige openbaarmakingen en het faciliteren van auteursrechtinbreuk. De dienst die zich met succes wil beroepen op de vrijwaring van aansprakelijkheid (art. 12-14 Richtlijn elektronische handel, geïmplementeerd in art. 6:196c BW) zal een passieve rol moeten hebben, zo kan worden geconcludeerd uit bijvoorbeeld *Techno Design/BREIN* en *L'Oréal/eBay*. Dat geldt blijkbaar ook voor de hosting-dienst. Access-providers, die per definitie een passieve rol vervullen doordat ze klanten slechts toegang tot hun netwerk bieden, zijn om die reden op grond van art. 6:196c lid 1 tot en met 3 BW uitgezonderd van aansprakelijkheid. Dit staat er blijkens lid 5 van dat artikel echter niet aan in de weg tegen hen een rechterlijk verbod of bevel te vorderen. Over het algemeen worden filterverplichtingen slechts opgelegd aan diensten die zich actief bemoeien met (de inhoud van) aangeboden materiaal.²⁸¹ Een uitzondering hierop lijkt te zijn gemaakt in *BREIN/Ziggo en XS4ALL*, waarbij getwijfeld kan worden aan de verenigbaarheid van de uitkomst met het algemene filterverbod (art. 15 Richtlijn elektronische handel) voor ISP's die zich met succes op de Richtlijn kunnen beroepen, zoals Ziggo en XS4ALL.

Art. 26d Aw maakt het mogelijk te vorderen dat een tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken, die diensten staakt. De reikwijdte van art. 26d Aw lijkt zich (blijkens *FTD/BREIN*) te beperken tot situaties waarin de tussenpersoon zelf inbreuk pleegt. Volgens Koelman is op zijn minst noodzakelijk dat eerst het onrechtmatig handelen van de tussenpersoon wordt vastgesteld alvorens een beroep op art. 26d Aw kan worden gedaan. In *BREIN/Ziggo en XS4ALL* kent de rechter aan art. 26d Aw echter zelfstandige betekenis toe.

Hoe een downloadverbod de aanpak van internettussenpersonen die zich op de een of andere manier bezighouden met file sharing kan verbeteren is niet meteen evident. Neemt met de criteria zoals gehanteerde in *FTD/BREIN*, dan kan een downloadverbod voor diensten als FTD de consequentie hebben dat zij niet alleen het uploaden door haar gebruikers faciliteert, maar ook het downloaden, een handeling waar over het algemeen meer mensen zich 'schuldig' aan maken, zodat de dienst (nog) eerder aansprakelijk gehouden zou kunnen worden. Echter blijkt dat met het huidige kader de tussenpersonen al erg weinig speelruimte hebben en uploaders en downloaders vaak moeiteloos worden vereenzelvigd, althans zeker bij BitTorrent-diensten.

²⁸¹ Van der Sloot 2011b, p. 139.

4 Een ingeperkte thuis kopie-exceptie en het tegengaan van illegale file sharing: een vergelijking met het buitenland

4.1 Inleiding

We hebben gezien hoe illegale file sharing juridisch moet worden gekwalificeerd en hoe het in Nederland kan worden tegengegaan. Het probleem van illegale file sharing in Nederland is (natuurlijk) niet uniek. In landen om ons heen speelt de discussie over tegenmaatregelen evenzeer. In een aantal Europese landen, waaronder Frankrijk, kunnen notoire inbreukplegers een aantal waarschuwingen verwachten, die er uiteindelijk toe kunnen leiden dat de internetverbinding (tijdelijk) wordt afgesloten. Deze zogenaemde *graduated response* (en meer specifiek: *three strikes you're out*) wetgeving wordt door de Nederlandse regering afgewezen omdat het strijdig is met een beleid dat een open internet voorstaat.²⁸²

In dit hoofdstuk zal van Duitsland, Frankrijk en Zwitserland worden onderzocht hoe hun thuis kopiëersysteem eruit ziet en in hoeverre het downloaden voor eigen gebruik er is toegestaan. Deze landen zijn uitgekozen omdat ze tot hetzelfde 'continentale systeem' behoren, maar de gekozen benaderingen toch sterk van elkaar verschillen. Bij Frankrijk en Duitsland zal het verband tussen de (ingeperkte) thuis kopie-exceptie en de effectiviteit voor handhaving nadere aandacht krijgen.

4.2 De thuis kopie-exceptie (en de reikwijdte ervan) in Duitsland, Frankrijk en Zwitserland

4.2.1 Duitsland

4.2.1.1 De Duitse thuis kopie-exceptie

De Duitse thuis kopie-exceptie is sinds 1966 vastgelegd in art. 53 Urheberrechtsgesetz ('UrhG'). Aanvankelijk bedoeld om te voorkomen dat het auteursrecht in de privésfeer van mensen zou treden (en daarbij onderkende dat handhaving praktisch en juridisch lastig zou worden),²⁸³ is de reikwijdte van de bepaling heden ten dage beperkt. Om illegale file sharing tegen te gaan is vanaf 2003 het thuis kopiëren toegestaan mits de kopie niet ontleend wordt aan een bron die *evident* onrechtmatig is vervaardigd of openbaar is gemaakt.²⁸⁴ Downloaden uit evident illegale bron is naar Duits recht dus niet toegestaan, omdat rechthebbenden voor de verveelvoudiging en openbaarmaking (aanbieden en toegankelijk maken in de zin van art. 15 lid 3 jo. 19a UrhG) van het werk in het bronbestand geen toestemming hebben gegeven. Wel is het op grond van art. 53 UrhG toegestaan om een derde de opdracht te geven de kopie te vervaardigen (in tegenstelling tot de situatie van art. 16c Aw waar gebruiker en vervaardiger dezelfde persoon moet zijn). Wat 'evident' in de praktijk precies betekent is

²⁸² *Kamerstukken II* 2010/11, 29 838, nr. 29, p. 8.

²⁸³ Kreutzer 2011, p. 160 en de uitspraak Bundesgerichtshof (BGH) 18 mei 1955, I ZR 8/54, *GRUR* 1955, 492.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 161.

niet geheel duidelijk.²⁸⁵ Er zijn hiervoor twee benaderingen: een objectieve en een subjectieve. De eerste stelt de gemiddelde gebruiker centraal, de laatste een bepaalde persoon in een bepaalde situatie (is de bron voor *hem* evident onrechtmatig?).²⁸⁶ Jurisprudentie ten aanzien van het evidentiecriterium ontbreekt. Een onrechtmatig aanbod kan bij veel gratis file-sharing-diensten wel worden verondersteld, maar er zal niet in *elk* geval sprake van zijn. De toevoeging 'evident' is gedaan om de burger tegemoet te komen in het kwalificeren van bronnen. Het resultaat is echter dat moeilijk te bewijzen is dat iemand de thuiskopie-exceptie overtreedt, nog afgezien van de handhaving.²⁸⁷ De rechthebbende moet namelijk de inbreuk bewijzen.²⁸⁸

4.2.1.2 Een uitgekleden thuiskopieheffing

De consequentie van de Duitse wijziging is dat de thuiskopieheffing aanzienlijk omlaag is geschroefd. Zoals we ook al in hoofdstuk 2 constateerden, is een thuiskopieheffing voor onrechtmatige handelingen niet mogelijk.²⁸⁹ Dit gevolg verbaast dus niet.

4.2.2 Frankrijk

4.2.2.1 De Franse thuiskopie-exceptie

Art. L. 122-5(2) Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) vormt de grondslag van de Franse thuiskopie-exceptie en staat het maken (door een persoon) van een kopie voor privégebruik (in de 'familiekring') toe. Net als in Nederland is de exceptie beperkt tot de vervaardiger van de kopie. Een kopie maken voor een derde mag dus niet.²⁹⁰ Ook in Frankrijk is er een thuiskopieheffing ten gunste van de rechthebbenden. Aan het slot van de bepaling zijn de laatste twee stappen van de driestappentoets toegevoegd. Wanneer een privékopie afbreuk doet aan de normale exploitatie of de wettige belangen van de auteur op onredelijke wijze schaadt, kan zodoende een succesvol beroep op de exceptie uitblijven.²⁹¹

Opvallend genoeg is het in Frankrijk niet duidelijk of het downloaden uit illegale bron een geldige thuiskopie oplevert of niet. Nu de bepaling, evenals in Nederland, daarover geen duidelijkheid geeft maar de wetgever hierover geen standpunt inneemt, zijn de ogen gericht op de rechterlijke macht. Die heeft echter vooralsnog de knoop niet durven doorhakken. In een zaak tegen een student die enkele honderden films had gedownload en gebrand op dvd, oordeelt het Hof van Montpellier dat het handelen onder de thuiskopie-exceptie valt. Het hooggerechtshof draait dit terug en stelt dat de rechtmatigheid van de bron niet is getoetst en onvoldoende wordt ingegaan op de omstandigheden die een beroep op de exceptie rechtvaardigen. Volgens het hooggerechtshof is onderzoek naar een legale bron vereist, ook omdat partijen daar in de zaak over twistten.²⁹² Er wordt dus erkend dat de rechtmatigheid van de bron bij het downloaden vragen kan oproepen.²⁹³ De zaak wordt terugverwezen naar het Cour d'Appel Aix-en-Provence.²⁹⁴ Dat hof negeert echter de cruciale vraag en stelt simpelweg dat de thuiskopie-exceptie in casu niet van toepassing kan zijn omdat de student de dvd's uitleende aan derden. Ook in

²⁸⁵ De Cock Buning & Ringnalda 2010, p. 3

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Ibid., p. 4

²⁸⁸ Ringnalda e.a. 2009, p. 63.

²⁸⁹ Kreutzer 2011, p. 161.

²⁹⁰ Ringnalda e.a. 2009, p. 26.

²⁹¹ Geiger 2008a, p. 603.

²⁹² Cour de Cassation (Chambre Criminelle) 30 mei 2006, *JCP* 2006 G II 10124, m.nt. C. Caron.

²⁹³ Geiger 2008a, p. 598.

²⁹⁴ CA Aix-en-Provence 5 september 2007, 39 *IIC* 2008/622.

de zaak *Mulholland Drive*²⁹⁵ omzeilde het hof waarnaar de uitspraak werd terugverwezen, het hete hangijzer van de rechtmatige bron, door zich te focussen op een formaliteit.²⁹⁶ Feit blijft dat de kwestie nog altijd onbepaald is.

4.2.2.2 *File sharing: legaliseren of aanpakken?*

Hoewel Frankrijk tegenwoordig bekend staat om zijn uitgebreide systeem van sancties en toezicht om file sharing tegen te gaan, werd het downloaden voor privégebruik in 2005 in het kader van de DADVSI-wet juist gelegaliseerd middels een wettelijke licentie. Er moest wel een billijke vergoeding tegenover staan. De DADVSI-wet was de eerste poging om het probleem van file sharing op te lossen maar leidde tot veel kritiek en uiteindelijk ook tot het terugdraaien van de betreffende bepaling.²⁹⁷

In 2009 wordt een andere weg ingeslagen. De oprichting van het bestuursorgaan Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet ('HADOPI'), moet internetgebruikers met waarschuwingen ontmoedigen om hun internetverbinding te (laten) gebruiken om onrechtmatige bestanden te downloaden en ook het legale aanbod op internet bevorderen.²⁹⁸ De aanpak past in het grotere geheel van de wet 'sur la création et internet', die in het teken staat van het aanpakken van piraterij op internet.²⁹⁹ De waarschuwingen die HADOPI verstuurt, worden getypeerd als 'graduated response'. Via de access-providers kunnen internetabonnees wier verbinding wordt gebruikt om inbreuk te maken op auteursrecht (en naburig recht) van HADOPI een e-mail verwachten waarin hen wordt verzocht de handelingen te staken. HADOPI (meer specifiek: een speciale daarvoor ingestelde deelcommissie) stuurt de waarschuwing pas wanneer de inbreuk vaststaat. Zij wordt hierop geattendeerd door speciaal daarvoor (door collectieve beheersorganisaties) ingezette agenten. HADOPI doet het vervolgonderzoek en kan eventueel besluiten de persoon in kwestie te horen. Wanneer na de eerste e-mail binnen een termijn van een half jaar weer een inbreuk wordt geconstateerd, volgt een tweede waarschuwing. Deze zal ook per aangetekende brief worden verstuurd. Een derde overtreding binnen een jaar na de laatste waarschuwing kan voor HADOPI reden zijn om de internetverbinding in kwestie af te sluiten voor een periode van twee tot twaalf maanden, gepaard gaand met het verbod elders een nieuw abonnement af te sluiten (three strikes you're out).³⁰⁰

Het repressieve karakter van de HADOPI-wetgeving, zoals het geheel van wetgeving doorgaans wordt genoemd, heeft tot kritiek geleid. In 2009 buigt het Conseil Constitutionnel ('CC') zich over de wetgeving en toetst het aan de Franse grondwet.³⁰¹ Het belangrijkste aspect in het oordeel van de CC is dat zij het recht op toegang tot internet als een fundamenteel recht beschouwt dat samenhangt met de informatievrijheid. Het is op zich niet in strijd met de Franse grondwet om in geval van auteursrecht-inbreuk de internettoegang te blokkeren, maar de bevoegdheid hiertoe ligt niet bij HADOPI (een bestuursorgaan), maar bij de rechter. Met de privacy is volgens het CC geen strijd omdat de gegevensverwerking een wettelijke basis heeft.³⁰² De uitspraak heeft er toe geleid dat op 20 oktober 2009 HADOPI II het licht heeft gezien. Daarover meer in § 4.3.2, waar de handhaving zal worden besproken.

²⁹⁵ Cour de Cassation (Chambre Civile) 28 februari 2006, 37 IIC 2006/760 (*Mulholland Drive*).

²⁹⁶ Geiger 2008a, p. 599.

²⁹⁷ Geiger 2011, p. 459.

²⁹⁸ Ibid., p. 466.

²⁹⁹ Spiegeler 2010, p. 17.

³⁰⁰ Geiger 2011, p. 466.

³⁰¹ Conseil Constitutionnel 10 juni 2009, no. 2009-580. Iets wat in Nederland overigens onmogelijk is o.g.v. art. 120 Gw.

³⁰² Spiegeler 2010, p. 16.

4.2.3 Zwitserland

4.2.3.1 De Zwitserse thuiskopie-exceptie

Zwitserland³⁰³ kent een thuiskopie-exceptie die gelijkenis vertoont met de Nederlandse. Art. 19 lid 1 sub a Urheberrechtsgesetz ('URG') bepaalt dat het kopiëren van werken (met uitzondering van computerprogramma's, zie lid 4) voor eigen gebruik (in de privésfeer) is toegestaan. Het artikel eist niet dat de gebruiker en de vervaardiger dezelfde persoon zijn. Aan een derde de opdracht geven een kopie te vervaardigen is derhalve toegestaan. Ook is het voor bedrijven en andere instellingen op grond van dit artikel toegestaan om voor intern gebruik kopieën te maken met als doel de interne informatievoorziening of documentatie ten goede te komen. Op grond van art. 20 URG is er een thuiskopieheffing op blanco dragers. De reikwijdte van de thuiskopie-exceptie is hetzelfde als in Nederland: ook het kopiëren van een ongeautoriseerde openbaarmaking is toegestaan.³⁰⁴ Ook in Zwitserland pleiten sommigen echter voor een ingeperkte thuiskopie-exceptie om het downloaden uit illegale bron onrechtmatig te verklaren.³⁰⁵

4.2.3.2 Geen inperking van de thuiskopie-exceptie

De Zwitserse regering heeft in een in 2011 verschenen rapport gesteld dat een downloadverbod er niet zal komen. De regering analyseert het probleem van illegale file sharing en weegt de voors en tegens tegen elkaar af. Inperking van art. 19 URG zou geschieden met het doel file sharing tegen te gaan. Dit impliceert dat de nadruk gelegd wordt op handhaving. Dit wordt onwenselijk geacht. Dan de wettelijke licentie. Een algemene licentie voor niet-commerciële distributie leidt tot een exclusief recht dat tot op zekere hoogte wordt vervangen door een wettelijke licentie. Het legaliseren van file sharing is op grond van de verplichtingen uit het WCT moeilijk, volgens het rapport. Op grond van het WCT kan weliswaar ook het openbaarmakingsrecht worden beperkt, maar niet als dat in strijd komt met de driestappentoets van art. 10 (in casu vooral: de normale exploitatie). Een wettelijke licentie is dus ook in Zwitserland geen optie. De regering constateert daarbij dat licentiëring in beginsel niet van overheidswege moet plaatsvinden.³⁰⁶

Even verderop raakt het rapport de kern van de zaak. Er vindt een verschuiving plaats in de markt. Zoals gebruikelijk bij de introductie van nieuwe technologie leidt dit bij rechthebbenden tot meer misbruik van het auteursrecht, zo valt te lezen. Veel middelen worden door rechthebbenden aangewend om de nieuwe technologie te beheersen. In wezen is het file-sharing-probleem niet nieuw. Een vergelijking wordt gemaakt met de opkomst van de videorecorder en de fotokopieermachine; technologieën die uiteindelijk toch omarmd zijn en waarvan het gebruik rechtmatig is vanwege het regime van auteursrechtbeperkingen. De regering vindt de nadelen die een downloadverbod kan meebrengen niet opwegen tegen de voordelen. In de lijn van andere ontwikkelingen is het logischer om een pas op de plaats te maken en vast te houden aan de thuiskopieheffing dan nu overhaast vergaande (repressieve) maatregelen te nemen. Een downloadverbod is waarschijnlijk niet te controleren zonder de privacy van gebruikers aan te tasten en 'criminaliseert' in één klap een hoop gebruikers. Daar komt bij dat het verdienmodel van de muziekindustrie met de tijd mee moet ontwikkelen. Het moeten doorvoeren van structurele veranderingen is typisch voor perioden waarin technologische vooruitgang

³⁰³ Zoals bekend is Zwitserland geen lid van de EU. Overigens wel van het WCT (WIPO Copyright Treaty), TRIPs en de Berner Conventie.

³⁰⁴ EJPD 2011, p. 4.

³⁰⁵ Zie: 10.3263 Postulat Savary. 'Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen das illegale Herunterladen von Musik?' op <<http://www.parlament.ch>>.

³⁰⁶ EJPD 2011, p. 11-12.

plaatsvindt en wordt overgestapt van een analoge naar een digitale wereld. Onder verwijzing naar onder andere het rapport van TNO uit 2009 en Zwitserse onderzoeken, stelt de regering dat er met het huidige regime geen negatieve gevolgen zijn voor de lange termijn.³⁰⁷ De schade die er wel is, is de prijs die wordt betaald voor de vooruitgang. De winnaars zijn zij hier die erin slagen om de nieuwe technologie te gebruiken en een voorsprong behalen ten opzichte van hun concurrenten. Behoud van het huidige regime verdient ook de voorkeur om redenen van proceseconomie.³⁰⁸

4.2.3.3 De interpretatie van de driestappentoets

Een 'ruime' thuiskopie-exceptie zoals die in Zwitserland (en Nederland) bestaat hoeft niet in strijd te zijn met de driestappentoets van art. 10 WCT en art. 13 TRIPs. Zo bepaalt het Zwitserse Hooggerechtshof (hierna: 'BGer') in de zaak *Pro Litteris/Aurgauer Zeitung*³⁰⁹ dat het door een onderneming (voor intern gebruik en gebruik door enkele derden) aanleggen van een elektronische krantenartikelendatabase onder art. 19 URG valt (de bepaling geldt immers ook voor ondernemingen) en voldoet aan de driestappentoets. Interessant is de analyse die het BGer bezigt. Allereerst voldoet de situatie volgens het hooggerechtshof aan de eis van art. 19 URG dat de kopie wordt gebruikt voor de interne informatievoorziening of documentatie. Dat de Zwitserse thuiskopie-exceptie ook geldt in de digitale wereld vloeit volgens het BGer voort uit het doel van de bepaling. De ratio van de exceptie, zogezegd, wordt niet uit het oog verloren.³¹⁰ Wat de driestappentoets betreft is het BGer van oordeel dat interpretatie ervan altijd moet plaatsvinden in het licht van zowel de rechthebbende als de gebruiker of degene die zich op de thuiskopie-exceptie beroept, omdat de driestappentoets minstens net zo veel de belangen van de gebruikers beoogt te beschermen.³¹¹

Allereerst betreft de casus een 'bepaald, bijzonder geval' in de zin van stap 1. Het BGer ziet hier geen reden voor een ander oordeel. Strijd met de normale exploitatie (stap 2), eist volgens het BGer altijd aantoonbare schade. In casu is niet aangetoond dat de database zorgt voor een daling in de verkoop van kranten. Het is volgens het BGer zo dat degene die de driestappentoets inroept moet bewijzen dat er strijd is met de normale exploitatie,³¹² iets dat niet altijd even eenvoudig zal zijn en kan leiden tot het afketsen van een succesvol beroep op de toets door een rechthebbende.³¹³ Over wanneer de wettige (legitieme) belangen geschaad worden (stap 3) zegt het hooggerechtshof allereerst dat de rechthebbende niet de controle mag hebben *ieder* gebruik van zijn werk te verbieden. Vervolgens wordt een belangenafweging gemaakt van de aan de orde zijnde belangen (van rechthebbenden en gebruikers). De belangen van rechthebbenden worden niet onnodig geschaad wanneer zij in plaats van een verbodsrecht, een recht hebben op vergoeding. In casu worden de kopieën namelijk vergoed middels een heffing, aldus het hooggerechtshof.³¹⁴

Geiger stelt terecht dat het arrest getuigt van een eerbiediging van het uitgangspunt dat intellectuele eigendom de uitzondering vormt op de vrijheid.³¹⁵ In beginsel is gebruik vrij, tenzij er goede reden is waarom dit niet zo zou zijn.³¹⁶ Opvallend is dat de belangen van gebruikers uitdrukkelijk in het oordeel

³⁰⁷ Ibid., p. 12-13 en TNO/IVIR/SEO 2009.

³⁰⁸ 10.3263 Postulat Savary. 'Braucht die Schweiz ein Gesetz gegen das illegale Herunterladen von Musik?'

³⁰⁹ Schweizerisches Bundesgerichtshof (BGer) 26 juni 2007, 4C.73/2007 (*Pro Litteris/Aurgauer Zeitung AG c.s.*).

³¹⁰ Geiger 2008b, p. 945.

³¹¹ Ibid., p. 947 en de daar aangehaalde literatuur.

³¹² Het gaat in casu om de uitleg die in Zwitserland aan de driestappentoets wordt gegeven. Een direct beroep op de driestappentoets van art. 5 lid 5 ArI is in Nederland tenslotte niet mogelijk tegenover (rechts)personen.

³¹³ Geiger 2008b, p. 947.

³¹⁴ Ibid., p. 949.

³¹⁵ Ibid., p. 947.

³¹⁶ Zie § 1.1.2.

worden meegewogen. De Zwitserse benadering toont aan dat de driestappentoets niet noodzakelijkerwijs eng moet worden geïnterpreteerd, zodat ook de Nederlandse praktijk van de thuiskopie-exceptie en bijbehorende heffing in dit licht zeer wel in lijn kan zijn met de (Europees-rechtelijke) driestappentoets.³¹⁷

4.3 Het tegengaan van illegale file sharing: handhaving van auteursrecht in Duitsland, Frankrijk en Zwitserland

4.3.1 Duitsland

4.3.1.1 Handhaving van de ingeperkte thuiskopie-exceptie

Op grond van art. 53 UrhG is het downloaden uit evident illegale bron strafbaar.³¹⁸ Voor strafbaarheid is opzet bij de gebruiker vereist. Het idee is dat het OM door rechthebbenden wordt geattendeerd op de strafbare feiten. Het OM moet vervolgens het bewijs leveren om de gebruiker te vervolgen. Handhaving van het downloaden uit evident illegale bron kan echter ook nog steeds via civielrechtelijke weg plaatsvinden. Het is dan aan de rechthebbende om te bewijzen dat een gebruiker onrechtmatig handelt. Hij moet dus (evenals het OM overigens) aantonen dat er een auteursrechtelijk beschermd werk is verveelvoudigd van een *evident* onrechtmatige bron.³¹⁹ De mogelijkheid tot het vervolgen van individuele gebruikers heeft tot de nodige kritiek geleid. Het kan leiden tot minder respect voor auteursrecht en is bovendien weinig doeltreffend, zo wordt gesteld.³²⁰

4.3.1.2 Uitwerking in de praktijk: een dode letter

De uitwerking van het 'downloadverbod' in de Duitse praktijk is weinig positief te noemen. Het wegvallen van een groot deel van de inkomsten uit de thuiskopieheffing hebben rechthebbenden niet met schadevergoedingen kunnen compenseren.³²¹ Rechthebbenden blijken überhaupt niet gretig om hun rechten tegenover individuele downloaders te handhaven. Terwijl er honderden zaken tegen 'file sharers' zijn gevoerd, is er niet één persoon veroordeeld op basis van het downloaden (verveelvoudigen) van werken. Alle zaken richtten zich tegen de openbaarmakers, content-providers en faciliterende websites; de bronnen.³²² Een reden hiervoor is dat het meer moeite kost om de talloze downloaders op te sporen dan dat het voordelen oplevert. Het is een druppel op een gloeiende plaat. Slechts het aanpakken van de bronnen is (ook financieel gezien) doeltreffend, want daarmee verdwijnt een significant gedeelte van het illegale aanbod. Daar komt nog bij dat de Duitse wetgever de mogelijkheid tot proceskostenvergoeding in kleine auteursrechtzaken aanzienlijk heeft beperkt in art. 97a UrhG.³²³ Het resultaat is dat de nadruk vooral ligt op strafrechtelijke handhaving. Dit biedt weliswaar de nodige waarborgen, maar heeft waarschijnlijk meer na- dan voordelen, concluderen ook De Cock Buning en Ringnalda.³²⁴

³¹⁷ Naast argumenten die in § 2.3.2.3 reeds ter sprake kwamen.

³¹⁸ Art. 106 UrhG bepaalt de strafbaarstelling van schending van het verveelvoudigingsrecht van art. 16 UrhG.

³¹⁹ Ringnalda e.a. 2009, p. 73.

³²⁰ Ibid.

³²¹ Kreutzer 2011, p. 162.

³²² Ibid.

³²³ Ibid.

³²⁴ De Cock Buning & Ringnalda 2010, p. 11. Zo is het de staat die de kosten moet dragen van vervolging, is de procedure vaak ingrijpend voor betrokkenen en zijn de eerder genoemde nadelen van de bewijslast ook niet weggenomen. De schaal waarop file sharing plaatsvindt brengt nog eens mee dat op een groot deel van de beschikbare middelen van het OM (langdurig en stelselmatig) een beroep moet worden gedaan.

De vaagheid van art. 53 UrhG draagt ook niet bij aan verbetering. Over het begrip 'evident onrechtmatig' bestaat nog steeds onduidelijkheid; bij juristen, maar vooral ook bij de gebruikers tot wie de bepaling is gericht.³²⁵ De ontwikkelingen op het internet gaan razendsnel. Veel muzikanten (en componisten) bijvoorbeeld, hebben er geen problemen dat hun muziek wordt gedownload en verspreid; sterker nog, dikwijls verspreiden ze het zelf.³²⁶ Dit maakt het voor de gebruiker niet eenvoudiger om te oordelen of sprake is van een evident onrechtmatige bron. Conclusie: de Duitse regeling is in de praktijk een dode letter waar rechthebbenden vrijwel geen profijt van hebben gehad. Het aanpakken van de aanbieders en faciliterende tussenpersonen blijkt effectiever en een beroep op het downloadverbod (art. 53 UrhG) blijft daarbij achterwege.

4.3.2 Frankrijk

4.3.2.1 HADOPI II

De nieuwe HADOPI-wet is meer dan HADOPI I strafrechtelijk van aard. Het afsluiten van de internettoegang kan slechts in een strafrechtelijke procedure worden opgelegd. Aan het oordeel van de CC is hiermee voldaan. Na twee waarschuwingen aan het adres van een inbreukmakende gebruiker zal HADOPI het opgestelde dossier naar het OM sturen voor de verdere vervolging. In tegenstelling tot HADOPI I, kan de afsluitsanctie bij HADOPI II slechts worden opgelegd aan degene die zich daadwerkelijk schuldig maakt aan inbreuk. In zoverre is er een verandering van een toezichtsverplichting (op de internetverbinding) naar een sanctie voor de inbreukmaker; degene die het auteursrecht schendt en daarmee een misdrijf pleegt op grond van art. L. 335(2,3,4) CPI. Als de abonnee echter in zijn toezichtsverplichting tekort is geschoten neemt dat de mogelijkheid voor een (gepaste) sanctie tegen hem niet weg.³²⁷ Een persoon die veroordeeld is, wordt op een zwarte lijst geplaatst. Access-providers moeten nieuwe abonnees altijd met deze lijst vergelijken om te voorkomen dat zij een veroordeeld persoon opnieuw een abonnement laten afsluiten.³²⁸ Dit hele proces vereist de nodige administratieve handelingen.

Opvallend is overigens dat in de Nederlandse zaak *BREIN/KPN*³²⁹ het afsluiten van het internet vanwege auteursrechtinbreuk en het definitieve oordeel omtrent de proportionaliteit daarvan uiteindelijk overgelaten wordt aan de access-provider. In Frankrijk is expliciet bepaald dat dit niet is toegestaan en een concrete internetafsluiting altijd door een rechter moet worden opgelegd. Het toont aan dat de regelgeving op dat gebied in Nederland wellicht duidelijker moet zijn, zodat ISP's beter weten wat van hen verwacht wordt of mag worden.³³⁰

Niet onbelangrijk is het feit dat de HADOPI-wetgeving zich voor een deel buiten het auteursrechtelijk kader afspeelt. Dit betekent dat hiermee nog steeds geen duidelijkheid is gekomen over het downloaden uit illegale bron en de reikwijdte van de Franse thuiskopie-exceptie, hoe vreemd dit ook mag lijken.³³¹

³²⁵ Kreutzer 2011, p. 162-163.

³²⁶ Met name in de elektronische muziek heerst een heel andere cultuur als het gaat om file sharing. Bekend worden wordt dikwijls belangrijker geacht dan het handhaven van auteursrecht. Gratis singles en albums zijn geen uitzondering meer. Een voorbeeld: de populaire groep Le Le brengt regelmatig gratis muziek uit.

³²⁷ De Cock Buning & Ringnalda 2010, p. 5-6.

³²⁸ Spiegeler 2010, p. 15.

³²⁹ Zie § 3.3.2.8.

³³⁰ Vgl. Van der Sloot 2011a en Van der Sloot 2011b.

³³¹ Geiger 2011, p. 461.

4.3.2.2 *De consequenties van HADOPI II*

De Franse HADOPI-wetgeving is een van de meest repressieve maatregelen die in Europa zijn genomen om illegale file sharing aan te pakken. Het systeem is gebaseerd op de afschrikwekkende werking die uit moet gaan van de waarschuwingen, en in het uiterste geval, de veroordelingen van fervent downloaders. Volgens Geiger is het nog maar de vraag of het systeem een toets door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zal kunnen doorstaan. De inbreuken die gemaakt kunnen worden op de privacy van internetgebruikers moeten volgens hem niet worden gebagatelliseerd. Op de privacy ga ik hier niet uitgebreid in, omdat dit de reikwijdte van de scriptie te buiten gaat.

De kritiek van Geiger gaat verder. Het complexe en repressieve HADOPI-systeem heeft volgens hem de nodige nadelen.³³² Allereerst kunnen auteurs niet zelf naar HADOPI stappen om een inbreuk aan te geven, maar is dit voorbehouden aan collectieve beheersorganisaties. Dit roept twijfels op over het doel van HADOPI: het beschermen van de creatievelingen. Ten tweede speelt het probleem dat reeds in § 4.3.1.2 werd besproken ook hier: niet elk aanbod is onrechtmatig. Veel muziek (en ander materiaal) wordt tegenwoordig ook met toestemming verspreid, of met licenties die bepaald gebruik toestaan.³³³ Artiesten zien het internet vaker als een kans dan als een bedreiging. Aan de marketingaspecten van internet gaat HADOPI compleet voorbij. Ten derde had een systeem van 'collectief management' en een billijke vergoeding, zoals dat in 2006 korte tijd bestond, in 7 jaar tijd al heel wat geld opgeleverd voor de rechthebbenden en auteurs. HADOPI heeft tot nu toe vooral erg veel gekost, en de complexiteit van de wetgeving maakt dat er veel mensen en middelen nodig zijn om er überhaupt een (klein) succes van te maken. Vooral de bestuurs-/strafrechtelijke insteek is Geiger een doorn in het oog, omdat vrijwel alles met belastinggeld wordt gefinancierd. Ten vierde: de downloadactiviteiten lijken in Frankrijk niet af te nemen. Evenals in Zweden, waar The Pirate Bay-oprichters zeer hoge boetes hebben opgelegd gekregen, lijkt de afschrikwekkende werking van het strafrecht in de strijd tegen file sharing niet groot. Het downloaden wordt er niet minder door. Een systeem dat niet zo zeer is gebaseerd op strafrechtelijke handhaving, maar op een billijke vergoeding, had de rechthebbenden waarschijnlijk meer opgeleverd dan HADOPI vooralsnog lijkt op te brengen.

Access-providers

Naast de effectiviteit van de HADOPI-wetgeving zijn de verplichtingen die access-providers worden opgelegd discutabel. Van der Sloot constateert terecht dat de passieve handelingen die access-providers verrichten, in beginsel voor hen niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden op grond van art. 12 Richtlijn elektronische handel. Slechts in bijzondere gevallen is dat in Nederland anders.³³⁴ In casu echter, worden de access-providers nauw betrokken bij het uitvoeren van, en toezien op de HADOPI-wetgeving. Access-providers zijn nu de juist die ISP's met de minste invloed op de inhoud van bepaalde communicatie. Zij zijn niet verantwoordelijk voor de inhoud of het aanbieden van websites, maar worden i.c. wel gebruikt vanwege hun ideale positie: zij hebben de macht en middelen om gebruikers van internet af te sluiten omdat zij de netwerktoegang beheren.³³⁵ HADOPI legt in ieder geval *geen* algemene monitorverplichting op aan ISP's;³³⁶ zij hoeven pas te reageren als zij daartoe een verzoek hebben ontvangen.³³⁷

³³² Geiger 2011, p. 470-472.

³³³ Creative Commons bijvoorbeeld.

³³⁴ Vgl. hoofdstuk 3.

³³⁵ Van der Sloot 2011a, p. 91.

³³⁶ Hetgeen art. 15 Richtlijn elektronische handel verbiedt.

³³⁷ Ringnalda e.a. 2009, p. 41.

De thuiskopie-exceptie

Het opvallende aan de Franse aanpak blijft (zoals gezegd) het feit dat over de reikwijdte van de thuiskopie-exceptie geen duidelijkheid bestaat. Dat betekent dat eenieder die door HADOPI wordt aangesproken zich in principe kan beroepen op de thuiskopie-exceptie (mits natuurlijk wordt voldaan aan de voorwaarden van privégebruik, familiekring, etc.) en onderzocht moet worden of een geldige thuiskopie tot stand is gekomen. HADOPI kan op voorhand niet bepalen dat een download heeft plaatsgevonden voor eigen gebruik. Dit is een risico omdat het de thuiskopie-exceptie verder uitholt.³³⁸

Veel gebruikers zullen niet weten dat een dergelijke exceptie bestaat. HADOPI houdt hier op voorhand geen rekening mee, zodat de afschrikwekkende werking (mocht die er al zijn), mensen er ook van kan weerhouden downloadhandelingen te verrichten die *zijn toegestaan*. In dat opzicht zou HADOPI een belemmering kunnen vormen op de vrijheid van informatie omdat het wellicht onvoldoende oog heeft voor het toegestane hergebruik van werken.

4.3.3 Zwitserland

Ondanks een downloadverbod is het aanspreken van inbreukfaciliterende internettussenpersonen en aanbieders ook in Zwitserland goed mogelijk.³³⁹ Een wettelijk kader voor de aansprakelijkheid van ISP's ontbreekt, maar in de doctrine wordt eenzelfde benadering voorgestaan als in Europa geldt op grond van art. 12-14 Richtlijn elektronische handel en in Nederland op grond van art. 6:162 BW jo. 6:196c BW. Op grond van het Zwitserse onrechtmatigedaadsrecht kunnen faciliterende tussenpersonen worden aangesproken en indien mogelijk, op grond van het Zwitserse auteursrecht (het schenden van bijvoorbeeld het openbaarmakingsrecht van art. 10 lid 2 URG).³⁴⁰ Voor access-providers geldt hetzelfde als kan worden opgemaakt uit Nederlandse rechtspraak: ook zij hebben een zekere verantwoordelijkheid en kunnen niet achterover leunen. Wanneer hen wordt verzocht bepaalde content te verwijderen of NAW-gegevens af te geven, dient daarop, tot op zekere hoogte, actie te worden ondernomen. In Zwitserland speelt de problematiek van het 'onmiskenbaar onrechtmatig' zijn en de beoordeling van die informatie minder,³⁴¹ omdat er een speciaal orgaan is ingesteld waar men dergelijke verzoeken kan indienen: KOBIK.³⁴² Het blokkeren van websites wordt ongewenst geacht vanwege de informatievrijheid en privacy.³⁴³ In Zwitserland zijn verdere maatregelen voorlopig niet aan de orde en blijkt het huidige systeem goed te functioneren.³⁴⁴

4.4 Eventuele inperking van art. 16c Aw: een toekomstperspectief

Voorstellen voor het tegengaan van illegale file sharing die we de laatste jaren in Nederland tegenkomen lijken het Duitse model te volgen.³⁴⁵ Ook de voornemens van de huidige regering zijn het meest vergelijkbaar met Duitsland, met dien verstande dat strafrechtelijke handhaving geen voorkeur verdient.³⁴⁶ Het betreft in beide landen een inperking van de thuiskopie-exceptie, waarmee kopieën uit evident onrechtmatige bron niet meer zijn toegestaan.

³³⁸ Spiegelers 2010, p. 18.

³³⁹ Vgl. Weber 2010.

³⁴⁰ Ibid., p. 146.

³⁴¹ Vgl. bijvoorbeeld *BREIN/KPN*, *Lycos/Pessers* en Van der Sloot 2011b, p. 137. Zelfs een succesvol beroep op de vrijwaringsbepaling van art. 6:196c BW maakt dit niet anders; Chavannes 2007, p. 175-176.

³⁴² Weber 2010, p. 147-148.

³⁴³ Ibid., p. 147.

³⁴⁴ EJPD 2011, p. 13.

³⁴⁵ Vgl. Parlementaire Werkgroep Auteursrecht 2009.

³⁴⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 838, nr. 29 ('Speerpuntenbrief Auteursrecht').

Volgens Visser is een downloadverbod op den duur onvermijdelijk.³⁴⁷ Hij stelt dat de Europese rechter vroeg of laat zal oordelen dat de Nederlandse situatie niet door de beugel kan. Ook is hij van mening dat het auteursrecht op eigen benen moet kunnen staan en de thuiskopieheffing daarom moet verdwijnen. De huidige staatssecretaris heeft zich op het standpunt gesteld dat een downloadverbod niet bedoeld is om individuele gebruikers aan te pakken, maar slechts dient om internettussenpersonen beter te kunnen aanpakken (zie paragraaf 2.4). Visser gebruikt dit argument overigens ook. Zoals bleek uit hoofdstuk 3 zal een downloadverbod niets afdoen aan de mogelijkheid om onrechtmatige openbaarmakingen, verveelvoudigingen (die niet onder de thuiskopie-exceptie vallen) en faciliterende tussenpersonen aan te spreken. In de huidige situatie is de speelruimte voor faciliterende tussenpersonen al erg klein. Een downloadverbod zal die speelruimte slechts voor een zeer klein deel verder kunnen verkleinen (zie ook hoofdstuk 3), daarbij weer nieuwe complicaties creërend.

Het lijkt, wanneer men nog meer mogelijkheden wil om faciliterende tussenpersonen aan te spreken, wellicht beter om de wettelijke regeling voor internettussenpersonen te moderniseren aan de huidige situatie dan te tornen aan de thuiskopie-exceptie. Hiervoor is geen downloadverbod nodig, maar een verduidelijking van de verantwoordelijkheden van internettussenpersonen. De huidige regeling lijkt nog erg veel te leunen op de open normen van het onrechtmatigedaadsrecht (die in hoofdzakelijk lagere rechtspraak zijn uitgewerkt), art. 26d Aw en de niet-absolute vrijwaring van aansprakelijkheid in art. 6:196c BW (waar bovendien geen expliciete rekening wordt gehouden met diensten als torrent-hosters).³⁴⁸ De nadelen hiervan zijn duidelijk zichtbaar in *BREIN/Ziggo en XS4ALL*. Op grond van eerdere rechtspraak mag men verwachten dat access-providers niet slechts op grond van hun (voor rechthebbenden) ideale positie gedwongen worden bepaalde websites te blokkeren. Hiervoor zal waarschijnlijk eerst moet worden bepaald of de access-provider onrechtmatig handelt alvorens een beroep op art. 26d Aw kan slagen. De ineffectiviteit van filtermaatregelen is in § 3.3.2.10 aan de orde gekomen. Daaruit volgt allereerst dat te betwijfelen valt of dergelijke maatregelen in het licht van *SABAM/Scarlet* zijn toegestaan. Maar nog los daarvan, is het een onnodig grote aanslag op de passiviteit van access-providers. Het verdient dan ook de voorkeur om allereerst de content-providers en hosting-providers aan te spreken die daadwerkelijk invloed hebben op het aangeboden inbreukmakend materiaal. Ook hieruit blijkt eerder de noodzaak van een duidelijker aansprakelijkheidsregime ten aanzien van ISP's in de brede zin des woords, dan een downloadverbod.

Stichting BREIN denkt wat betreft handhaving anders dan de staatssecretaris, en schuwt het niet om ook individuele downloaders te gaan dagvaarden in geval van een ingeperkte thuiskopie-exceptie.³⁴⁹ Dit is een logisch gevolg van ons rechtssysteem, waarin rechten gehandhaafd kunnen worden. Bovendien is het in het privaatrecht niet aan de staat te bepalen wie wordt aangesproken, maar aan (rechts)personen. Materieel privaatrecht kan dus tegen eenieder worden ingeroepen in een civiele procedure. De staatssecretaris kan een dergelijke door hem gedane 'belofte' dus niet doen. De Duitse situatie toont overigens aan dat het aanspreken van individuele gebruikers weinig zal opleveren en ook niet bepaald populair is bij rechthebbenden.

³⁴⁷ Visser 2011.

³⁴⁸ Vgl. Van der Sloot 2011b.

³⁴⁹ Vgl. Keuning 2010.

Het gevolg van de ingeperkte thuiskopie-exceptie in Duitsland is dat rechthebbenden en makers minder inkomsten hebben dan voorheen. De uitgekede thuiskopieheffing is niet gecompenseerd met een evenredige opbrengst uit schadevergoedingen of evenredig toegenomen verkopen van fysieke dragers. Men kan, om met Visser te spreken, niet stellen dat het auteursrecht in Duitsland op eigen benen is gaan staan. Het lijkt veeleer een verzwakking. Het is in Duitsland verre van aantrekkelijk om individuele inbreukmakers privaatrechtelijk aan te spreken, maar zelfs strafrechtelijk komt het vooralsnog niet voor dat iemand voor het op kleine schaal schenden van de thuiskopie-exceptie wordt veroordeeld. Omdat het begrip 'evident onrechtmatige bron' in de praktijk moeilijk valt te bewijzen, de uitleg van het begrip nog steeds niet geheel duidelijk is en het aanspreken van individuen meer middelen kost dan het voordeel oplevert, blijkt het in Duitsland het meest voor de hand liggen om de *aanbieders* aan te spreken en niet diegenen die van dat aanbod gebruik maken. Dit ondanks een downloadverbod.

Nederland wil geen three-strikes-wetgeving en strafrechtelijke handhaving zoals in Frankrijk. De Franse situatie lijkt inderdaad weinig aantrekkelijk, zoals we hebben geconstateerd. Dat de reikwijdte van de thuiskopie-exceptie onduidelijk is maakt de situatie daar nog onwenselijker. Bovendien is het nog maar de vraag hoe rechthebbenden van HADOPI zullen profiteren. De insteek van HADOPI is vooral gericht op de afschrikwekkende werking van de waarschuwingen en sancties. Fervent downloaders en niet-meewerkende ISP's kunnen hierbij boetes riskeren, maar daarvoor is een gigantische (bureaucratische) inspanning vereist.

In Nederland is het voor rechthebbenden nu al mogelijk om ISP's te verzoeken inbreukmakende gebruikers van internet af te sluiten, zo blijkt uit *BREIN/KPN*. Wat dat betreft is in Nederland misschien wel meer mogelijk dan in Frankrijk, waar altijd een rechter de daadwerkelijke internetafsluiting moet bevelen. Een toekomstig downloadverbod in Nederland zou in een dergelijke zaak, nog los van de bewijsproblematiek, een grond kunnen vormen om iemand van het internet af te sluiten, hoewel het in *BREIN/KPN* om grootschaligere onrechtmatigheden ging (het faciliteren middels het plaatsen van een torrent-website) dan het geval zal zijn bij een individuele downloader (kleinschalige, incidentele schending van het verveelvoudigingsrecht). Enerzijds lijkt de Nederlandse regering te willen voorkomen dat individuele gebruikers worden aangesproken en afgesloten van internet, maar anderzijds kan een downloadverbod daar wel voor zorgen. Of een dergelijke eis door de rechter wordt toegewezen is de vraag, maar de kans dat het gevorderd wordt is zeer reëel. Dit terwijl de toegevoegde waarde ten opzichte van de huidige Nederlandse situatie erg gering is. Het zal het probleem van illegale file sharing niet definitief kunnen oplossen.

Een heel ander geluid is te horen uit Zwitserland. Daar wordt meer een balans gezocht en krijgen de belangen van gebruikers meer aandacht, zoals blijkt uit de interpretatie van de driestappentoets door het Zwitserse hooggerechtshof. Een downloadverbod zal niet worden ingevoerd. Ten eerste biedt het Zwitserse recht, gelijk het Europese (Nederlandse) recht, de mogelijkheid om internettussenpersonen aan te spreken voor het faciliteren van auteursrechtinbreuk. Illegaal aanbod kan zodoende worden tegengegaan. Het handhaven bij individuele gebruikers wordt onwenselijk geacht. Het zal het draagvlak voor het auteursrecht niet bepaald kunnen vergroten en kan in veel situaties leiden tot een conflict met privacywetgeving. Niet onbelangrijk is voorts dat de Zwitserse regering erkent dat we ons in een overgangsfase bevinden. Dat de verkoop van fysieke dragers afneemt is logisch, gezien de digitalisering van de maatschappij. Het is aan de entertainmentindustrie om zelf nieuwe verdienmodellen te ontwikkelen voor het digitale tijdperk. Dat betekent niet dat het auteursrecht per

direct moet worden aangepast, maar allereerst dat de rechthebbenden zich zullen moeten aanpassen. De Zwitserse regering voelt meer voor vrijheid en een billijke vergoeding dan het met alle mogelijke middelen tegengaan van downloaden. Een vergelijking wordt hierbij gemaakt met eerdere ontwikkelingen, zoals de kopieermachine en videorecorder. Ook is de situatie waarschijnlijk in overeenstemming met de ruime wijze waarop in Zwitserland de driestappentoets wordt geïnterpreteerd.

5 Conclusie

Deze scriptie begint met een citaat van Francis Gurry uit een speech die hij op 25 februari 2011 als algemeen directeur van de WIPO heeft gehouden. De potentie van het recht moet in de digitale wereld niet worden overschat, zo stelt Gurry. De grootschaligheid van file sharing is schrikbarend, maar zou ons tegelijk de spiegel voor moeten houden: willen we tegen elke prijs het auteursrecht handhaven op internet of zou de focus moeten liggen op de manier waarop cultuur in een digitale wereld gefinancierd moet worden? Volgens Gurry gaat het om dat laatste. Het aanpakken van de eigen consumenten door de entertainmentindustrie lijkt hem geen oplossing. Er is een wereldwijde aanpak nodig, waarbij repressieve handhaving zou moeten worden vermeden. Gurry lijkt zijn standpunt te ontleen aan Lessig, die in 2004 een aantal aanbevelingen deed in het file-sharing-debat. Uiteindelijk gaat het niet om handhaving maar om een vergoeding voor degenen die schade lijden. Een technologie in een periode van transitie (zoals internet), moeten we niet gaan reguleren naar de huidige stand van zaken. Dit is ook niet gebeurd met de videorecorder. Het gaat juist om een goed toekomstperspectief, aldus Lessig.³⁵⁰

De 'ouverture' van Gurry, toch niet de minste autoriteit op het gebied van auteursrecht, is treffend voor de discussie rondom een downloadverbod, oftewel het inperken van de thuiskopie-exceptie in art. 16c Aw. Het auteursrecht is geen absoluut controlerecht, maar een mechanisme om makers en rechthebbenden enige zeggenschap te laten houden over hun werken en daar financieel voordeel uit te behalen. Voor het auteursrecht bestaan natuurrechtelijke gronden, die tot op zekere hoogte een vergelijking met het eigendomsrecht rechtvaardigen, maar tevens is het auteursrecht bedoeld als stimulans. Het van oudsher gelimiteerde auteursrecht (vroeger meer dan tegenwoordig) is bedoeld om de creatie van originele en oorspronkelijke werken te stimuleren door rechthebbenden een aantal rechten te verlenen. Dit wordt de monopolietheorie genoemd. Het gevolg van de tegenstrijdigheid tussen enerzijds de natuurrechtelijke basis en anderzijds de monopolietheorie is dat er gezocht moet worden naar de juiste balans: het auteursrechtelijk evenwicht. De beperkingen op het auteursrecht getuigen van de zoektocht naar dit evenwicht.

Art. 16c Aw staat het downloaden (digitaal kopiëren) van werken voor strikt eigen gebruik toe. De beperkingen op het auteursrechtelijke verveelvoudigingsrecht zijn op hun beurt onderworpen aan Europese regels. De in de Auteursrechtlijn vervatte driestappentoets geeft het kader aan waarbinnen het lidstaten is toegestaan het verveelvoudigingsrecht te beperken. Of de Nederlandse situatie aan de driestappentoets voldoet is na *ACI/Thuiskopie en SONT* nog steeds niet geheel duidelijk. Een ruime interpretatie, zoals in Zwitserland gegeven wordt aan de identieke driestappentoets uit art. 10 WCT, kan zeer wel leiden tot compatibiliteit van de Nederlandse thuiskopie-exceptie met de driestappentoets. De Zwitserse interpretatie getuigt van een duidelijke belangenafweging tussen enerzijds de belangen van rechthebbenden en makers en anderzijds de belangen van gebruikers van beschermde werken. Een dergelijke interpretatie spoort met de ratio van het auteursrecht en de bedoeling van de driestappentoets: een ruim algemeen kader verschaffen voor nationale beperkingen.

Het meermaals gehoorde argument dat een downloadverbod het aansprakelijk stellen van (faciliterende) internettussenpersonen zal vergemakkelijken blijkt niet naar voren te komen uit een

³⁵⁰ Lessig 2004, p. 295-303.

analyse van de huidige stand van zaken in de rechtspraak. Het met succes aanspreken van faciliterende internettussenpersonen is naar huidig recht goed mogelijk. Een downloadverbod lijkt hiervoor dan ook geen pre. Wellicht verdient het wel aanbeveling om de criteria voor aansprakelijkheid en de verwachtingen voor internettussenpersonen te verduidelijken. De huidige wisselwerking tussen het algemene art. 6:162 BW en het beperkte art. 6:196c BW is niet altijd even helder, zeker niet voor de tussenpersonen zelf.

Uit de analyse van rechtspraak blijkt dat access-providers, ondanks de voor hen geldende aansprakelijkheidsuitsluiting van art. 6:196c lid 1 BW, wel degelijk ook een zorgplicht hebben. Passiviteit bij de wetenschap van bepaalde, concrete inbreuken kan derhalve in bepaalde gevallen aansprakelijkheid opleveren. Van access-providers kan echter niet worden verwacht dat zij zelf actief op zoek gaan naar inbreuken. Dit is ook in strijd met de Richtlijn elektronische handel. Een algemene monitorverplichting ten aanzien van illegale P2P-file sharing is in *SABAM/Scarlet* door het HvJ EU dan ook afgewezen. De enigszins tegenstrijdige regelingen van art. 26d Aw enerzijds en art. 6:196c lid 1 BW anderzijds, maakt echter dat ISP's geen absolute zekerheid hebben over de juistheid van hun handelen. Aangenomen mag worden dat art. 26d Aw op zichzelf niet voldoende grondslag biedt om access-providers waarvan het onrechtmatig handelen niet vaststaat bevelen op te leggen. Toch is dit in *BREIN/Ziggo en XS4ALL* gebeurd. Sommigen zijn van mening dat de uitspraak in die zaak ook in strijd komt met het algemene filterverbod van de Richtlijn elektronische handel. Het is dan ook zeer de vraag of de uitspraak standhoudt. In ieder geval is het een weergave van het risico dat aan access-providers vergaande verplichtingen worden opgelegd, met een uitholling van hun passiviteit tot gevolg.

Al met al lijkt het optreden tegen illegaal aanbod goed mogelijk. Het antwoord op de vraag wat de meerwaarde van een downloadverbod zal zijn is dan ook: zeer weinig. Visser acht een thuiskopieheffing niet wenselijk, dus is hij voorstander van een downloadverbod.³⁵¹ Hij vreest de door heffingen veroorzaakte veranderende moraal bij gebruikers. Zij zullen zich gelegitimeerd voelen om massaal te blijven up- en downloaden uit illegale bron, zo stelt hij.³⁵² De vraag is of dit juist is. Uploaden is momenteel al onrechtmatig, maar dat weerhoudt mensen er niet van om BitTorrent te gebruiken. Illegale file sharing is al jarenlang een realiteit. In zoverre bewijst Visser hier zijn eigen ongelijk: verbieden zal niet helpen.³⁵³ Het voordeel van heffingen is dat rechthebbenden een bron van inkomsten hebben waar ze normaal gesproken niets zouden ontvangen. De Duitse situatie is hier een schrijnend voorbeeld van. Zeer recent heeft het Hof 's-Gravenhage bepaald dat de thuiskopieheffing moet worden uitgebreid naar andere dragers.³⁵⁴ Ook muzikanten pleiten daarvoor en zijn geen voorstander van een downloadverbod.³⁵⁵ Vooralsnog lijkt dit de beste oplossing. Er hoeven geen (ingewikkeld handhaafbare en deels ineffectieve) repressieve maatregelen te worden ingezet en rechthebbenden krijgen een billijke vergoeding. Bovendien wordt het auteursrechtelijk evenwicht zo meer eer aan gedaan. Dit alles neemt niet weg dat grootschalig illegaal aanbod en het faciliteren van illegale file sharing moet worden aangepakt, zoals Stichting BREIN ook doet. Een bepaalde mate van 'fiscalisering' van het auteursrecht³⁵⁶ lijkt, als men de realiteit bekijkt, echter onvermijdelijk. Hugenholtz heeft aangekondigd namens het IVIR onderzoek te gaan doen naar alternatieve vergoedingsmechanismen en manieren

³⁵¹ Visser 2011.

³⁵² Visser 2012.

³⁵³ Vgl. Hugenholtz 2012 en Van Vloten & Nijssen 2012.

³⁵⁴ Hof 's-Gravenhage 27 maart 2012, LJN: BV9880.

³⁵⁵ Consumentenbond en artiestenvakbonden 2010.

³⁵⁶ Zie § 1.2.4.3.

waarop file sharing kan worden gelegaliseerd zonder afbreuk te doen aan de rechten van auteurs.³⁵⁷
Dat lijkt een goede zaak.

Dat de muziekindustrie schade ondervindt van thuiskopieën gemaakt uit illegale bron is aannemelijk. De verkoop van cd's, dvd's en andere fysieke dragers loopt al jaren terug.³⁵⁸ Maar zoals bij de analyse van stap 3 van de driestappentoets al bleek, is niet *elke* kopie een potentiële schadepost. De praktijk is vaak complexer dan dat. Tegenover de terugloop van fysieke dragers staat de groei van de digitale (muziek)markt. We bevinden ons in een transitieperiode waarin fysieke dragers steeds meer een ondergeschikte rol gaan spelen. 2011 was een recordjaar voor de digitale verkopen en Universal Music verwacht zelfs dat in 2013 de digitale markt groter is dan de fysieke markt.³⁵⁹ Steeds meer legale en succesvolle formats zien het licht.³⁶⁰ Hierbij moet ook een vermelding uitgaan naar Spotify, de streaming-muziekdienst die steeds meer aan populariteit wint. Dit alles wijst niet zo zeer op een dalende markt, als wel een verschuiving in de markt.³⁶¹ De entertainmentindustrie ziet dat ook in en digitale alternatieven beginnen eindelijk van de grond te komen. Mensen willen best (iets) betalen voor goed en betrouwbaar legaal aanbod. Deze ontwikkeling dient meegewogen te worden in de discussie over (de noodzaak van) een repressief downloadverbod dat vooral een symbolische waarde zal hebben.

³⁵⁷ Hugenholtz 2012.

³⁵⁸ Bronzwaer 2011.

³⁵⁹ Zie: 'Muziekbranche: groei downloads compenseert daling cd-verkopen', *Emerce*, 25 januari 2012, op <www.emerce.nl/nieuws>.

³⁶⁰ Zie: 'Jaarcijfers 2011: digitale markt krijgt eindelijk voet aan de grond', *NVPI*, 23 februari 2012, op <www.nvpi.nl/nieuws>.

³⁶¹ Hijink 2012, p. 32.

Bronnen

I Literatuur

Alberdingk Thijm 1998

C.A. Alberdingk Thijm, 'Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld', *AMI* 1998, nr. 9, p. 145-154.

Alberdingk Thijm 2003

C.A. Alberdingk Thijm, 'Introduceer een heffing voor KaZaA-gebruik', *NRC Handelsblad*, 29 december 2003, p. 6.

Alberdingk Thijm 2001

C.A. Alberdingk Thijm, *Privacy vs. auteursrecht in een digitale omgeving*, ITeR-reeks, nr. 49, Den Haag 2001.

Alberdingk Thijm 2008

C.A. Alberdingk Thijm, 'Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4ALL en Marktplaats?', *Ars Aequi* 2008, nr. 7, p. 573-580.

Arkenbout 2000

E.J. Arkenbout, 'Nieuw auteursrecht op komst', *AMI* 2000, nr. 7, p. 125-131.

Boyle 2008

J. Boyle, *The public domain – enclosing the commons of the mind*, New Haven/Londen: Yale University Press 2008.

Bronzwaer 2011

S. Bronzwaer, 'Verkoop van cd's, dvd's en games neemt verder af', *NRC Handelsblad*, dinsdag 22 februari 2011, p. 19.

Chavannes 2007

R. Chavannes, 'BREIN/KPN: het gevaar van een bagatel', *Mediaforum* 2007, nr. 6, p. 174-178.

De Cock Buning & Van Eek 2009

M. de Cock Buning & D. van Eek, 'Aansprakelijkheid van derden bij auteursrechtinbreuk', *IER* 2009, nr. 54.

De Cock Buning & Ringnalda 2010

M. de Cock Buning & A. Ringnalda, 'Maatregelen tegen auteursrechtinbreuk door P2P-filessharing: wat leert het Umfeld ons?', *AMI* 2010, nr. 1, p. 1-11.

CDIP 2011

Committee on Development and Intellectual Property (CDIP), *Scoping study on copyright and related rights and the public domain*, Genève: World Intellectual Property Organization (WIPO) 2011.

Consumentenbond en artiestenvakbonden 2010

Consumentenbond en Artiestenvakbonden, *Voorstel voor een nieuwe regeling*, 2010.

Dommering 2008

E.J. Dommering, 'Filteren is gewoon censuur en daarmee basta', *Tijdschrift voor Computerrecht* 2008, nr. 5, p. 124-125.

Dommering 2012

E.J. Dommering, 'De zaak Scarlet/Sabam – naar een horizontale integratie van het auteursrecht', *AMI* 2012, nr. 2, p. 49-53.

EJPD 2011

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), 'Bericht des Bundesrates zur unerlaubten Werknutzung über das Internet in Erfüllung des Postulates 10.3263 Savary', augustus 2011, op <<http://www.ejpd.admin.ch>>.

Van Engelen 1994

Th.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994.

Geerts 2007

P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2007.

Geiger 2011

C. Geiger, 'Honourable attempt but (ultimately) disproportionately offensive against peer-to-peer on the internet (HADOPI): a critical analysis of the recent anti-file-sharing legislation in France', *IIC* 2011, nr. 2, p. 457-472.

Geiger 2008a

C. Geiger, 'Legal or illegal? That is the question! Private copying and downloading on the internet', *IIC* 2008, nr. 5, p. 597-603.

Geiger 2008b

C. Geiger, 'Rethinking copyright limitations in the information society – The Swiss Supreme Court leads the way', *IIC* 2008, nr. 2, p. 943-950.

Geiger/Griffiths/Hilty 2009

C. Geiger, J. Griffiths en R.M. Hilty, 'Declaration on a balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law', *AMI* 2009, nr. 1, p. 8-11.

Hargreaves 2011

I. Hargreaves, *Digital opportunity: A review of intellectual property and growth*, 2011, <<http://www.ipo.gov.uk/ipreview/ipreview-about.htm>>.

Helberger e.a. 2008

N. Helberger e.a., 'Never forever: why extending the term of protection for sound recordings is a bad idea', *European Intellectual Property Review* 2008, nr. 6, p. 635-637.

Hijink 2012

M. Hijink, 'Betalen voor liedjes, we doen het toch', *NRC Handelsblad*, 25 januari 2012, p. 32.

Hugenholtz 2003

P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa', in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 157-174.

Hugenholtz 2008a

P.B. Hugenholtz, 'Auteursrecht op alles', *NJB* 2008, nr. 7.

Hugenholtz 2004a

P.B. Hugenholtz, 'Gerbrandy spreekt', *AMI* 2004, nr. 1, p. 1-5.

Hugenholtz 2012

P.B. Hugenholtz, 'Illegaal uitwisselen van bestanden zal niet verdwijnen', *IEF* 2012, artnr. 11104, <www.ieforum.nl>.

Hugenholtz 2008b

P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, nr. 7, p. 581-588.

Hugenholtz 2004b

P.B. Hugenholtz, 'De toekomst van het auteursrecht: DRM met een vriendelijk gezicht?', lezing, Amsterdam, 15 oktober 2004.

Hugenholtz 2000

P.B. Hugenholtz, 'De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoets tanden', *AMI* 2000, nr. 10, p. 201.

Keuning 2010

W. Keuning, 'Wie maakt een einde aan de piraterij?', *De Volkskrant*, zaterdag 13 november 2010.

Koelman 2003

K.J. Koelman, 'De nationale driestappentoets', *AMI* 2003, nr. 1, p. 6-9.

Kreutzer 2011

T. Kreutzer, 'Limitations of the private copying exception: miracle cure or dead end?', *AMI* 2011, nr. 5, p. 160-163.

De Knock 2011

B. de Knock, 'Streaming music services: remedie tegen piraterij?', *Ars Aequi* 2011, nr. 2, p. 86-87.

Lessig 2004

L. Lessig, *Free Culture – How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, New York: The Penguin Press 2004.

Litman 2001

J. Litman, *Digital Copyright*, New York: Prometheus Books 2001.

Mom 2010

G.J.H.M. Mom, 'Uitvoering in strikt besloten kring', *AMI* 2010, nr. 3, p. 81-91.

Netanel 2007

N.W. Netanel, 'Why has copyright expanded? Analysis and critique', *Public Law & Legal Theory Research Paper Series* 2007.

Parlementaire Werkgroep Auteursrecht 2009

Parlementaire Werkgroep Auteursrecht (A. Gerken e.a.), *Auteursrechten: een rapport*, 17 juni 2009.

Quaedvlieg 1998

A.A. Quaedvlieg, "De maatschappelijke aanvaardbaarheid van het auteursrecht", *AMI* 1998, nr. 4, p. 53-58.

Rietjens 2006

B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006, nr. 1, p. 8-10.

Ringnalda e.a. 2009

A. Ringnalda e.a., *Auteursrechtinbreuk door P2P filesharing: regelgeving in Duitsland, Frankrijk en Engeland nader onderzocht*, CIER in opdracht van Ministerie van Justitie/WODC 2009.

Schermer 2009

B.W. Schermer, 'De Pirate Bay uitspraak: aansprakelijkheid van internetdienstverleners opgehelderd?', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009, nr. 3, p. 68-71.

Senftleben 2011

M.R.F. Senftleben, 'Tegengif of overdosis? Over rechtszekerheid bij privé-kopiëren uit illegale bron', *AMI* 2011, nr. 5, p. 153-159.

Senftleben 2008

M.R.F. Senftleben, 'Privé-kopiëren in het licht van de driestappentoets', *IER* 2008, nr. 65, p. 265.

Seignette 2006

J.M.B. Seignette, 'De Auteurswet gewijzigd: Artikel 16b en c Auteurswet (de privé-kopie)', *AMI* 2006, nr. 1, p. 19-21.

Siemerink 2008

L.A.R. Siemerink, 'IE(-rechten), P2P en ISP: handhaving van auteursrechten op internet nog mogelijk?', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2008, nr. 7/8, p. 179-189.

Van der Sloot 2011a

B. van der Sloot, 'Three strikes you're out: de bescherming van auteursrecht op internet', *AMI* 2011, nr. 3, p. 84-94.

Van der Sloot 2011b

B. van der Sloot, 'De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP op de stoel van de rechter', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2011, nr. 5, p. 136-140.

Spauwen & Volgenant 2012

J. Spauwen en O. Volgenant, 'De gevolgen van de Pirate Bay blokkade voor internetgebruikers', *IEF* 2012, artnr. 10946, <www.ieforum.nl>.

Spiegeler 2010

B. Spiegeler, 'Drie maal is scheepsrecht? De Franse 'three-strikes' wet nader beschouwd', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2010, nr. 1, p. 13-18.

Spoor/Verkade/Visser 2005

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht – auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

TNO/IVIR/SEO 2009

TNO/IVIR/SEO, *Ups and downs: Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, film en games*, februari 2009.

Udo de Haes 2010

A. Udo de Haes, 'Buma/Stemra wil filesharing legaliseren', *Webwereld*, 21 april 2010.

De Vey Mestdagh & Millenaar 2009

C.N.J. de Vey Mestdagh en P.A. Millenaar, 'Downloaden, auteursrecht en het internet: status quo en perspectief', *Ars Aequi* 2009, nr. 10, p. 727-732.

Visser 2011

D.J.G. Visser, 'Downloadverbod is onvermijdelijk', *Webwereld*, 29 november 2011.

Visser 2012

D.J.G. Visser, 'Heffing op hardware is gevolg keuze van de politiek', *IEF* 2012, artnr. 11115, <www.ieforum.nl>.

Van Vloten & Nijssen 2012

S. van Vloten en J. Nijssen, 'Het handhaven van auteursrecht op muziek is zinloos – interview professor Bernt Hugenholtz, hoogleraar informatierecht aan de UvA', *Amsterdams Balie Bulletin* 2012, nr. 1, p. 4-8.

Weber 2010

R.H. Weber, 'Internet Service Provider liability: The Swiss perspective', *JIPITEC* 2010, p. 145-150.

De Wit 2009a

A.P. de Wit, 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders (Deel I)', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009, nr. 2, p. 37-42.

De Wit 2009b

A.P. de Wit, 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders (Deel II)', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009, nr. 3, p. 72-76.

II Rechtspraak

Hof van Justitie Europese Unie (HvJ EU)

HvJ EU 05 oktober 2004, C-397-04 (*Pfeiffer*)
HvJ EU 7 december 2006, C-306/05, *AMI* 2007/2 m.nt. K.J. Koelman (*SGAE/Rafael Hoteles*)
HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae*)
HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq I*)
HvJ EU 21 oktober 2010, C-467/08 (*Padawan/SGAE*)
HvJ EU 16 juni 2011, C-462/09 (*ThuisKopie/Opus Supplies*)
HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, *BIE* 2011, nr. 107, p. 334 m.nt. K.J. Koelman (*L'Oréal/eBay*)
HvJ EU 4 oktober 2011, C-403/08 en C-429/08 (*Football Association Premier League/QC Leisure*)
HvJ EU 13 oktober 2011, C-431/09 en C-432/09 (*Airfield & Canal Digitaal/SABAM*)
HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*SABAM/Scarlet*)
HvJ EU 15 maart 2012, C-135/10 (*SCF/Del Corso*)

Hoge Raad

HR 28 juni 1946, *NJ* 1946, 712 (*Van Gelder/Van Rijn*)
HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 341 (*Dreeshuis/Buma*)
HR 1 juni 1979, *NJ* 1979, 470 m.nt. LWH (*Buma/De Zon*)
HR 27 januari 1995, *NJ* 1995, 669 (*Bigott/Doucal*)
HR 19 december 2003, *AMI* 2004/1, p. 24 m.nt. P.B. Hugenholtz (*Buma/KaZaA*)
HR 25 november 2005, LJN: AU4019, *IER* 2006/2 (*Lycos/Pessers*)
HR 16 juni 2006, LJN: AU8940, *NJ* 2006, 585 (*Lancôme/Kecofa*)

Gerechtshof

Hof Amsterdam 15 juni 2006, LJN: AX7579, *AMI* 2006/5, p. 173-179 m.nt. K.J. Koelman (*Techno Design/BREIN*)
Hof Amsterdam 16 maart 2010, LJN: BL7920, *IER* 2010/78 (*ShareConnector*)
Hof 's-Gravenhage 15 november 2010 *IER* 2011/27, m.nt. K.J. Koelman (*ACI/ThuisKopie en SONT*)
Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN: BO3982, *IER* 2011/28 m.nt. K.J. Koelman (*FTD/Eyeworks*)
Hof 's-Gravenhage 27 maart 2012, LJN: BV9880

Rechtbank

Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *AMI* 1999, p. 113 (*Scientology/XS4ALL*)
Rb. Zwolle 3 mei 2006, LJN: AW6288, *IER* 2007/73 m.nt. H. Struik (*Stokke/Marktplaats*)
Rb. 's-Gravenhage 5 januari 2007, LJN: AZ5678, *AMI* 2007/2 m.nt. O.L. van Daalen (*BREIN/KPN*)
Rb. Amsterdam 21 juni 2007, LJN: BA7810 (*BREIN/Leaseweb*)
Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, *AMI* 2008/5, m.nt. C.B. van der Net (*ACI/ThuisKopie en SONT*)
Rb. Utrecht 26 augustus 2009, LJN: BJ6008, *IER* 2009/60 (*BREIN/Mininova*)
Rb. Amsterdam (Vzr.) 22 oktober 2009, LJN: BK1067, *AMI* 2010/1 (*The Pirate Bay*)
Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2010, LJN: BN1445
Rb. Haarlem 9 februari 2011, LJN: BP3757 (*FTD/BREIN*)

Rb. 's-Gravenhage (Vzr.) 22 maart 2011, *IER* 2011/44 m.nt. J.M.B. Seignette (*Premier League/MyP2P*)
Rb. Amsterdam 28 september 2011, LJN: BU6271, *IEPT* 201109028 (*BREIN/NSE*)
Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN: BV0549 (*BREIN/Ziggo en XS4ALL*)

Buitenlandse gerechten

Bundesgerichtshof (BGH) 18 mei 1955, I ZR 8/54, *GRUR* 1955, 492
US Supreme Court 17 januari 1984, 464 U.S. 417 (*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc*)
Cour de Cassation (Chambre Civil) 28 februari 2006, 37 *IIC* 2006/760 (*Mulholland Drive*)
Cour de Cassation (Chambre Criminelle) 30 mei 2006, *JCP* 2006 G II 10124, m.nt. C. Caron
Schweizerisches Bundesgerichtshof (BGer) 26 juni 2007, 4C.73/2007 (*Pro Litteris/Aargauer Zeitung AG c.s.*)
CA Aix-en-Provence 5 september 2007, 39 *IIC* 2008/622
Conseil Constitutionnel 10 juni 2009, no. 2009-580 (*HADOPI I*)

DSB (Geschillencommissie WTO)

DSB WTO 27-07-2000, Dispute DS160 (*Europese Gemeenschap/VS*)

III Kamerstukken

Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3
Kamerstukken II 2002/03, 28 482, nr. 5
Kamerstukken II 2005/06, 30 392, nr. 3
Kamerstukken II 2006/07, 29 838, nr. 6
Kamerstukken II 2009/10, 29 838, nr. 22
Kamerstukken II 2010/11, 29 838, nr. 29

Gebruikte afkortingen/woordenlijst

Arl	Auteursrechtlijn
art.	artikel(en)
Aw	Auteurswet
BC	Berner Conventie
BGer	Schweizerisches Bundesgerichtshof
BREIN	Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland
BW	Burgerlijk Wetboek
CC	Conseil Constitutionnel
c.q.	casu quo
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle (Frankrijk)
DRM	Digital Rights Management
DSB	Dispute Settlement Body (Geschillencommissie WTO)
EU	Europese Unie
EVRM	Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens
HADOPI	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie Europese Unie
i.c.	in casu
ibid.	ibidem
ISP	Internet Service Provider
IE	intellectuele eigendom
illegale bron	ongeautoriseerde verveelvoudiging/openbaarmaking als bron van een kopie
m.nt.	met noot
nr.	nummer
p.	pagina('s)
P2P	peer-to-peer
r.o.	rechtsoverweging
Rb.	Rechtbank
SONT	Stichting Onderhandelingen Thuis kopie
torrent(s)	torrentbestand(en)
TRIPs	Agreement on trade related aspects of intellectual property rights
URG	Urheberrechtsgesetz (Zwitserland)
UrhG	Urheberrechtsgesetz (Duitsland)
vgl.	vergelijk
Vzr.	Voorzieningenrechter
werk	auteursrechtelijk beschermd werk
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization (Wereldorganisatie voor Intellectuele Eigendom)
WNR	Wet op de naburige rechten
WTO	World Trade Organization (Wereldhandelsorganisatie)
WTPP	WIPO Treaty on Performances and Phonograms