

# Lees het verslag van de rechtszaak op [bijgespijkerd.nl](http://www.bijgespijkerd.nl)

<http://www.bijgespijkerd.nl/blogging/verslag-rechtszaak-tussen-mininova-en-brein>

Rechtbank te Utrecht

Zitting van 2 juni 2009

Rolnummer 250077 HA ZA 08-1124

## **PLEITNOTITIES MR ZWAAN**

### ***Inzake***

de besloten vennootschap

**MININOVA B.V.**,

gevestigd te Driebergen-Rijsenburg;

gedaagde

Advocaat: Mr V.A. Zwaan

Procesadvocaat: Mr M.R. Ruygvoorn

*tegen*

de stichting

**STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT**

**INDUSTRIE NEDERLAND BREIN,**

gevestigd te Amsterdam,

eiseres

Advocaat: Mr D.J.G. Visser

Procesadvocaat: Mr J.M. Noort

---

## **INDELING**

<u>Inleiding</u>	1
<u>Feiten</u>	3
Hyperlinks & torrent-links	3
Mininova is geen onmisbare schakel	4
Moderators zijn gebruikers	5
Mininova doet alles in haar macht om rechthebbenden behulpzaam te zijn	6
Notice and takedown	6
Infohash filter voor Brein	7
Filtering trial MPA	8
Kosten Mininova & schade Brein	9
Wat wil Brein dat Mininova doet?	11
<u>Juridisch kader</u>	15
Inleiding	15
Brein moet de informatie voor het filter aanleveren	15
Primaat handhaving rechten ligt bij rechthebbenden	15
Plicht om schade te beperken	16
Substantiëringsplicht	17
Richtlijn elektronische handel	17
Vrijheid van meningsuiting	18
Geen auteursrechtinbreuk	21
Beperkt aansprakelijkheidsregime Richtlijn	22
Jurisprudentie Nederland	22
Jurisprudentie buitenland	26
Rechterlijk verbod of bevel	29
Geen onrechtmatig handelen	30
<u>Vorderingen</u>	31
<u>Conclusie</u>	32

Edelachtbaar college,

## INLEIDING

1. Dit is een zeer principiële zaak. Niet alleen omdat er nogal wat beroering over is ontstaan, maar ook omdat het de eerste keer is dat de Nederlandse rechter oordeelt over de rechtmatigheid van het aanbieden van een BitTorrent platform. Er is een groot maatschappelijk belang betrokken bij deze zaak; het gaat immers om een platform waarop gebruikers elkaar naar informatie kunnen verwijzen. De vrijheid van meningsuiting en informatie speelt dus een belangrijke rol. CBC, de Canadese publieke omroep, heeft afgelopen maart bijvoorbeeld Mininova ingeschakeld om programma's te verspreiden. Een medewerker van CBC zegt hierover:

*“As Canada’s public broadcaster, the CBC is mandated to make its programming available throughout Canada by the most appropriate and efficient means. I believe BitTorrent is a terrific distribution technology and absolutely something we as a public broadcaster should be experimenting with.”* **[productie 25]**

2. Terwijl grote internationale partijen naar volle tevredenheid samenwerken met Mininova doet Brein er alles aan Mininova zeer suggestief neer te zetten als een onbetrouwbare organisatie. Zij bouwt deze hele zaak op suggesties. Zo suggereert Brein dat Mininova handen vol geld zou verdienen aan een website waarop vrijwel louter onrechtmatige informatie wordt uitgewisseld. Zo heeft zij bijvoorbeeld als **productie 4 bij het pleidooi zijdens Brein** een aantal artikelen over ene “aXXo” opgenomen. Dat is blijkbaar een grote aanbieder van bestanden op internet. Er bestaat geen enkele connectie tussen Mininova deze aXXo. Mininova is een nette partij, die zich inspant om rechthebbenden behulpzaam te zijn. Zij gaat daarin zelf verder dan waartoe zij juridisch verplicht is. Zij biedt ook geen website aan waarop bestanden kunnen worden uitgewisseld, zij biedt alleen een platform aan waarop gebruikers links kunnen opslaan.
3. Dat platform wordt dagelijks bezocht door meer dan 5 miljoen mensen. Op een gemiddelde dag staan er 1,1 miljoen torrent-links op het platform. Vandaag zullen er naar verwachting 3500 torrent-links door gebruikers op de website worden geplaatst. Dat is gemiddeld 1 per minuut. Voor dit pleidooi is drie uur uitgetrokken. Dat betekent dat er na afloop van dit pleidooi ongeveer 180 nieuwe torrent-links door gebruikers op het

platform zijn geplaatst. Mininova heeft geen kennis van de links die gebruikers op het platform plaatsen, of van de bestanden waarnaar wordt verwezen. Mininova is dan ook niet meer dan een verzamelplek voor elektronische verwijzingen.

4. Mininova kan ook niet worden vergeleken met een partij als The Pirate Bay, die er een sport van heeft gemaakt rechthebbenden belachelijk te maken door de overvloedige notice and takedown verzoeken op de website te publiceren en hierbij te vermelden dat *“No action (except ridiculing the senders) has been taken by us because of these. :-)”*. Mininova hanteert een notice and takedown systeem en waarschuwt gebruikers voor het up- en downloaden van auteursrechtelijk beschermde bestanden **[productie 6]**.
5. Mininova werkt ook samen met rechthebbenden door middel van het succesvolle Content Distribution Systeem **[productie 3]**. In de pers wordt veel aandacht besteed aan dit initiatief **[producties 4 & 25]**. Silence is Sexy, één van de bands die zijn muziek via het Content Distribution systeem verspreidt, heeft hiervoor zelfs de Interactive Award 2009 gewonnen **[productie 25]**. Ook is Mininova een samenwerkingsproject aangegaan met de TU Delft in het kader van het *Tribler* project. Tribler is een peer-to-peer programma dat is ontwikkeld door de TU Delft en de VU en dat is gefinancierd door de Nederlandse overheid. Ook hieruit blijkt dat Mininova als een betrouwbare partij wordt beschouwd.
6. Verder heeft Mininova voor Brein een filter ontworpen **[productie 23]** en is zij onlangs in samenwerking met de Motion Pictures Association, de organisatie die de film- en televisie industrie vertegenwoordigt, een filtering trial gestart **[productie 24]**, waarover hierna uitgebreid meer. Dat is dus zelfs een zogenaamde “preventieve maatregel”. Brein wil echter niet de voor elke vorm van filteren noodzakelijke informatie verstrekken, ondanks dat een groot deel haar eigen rechthebbenden dat wel doet. Mininova is niet in staat deze taak, het aanleveren van informatie - waarvoor de rechthebbenden Brein hebben ingeschakeld - over te nemen. En dat is feitelijk de enige kwestie waar het vandaag om gaat.
7. Het is van belang te benadrukken dat deze zaak, net als iedere andere zaak, niet op gewekte suggesties of emoties moet worden beoordeeld, maar op de feiten, het bewijs daarvan en de juridische grondslagen. En wanneer men goed kijkt, dan blijkt dat Brein

niet heeft voldaan aan haar stelplicht ex artikel 150 Rv. Hierdoor zijn de feiten onvoldoende aannemelijk. Dat sprake zou zijn van een auteursrechtinbreuk door gebruikers van het platform kan bijvoorbeeld niet worden afgeleid uit titels van links **[productie 5 bij Dv & 6 bij CvR zijdens Brein]**. Voor het tweede door Brein overgelegde rapport over het beweerdelijke percentage links naar onrechtmatige informatie geldt hetzelfde **[productie 7-8 bij CvR zijdens Brein]**. Daarnaast vermeldt dit rapport weer andere, lagere percentages dan het eerste rapport. Brein haalt haar eigen rapport dus zelf onderuit. Bovendien kan het niet op juistheid worden gecontroleerd bij gebrek aan onderliggende gegevens. De vele interne memo's van Brein kunnen vanzelfsprekend ook geen objectief bewijs van feiten vormen. Gezien het voorgaande kan niet eens aan een bewijslastverdeling worden toegekomen. Voorzover er wel een bewijslastverdeling plaats zou kunnen vinden, geldt dat de bewijslast bij Brein ligt.<sup>1</sup>

8. Ik zal vandaag niet herhalen wat namens Mininova in de eerdere stukken al is behandeld. Alleen op de hiervoor omschreven meest wezenlijke punten van deze zaak zal ik nog nader ingaan. Ik wil hierbij wel expliciet wijzen op alle stellingen die namens Mininova in een eerder stadium van deze procedure zijn aangevoerd en die uiteraard onverminderd worden gehandhaafd.

## **FEITEN**

9. Een aantal feitelijke aspecten van de zaak is door Brein onjuist weergegeven. Reden waarom ik op deze aspecten kort zal ingaan.

### ***Hyperlinks & torrent-links***

10. Het world wide web dankt haar naam aan de mogelijkheid om alle informatie door middel van hyperlinks aan elkaar te verbinden. Het internet bestaat dus bij de gratie van hyperlinks. Dat blijkt ook uit het rapport van de Europese Commissie **[productie 2]** over de Richtlijn Elektronische handel<sup>2</sup> (hierna: de "Richtlijn") **[productie 1]**:

---

<sup>1</sup> Mr Röell, 'Bewijslastverdeling voor beginners', Advocatenblad 29 augustus 2008.

<sup>2</sup> Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

*“It is encouraging that recent case-law in the Member States recognizes the importance of linking and search engines to the functioning of the internet.”<sup>3</sup>*

11. Hyperlinks verwijzen vaak naar een bepaald type bestand. De extensie na de laatste punt geeft aan om wat voor een type bestand het gaat. Dat type correspondeert met een programma waarmee het bestand kan worden geopend en worden gelezen. Zo eindigen sommige hyperlinks op .mp3. Als een MP3-speler is geïnstalleerd op de computer van de gebruiker die zo'n link aanklikt, dan zal het programma het MP3-bestand waarnaar wordt verwezen afspelen, in de speler openen en desgewenst opslaan. Als er geen speler is geïnstalleerd, dan zal het bestand automatisch worden gedownload. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor hyperlinks die verwijzen naar een PDF-bestand. Dat is de gewoonste zaak van de wereld en volstrekt legaal. Hyperlinks kunnen na het activeren/aanklikken daarvan dus tot verschillende acties leiden.
12. De BitTorrent technologie werkt ook door middel van links, namelijk torrent-links. Torrent-links vertellen een gebruiker, net als hyperlinks, waar bepaalde informatie kan worden gevonden. Brein stelt dat torrent-links niet kunnen worden vergeleken met hyperlinks, omdat *“het volgen van een hyperlink er slechts toe leidt dat je op een andere plek terecht komt”* en dat men aldaar zelfstandig opnieuw een beslissing kan nemen over wat men met de informatie gaat doen (alinea 59 CvR). Dat is niet juist. Het aanklikken van een “gewone” hyperlink die naar een bepaald type bestand verwijst, leidt immers ook automatisch tot opening danwel opslag van dat bestand, zoals hiervoor ter illustratie ten aanzien van MP3 en PDF bestanden is aangegeven. Het feit dat “een torrent niet gedownload wordt om de torrent zelf” doet hieraan niets af. Een hyperlink wordt ook niet gedownload om de hyperlink zelf.

### ***Mininova is geen onmisbare schakel***

13. Brein wekt de suggestie dat Mininova een onmisbare schakel is om bestanden via BitTorrent te kunnen uitwisselen en dat Mininova een centrale rol speelt bij het uitwisselingsproces. Voor het uitwisselen van bestanden door middel van BitTorrent zijn echter drie verschillende onderdelen nodig: een zogenaamde *“BitTorrent client”*, een *“torrent-link”* en een *“tracker”*. Mininova biedt, anders dan bijvoorbeeld The Pirate Bay,

---

<sup>3</sup> Eerste verslag over de toepassing van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, COM(2003)702 (hierna het “Rapport”), p. 13.

**geen** van deze onderdelen aan. Mininova biedt alleen een platform aan waarop gebruikers torrent-links kunnen opslaan.

14. Een *BitTorrent client* is software die nodig is om torrent-links te kunnen maken en om gebruik te kunnen maken van torrent-links. Zonder een client is een torrent-link onbruikbaar. In torrent-links wordt onder meer een *tracker* aangegeven. Dat is de server die de verschillende clients van een BitTorrent netwerk met elkaar in verbinding stelt, zodat deze bestanden van de computers van gebruikers kunnen downloaden. Dit gebeurt volledig buiten Mininova om. De stelling van Brein dat “het BitTorrent-systeem van Mininova uit twee geïntegreerde onderdelen bestaat” (a. de website van Mininova en b. de onderliggende trackers - alinea 19 Dv), is dus volledig onjuist.
15. Een internetgebruiker kan de gemaakte torrent-links op allerlei plaatsen opslaan; bijvoorbeeld in nieuwsgroepen, op zijn eigen website, op zijn Hyves profiel of op een platform als Mininova. Ook kunnen torrent-links per mail worden verzonden aan andere gebruikers. De aan- of afwezigheid van torrent-links op het Mininova platform heeft ook geen enkel gevolg voor de aanwezigheid op internet van de informatie waarnaar de links verwijzen. Dat blijkt ook uit het **productie 4 bij pleidooi zijdens Brein**, (onderdeel 7, p. 52):

*“Sites sluiten heeft ook geen effect op uploaders als aXXo, omdat zijn of haar of hun torrents her en der op het web zijn te vinden.”*

### **Moderators zijn gebruikers**

16. Moderators zijn niet meer dan gebruikers met meer rechten dan gewone gebruikers. Zij kunnen links van gewone gebruikers verwijderen en gebruikers wijzen op de do's and dont's van een platform. Moderators handelen niet op gezag of onder toezicht van Mininova. Dat bepaalde gebruikers op een platform actief zijn als moderator is zeer gebruikelijk, niet alleen voor het platform van Mininova, maar ook voor vele andere platforms en fora op internet. Ik verwijs naar de uitleg op Wikipedia:

#### **INTERNET**

Moderator is ook een term die op het [Internet](#) gebruikt wordt voor een gebruiker met bepaalde [privileges](#).

Vaak hebben moderatoren als taak om een [forum](#), [mailinglijst](#) of [website](#) netjes te houden of een [discussie](#) te leiden. Om deze taak te volbrengen hebben moderatoren vaak rechten om berichten van gebruikers aan te passen of te verwijderen en om gebruikers te corrigeren.

Hoewel moderatoren geacht worden zich aan bepaalde regels te houden en er op toe moeten zien dat gewone gebruikers zich ook aan deze regels houden, komt het ook voor dat een moderator zijn boekje te buiten gaat. Veel fora of mailinglijsten hebben in zo'n geval nog een [sysop](#) of netwerkbeheerder waar geklaagd kan worden. Het is ook mogelijk dat een moderator zijn privileges verliest omdat een meerderheid van de gebruikers dat wil.

## MININOVA DOET ALLES IN HAAR MACHT OM RECHTHEBBENDEN BEHULPZAAM TE ZIJN

17. Mininova doet alles in haar macht om rechthebbenden behulpzaam te zijn bij het handhaven van hun rechten en investeert aanzienlijk in maatregelen daarvoor. Mininova doet zelfs meer dan waartoe zij wettelijk verplicht is.

### ***Notice and takedown***

18. In de eerste plaats hanteert Mininova een notice and takedown systeem. Dit wordt door Brein nogal gebagatelliseerd, maar de werkzaamheden die Mininova verricht in het kader van het afhandelen van notice and takedown verzoeken mogen niet worden onderschat en zijn ook niet vanzelfsprekend binnen de BitTorrent wereld. Partijen als The Pirate Bay peinzen er niet over om op verzoek van rechthebbenden torrent-links van gebruikers te verwijderen. Mininova daarentegen voldoet altijd aan terechte notice and takedown verzoeken, tot tevredenheid van rechthebbenden die gebruik maken van het systeem **[producties 7 & 26]**. Het betreft hier grote partijen zoals Microsoft, ABC en EMI, die voltallige afdelingen hebben ingericht voor het handhaven van online rechten.
19. Mininova heeft onderzoek gedaan naar het percentage torrent-links ten aanzien waarvan zij een notice and takedown verzoek heeft ontvangen. Dit onderzoek is uitgevoerd door het aantal torrent-links ten aanzien waarvan een verwijder-verzoek is ontvangen, te delen door het totale aantal torrent-links dat op het platform aanwezig is. Hieruit blijkt dat Mininova voor 93,9 % van alle torrent-links op het platform nooit een verzoek heeft gekregen om deze te verwijderen. Ook hieruit blijkt dat het door Brein aangevoerde percentage torrent-links dat zou verwijzen naar onrechtmatige informatie, niet juist kan zijn. Als dat wel zou kloppen, zouden de afdelingen van al die rechthebbenden – en



zoals gezegd zijn dat niet de minsten - die gebruik maken van het systeem natuurlijk wel meer verzoeken indienen.

### **Infohash filter voor Brein**

20. Het notice and takedown systeem is echter niet de enige maatregel die Mininova heeft genomen, ondanks het feit dat Brein dit hardnekkig beweert (o.a. alinea 40 Dv). Mininova heeft ook een filter ontworpen waarmee wordt voorkomen dat verwijderde torrent-links weer op het platform worden geplaatst (zie ook alinea's 37-57 CvA en 34-40 CvD).
21. Ik laat u graag aan de hand van **productie 23** zien hoe dit filter werkt. Door middel van het filter worden torrent-links die Brein wil verwijderen in drie stappen verwijderd en geblokkeerd. Brein kan op drie verschillende, eenvoudige manieren aangeven welke torrent-links zij van de website wil verwijderen (stap 1).
  - Door op een speciale pagina van de torrent-link het knopje "report infringing content" aan te klikken;
  - Door te zoeken naar torrent-links door middel van een trefwoord en in de zoekresultaten de torrent-links die zij verwijderd wil hebben, aan te vinken;
  - Door per e-mail een lijst van torrent-links aan Mininova te sturen.
22. Vervolgens identificeert Mininova aan de hand van de door Brein opgegeven links de bijbehorende *infohashes* (stap 2). Aan de hand van de infohash kan het filter een bepaalde torrent-link herkennen (zie ook alinea's 39-40 CvA).
23. De infohashes van de door Brein opgegeven torrent-links worden vervolgens door Mininova in de databank van het filter geplaatst. Zodra dat is gebeurd, zijn de gemelde torrent-links van het platform verwijderd en kunnen zij niet meer op het platform worden geplaatst. Het enige bezwaar van Brein tegen het notice and takedown systeem, wordt hierdoor volledig opgelost.
24. Brein doet het voorkomen alsof het aanleveren van informatie voor het vullen van de databank een enorm ingewikkelde exercitie voor haar zou zijn. Uit het voorgaande blijkt dat dit allerminst het geval is. Brein hoeft alleen maar aan te geven wat zij verwijderd wil hebben. Alle andere stappen worden door Mininova uitgevoerd en bekostigd. Het enige

dat Mininova niet *kan* doen, is stap 1 van Brein overnemen (zie ook 49-52 & 55 CvA, 6 & 40 CvD). Brein is gezien haar statuten bovendien opgericht juist met het doel deze taak uit te voeren. Mocht Brein weigeren deze handeling zelf uit te voeren, dan kan zij daar bovendien een gespecialiseerde derde partij voor inhuren, zoals gebruikelijk is binnen de branche. Ook voor dergelijke partijen is het echter noodzakelijk dat de rechthebbende, of in dit geval Brein, de noodzakelijke informatie aanlevert.

### ***Filtering trial MPA***

25. Ten derde werkt Mininova samen met de Motion Picture Association, de “MPA”. De MPA behartigt de belangen van de film- en televisie industrie. Alle grote filmstudio’s zijn aangesloten bij de MPA; Walt Disney, Paramount Pictures, Sony, Twentieth Century Fox, Universal en Warner Brothers. De MPA is op haar beurt weer aangesloten bij Brein en vormt op basis van een voorzichtige schatting 80% van de bij Brein aangesloten film- en t.v. industrie. Brein is dus verantwoordelijk voor de handhaving van de rechten van de MPA-leden. De belangen van de film- en tv-industrie vormen, naast die van de muziekindustrie, één van de twee belangrijkste belangen die Brein behartigt.
26. Mininova en de MPA hebben samen een filter ontwikkeld, waarmee op dit moment een test plaatsvindt (de “Filtering Trial”) [**productie 24**]. Partijen zijn vanwege het test karakter overeengekomen bepaalde informatie over de Filtering Trial vertrouwelijk te behandelen. Het filter werkt in grote lijnen als volgt. Een gespecialiseerde, onafhankelijke, door de MPA ingeschakelde en betaalde partij onderzoekt op basis van informatie van de MPA of bepaalde torrent-links op het platform verwijzen naar bestanden die inbreuk maken op de rechten van MPA-leden. Dat doet deze partij door bestanden waarnaar wordt verwezen door door de MPA en derde partij als “verdacht” aangemerkte torrent-links, te downloaden om te controleren of er daadwerkelijk sprake is van een inbreukmakend bestand. Indien dat het geval is, wordt de torrent die daarnaar verwijst ofwel niet op het platform toegelaten, ofwel verwijderd en geblokkeerd indien deze reeds op het platform stond.
27. Er zijn veel overeenkomsten tussen het filter dat Mininova aan Brein heeft aangeboden en het MPA filter: beide filters werken op basis van infohashes en beide filters bieden de mogelijkheid om zowel al aanwezige torrent-links te verwijderen als om toekomstige torrent-links te blokkeren. Het enige verschil is dat de MPA, anders dan Brein, *niet*

weigert de noodzakelijke informatie aan te leveren. Mininova heeft Brein aangeboden mee te doen met de Filtering Trial met de MPA, zodat zij de werking ervan zelf zou kunnen beoordelen. Van deze mogelijkheid heeft Brein echter geen gebruik gemaakt.

28. De Filtering Trial met de MPA is een succes. Dat blijkt ook uit nieuwsberichten op internet:

*“Those hunting for the latest episodes of Lost, Heroes and Prison Break on Mininova may have already noticed that they are hard to find. With the recently implemented copyright filter, many of the popular TV-show releases and blockbuster movies have been removed and put on a ban list.”<sup>4</sup>*

29. Het blijkt ook uit de voorlopige resultaten van de trial die door de derde partij en Mininova zijn gegeneerd. 90% van bij de trial betrokken links die voldeden aan de aangeleverde criteria, is al in een eerste stap van de Trial verwijderd. De links die wel zijn blijven staan, betreffen zogenaamde false positives (links die leken te verwijzen naar onrechtmatige bestanden maar dat niet bleken te doen toen deze door de derde partij werden gecontroleerd).

### **Kosten Mininova & schade Brein**

30. De maatregelen ten behoeve van de rechthebbenden kosten Mininova veel tijd en geld.
31. Zo heeft het afhandelen van notice and takedown verzoeken Mininova al meer dan € 250.000 gekost. Mininova heeft tot op heden 155.876 verzoeken ontvangen. Al deze verzoeken moeten worden beoordeeld. Vervolgens moet de betreffende torrent-link worden verwijderd en moet de verzoeker een bericht terug ontvangen. Voor de berekening van de kosten is uitgegaan van 1 minuut per gemelde link voor de afhandeling van al deze aspecten. Dat betekent dat tot nu toe 2597 manuren van € 100,- per uur zijn besteed aan het afhandelen van notice and takedown verzoeken.
32. Over het infohash filter voor Brein hebben Mininova en Brein van juli 2006 tot oktober 2007 gesproken. In juli/augustus 2007 verkeerde Mininova in de veronderstelling dat partijen het eens waren en dat met een test begonnen zou worden. In oktober 2007 besloot Brein echter abrupt om voor Mininova nog steeds onverklaarbare redenen niet meer mee te willen werken (zie ook alinea's 37-57 CvA en **[producties 12-20]**). Dat

---

<sup>4</sup> <http://torrentfreak.com/popular-torrents-start-to-disappear-from-mininova-090511/> .

Brein de door Mininova aangeboden maatregel ineens niet meer zag zitten, kan niet anders dan om strategische redenen zijn geweest.

33. Mininova heeft minimaal een week gewerkt aan ontwerp van het filter en nog eens 40 uur aan een eerste concept implementatie voor de verwachte test daarvan. Nog los van de gesprekken met Brein heeft dit filter Mininova dus minimaal 80 manuren gekost, hetgeen neerkomt op een bedrag van € 8000,-. Als het filter in werking treedt ontstaat er een structurele kostenpost voor werkzaamheden in verband met het filter. Hoe groot die kostenpost zal zijn, hangt af van het aantal torrent-links dat Brein wenst te verwijderen en blokkeren.
34. Ten aanzien van de filtering trial met de MPA geldt dat partijen hierover twee maanden hebben gesproken en dat ook kosten voor juridische bijstand zijn gemaakt. In de beginfase heeft de trial Mininova zeer veel tijd gekost, omdat de systemen van de derde partij moesten aansluiten op die van Mininova. Afgezien van de juridische kosten is zeker 200 uur besteed aan planning (het technisch ontwerp, doorspreken concept implementaties enz.) en 100 uur aan implementatie. Het testen van het filter voor het beginnen van de trial heeft ook een volle week gekost. De uitvoering van de filter trial kost Mininova gemiddeld 15 uur per week. In totaal vormt dit een kostenpost van ongeveer € 48.000,-, nog los van de juridische kosten.
35. Mininova maakt dus aanzienlijke kosten om rechthebbenden behulpzaam zijn bij het bestrijden van inbreuken op hun rechten. De inkomsten van Mininova uit het platform – die zoals in alinea 26 CvA is aangegeven door Brein schromelijk worden overdreven - worden dan ook voor een substantieel deel besteed aan het nemen van maatregelen ten behoeve van rechthebbenden.
36. Daarnaast is van belang dat Mininova betwist dat de bij Brein aangesloten rechthebbenden schade lijden. Brein heeft geen enkel bewijs overgelegd van dergelijke schade, zij heeft volstaan met te stellen dat dit het geval is. Uit een recent rapport van het Instituut voor Informatierecht dat in opdracht van de ministeries van Justitie, Economische Zaken en OC&W is opgesteld, blijkt dat onbetaald downloaden hand in hand gaat met kopen en dat de economische effecten van file sharing op de Nederlandse economie op korte en lange termijn sterk positief zijn **[productie 28]**. Het

rapport geeft aan dat er een netto positief welvaarteffect is van 100 miljoen euro per jaar.<sup>5</sup> Ook blijkt uit het rapport duidelijk dat het feit dat iemand iets downloadt, niet betekent dat hij daardoor minder koopt:

*“Downloaden gaat hand in hand met kopen. Consumenten die downloaden, onderhouden vaak een nauwe relatie met muziek, film of games; het is een belangrijk onderdeel van hun alledaagse leven. Daar maakt downloaden onderdeel van uit, maar ook kopen. Onder downloaders van muziek en film is het percentage kopers even groot als onder niet-downloaders, bij games is het percentage kopers zelfs hoger. Muziekdownloaders gaan bovendien vaker naar concerten en kopen vaker merchandiseartikelen. Downloaders van games kopen jaarlijks meer games dan gamers die nooit downloaden en downloaders van films kopen gemiddeld meer dvd’s dan niet-downloaders. Het merendeel van de downloaders geeft aan het koopgedrag niet te zullen veranderen wanneer downloaden onmogelijk zou worden.”* [onderstreping adv.]

#### WAT WIL BREIN DAT MININOVA DOET?

37. Vooropgesteld zij dat Brein slechts eenmaal gebruik heeft gemaakt van de notice and takedown procedure van Mininova en dat de torrent-links waarvan toen melding is gemaakt, door Mininova zijn verwijderd. Brein klaagt louter over het feit dat sprake zou zijn van “recidive”; nadat een link is verwijderd, kan hij opnieuw op het platform worden geplaatst. Mininova moet daarom van Brein meer maatregelen nemen. Mininova doet dat, maar Brein wil niet meewerken. Verder blijkt dat Brein zich stoort aan het feit dat haar statutaire doel, te weten het handhaven van rechten, haar tijd en moeite kost. Ondertussen past zij haar wensen voortdurend aan en is het Mininova nog steeds niet duidelijk wat Brein nu eigenlijk wil. Dat maakt het procederen tegen Brein niet eenvoudig.
38. De eis van Brein is dat Mininova “Preventieve Maatregelen” neemt. Tijdens de besprekingen die partijen in 2006 en 2007 hebben gevoerd, heeft Mininova Brein als preventieve maatregel het infohash filter aangeboden. Daar was Brein in geïnteresseerd [**productie 17**]. Net toen een en ander zou beginnen, besloot Brein echter dat infohash filteren geen goede methode was en dat Brein de benodigde informatie niet wilde verstrekken. Mininova vraagt zich nog steeds af waarom Brein niet wil meewerken aan het filter of in ieder geval een test daarmee.

---

<sup>5</sup> Onderzoek TNO, SEO Economisch Onderzoek en Instituut voor Informatierecht (IViR) in opdracht van Ministeries van OCW, EZ en Justitie ‘Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van filesharing voor muziek, film en games’,

39. In haar brief aan de rechtbank van 29 augustus 2008 geeft Brein echter aan dat het geschil tussen partijen met de werking van infohash filteren niets van doen heeft en dat het louter gaat om de vraag wie de benodigde informatie moet aanleveren. Blijkbaar ziet Brein dus wel in dat infohash filteren een goede “preventieve maatregel” is. Aan het ontworpen filter of de Trial wil zij echter nog steeds niet meewerken.
40. In de CvR neemt Brein een hiermee strijdig standpunt in. Mininova moet “echte” preventieve maatregelen nemen, net als bijvoorbeeld YouTube dat zou doen (46 CvR). Wat Brein bedoelt met “echte” preventieve maatregelen is niet duidelijk. Mininova heeft Brein immers twee “echte” preventieve maatregelen aangeboden: het infohash filter en het filter dat in samenwerking met de MPA is ontwikkeld. Beide filters voorkomen dat gemelde torrent-links op het platform kunnen worden geplaatst en zijn dus preventief. Dat blijkt ook wel uit de volgende melding die gebruikers als gevolg van de Filtering Trial krijgen als zij een torrent-link op het platform willen plaatsen:

*"Your torrent has been uploaded successfully. It will not appear immediately on the site, as the content will be downloaded first by a third party to check for infringing content. If the content is found to be non-infringing, the torrent will be posted on the site right away."*

41. Frappant is bovendien dat het door Brein bepleitte YouTube filter in wezen op dezelfde manier werkt als de twee filters die Mininova aan Brein heeft aangeboden. Rechthebbenden geven aan wat zij niet op het platform willen hebben, YouTube eigenaar Google zorgt dat het filter deze informatie tegenhoudt.
42. Het lijkt overigens alsof Brein haar wensen inmiddels alweer heeft aangepast. Bij haar producties heeft zij een in het kader van de procedure tot dan toe niet bekende lijst overgelegd van “keywords” waarop blijkbaar gefilterd zou moeten worden [**productie 1 bij pleidooi zijdens Brein**]. In eerdere stukken is al aangegeven dat filteren op keywords niet werkt, omdat hiermee grote hoeveelheden “false positives” worden gegenereerd. Dat betekent dat ook torrent-links die naar volstrekt rechtmatige informatie verwijzen, worden geblokkeerd.
43. **Als productie 27** heeft Mininova een voorbeeld overgelegd van de torrent-links die zouden worden geblokkeerd als op het door Brein opgegeven trefwoord “office” wordt

gefilterd. Dat zijn 92 links naar bestanden met “Open Office” namen, een vrij te verspreiden open source oplossing voor een computerprogramma. Om de rechtbank niet te vermoeden met papierwerk heeft Mininova deze productie slechts van één trefwoord overgelegd. U kunt zich echter wel voorstellen wat er gebeurt als links met trefwoorden op de Brein lijst als “life”, “taken” en “contract” bevatten, worden geblokkeerd.

44. Ook uit de filtering trial blijkt dat filteren op louter keywords ervoor zou zorgen dat er veel torrent-links worden geblokkeerd die naar rechtmatige content verwijzen. Zelfs met de sterke pre-filter criteria die door de MPA worden gehanteerd, werden er false positives gegenereerd. Door de volledige check die de derde partij vervolgens heeft verricht, zijn deze links weer op het platform geplaatst.
45. Het door Brein als **productie 3 bij het pleidooi zijdens Brein** overgelegde artikel over filteren van Christina Angelopoulos, biedt geen grond voor de stelling van Brein dat op keywords zou moeten worden gefilterd. In het artikel wordt nota bene verwezen naar een recente aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa waaruit blijkt dat keyword filtering wegens voornoemde eigenschappen *geen* goede methode is.<sup>6</sup>

*“Keyword blocking is a method whereby the text of websites and other Internet content is compared against a list of undesirable words. If an undesirable word is identified, the filter will either remove the word or block the offending page altogether. The problem with keyword blocking is that it often leads to “overprotection”. (...) This so-called “over-blocking” raises concerns and can challenge the right to freedom of expression and information.” [onderstreping adv.]*

46. Bovendien kan een filter op basis van keywords zeer makkelijk worden omzeild, zoals ook blijkt uit het als **productie 18 bij de dagvaarding zijdens Brein** overgelegde artikel. Een bewaar dat niet bestaat bij infohash filteren.
47. Als **productie 2 bij pleidooi zijdens Brein** heeft Brein een schikkingsovereenkomst overgelegd tussen de Eredivisie N.V. en een achttiental voetbalclubs enerzijds (hierna “Eredivisie”) en Myp2p B.V. en Myp2p Holding B.V. (hierna “Myp2p”) anderzijds. Het gaat hier blijkbaar om een schikkingsovereenkomst naar aanleiding van een ex parte

---

<sup>6 6</sup> Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters. Te vinden op <

bevel tegen Myp2p. Het is Mininova niet duidelijk wat deze overeenkomst met de onderhavige zaak van doen heeft, nu het hier om twee partijen gaat die niets met deze procedure te maken hebben en er ook geen sprake is van een ex parte bevel. Bovendien heeft Mininova Brein al meerdere keren preventieve filtermogelijkheden aangeboden.

48. De website van MyP2P is niet te vergelijken met het platform van Mininova. Het gaat hier om een zeer specialistische website met louter hyperlinks naar live beeldmateriaal van bepaalde voetbalwedstrijden. In een schikkingsovereenkomst zijn partijen blijkbaar overeen gekomen dat Myp2p zou filteren op door de Eredivisie aangeleverde keywords. Myp2p zag zich daar echter niet toe verplicht, zo blijkt uit overweging I van de overeenkomst en kan voor het filteren uiteenlopende, voor Mininova onbekende redenen hebben gehad. Uit de overeenkomst kunnen dan ook evident geen verplichtingen voor Mininova worden afgeleid. De bezwaren tegen keyword filtering op het platform van Mininova worden hier ook niet door weggenomen.
49. Gezien het voorgaande is het Mininova niet duidelijk waarom Brein niet wil meewerken aan de door Mininova aangeboden preventieve maatregelen, mede gezien het feit dat een substantieel deel van bij haar zelf aangesloten rechthebbenden, de Amerikaanse film- en televisie industrie, dat wel wil. In de pers blijft Brein verder maar suggereren dat Mininova niet tot meer bereid zou zijn dan het hanteren van een notice and takedown systeem. Ook suggereert Brein dat Mininova dit alles alleen maar doet met het doel te kunnen zeggen dat filteren niet werkt.<sup>7</sup> Afgezien van het feit dat uit het voorgaande al is gebleken dat het filter wel werkt, is het ook volstrekt onduidelijk wat Mininova ermee op zou schieten om veel geld en tijd te investeren in dit project, alleen maar om te kunnen zeggen dat het niet werkt. Om nog maar te zwijgen over de bij Brein zelf aangesloten film- en televisie industrie, die ook in het project heeft geïnvesteerd.
50. Ondanks dat dit inmiddels meer dan duidelijk mag zijn, merk ik hierbij namens Mininova daarom nogmaals op dat het aanbod om gebruik te maken van de ontworpen filters nog

---

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=259375&SecMode=1&DocId=1231882&Usage=2>.

<sup>7</sup><http://3voor12.vpro.nl/artikelen/artikel/41936315>;

[http://www.telegraaf.nl/digitaal/3868172/Mininova gaat videocontent filteren .html](http://www.telegraaf.nl/digitaal/3868172/Mininova_gaat_videocontent_filteren_.html).



steeds staat en dat Mininova ook graag bereid is zich hiertoe te verbinden op grond van een overeenkomst.

## JURIDISCH KADER

### INLEIDING

51. In de CvA en de CvD is al uitgebreid aangegeven dat de vorderingen van Brein geen juridische grondslag hebben. Ik verwijs naar alinea's 58-133 CvA en alinea's 41-86 CvD. Ik wil daar nog het volgende aan toevoegen.

### BREIN MOET DE INFORMATIE VOOR HET FILTER AANLEVEREN

52. Het onderhavige geschil gaat uiteindelijk om de vraag *wie* de benodigde informatie voor het infohash filter danwel het in samenwerking met de MPA ontwikkelde filter moet aanleveren. Mininova meent immers dat zij met haar notice and takedown systeem, het voor Brein ontworpen filter en het met de MPA ontworpen filter voldoende maatregelen neemt en dat het op de weg van Brein ligt gebruik te maken van deze maatregelen door de noodzakelijke informatie aan te leveren. Brein heeft geen enkele juridische grond aangevoerd ter onderbouwing van haar stelling dat deze plicht op Mininova rust. In de eerdere stukken heeft Mininova wel uitgebreid aangegeven dat Brein de partij is die de informatie moet aanleveren en dat dit voor Mininova simpelweg niet mogelijk is, zij heeft die informatie immers niet (o.m. 99-101 & 107-108 CvA & 77-86 CvD). Daar kan nog het volgende aan worden toegevoegd.

### ***Primaat handhaving rechten ligt bij rechthebbenden***

53. Ten eerste ligt het primaat van de handhaving van intellectuele eigendomsrechten bij de rechthebbende. Dat is het uitgangspunt van het recht van intellectuele eigendom. Het blijkt ook duidelijk ook het vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad in de zaak *Marktplaats / Stokke [productie 21]*. Hierin is expliciet overwogen dat het niet voor de hand ligt dat advertentiewebsite Marktplaats de in beginsel in de risicosfeer van Stokke liggende kosten voor handhaving van de intellectuele eigendomsrechten van Stokke, overneemt.

*“Stokke c.s. hebben er groot belang bij om op te treden tegen inbreuken op hun intellectuele eigendomsrechten. De daarmee gemoeide kosten kunnen ze in beginsel, als schade, verhalen op degenen die inbreuk maken op hun rechten. Marktplaats heeft hooguit een afgeleid belang bij het tegengaan van inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten van Stokke c.s. De kosten daarvan kan zij niet verhalen. Het ligt dan ook niet voor de hand dat Marktplaats deze – in beginsel in de risicosfeer van Stokke c.s. liggende – kosten van Stokke c.s. overneemt.” [onderstreping adv].*

54. Het is ook gebruikelijk in de branche dat rechthebbenden de noodzakelijke informatie aanleveren voor de maatregelen die internet tussenpersonen nemen om behulpzaam te zijn bij het bestrijden van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. Dat blijkt onder meer uit de werking van het al eerder besproken YouTube filter en het filter dat Mininova in samenwerking met de MPA heeft ontwikkeld.
55. Brein beschikt, net als de MPA, over de noodzakelijke gegevens aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een bepaalde torrent-link verwijst naar inbreukmakende informatie. Uit de bespreking van **productie 23** is al gebleken dat Mininova Brein de mogelijkheid biedt om van deze links op zeer eenvoudige wijze melding te maken bij Mininova. Dat is de **enige** stap die Mininova niet van Brein kan overnemen en dat kan en mag ook niet van Mininova worden verwacht. Het is Breins *statutaire* taak om de rechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden te handhaven.

### ***Plicht om schade te beperken***

56. Ten tweede stelt Brein dat de bij haar aangesloten rechthebbenden schade lijden als gevolg van de uitwisseling van bestanden via het BitTorrent netwerk. Op deze beweerdelijke schade ben ik hiervoor al ingaan, deze is er naar mening van Mininova niet, althans deze is in ieder geval niet aangetoond. Voorzover echter sprake zou zijn van schade, geldt dat Brein zelf verplicht is om deze te beperken. Zij kan niet achterover leunen terwijl de beweerdelijke schade volgens haar steeds verder oploopt en weigeren om aan welke oplossing dan ook mee te werken om een derde partij als Mininova hiervoor vervolgens aansprakelijk te stellen.
57. Ook uit de literatuur blijkt dat het niet nemen van schadebeperkende maatregelen aan de benadeelde kan worden toegerekend indien het nemen van zodanige maatregelen in redelijkheid van hem kan worden gevergd. In gevallen waarin beperking van de schade

door de “dader” veel ingrijpender en belastender maatregelen vergt dan beperking door de benadeelde, is het onredelijk om van de dader maatregelen te verwachten.<sup>8</sup>

58. In dit geval is Mininova niet eens als “dader” aan te merken. Ondanks het feit dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de beweerdelijke schade heeft zij wel vrijwillig meerdere maatregelen genomen om deze te beperken en investeert zij hier aanzienlijk in. Het aanleveren van de informatie is voor Mininova echter onmogelijk en voorzover het wel mogelijk zou zijn, vele malen ingrijpender en belastender dan voor Brein.

### **Substantiëringsplicht**

59. Ten derde is Brein verplicht haar eis te substantiëren. Brein eist dat Mininova preventieve maatregelen neemt die ervoor zorgen dat bepaalde links niet meer op het platform kunnen worden geplaatst. Dat heeft Mininova gedaan. Brein moet dan echter wel substantiëren *welke* links van het platform moeten worden geweerd, maar dat weigert zij. Dit terwijl een groot deel van de bij Brein aangesloten rechthebbenden hier wel aan meewerkt. Hierdoor voldoet Brein niet aan haar substantiëringsplicht, zoals ook blijkt uit het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden in de zaak *Tecair / Tebel*. Hierin wees de rechtbank de vorderingen van Tebel af, omdat zij niet voldoende had gesubstantieerd waarop deze zagen.

*“Zij heeft bij akte weliswaar haar vordering beperkt tot tekeningen en producten welke uitsluitend betrekking hebben op “rolling stock”, doch daarmee is nog steeds niet gebleken welke tekeningen e.d. dit exact betreft. Nu niet duidelijk is op welke tekeningen e.d. de vordering van IFE-Tebel nu exact ziet, kan de vordering op dit punt niet worden toegewezen, reeds vanwege de enkele omstandigheid dat de vordering hiervoor onvoldoende bepaald is.”*<sup>9</sup> [onderstreping adv]

### **Richtlijn elektronische handel**

60. Ten vierde zou het verplichten van Mininova tot het aanleveren van de noodzakelijke informatie voor een filter in strijd zijn de criteria van artikel 14 van de Richtlijn, waarop ik later nog zal terugkomen, alsmede met artikel 15 van de Richtlijn **[productie 1]**. In dat artikel is immers uitdrukkelijk bepaald dat dienstverleners als Mininova geen algemene toezichtverplichting kan worden opgelegd. Evenmin mogen lidstaten een verplichting opleggen om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige

---

<sup>8</sup> A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Deventer: Kluwer 2003, p. 320 & p. 124.

<sup>9</sup> Rb. Leeuwarden 11 juni 2008, HA ZA 06-328 (*Tecair/Tebel*).

activiteiten duiden. Het belang van deze bepaling is evident: een dergelijke verplichting zou een disproportionele belasting van een tussenpersoon met zich meebrengen. De Europese Commissie verwoordt het belang van de bepaling als volgt.

*“Article 15 prevents Member States from imposing on internet intermediaries, with respect to activities covered by Articles 12-14, a general obligation to monitor the information which they transmit or store or a general obligation to actively seek out facts or circumstances indicating illegal activities. This is important, as general monitoring of millions of sites and web pages would, in practical terms, be impossible and would result in disproportionate burdens on intermediaries and higher costs of access to basic services for users.”<sup>10</sup>*

61. Het Nederlandse recht kent een dergelijke algemene toezichtverplichting dan ook niet.<sup>11</sup> Dat is ook de reden waarom minister Donner bezwaar had tegen een voorgesteld amendement van de CDA-fractie waarmee tussenpersonen werden verplicht aangifte te doen van gevallen van kinderporno en discriminatie, indien deze daarvan kennis dragen.<sup>12</sup> Donner merkte tijdens de mondelinge behandeling op dat een dergelijke aangifteverplichting neer zou komen op een verplichting op toezien, hetgeen strijdig is met artikel 15 lid 1 van de Richtlijn.<sup>13</sup>

### **Vrijheid van meningsuiting**

62. Ten vierde heeft Het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in het arrest Magill bepaald dat het auteursrecht is blootgesteld aan exogene toetsing. Dat geldt ook voor de uitingsvrijheid. Deze grondrechtelijke uitingsvrijheid is vastgelegd in artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 van het EVRM. Artikel 10 EVRM beschermt *“de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen.”*
63. Het artikel beschermt dus niet alleen meningen, inlichtingen en denkbeelden, maar ook expliciet de ontvangst<sup>14</sup> en doorgifte daarvan. Artikel 10 EVRM is ook van toepassing op de *middelen* die de doorgifte en ontvangst van informatie bewerkstellingen.<sup>15</sup> De garingsvrijheid is onderdeel van de ontvangstvrijheid.<sup>16</sup> Het behelst het recht om

---

<sup>10</sup> Rapport, p. 16.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II 2001/02*, 28 197, nr. 3, p. 27.

<sup>12</sup> *Kamerstukken II 2003-2004*, 28 197, nr. 13.

<sup>13</sup> Mondelinge behandeling d.d. 25 september 2003, p. 6-236. Zie ook *Kamerstukken II 2001/02*, 28 197, nr. 3, p. 27-28.

<sup>14</sup> EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times*).

<sup>15</sup> EHRM 22 mei 1990, NJ 1991, 740 (*Autronic*), overweging 44.

<sup>16</sup> J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, p. 142; L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele*

informatie op te sporen en het recht om toegankelijke informatie te verzamelen.<sup>17</sup> Het platform van Mininova waarop links naar allerlei informatie worden opgeslagen door gebruikers, valt als garingsmiddel onder de bescherming van artikel 10 EVRM.

64. Het verplichten van Mininova tot het aanleveren van de noodzakelijke informatie voor het filteren, zou een ongeoorloofde beperking op de uitingsvrijheid opleveren. Dat geldt vanzelfsprekend ook voor een verplichting het platform offline te halen. Voor de beoordeling of sprake is van een (on)geoorloofde inbreuk op artikel 10 moet bekeken worden of het verbod een beperking op artikel 10 EVRM inhoudt, of deze beperking is voorzien bij wet, of deze beantwoordt aan een legitiem doel en of deze noodzakelijk is in een democratische samenleving.
65. Dat sprake zou zijn van een beperking mag wel duidelijk zijn. Zoals eerder aangehaald, heeft het EHRM in de Autronic-zaak overwogen dat elke beperking op de middelen om informatie door te geven of te ontvangen, noodzakelijkerwijs ook een beperking inhoudt op de vrijheid zelf. Ook een zijdelingse inmenging levert een beperking op de vrijheid van meningsuiting op, zo overwoog de Hoge Raad in het Antelecom-arrest.<sup>18</sup> Het feit dat torrent-links ook via andere wegen bereikbaar zijn, doet daar niet aan af, zo volgt uit dit arrest.

*“Het enkel voorhanden zijn van een alternatief ontnemt aan het storen niet het karakter van een beperking van de door art. 10 EVRM gewaarborgde vrijheid. Geïntimeerden worden daardoor immers belemmerd in de wijze waarop zij die vrijheid wensen uit te oefenen.”*

66. Een beperking op de vrijheid van meningsuiting moet, wil deze gerechtvaardigd zijn, noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (artikel 10 lid 2 EVRM). Deze noodzakelijkheid moet volgens de Barthold-uitspraak overtuigend worden gesteld.<sup>19</sup> Dit betekent dat niet moet worden bekeken of er voor het verbod een klemmende reden van publiek belang is, maar of er voor de beperking op de vrijheid van meningsuiting een

---

*bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002, p. 113; *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1975, p. 74; A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender* (Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.M. de Meij), Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 343.

<sup>17</sup> J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, p. 135.

<sup>18</sup> HR 26 januari 1999, *NJ* 1999, 716 (*Antelecom*), overweging 3.4.3 (HR) en 3.12 (Hof).

<sup>19</sup> EHRM 25 maart 1985, *NJ* 1987, 900 (*Barthold*), overweging 58.

*dringende noodzaak* bestaat.<sup>20</sup> Om aan dit vereiste te voldoen moet de beperking voorzien in een ‘pressing social need’ en proportioneel zijn. Daarvan is in casu geen sprake. De aan- of afwezigheid van torrent-links op het platform heeft geen enkel gevolg voor de aanwezigheid op internet van de informatie waarnaar de links verwijzen.

67. Het is voor Mininova bovendien onmogelijk om de noodzakelijk informatie aan te leveren. De verplichting hiertoe zou daarom ineffectief zijn. In de arresten *Spycatcher* en *Open Door Dublin*<sup>21</sup> heeft het EHRM de effectiviteit van een maatregel meegewogen bij het beoordelen van de noodzakelijkheid.
68. Het verplichten van Mininova tot aanlevering van de benodigde informatie is bovendien volstrekt disproportioneel, zoals eerder ook al is aangegeven (alineas 50-52 CvA & 127-132 CvD). Dat blijkt ook uit het Antenneverbod Leerdam-arrest van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.<sup>22</sup>
69. Voor de volledigheid haal ik hier ook nog eens het negatieve oordeel van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over keyword filtering aan, waarbij wordt aangegeven dat keyword filtering een gevaar voor de vrijheid van meningsuiting oplevert.<sup>23</sup>

*“Keyword blocking is a method whereby the text of websites and other Internet content is compared against a list of undesirable words. If an undesirable word is identified, the filter will either remove the word or block the offending page altogether. The problem with keyword blocking is that it often leads to “overprotection”. (...) This so-called “over-blocking” raises concerns and can challenge the right to freedom of expression and information.” [onderstreping adv.]*

70. Om deze reden is in overweging 46 van de Richtlijn ook duidelijk aangegeven dat de verwijdering van informatie op grond van artikel 14 door tussenpersonen steeds moet worden gedaan met inachtneming van de vrijheid van meningsuiting.

*“Wil de verlener van een dienst van de informatiemaatschappij die uit de opslag van informatie bestaat, in aanmerking komen voor een beperkte aansprakelijkheid, dan moet hij, zodra hij daadwerkelijk kennis heeft van onwettige activiteiten of dergelijke activiteiten gewaarwordt, prompt*

<sup>20</sup> G.A.I. Schuijt, ‘Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?’, *Informatierecht/AMI* 1990-5, p. 83-88.

<sup>21</sup> EHRM 26 november 1991, *NJ* 1992, 457 (*Spycatcher*); EHRM 29 oktober 1992, *NJ* 1993, 544 (*Open Door Dublin*), overweging 75, 76.

<sup>22</sup> Vgl ook ARRvS 10 oktober 1978 (*Antenneverbod Leerdam*).

<sup>23</sup> Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=259375&SecMode=1&DocId=1231882&Usage=2> >.

handelen om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. De verwijdering of het ontoegankelijk maken dient te geschieden met inachtneming van het beginsel van de vrijheid van meningsuiting en van daarvoor vastgestelde procedures op nationaal niveau. (...)  
[onderstreping adv.]

71. Omdat Mininova niet in staat is de benodigde informatie aan te leveren, zou zij geen andere optie hebben dan steeds overgaan tot het verwijderen van links of zelfs haar platform van internet te verwijderen, omdat zij anders het risico zou lopen daarvoor aansprakelijk te worden gehouden. Een dergelijke censuur is evident in strijd met artikel 7 Grondwet en artikel 10 EVRM.

#### GEEN AUTEURSRECHTINBREUK

72. Brein heeft zich in deze procedure primair op het standpunt gesteld dat Mininova inbreuk maakt op het auteursrecht van de bij haar aangesloten rechthebbenden, doordat zij beschermde informatie openbaar zou maken. Dat is apert onjuist. Het openbaarmakingsrecht is in artikel 12 van de Auteurswet ruim en open geformuleerd. In tegenstelling tot sommige andere jurisdicties, heeft de Nederlandse wetgever er indertijd voor gekozen niet een limitatieve opsomming van handelingen te geven die onder het recht begrepen moeten worden.
73. Ondanks dat het openbaarmakingsrecht ruim en open is geformuleerd, is het echter niet onbegrensd. Zonder relevante openbaarmakingshandeling is er geen sprake van een openbaarmaking in de zin van de Auteurswet. Hoe graag Brein ook mag willen dat het aanbieden van een platform voor torrent-links daaronder valt, daarvoor ontbreken simpelweg de vereiste handelingen. Dat is al uitgebreid aangegeven in alinea's 60-70 CvA & 44-52 CvD, waarnaar ik hier verwijs.
74. Ik wil graag daarnaast graag nog benadrukken dat überhaupt geen sprake kan zijn van een auteursrechtelijk relevante handeling door Mininova, omdat op het platform geen auteursrechtelijk beschermde informatie staat. De stelling dat Mininova inbreuk zou maken op het auteursrecht door het aanbieden van het platform is dan ook niet één, maar twee bruggen te ver. Gebruikers plaatsen immers alleen links naar informatie die elders is opgeslagen. Door Brein wordt niet betwist dat het plaatsen van een hyperlink geen inbreukmakende handeling is. Brein stelt enkel ten onrechte dat een torrent-link

niet kan worden vergeleken met een hyperlink. Nu wij hebben gezien dat dit wel degelijk hetzelfde is, gaan de stellingen van Brein dus eenvoudigweg niet op.

## BEPERKT AANSPRAKELIJKHEIDSREGIME RICHTLIJN

75. Indien en voorzover gebruikers van Mininova onrechtmatig handelen, dan geldt dat Mininova daarvoor niet aansprakelijk kan worden gehouden op grond van artikel 14 van de Richtlijn en 6:196c lid 4 BW. Mininova voldoet door het hanteren van haar notice and takedown systeem immers aan de voorwaarden die deze artikelen stellen voor vrijwaring van aansprakelijkheid. Bovendien heeft Mininova Brein ook nog de mogelijkheid tot preventief filteren geboden. Op grond van artikel 14 van de Richtlijn en 6:196c lid 4 BW moet Brein echter wel de daarvoor benodigde informatie aanleveren. Ik verwijs hiervoor naar alinea's 71-108 CvA & 53-68 CvD. Het blijkt ook uit de standaard jurisprudentie over dit onderwerp.

### ***Jurisprudentie Nederland***

76. Artikel 6:196c lid 4 BW wordt door de Nederlandse rechter veelvuldig toegepast. De criteria die in de Nederlandse rechtspraak zijn ontwikkeld ter beoordeling van de aansprakelijkheid van internet tussenpersonen op grond van 6:162 BW, komen daar in grote mate mee overeen. Ook zaken die werden beslist vóórdat artikel 6:196c BW van toepassing was, zijn derhalve relevant voor deze zaak.
77. De eerste en meest bekende zaak over de aansprakelijkheid van tussenpersonen, leidde tot de *Scientology*-uitspraak van de rechtbank Den Haag. Deze uitspraak is geweest voorafgaand aan de implementatie van de Richtlijn en betreft de vraag wat de zorgplicht is van aanbieders van opslagdiensten. In *Scientology* ging het om een vermeende auteursrechtinbreuk door een abonnee van een internetprovider. De rechtbank overwoog dat:

*"[...] de Service Provider die ervan in kennis wordt gesteld dat een gebruiker van zijn diensten op diens homepage auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, zelf onrechtmatig handelt als hij alsdan niet ingrijpt."*<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Rechtbank Den Haag 9 juni 1999, *AMI* 1999/7, p. 110 m.nt. Koelman (*Scientology/XS4ALL en Spaink*).



78. De rechtbank heeft zich bij het formuleren van deze voorwaarden laten leiden door de Richtlijn, die ten tijde van het vonnis al in concept gereed was. De *Scientology*-uitspraak is in de literatuur en rechtspraak met grote instemming besproken en de criteria zijn verworpen tot de heersende leer.<sup>25</sup>

79. In de *Indymedia*-zaak oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam in vergelijkbare zin. In deze zaak ging het om de vraag of Indymedia als eigenaar van een website gehouden was een hyperlink naar onrechtmatige informatie te verwijderen *nadat* zij in kennis was gesteld van de onrechtmatigheid daarvan door Deutsche Bahn. De voorzieningenrechter oordeelde dat dat inderdaad het geval is.

*“Aan de orde is derhalve thans de vraag of van Indymedia kan worden gevegd dat zij de hyperlinks, die leiden tot de onrechtmatige informatie, van de onder haar controle staande website(s), verwijderd. Voorshands wordt geoordeeld dat dit van Indymedia kan worden gevegd. Nu Indymedia via haar website gebruikers in staat stelt om informatie op internet te plaatsen, is zij evenals een Internet Service Provider, maar ook evengoed als bijvoorbeeld (de redactie van) een dagblad, in beginsel aansprakelijk voor de met haar bemiddeling geplaatste publicaties, zij het met de geëigende beperkingen. Aangezien Indymedia weet dat enkele op haar website geplaatste hyperlinks leiden tot de onder 1c genoemde door de rechter onrechtmatig geoordeelde artikelen, handelt zij, net als de Internet Service Provider of de krant, onrechtmatig jegens Deutsche Bahn door geen maatregelen te treffen om verspreiding van de onrechtmatige informatie te staken.”<sup>26</sup>*

80. In 2002 paste het Hof Amsterdam de ontwerpbeeping voor artikel 6:196c lid 4 BW toe in de zaak *Deutsche Bahn/XS4ALL*. Het Hof oordeelde dat XS4ALL op grond van deze ontwerpbeeping niet aansprakelijk was voor onrechtmatige informatie die afkomstig was van haar klanten, mits XS4ALL de betreffende informatie verwijderde zodra zij daarvan in kennis was gesteld. Nu XS4ALL de informatie niet na kennisgeving door Deutsche Bahn had verwijderd, had zij onrechtmatig gehandeld jegens Deutsche Bahn.

*“Partijen zijn het er terecht over eens dat een ISP niet onrechtmatig handelt of aansprakelijk is vanwege de enkele omstandigheid dat op een van haar websites informatie voorkomt die jegens een derde onrechtmatig is. Ingevolge artikel 14 van de EG-Richtlijn inzake elektronische handel (Richtlijn E-commerce, 2000/31/EG) is een ISP niet aansprakelijk als hij niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie, dan wel — zodra hij daarvan daadwerkelijk kennis heeft of beseft krijgt — prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Ook volgens het wetsvoorstel ter implementatie van de richtlijn (TK 2001-2002, 28 197) is gelet op het ontwerp van artikel 6:196c lid 4 BW degene die ‘host’-diensten verleent niet aansprakelijk, indien hij niet weet dat de activiteit of informatie een onrechtmatig karakter*

<sup>25</sup> Aldus A-G Verkade in zijn conclusie, Gerechtshof Den Haag 4 september 2003, NJ 2003, 664. Scientology heeft het cassatieberoep vervolgens ingetrokken.

<sup>26</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 20 juni 2002, *Mediaforum* 2002/9 (*Deutsche Bahn/Indymedia*).

heeft, dan wel zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt. (...)  
Vast staat dat XS4ALL, zoals zij behoorde te doen, onmiddellijk na ontvangst van de brief van 8 april 2002 kennis heeft genomen van de informatie op de websites.  
(...)

De inhoud van de artikelen was dan ook onmiskenbaar onrechtmatig jegens Deutsche Bahn en niet valt in te zien dat daaraan in redelijkheid kon worden getwijfeld. Evenmin valt in te zien welke nadere informatie Deutsche Bahn dienaangaande nog aan XS4ALL diende te verschaffen. Onder die omstandigheden diende XS4ALL de informatie prompt van de websites te verwijderen dan wel de toegang daartoe onmogelijk te maken. Door dat na te laten heeft zij in strijd met de haar betamende zorgvuldigheid en derhalve onrechtmatig jegens Deutsche Bahn gehandeld.<sup>27</sup>

81. Het Hof Amsterdam oordeelde in *Lycos / Pessers* - wederom op grond van de ontwerpbeplanning voor artikel 6:196c lid 4 BW – dat een hosting provider slechts verplicht is informatie van een afnemer van zijn dienst te verwijderen indien de betreffende informatie onmiskenbaar onrechtmatig is. Dit arrest is door de Hoge Raad bekrachtigd.

*“Ingevolge de ontwerpbeplanning van art. 6:196c lid 4 BW (wetsontwerp 28197) – welke ontwerpbeplanning dient ter implementatie van artikel 14 van de EG-richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel – is een service provider niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter of daarvan niet redelijkerwijs behoort te weten, dan wel – zodra hij daarvan weet of redelijkerwijs behoort te weten – prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt. Blijkens de memorie van toelichting bij deze ontwerpbeplanning is de enkele kennisgeving van een derde omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige informatie onvoldoende voor de conclusie dat de service provider weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatig karakter heeft; dat is echter anders wanneer aan de juistheid van de kennisgeving in redelijkheid niet getwijfeld kan worden, zoals wanneer de informatie op de website onmiskenbaar onrechtmatig is (TK 2001-2002, 28 197, nr. 3, blz. 49).”<sup>28</sup>*

82. De kantonrechter van de rechtbank Haarlem oordeelde in vergelijkbare zin met betrekking tot foto's die door internetgebruikers op de website Go2Web.nl waren geplaatst, op grond van het inmiddels in het BW geïmplementeerde artikel 6:196c lid 4.

*“Met betrekking tot de pagina's voor en door leden ligt de situatie anders. Ten aanzien van die pagina's fasciliteert [sic] Go2Web.nl enkel en heeft zij met de inhoud ervan niets te maken. Met betrekking tot die pagina's kan zij dan ook niet als openbaarmaker krachtens de auteurswet [sic] worden aangemerkt. Een aansprakelijkheid op grond van art. 6:196c of artikel 162 BW ontbreekt in dat kader ook omdat Go2Web.nl de foto onmiddellijk van de ledenpagina's heeft verwijderd.”<sup>29</sup>*

<sup>27</sup> Gerechtshof Amsterdam 7 november 2002, NJ 2003, 54 (*Deutsche Bahn / XS4ALL*).

<sup>28</sup> Gerechtshof Amsterdam 24 juni 2004, *Mediaforum* 2004, p. 360; HR 25 november 2005, *Mediaforum* 2006/1 (*Lycos / Pessers*).

<sup>29</sup> Kantonrechter Rechtbank Haarlem 29 juni 2005, LJV: AT8373 (*Go2Web.nl*).

83. Ten aanzien van de website CU2 oordeelde de kantonrechter van de rechtbank Den Haag dat CU2 niet aansprakelijk was voor de openbaarmaking van een schilderij door een gebruiker van de website:

*“Naar het oordeel van de kantonrechter is niet gebleken dat CU2 zich schuldig heeft gemaakt aan een onrechtmatige gedraging, of onrechtmatig nalaten, jegens [eiseres], omdat CU2 onmiddellijk na de melding van [eiseres], inhoudende dat de op haar auteursrecht inbreuk makende afbeelding op de website van CU2 was gezien, deze (link) heeft verwijderd. Gesteld noch gebleken is dat CU2 al langer op de hoogte was, of had kunnen zijn, van de plaatsing van de afbeelding van het schilderij van [eiseres] op de website [website 2], laat staan van het onrechtmatige karakter van die plaatsing. (...) Geen rechtsregel verplicht CU2 elke onrechtmatige gedraging van derden, waaronder haar klanten, bij voorbaat te voorkomen of onmogelijk te maken, wanneer dat in dit geval technisch al uitvoerbaar zou zijn.”<sup>30</sup>*

84. Ook in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam met betrekking tot de aansprakelijkheid van zoekmachine exploitant Google wordt deze lijn gevolgd. In deze zaak vorderde de eiseres dat Google bepaalde zoekresultaten zou verwijderen uit haar zoekindex. Google was niet gehouden de zoekresultaten te verwijderen, omdat deze niet onmiskenbaar onrechtmatig waren.

*“De zorgplicht van Google reikt niet zover dat zij aansprakelijk is voor de bereikbaarheid van die informatie van die ander, indien zij niet weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die informatie apert onrechtmatig is. In dit geval was het voor Google redelijkerwijs onmogelijk om tot de conclusie te komen dat de informatie niet correct was. De informatie is dan ook niet als onmiskenbaar onrechtmatig te beschouwen.”<sup>31</sup>*

85. In een zaak met betrekking tot een internetforum achtte de voorzieningenrechter te Amsterdam de beheerder van het forum niet aansprakelijk om na het verwijderen van foto's waarmee de auteursrechten van eiseressen werden geschonden nog aanvullende maatregelen te nemen. In deze zaak met betrekking tot de website Martijn.org had een bezoeker van het forum van de pedofilievereniging Martijn foto's van kinderen van de Koninklijke familie geplaatst. Na melding daarvan door de (advocaat van) de Koninklijke familie had de vereniging de foto's verwijderd. In kort geding eiste de Koninklijke familie vervolgens dat de vereniging pro-actief de website zou blijven monitoren om te beoordelen of inbreukmakende foto's worden geplaatst. Daartoe was Martijn volgens de voorzieningenrechter niet verplicht.

---

<sup>30</sup> Kantonrechter Rechtbank Den Haag 20 december 2006, LJN: BA7354 (CU2).

*“Het gaat te ver om van een eigenaar of beheerder van een website, dus ook van gedaagde, te verlangen dat zij op voorhand de op het forum te plaatsen stukken, of dit nu teksten zijn, foto’s of andere werken, op schending van auteursrechten van derden onderzoekt. Dat geldt ook voor de hier besproken foto, die zich niet onderscheidt van andere foto’s die met toestemming van de auteursrechthebbende, althans zonder diens bezwaar, gepubliceerd plegen te worden. Wel is de eigenaar of beheerder van een website gehouden op eerste aanmaning, zodra hem door mededeling van de auteursrechthebbende bekend wordt dat op zijn website een publicatie in strijd met een auteursrecht plaatsvindt, die publicatie op zijn website te beëindigen. Aan die verplichting heeft gedaagde, naar zij voldoende aannemelijk heeft gemaakt, voldaan.”<sup>32</sup>*

86. De voorzieningenrechter te Arnhem oordeelde dat Hyves en Speurders.nl, een social network platform en een advertentiewebsite, op grond van artikel 6:196c lid 4 BW niet aansprakelijk waren voor een bericht dat één van hun gebruikers op hun platforms had geplaatst. De onrechtmatigheid van het bericht stond niet vast en er was niet aangetoond dat Hyves en Speurders.nl van de onmiskenbare onrechtmatigheid van het bericht uit hadden moeten gaan.

*“Hierbij komt nog dat Hyves gezien het bepaalde in artikel 6:196c lid 4 BW niet aansprakelijk gehouden kan worden, omdat de onrechtmatigheid van het bericht niet vaststaat en niet is aangetoond dat Hyves van onmiskenbare onrechtmatigheid van het bericht zou moeten zijn uitgegaan.”<sup>33</sup>*

### **Jurisprudentie buitenland**

87. Brein heeft in haar eerdere stukken enkele buitenlandse uitspraken aangehaald. Daarmee schetst Brein echter een verkeerd beeld. Reden waarom ik kort zal stilstaan bij een aantal recente internationale uitspraken. Hieruit blijkt dat Mininova op grond van artikel 14 van de Richtlijn niet aansprakelijk is voor de eventuele inbreuken die door haar gebruikers worden gepleegd.
88. Zo oordeelde de Zweedse rechter over het BitTorrent platform van The Pirate Bay dat deze dienst in beginsel valt onder de vrijwaring van aansprakelijkheid van artikel 14 van de Richtlijn. Nu de Pirate Bay geen notice and takedown systeem hanteerde, voldeed zij echter niet aan de criteria voor vrijwaring van aansprakelijkheid.

*“The fact that the Pirate Bay offered a service where the user could upload and store torrent files on the website means, instead, that it is a matter of the type of storage service*

---

<sup>31</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 26 april 2007, *Mediaforum* 2007, nr. 23, p. 205, m.nt. Van Hoboken; *Computerrecht* 2007, nr. 115, p. 205 (*Google Zoekresultaten*).

<sup>32</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 1 november 2007, *Computerrecht* 2008/1, nr. 8 m.nt. Alberdingk Thijm, *Mediaforum* 2008, nr. 3, p. 34, m.nt. Koelman (*Willem Alexander c.s / Vereniging Martijn*).

<sup>33</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 10 januari 2008, LJN: BC2736 (*Speurders.nl*).

covered by the provisions of § 18 of the Electronic Commerce Act [de implementatie van artikel 14, adv.] (...) The case has demonstrated that the file sharing service The Pirate Bay was, inter alia, used to provide the opportunity to make available copyright-protected works. It must have been obvious to the defendants that the website contained torrent files which related to protected works. None of them did, however, take any action to remove the torrent files in question, despite being urged to do so. The prerequisites for freedom from liability under § 18 of the Electronic Commerce Act have, consequently, not been fulfilled.<sup>34</sup> [onderstreping adv.] [**productie 29**]

89. De Franse rechter overwoog onlangs dat artikel 14 van de Richtlijn van toepassing is op advertentie platform eBay en dat eBay aan haar verplichtingen voldoet door het hanteren van een notice and takedown systeem.<sup>35</sup>

*“Dit que pour leure activité de stockage et de mise en ligne des annonces d’offres en vente sur le site “ebay.fr”, les sociétés Ebay bénéficient de régime de responsabilité aménagé d’hébergeur prévu par l’article 6 -2 de la Loi pour la Confiance dans l’Economie Numérique [...] Dit que les sociétés Ebay ont, par la mise en oeuvre des moyens de lutte contre la contrefaçon sur leur plate-forme électronique du marché et déboute les sociétés du Groupe L’Oréal de leurs demandes fondées sur les articles 1382 et 1383 de code civil ; [...]”*

90. Hetzelfde geldt ten aanzien van recente uitspraken in Frankrijk over Dailymotion, een partij die haar gebruikers een platform biedt om video-materiaal op te slaan. Zowel het Tribunal de Grande Instance de Paris<sup>36</sup> als de Tribunal de Commerce de Paris<sup>37</sup> als het Cour d’Appel de Paris<sup>38</sup> oordeelden dat Dailymotion een opslagdienst verricht in de zin van artikel 14 van de Richtlijn, in Frankrijk geïmplementeerd in artikel 6-1-2 LCEN, en zodoende niet aansprakelijk is voor schending van auteursrecht door haar gebruikers. De relevante passages uit het arrest van het Cour d’Appel zijn hieronder aangehaald (onofficiële vertaling).

*“Overwegende dat op grond van deze ontwikkelingen wel moet worden geconcludeerd dat Daily Motion terecht aanspraak maakt op de status van technisch intermediair in de zin van artikel 6-1-2 LCEN [artikel 14 van de Richtlijn, adv.], dat het gewezen vonnis bekrachtigd dient te worden voor zover het haar deze status toekent”<sup>39</sup>*

91. Dat Dailymotion een bepaalde architectuur biedt waarbinnen gebruikers video-bestanden kunnen opslaan en bepaalde grenzen stelt aan de grootte van bestanden,

<sup>34</sup> Rb. Stockholm 17 april 2009, B 13301-06.

<sup>35</sup> Tribunal de Grande Instance Paris 13 mei 2009 ( L’Oréal / eBay).

<sup>36</sup> Tribunal de Grande Instance de Paris, 15 april 2008 (O.S., F.T., B.D., Korokoro, Cocojet / Dailymotion).

<sup>37</sup> Tribunal de Commerce de Paris, 27 april 2009 (Davis Films Productions, Davis Films, Metropolitan Filmexport, Nouvelles Éditions de Films / Dailymotion et Iguane Studio).

<sup>38</sup> Cour d’Appel de Paris, 6 mei 2009 (Dailymotion / M.C.C., Nord-Ouest Production, UGC Images)

<sup>39</sup> Cour d’Appel de Paris, 6 mei 2009 (Dailymotion / M.C.C., Nord-Ouest Production, UGC Images).

doet aan deze status volgens het Cour niet af. Hetzelfde geldt voor het feit dat er reclame-ruimte op de website wordt verkocht.

*“Overwegende echter dat, gezien het hierboven genoemde criterium, de opmerking van geïntimeerden dat de dienst, vanwege de door hem gebruikte architectuur, als webeditor zou optreden niet relevant is, omdat wel moet worden opgemerkt dat de hercodering waarmee wordt gezorgd voor de compatibiliteit van de video met de display-interface, en ook de formattering, die bedoeld is om de opnamecapaciteit van de server te optimaliseren door een grens te stellen aan de omvang van de geplaatste bestanden, technische handelingen zijn die bijdragen aan het wezen van de hosting-provider en die geenszins leiden tot een selectie door hem van de online geplaatste bestandsinhouden, dat het plaatsen van presentatiekaders en het ter beschikking stellen van instrumenten om de inhoud te classificeren alleen al gerechtvaardigd zijn door de noodzaak, ook weer in samenhang met de functie van technische dienstverlener, om de organisatie van de dienst te stroomlijnen en de toegang voor de Gebruiker te vergemakkelijken, zonder dat hem daarbij een keuze wordt opgedrongen met betrekking tot de inhoud die hij online wenst te zetten:*

*Overwegende dat, op grond van datzelfde criterium, de exploitatie van de site door de verkoop van reclameruimte, nu deze niet leidt tot de mogelijkheid voor de dienst om actie te ondernemen op de online geplaatste inhoud, evenmin van dien aard is dat de betreffende dienst als webeditor kan worden gekwalificeerd:*

*Dat het in dit verband van belang is om op te merken dat de LCEN bepaalt dat de hosting-dienst zelfs gratis kan worden aangeboden, in welk geval deze wel door reclame-inkomsten gefinancierd moet worden en dat de wet in elk geval niet bij voorbaat de commerciële exploitatie van een hosting-dienst door middel van reclame verbiedt.” [onderstreping adv.]*

92. Het Cour merkt voorts op dat een verlener van opslagdiensten pas aansprakelijk is voor de op verzoek opgeslagen informatie op het moment dat hij door middel van een melding die aan bepaalde vereisten voldoet, in kennis is gesteld van het onrechtmatige karakter daarvan en bovendien de desbetreffende informatie niet prompt verwijderd of de toegang ertoe onmogelijk maakt en dat Dailymotion op grond van artikel 15 van de Richtlijn geen monitorverplichting mag worden opgelegd. Zonder voldoende gespecificeerde kennisgeving met de concrete locatie van een bepaald onrechtmatig bestand op het platform, mag er volgens het Cour dan ook niet van worden uitgegaan dat sprake is van de vereiste kennis.

*“Dat daaruit volgt dat het betwiste vonnis dient te worden vernietigd voor zover het Daily Motion aansprakelijk stelt voor het online plaatsen van de omstreden inhoud omdat zij bij voorbaat al kennis had van de onrechtmatigheid daarvan en dat het van belang is om na te gaan of zij aansprakelijk is gesteld naar de maatstaf van de verplichtingen die verband houden met haar status van hosting-provider, door na te gaan of zij onmiddellijk actie heeft ondernomen zodra zij daadwerkelijk kennis van deze inhoud had gekregen”*

### **Rechterlijk verbod of bevel**

93. Brein lijkt zich op het standpunt te stellen dat hetgeen hiervoor is besproken niet afdoet aan de mogelijkheid van een rechterlijk verbod of bevel. Juist is dat artikel 14 lid 3 van de Richtlijn (en artikel 6:196c lid 5 BW) bepaalt dat de vrijwaring geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een rechtbank of administratieve autoriteit om verschillende soorten verbodsmaatregelen te treffen. Die maatregelen bestaan in het bijzonder in rechterlijke of administratieve uitspraken waarin de beëindiging of voorkoming van een inbreuk wordt bevolen. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om notice en takedown procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Artikel 14 lid 3 is niet in het oorspronkelijke noch in het gewijzigde voorstel van de Commissie terug te vinden. Artikel 14 heeft tot op vrijwel het laatste moment slechts uit twee leden bestaan. Toch werd de essentie van artikel 14 lid 3 al wel genoemd door de Commissie in haar oorspronkelijke voorstel:

*"De diverse betrokkenen kunnen daadwerkelijk procedures invoeren om een dienstverlener in kennis te stellen van informatie die wordt gebruikt voor een onwettige activiteit en om deze informatie te doen verwijderen of een toegangsverbod te verkrijgen (deze procedures worden soms "notice and take down procedures" genoemd). Niettemin zij erop gewezen dat deze procedures niet in de plaats komen van bestaande gerechtelijke verhaalmogelijkheden en dit ook niet kunnen."<sup>40</sup>*

94. Waar het hier dus om gaat is dat naast de notice and takedown procedures ook de mogelijkheid moet blijven bestaan om naar de rechter te gaan.<sup>41</sup> Dat zal nodig zijn als er geen procedure is –zoals in geval van The Pirate Bay - of als de informatie niet voor de tussenpersoon “onmiskkenbaar onrechtmatig” is. Dan moet het mogelijk zijn de tussenpersoon te bevelen de informatie te verwijderen of te blokkeren. Het rechterlijk verbod of bevel waar het in deze bepalingen om gaat, kan echter niet de dwingendrechtelijke bepalingen van de richtlijn en de implementatiewet terzijde schuiven. Dat betekent dat het niet zo kan zijn dat een dergelijk verbod of bevel indruist tegen de wettelijke gewaarborgde vrijwaring of het verbod op een toezichtsverplichting. Het bevel dat Brein in deze zaak van u verlangt zou daar wel toe leiden. Bovendien kan een verbod of bevel niet tot een disproportionele belasting van de tussenpersoon leiden. Dat blijkt duidelijk uit de Memorie van Toelichting.

---

<sup>40</sup> Proposal for a European Parliament and council directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM(1998) 586 final, p. 29.

<sup>41</sup> Zie ook Kees Kuilwijk, “In Keulen hoort men het donderen”, *Netkwesties* editie 125, <http://www.netkwesties.nl/editie125/column1.html>.

*“Het moet natuurlijk wel redelijkerwijs mogelijk zijn voor de tussenpersoon om op te treden. Daarvan is pas sprake als het op proportionele wijze en tegen aanvaardbare kosten mogelijk is daartegen met personele en technische maatregelen op te treden.”<sup>42</sup>*

## GEEN ONRECHTMATIG HANDELEN

95. Brein stelt zich tevens op het standpunt dat Mininova onrechtmatig handelt jegens de bij haar aangesloten rechthebbenden omdat zij auteursrechtinbreuk zou bevorderen (alinea 28 Dv). Afgezien van het feit dat nu artikel 6:196c lid 4 BW van toepassing is, er geen ruimte meer is voor een additionele zorgplicht, geldt dat er in de jurisprudentie naast de bescherming op grond van het auteursrecht of de naburige rechten terecht weinig ruimte is gecreëerd voor additionele bescherming uit hoofde van de onrechtmatige daad. Dat zou de vrijheid van handel en nijverheid te zeer belemmeren. Ik verwijs naar hetgeen AG Verkade daarover opmerkt in zijn conclusie bij het Kazaa-arrest.

*“Wat Van Nispen hier schrijft over het octrooirecht geldt m.i. ook voor de aan de auteursrechthebbende voorbehouden handelingen. Anders dan de octrooiwetgever heeft de auteursrechtwetgever voorzien in veel 'opener' inbreukcriteria, en zulks welbewust, met het oog op nieuwe technische ontwikkelingen. Maar zelfs die opener begrippen kennen - zoals hierboven bleek - hun grenzen. En dan blijft 'over die grenzen' de door Van Nispen voor het octrooirecht aangegeven terughoudendheid ook in auteursrechtelijke context passend.”<sup>43</sup>*

96. Mocht uw Rechtbank evenwel van oordeel zijn dat sprake is een additionele zorgplicht dan voldoet Mininova daaraan door het hanteren van een notice and takedown systeem en het bieden van de mogelijkheid tot preventief filteren. In de eerdere stukken is al aangegeven dat een eventuele zorgvuldigheidsverplichting moet worden beoordeeld aan de hand van zeven criteria uit het vonnis in de Marktplaats / Stokke-zaak **[productie 21]**.<sup>44</sup> Uit deze criteria blijkt dat Mininova aan haar zorgvuldigheidsverplichtingen voldoet en dat Brein de noodzakelijke informatie voor het filter moet aanleveren. Ik verwijs hiervoor naar alinea's 109-133 CvA, alinea's 69-76 CvD en hetgeen ik hiervoor opmerkte over de door Brein beweerdelijke geleden schade en de door Mininova gemaakte kosten voor het nemen van maatregelen.

---

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 51.

<sup>43</sup> HR 19 december 2003, LJN: AN7253 (Kazaa).

<sup>44</sup> Rb. Zwolle-Lelystad 3 mei 2006, HA ZA 05-211.



## VORDERINGEN

97. Over de vorderingen van Brein is al het nodige opgemerkt in eerdere stukken (alinea's 137-157 CvA en 89-101 CvD). Daarnaast geldt het volgende. Brein weet dat Mininova een nette en behulpzame partij is. Dat is ook de reden dat Brein een bodemprocedure is gestart in plaats van een kort geding. Het beoogde resultaat is echter hetzelfde, nu Brein heeft verzocht haar vorderingen uitvoerbaar bij voorraad toe te wijzen, zonder het noodzakelijke spoedeisend belang daarvoor te onderbouwen. Uit de niet betwiste feiten blijkt dat dat belang er niet is. Partijen hebben al drie jaar geleden gesproken over een mogelijke oplossing. Brein directeur Tim Kuik stelde in een e-mail van 22 augustus 2007 aan Mininova zelfs het volgende

*“Een voortzetting van Mininova met slechts jullie huidige policy zou ons inziens leiden tot een succesvol verbod van de site vanwege het systematisch en structureel gebruik dat wordt gemaakt van de beschikbaarheid van ongeautoriseerde bestanden. Het is slechts jullie bereidheid om naar een beter systeem te zoeken dat een eis voor zo een verbod heeft vermeden.” **[productie 17]***

98. Brein wilde echter niet meewerken aan de geboden oplossing. Er kan dan ook niet worden gesteld dat er nu ineens een spoedeisend belang is bij een vordering die bovendien zo vaag en onduidelijk geformuleerd is dat toewijzing daarvan evident tot executiegeschillen en bovendien tot onomkeerbare gevolgen zou leiden.

99. Mininova heeft meerdere keren geprobeerd om in samenwerking met Brein tot goede maatregelen te komen. Brein heeft consequent geweigerd hieraan mee te werken. Brein heeft niet eens gereageerd op het aanbod van Mininova om deel te nemen aan de filtering trial met de MPA. Brein wil dus duidelijk niet komen tot een werkbaar systeem waarbij het platform toegankelijk blijft terwijl rechthebbenden waarborgen worden geboden.

100. Wat wil Brein dan wel? Brein stelt eenvoudigweg dat het niet relevant is of het voor Mininova mogelijk is om aan haar vorderingen te voldoen (alinea 36 Dv). In de dagvaarding merkt Brein op dat als het onmogelijk is aan de vorderingen te voldoen, Mininova haar platform dan maar moet sluiten (alinea 5 & 37 Dv). Brein weet heel goed

dat het voor Mininova onmogelijk is om haar eisen te voldoen. Het eigenlijke doel van Brein kan dan ook niet anders worden begrepen dat het gehele platform wordt gesloten.

## **CONCLUSIE**

101. Ik concludeer tot afwijzing van de vorderingen, zulks met veroordeling van Brein in de kosten van de procedure.