

# Een legale thuiskopie van een film uit illegale bron, een onhoudbare gedoogsituatie.

*Over het, nu nog toestaan van het, downloaden van films uit evident illegale bron.*

**Peter Kager**

*Vrije Universiteit Amsterdam  
Faculteit der Rechtsgeleerdheid  
Afstudeerrichting IT en Recht*



**Afstudeerscriptie**

<b>Door:</b>	Peter Kager
<b>Studentnummer:</b>	1716816
<b>Datum:</b>	29 juni 2011
<b>Scriptiebegeleider:</b>	Rob van den Hoven van Genderen





*"I steal from every movie ever made."*  
**Filmmaker Quentin Tarantino**



## Voorwoord

Mijn afstudeerscriptie, het slotstuk van vier jaar studeren aan de Vrije Universiteit. De scriptie is een mix van interesses geworden. Enerzijds een hobby, films, gecombineerd met anderzijds een boeiend vakgebied, het auteursrecht in combinatie met het internet. Met plezier heb ik aan het onderwerp gewerkt. Literatuur- en jurisprudentieonderzoek, het bezoeken van congressen, het afnemen van interviews en de nodige discussies op verjaardagen over het al dan niet toestaan van het downloaden van films uit evident illegale bron. Deze afstudeerscriptie is het resultaat van een combinatie van bovengenoemde activiteiten.

Ook al is het mijn afstudeerscriptie, zonder dankbare hulp van derden had ik het niet tot een succesvol einde kunnen brengen. De hulp van familie en vrienden heeft daar enorm aan bijgedragen, in het bijzonder de steun van mijn vriendin, Nydia, en mijn ouders.

De bijdragen van de heer Senftleben, de heer Engelfriet en de heer van Daalen hebben de scriptie voorzien van zienswijzen uit de praktijk, waarvoor mijn dank.

Tot slot een dankwoord richting mijn scriptiebegeleider de heer van den Hoven van Genderen voor het beoordelen van de scriptie.

Alkmaar, 29 juni 2011



## Inhoudsopgave

---

<b>Samenvatting</b> .....	5
<b>Inleiding</b> .....	7
De huidige stand van zaken .....	7
Probleemstelling en methode van onderzoek.....	7
Overzicht .....	8
<b>Hoofdstuk 1. Situatieschets</b> .....	9
1.1 Het downloaden van een film .....	9
1.2 Bronnen .....	9
1.2.1 P2P filesharing .....	10
1.2.2 BitTorrent .....	10
1.2.3 Usenet.....	11
1.3 Afsluitende opmerkingen.....	12
<b>Hoofdstuk 2. De wetgeving</b> .....	13
2.1 Het auteursrecht .....	13
2.1.1 Het auteursrecht en het internet .....	13
2.2 Internationaal auteursrecht.....	14
2.2.1 Verdragen .....	14
2.2.1 Richtlijnen .....	14
2.3 Thuis kopiëregeling .....	14
2.3.1 De privé-kopie .....	15
2.3.2 De privé-kopie uit illegale bron.....	15
2.3.3 De privé-kopie en de drie-stappen-toets .....	16
2.3.4 De vergoeding .....	17
2.4 Afsluitende opmerkingen.....	17
<b>Hoofdstuk 3. Jurisprudentie</b> .....	19
3.1 Eisers, stichting de Thuis kopie en SONT .....	19
3.1.1 Bij de rechtbank.....	19
3.1.2 Hoger beroep Eisers, stichting de Thuis kopie en SONT .....	20
3.2 Eyeworks tegen FTD .....	21
3.3 FTD tegen BREIN .....	22
3.4 Afsluitende opmerkingen.....	22
<b>Hoofdstuk 4. Alternatieven</b> .....	23
4.1 Illegaal downloaden.....	23

4.1.1	Speerpunten auteursrecht.....	23
4.1.2	Hadopi .....	24
4.1.3	Diefstal en heling.....	25
4.1.4	Handhaving .....	26
4.2	Uploadverbod handhaven .....	27
4.3	Software exceptie.....	27
4.4	Initiatief vanuit de industrie .....	28
4.5	Afsluitende opmerkingen.....	28
<b>Hoofdstuk 5.</b>	<b>Geluid uit de praktijk .....</b>	<b>29</b>
5.1	De interviews .....	29
5.1.1	De huidige situatie .....	29
5.1.2	Software exceptie .....	29
5.1.3	Legaal alternatief.....	30
5.1.4	Vergoedingstructuur .....	31
5.1.5	Uploaden .....	31
5.2	Actualiteitenbijeenkomst .....	31
<b>Hoofdstuk 6.</b>	<b>Theorie en praktijk .....</b>	<b>33</b>
6.1	Het huidige regime laten bestaan .....	33
6.2	Het huidige regime vernieuwen .....	34
6.2.1	Handhaving .....	35
6.2.2	Wettechnisch .....	36
6.3	Alternatieven vanuit de filmindustrie .....	37
6.4	Afsluitende opmerkingen.....	37
<b>Hoofdstuk 7.</b>	<b>Conclusie en antwoord op de probleemstelling .....</b>	<b>39</b>
7.1	Antwoord op de probleemstelling.....	39
<b>Literatuur- en jurisprudentielijst .....</b>		<b>41</b>
Aangehaalde en geraadpleegde literatuur .....		41
Jurisprudentielijst.....		42
<b>Bijlagen .....</b>		<b>43</b>
Interview met de heer Engelfriet .....		43
Interview met de heer van Daalen .....		45
Interview met de heer Senftleben .....		46



## Samenvatting

---

Een film downloaden, zelfs uit evident illegale bron, is in Nederland toegestaan. Via P2P filesharing of het Usenet kan praktisch iedere film gedownload worden. Het toestaan van dit downloaden berust op de thuishopieregeling uit de Nederlandse Auteurswet. Deze regeling, vastgelegd in art. 16b en art. 16c Aw, doorbreekt het monopolie van de rechthebbenden en biedt derden de mogelijkheid om werken te verveelvoudigen, zo ook een film.

Of het bronbestand illegaal is doet niets af aan de mogelijkheid om een film legaal te downloaden. Hier zijn meerdere argumenten voor aangevoerd. Ten eerste worden rechthebbenden gecompenseerd door de thuishopieheffing op blanco dragers. Door ook de downloads uit evident illegale bron onder art. 16c Aw te brengen ontvangen rechthebbenden nog enige vorm van vergoeding. Ten tweede is het, zo stelt de minister, voor consumenten niet altijd duidelijk wat een evident illegale bron is. Op grond van deze argumenten is het 'ruimhartig' thuishopieregime geboren.

In de jurisprudentie is het thuishopieregime verder uiteen gezet. Waar de rechtbank 's-Gravenhage nog van oordeel was dat een kopie van een illegaal origineel als illegaal aan te merken was volgde verschillende uitspraken die het tegendeel bewezen. Deze uitspraken haalden de argumenten uit de wetsgeschiedenis aan om tot een oordeel te komen. Op basis van deze argumenten is ook uit de jurisprudentie gebleken dat het maken van een kopie uit illegale bron onder art. 16c Aw geschaard kan worden en derhalve legaal is.

Na een uiteenzetting van de huidige situatie blijkt dat deze voor films verre van ideaal is. De huidige situatie komt over als een tijdelijke oplossing, een gedoogsituatie. Een situatie die opgelost moet worden. Oplossingen bedenken is het probleem niet, gelet op situaties in andere landen of kleine aanpassingen van het Nederlandse rechtssysteem. Oplossingen uitvoeren is echter ingewikkelder. Privacy en handhaving zijn de twee grootste struikelblokken wanneer het gaat om het zoeken naar geschikte oplossingen. Hierbij valt te denken aan het illegaal maken van het downloaden van alleen films uit evident illegale bron, het implementeren van een waarschuwingssysteem zoals in Frankrijk of het strikter handhaven van het al bestaande uploadverbod.

Vervolgens is er aandacht voor diverse geluiden uit de praktijk van mensen die met de problematiek te maken hebben. Ook hier komt de problematiek rondom de privacy en handhaving om de hoek kijken. De meningen lopen uiteen van niets doen tot alternatieven ontwikkelen. Het is interessant om te zien hoe vanuit bepaalde vakgebieden tegen de problematiek aangekeken wordt.

Tijdens een actualiteitenbijeenkomst omtrent een voorstel van staatssecretaris Teeven om het downloaden uit evident illegale bron illegaal te maken hebben verschillende sprekers zich uitgelaten over de problematiek. Er werd onderkend dat de huidige situatie voor verandering in aanmerking komt, maar hoe deze verandering eruit moet komen te zien bleef onduidelijk.

De huidige situatie is vanuit verschillende hoeken bekeken en de conclusie kan getrokken worden dat deze voor films niet afdoende is. Het herkennen van een evident illegale bron is in het geval van een film minder moeilijk dan voor bijvoorbeeld muziek. Wanneer een film in de bioscoop draait is het duidelijk dat deze niet legaal gedownload kan worden. Hier kan weinig verwarring over bestaan. Ook het argument dat rechthebbenden nog enige vorm van vergoeding ontvangen is wankel. Filmbestanden worden steeds groter met als aannemelijk gevolg dat rechthebbenden minder vergoeding ontvangen omdat de films niet meer op blanco DVD's passen en media waar grotere filmbestanden opgeslagen kunnen worden vallen niet onder de thuishopievergoeding.

De conclusie luidt dat het downloaden van films niet langer onder de thuishopieregeling uit de Auteurswet gebracht moet worden.



## Inleiding

---

De nieuwste Hollywood film is uit, maar naar de bioscoop gaan kost geld en er gaat altijd iemand voor je zitten waardoor je de film net niet meer optimaal kunt bekijken en de beleving van de film minder wordt. Er zijn echter alternatieven. Met een paar muisklikken staat de film ook op een harde schijf die met één snoertje aangesloten kan worden op een eigen thuisbioscoop. Gemakkelijk en gratis voor de consument. De producent van de film zal hier anders over denken, hij heeft immers ettelijke miljoenen dollars in de film gestoken in de hoop zijn investering terug te verdienen met de verkoop van bioscoopkaarten en exploitatie van de film. Nu de mogelijkheid voor de consument aanwezig is om de film gratis te bekijken zal de producent van mening zijn dat hij deze inkomsten mis zal lopen. Dit is in een notendop een omschrijving van een probleem van het feit dat er een privé-kopie gemaakt mag worden van een film ook al is de bron evident onrechtmatig.

Een privé-kopie van een bestand van internet maken wordt ook wel downloaden genoemd. Downloaden is te omschrijven als: “Het elektronisch opvragen van data die zich op een ander computersysteem bevinden en deze data vervolgens op de eigen computer (dan wel ander elektronisch apparaat) al dan niet permanent opslaan.”<sup>1</sup>

### De huidige stand van zaken

Uit recente rechtspraak, uit november 2010<sup>2</sup>, blijkt dat een privé-kopie van een film toegestaan is ook al wordt de kopie gemaakt van een bronbestand dat overduidelijk illegaal op internet terecht gekomen is. Dit is bijvoorbeeld het geval als een film van internet te downloaden is terwijl de film in Nederland nog in de bioscoop draait. Een opmerkelijke uitspraak waar veel om te doen en veel over te schrijven is. De vraag is echter of dit oordeel stand kan houden.

Een moeilijke en omvangrijke vraag die naar mijn mening nog niet naar tevredenheid beantwoord is en waar misschien ook wel meer dan één antwoord op bestaat. Het internet zorgt voor grootschalige auteursrechtinbreuk zeggen producenten van films. Het auteursrecht is ouderwets en achterhaald en moet zich aanpassen aan de nieuwe ontwikkelingen zeggen de andere partijen. De vraag is wie zich aan moet passen. Moeten producenten een nieuwe manier van exploiteren gaan ontdekken en gebruiken, of moeten ze er voor zorgen dat de piraterij aangepakt gaat worden? Dit roept meer vragen op. Moeten de producenten de piraterij zelf aan gaan pakken, of is dit een taak voor de minister van Justitie of de wetgever?

Aan de andere kant staat de grote groep downloaders van films. Het gratis en, in Nederland, momenteel legaal downloaden van films in perfecte kwaliteit biedt belangrijke voordelen boven het kopen van de film in de winkel of het bekijken in de bioscoop. De community van downloaders en uploaders is zo groot en flexibel dat het bestrijden er van een soort gevecht tegen een Hydra uit de Griekse mythologie wordt. Hak één kop af en er groeien er twee voor terug. Derhalve is het omstreven of bestrijden wel een effectieve optie is.

### Probleemstelling en methode van onderzoek

Deze scriptie gaat proberen om een antwoord te vinden op de vraag of het wenselijk is dat het maken van een privé-kopie van een film uit evident illegale bron legaal moet blijven of dat er misschien voor films een zelfde soort exceptie op de privé-kopie uit de Auteurswet gemaakt moet worden zoals deze voor computersoftware bestaat. De probleemstelling luidt:

*Is het nog wenselijk om het downloaden van films uit een overduidelijk illegale bron onder de thuiskopieregeling uit de Auteurswet te scharen?*

Het onderzoek bestaat uit een situatieschets van het probleem met uitvoerig onderzoek van regelgeving en jurisprudentie. Dit zal gecombineerd worden met commentaar uit de praktijk. De praktijkkant zal belicht worden middels verschillende interviews waarin betrokkenen hun zienswijzen

---

<sup>1</sup> Arno R. Lodder, Rob van den Hoven van Genderen, Arnoud Engelfriet, Danny Mekic', e.a., *Recht en Web 2.0*, NVvIR 2010, p.72

<sup>2</sup> Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *LJN BO3982*

naar voren kunnen brengen omtrent de problematiek. Vervolgens zullen deze twee gebieden van theorie en praktijk bij elkaar komen. Uit deze mix moet een antwoord op de probleemstelling naar voren komen.

### **Overzicht**

Na deze inleiding zal hoofdstuk 1 de situatie omtrent het downloaden van auteursrechtelijk beschermde films in de praktijk beschrijven. Het zal gaan om de verschillende technieken en plaatsen op internet welke het downloaden mogelijk maken.

Hoofdstuk 2 en 3 behandelen respectievelijk de wet- en regelgeving en jurisprudentie die van toepassing zijn op de onderhavige problematiek. Uiteraard specifiek de rechtsregels die van toepassing zijn op de probleemstelling. Te denken valt aan nationale en internationale regelgeving en Nederlandse jurisprudentie.

Vervolgens richt hoofdstuk 4 zich op verschillende, meest voor de hand liggende oplossingen en sluit dit hoofdstuk de theoriekant af. Misschien is het downloaden uit illegale bron volgens de letter van de wet niet onrechtmatig, maar daar is ook een andere kijk op mogelijk.

De zienswijzen en meningen uit de praktijk komen in hoofdstuk 5 aan bod. Hoe kijken mensen die dagelijks met de problematiek bezig zijn tegen het geheel aan?

In hoofdstuk 6 zullen de wegen van de theorie en de praktijk elkaar kruisen. Aan de hand van deze mix zal de probleemstelling vanuit een nieuw licht bekeken worden.

De scriptie wordt in hoofdstuk 7 afgesloten met een conclusie en een antwoord op de probleemstelling.

## Hoofdstuk 1. Situatieschets

---

Alvorens de probleemstelling inhoudelijk behandeld kan worden is een schets van het ‘downloadlandschap’ essentieel. Deze situatieschets vormt de fundering van de scriptie. Dit hoofdstuk bevat de feiten waarop de verdere hoofdstukken voort zullen bouwen en aan de hand waarvan de probleemstelling behandeld zal worden. Er zal summier over de juridische aspecten gesproken worden, dat komt in verdere hoofdstukken aan bod, de vraag of het gebruik en het aanbod legaal, dan wel illegaal is komt hier dan ook minimaal aan de orde. Wat er wel aan bod komt zijn de vragen en antwoorden daarop over hoe, wat, waar en door wie films te downloaden zijn. De uiteenzetting van de basis van de technische aspecten is noodzakelijk om de situatie helder te kunnen beschrijven.

Paragraaf 1 weidt uit over het downloaden van een film en geeft een, voor deze scriptie, werkdefinitie van een ‘film’. Paragraaf 2 gaat dieper in op de bronnen waar een film uit gedownload kan worden. Een beschrijving van deze bronnen is nodig om de problematiek inzichtelijk te maken. De meest gebruikte bronnen met betrekking tot vermeende illegaliteit komen aan bod. Paragraaf 3 bevat enkele afsluitende opmerkingen.

### 1.1 Het downloaden van een film

Alles op het gebied van digitaal entertainment is zonder veel moeite te vinden op het internet. Of het nu gaat om de nieuwste computergame, de nieuwste cd van een bekende artiest, de laatste Hollywood productie, een DVD, Blu Ray of een nieuwe bestseller in de vorm van een e-book. Maar niet alleen modern entertainment is er te vinden. Cd’s van Elvis, The Beatles of Michael Jackson zijn net zo gemakkelijk te vinden en te downloaden. Hetzelfde geldt uiteraard voor klassieke films of computergames.

Het ‘assortiment’ is dusdanig groot dat het assortiment van welke winkel dan ook overtroffen wordt. Dat is een groot voordeel ten opzichte van de traditionele retailers, maar een nog groter voordeel voor de consument is het feit dat het downloaden praktisch niets kost. Een veelgehoorde uitspraak is dan ook dat er tegen gratis niet geconcurrereerd kan worden.

In deze scriptie staat de film centraal. Door de combinatie van de opkomst van internet en het digitaliseren van films is de mogelijkheid tot het delen van bestanden enorm toegenomen. Films zijn in allerlei soorten en maten te vinden op het internet, van in de bioscoop met een camera opgenomen films tot films in DVD en Blu Ray kwaliteit. Dit verschil in kwaliteit is te vertalen naar het verschil in bestandsgrootte. Een DVD waardige film zal ongeveer 4,5 GB groot zijn en een Blu Ray film kan zelfs oplopen tot 45 GB.<sup>3</sup> Films van mindere beeldkwaliteit zullen logischerwijs minder groot zijn.

Al gaat het te ver om de gehele technisch kant te bespreken, een uitweiding over wat er met ‘films’ bedoeld wordt in de probleemstelling is op zijn plaats. Het begrip ‘film’ is breed. Een Hollywood productie van 200 miljoen dollar<sup>4</sup> is een tot de verbeelding sprekend voorbeeld, maar een amateurfilm van een hobbyist is net zo goed als ‘film’ te definiëren. Ontegenzeggelijk zijn de economische belangen bij de eerst genoemde vele malen groter wanneer er gesproken wordt over piraterij van een film. Al zijn de gevolgen van piraterij voor de verschillende soorten films uiteenlopend, voor de probleemstelling van deze scriptie is het niet nodig om verschil te maken. Het gaat in deze scriptie om films, in de breedste zin van het woord, die zonder toestemming van de auteursrechthebbenden op het internet verschijnen alwaar ze vervolgens, uiteraard ook zonder toestemming, gedownload kunnen worden.

### 1.2 Bronnen

Om het geheel minder abstract en meer concreet te maken is een inzicht in de praktijk noodzakelijk. De vraag die derhalve gesteld kan worden is hoe en uit welke bron een film te downloaden is. Alvorens er geoordeeld kan worden over de vermeende (il)legaliteit van een bron moet er immers wel een inzicht bestaan in de verschillende soorten bronnen.

---

<sup>3</sup> <http://computertotaal.nl/article/833/hd-films-vinden--downloaden-en-afspelen.html>

<sup>4</sup> Bijvoorbeeld de film ‘Avatar’ uit 2009

In deze paragraaf worden de bronnen en manieren om te downloaden nader gespecificeerd. Omwille van de overzichtelijkheid zal er een onderscheid gemaakt worden tussen de drie meest voorkomende manieren om films van internet te downloaden, te weten peer-to-peer (P2P), BitTorrent en Usenet. In vogelvlucht zal de ontwikkeling en de werking van de platformen besproken worden. Gevolgd door de moeilijkheidsgraad voor gebruikers en een beknopte juridische toevoeging.

### **1.2.1 P2P filesharing**

Filesharing is de Engelse term om het delen van bestanden aan te duiden. Filesharing begon in 1999 met de start van Napster. *“De Napster-server verspreidde zelf geen bestanden, maar bracht slechts mensen met elkaar in contact die op zoek zijn naar een bepaald muziekwerk. Vervolgens wisselden zij zelf, geheel buiten Napster om, dat muziekwerk uit.”*<sup>5</sup>

Toch was dit voldoende om Napster in Amerika te veroordelen voor inbreuk op auteursrechten en als gevolg daarvan ging het oorspronkelijke Napster in 2001 ter ziele. Ironisch genoeg is Napster tegenwoordig een online dienst waar tegen betaling muziek geluisterd kan worden.<sup>6</sup>

De manier van filesharing veranderde echter in de loop der tijd. De centrale server zoals deze door Napster gebruikt werd verdween. Er ontstonden initiatieven waarbij software gedownload diende te worden. Gebruikers van deze software logde niet meer in op een centrale server, maar de software ging op zoek naar andere computers met dezelfde software. Op deze manier was het voor gebruikers mogelijk om op computers van andere gebruikers in bepaalde bestandsmappen te kijken en daar bestanden vandaan te downloaden. Deze manier van filesharing werd peer-to-peer (P2P) genoemd en er ontstonden P2P netwerken zonder centrale server, de eerste was Gnutella. Het gebrek aan deze server en de grote mate van decentralisatie maken het ingewikkeld om deze vorm van filesharing juridisch te bestrijden, het concept bestaat dan ook al ruim 10 jaar<sup>7</sup> en is nog steeds aanwezig op internet.

Het gebruiksgemak van deze vorm van filesharing is groot, er is maar minimale kennis van internet en computers voor nodig om de software te installeren en vervolgens te gebruiken om een film te downloaden.

### **1.2.2 BitTorrent**

BitTorrent is een vorm van P2P filesharing. Het grote verschil met de hierboven genoemde traditionele vorm van P2P filesharing is echter dat in het geval van BitTorrent bestanden in delen opgeknipt worden. De delen kunnen apart gedownload worden. Deze delen worden weer met andere personen gedeeld, op deze manier doen steeds meer mensen mee aan de verspreiding van een bestand<sup>8</sup> en hoeft bijvoorbeeld een film niet van één computer gedownload te worden. Zelf zegt BitTorrent hierover: *“The more popular a large video, audio or software file, the faster and cheaper it can be transferred with BitTorrent. The result is a better digital entertainment experience for everyone.”*<sup>9</sup> Deze manier van delen biedt duidelijk voordelen boven de traditionele manier van P2P filesharing. Er kunnen sneller grotere bestanden gedeeld worden. Dit is een goede manier om films te kunnen downloaden, dat zijn immers veelal grote bestanden. Uit verschillende onderzoeken is gebleken dat tussen de 35%<sup>10</sup> en 62%<sup>11</sup> van de bestanden die via BitTorrent uitgewisseld worden filmbestanden zijn, die allemaal auteursrechtelijk beschermd zijn en derhalve illegaal aangeboden worden. Hiermee zijn de filmbestanden, na pornografische bestanden, de meest voorkomende BitTorrent bestanden. Deze cijfers bevestigen de bovenstaande uitspraak van BitTorrent waarin ze stellen dat de dienst ideaal is voor het verspreiden van grote bestanden.

Om te downloaden met BitTorrent is er, behalve gratis software, een torrent file nodig. Een torrent is een bestand met informatie welke aan de BitTorrent software duidelijk maakt hoe en waar een bestand gedownload kan worden.<sup>12</sup>

<sup>5</sup> Arnoud Engelfriet, *De wet op internet*, Eindhoven: Ius mentis 2008, p.90.

<sup>6</sup> <http://www.napster.com>

<sup>7</sup> <http://webwereld.nl/achtergrond/105828/5-illustrere-voorgangers-van-ftd/4.html>

<sup>8</sup> Arnoud Engelfriet, *De wet op internet*, Eindhoven: Ius mentis 2008, p.93.

<sup>9</sup> <http://www.BitTorrent.com/btusers/what-is-BitTorrent>

<sup>10</sup> *Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet*, Envisional, januari 2011, p.4.

<sup>11</sup> Hendrik Schulze, Klaus Mochalski, *Internet Study 2008/2009*, Ipoque P.7

<sup>12</sup> <http://www.BitTorrent.com/btusers/guides/beginners-guide>

De dienst is populair. Geschat wordt dat tussen de 17,9%<sup>13</sup> en ongeveer 30%<sup>14</sup> van het internetverkeer bestaat uit filesharing middels BitTorrent. Dat veel van dat verkeer illegaal op internet terecht gekomen is blijkt tevens uit de studie van Envisional. Bijna 64% van het niet-pornografische materiaal dat via BitTorrent verspreid wordt, is illegaal op internet terecht gekomen.<sup>15</sup>

Gebruik maken van BitTorrent is niet moeilijk. De website<sup>16</sup> bevat handige links en volledige gebruiksaanwijzingen waar stap voor stap uitgelegd wordt hoe een bestand gedownload kan worden. Net als bij de gedecentraliseerde P2P netwerken is ook het juridisch bestrijden van deze vorm van filesharing gecompliceerd. De individuen die het werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) verspreiden overtreden regels, welke dat zijn komen later aan bod. Wanneer überhaupt al duidelijk gemaakt kan worden dat het om werk gaat waarvan de toestemming van de rechthebbende ontbreekt, maakt het verdeelde aanbod het aanklagen van de verspreider nog gecompliceerder. Het gebruiksgemak, het overweldigende, veelal illegale aanbod, en het feit dat de dienst gratis is zorgt voor populariteit van de dienst.

### 1.2.3 Usenet

Usenet is voor internet begrippen 'oud'. Al ruim 15 jaar wordt deze manier van filesharing gebruikt.<sup>17</sup> Het gebruik van Usenet vergt meer kennis van internet en computers dan de voorgaande twee manieren van filesharing. Toch volgt hier een beknopte uitleg van de werking.

Usenet werkt anders dan de bovenstaande twee manieren van filesharing. Bij het gebruik van Usenet downloaden de gebruikers niet bij elkaar zoals bij P2P, maar downloaden gebruikers van een zogenaamde nieuwsserver. Deze nieuwsservers worden onderhouden door bijvoorbeeld providers zoals Ziggo, UPC of KPN, deze servers zijn onderdeel van een internetabonnement bij de providers en worden vaak gezien als een extra service. Tevens zijn er abonnementen te koop voor nieuwsservers die dat als hun 'core' business zien, dit worden payservers genoemd. De servers onderscheiden zich in snelheid en retentie. Dit laatste is een term om aan te duiden hoe lang bestanden op de server blijven staan alvorens ze er automatisch van verdwijnen om ruimte te creëren.

Net als een torrent wordt er ook bij Usenet gebruikt gemaakt van soortgelijke bestanden, zogenaamde NZB bestanden. Deze bestanden zoeken automatisch de delen van een groter bestand bij elkaar op de nieuwsservers.<sup>18</sup>

Het downloaden van bestanden van nieuwsservers gebeurt met een zogenaamde nieuwsreader, software welke het downloaden vergemakkelijkt.

Omdat er een maximum zit aan de te plaatsen bestandsgrootte op het Usenet worden films veelal in delen gepost. Een film van 4,5 GB zal bestaan uit ongeveer 90 bestanden van 50 MB.<sup>19</sup> Door het NZB bestand in een nieuwsreader te laden zal deze nieuwsreader alle bestanden bij elkaar zoeken en downloaden zodat de gebruiker deze bestanden op zijn computer weer tot een geheel kan maken. In een notendop is dit de werking van Usenet. Er zitten meer haken en ogen aan de werking dan hier beschreven wordt, maar dit is niet de plaats om op alle technische details in te gaan.

Het uploaden van bestanden naar een nieuwsserver zonder toestemming van de rechthebbenden is niet toegestaan. Een blik in de nieuwsgroepen doet daarom de wenkbrauwen fronsen. Het uploaden is verboden, maar toch staat er veel auteursrechtelijk beschermd materiaal op. Dat wijst ofwel op een gedoogbeleid, ofwel op een falend handhavingsbeleid. Misschien is er van beide wel sprake. BREIN, de stichting belast met de bescherming van de rechten van de entertainment industrie (Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland) heeft meerdere malen aangegeven zich niet te zullen

---

<sup>13</sup> *Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet*, Envisional, januari 2011, p.2.

<sup>14</sup> Arnoud Engelfriet, *De wet op internet*, Eindhoven: Ius mentis 2008, p.93.

<sup>15</sup> *Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet*, Envisional, januari 2011, p.4.

<sup>16</sup> [www.BitTorrent.com](http://www.BitTorrent.com)

<sup>17</sup> Arnoud Engelfriet, *De wet op internet*, Eindhoven: Ius mentis 2008, p.91.

<sup>18</sup> <http://www.iusmentis.com/technologie/usenet/inbreuk-juridisch/>

<sup>19</sup> <http://www.binaries4all.nl/beginners/download.php>

richten op de individuele overtreder<sup>20</sup>, dit zou bij individuele gebruikers het gevoel kunnen wekken dat het zo nu en dan online zetten van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende(n) niet aangepakt gaat worden.

Het bespreken van de juridische status van de onderdelen en actoren van het Usenet gaat te ver voor deze scriptie.

Waar het Usenet in zijn begindagen vooral gebruikt werd om korte berichten te plaatsen heeft onderzoek aangetoond dat, net als bij BitTorrent het geval is, ruim 93% van de bestanden welke op het Usenet te vinden zijn werken zijn die auteursrechtelijk beschermd zijn.<sup>21</sup> Gedetailleerde cijfers zoals bij BitTorrent zijn niet bekend, maar gelet op de technologische voordelen van het Usenet boven BitTorrent zoals met name de hogere downloadsnelheid is het redelijk om te denken dat grote bestanden zoals filmbestanden enorm populair zijn op het Usenet.

### **1.3 Afsluitende opmerkingen**

Elke manier van filesharing heeft zijn voor- en nadelen voor consumenten en auteursrechthebbenden. De ene manier is gemakkelijk maar niet snel terwijl de andere manier wat meer kennis vergt maar ook een groter aanbod en hogere downloadsnelheden biedt. Maar één aspect hebben ze gemeen, films kunnen en worden via de bovengenoemde drie manieren gedownload. Een andere gemeenschappelijke deler is het feit dat het overgrote deel van de aangeboden content auteursrechtelijk beschermd is en hoogstwaarschijnlijk zonder toestemming van de rechthebbenden op internet terecht gekomen is. Derhalve kan, met een slag om de arm, de conclusie getrokken worden dat zowel het Usenet, als BitTorrent en de P2P filesharing methoden als evident illegale bronnen van films aangemerkt kunnen worden. Het zijn niet de technieken en methoden die als illegaal aangemerkt kunnen worden, maar wel de filmbestanden die op deze systemen staan, de bronbestanden die gedownload kunnen worden. De drempel om met het downloaden te beginnen ligt, puur gelet op de technische aspecten, laag. Op internet zijn tal van handleidingen te vinden waarin stap voor stap uitgelegd wordt hoe een systeem werkt. Met wat doorzettingsvermogen is het downloaden van een film net zo gemakkelijk als versturen van een email. De laagdrempeligheid in combinatie met het grote aanbod van films zorgt voor enorme populariteit van het downloaden van films uit bovenstaande bronnen.

De juridische vervolging van overtreders van auteursrecht op internet staat nog in de kinderschoenen. Tal van aspecten dienen zich nog te ontwikkelen alvorens het auteursrecht ook binnen de hierboven behandelde verspreidingsmethoden gehandhaafd kan worden. Nog los van het feit of er überhaupt sprake is van schending van auteursrechten door het downloaden van films kan er gesteld worden dat er nog veel vragen beantwoord moeten worden. Dit zijn zowel juridische vragen met betrekking tot het downloaden en de vervolging van overtreders als technische vragen omtrent de handhaving van auteursrechten en de vervolging van overtreders.

Gelet op de bovenstaande informatie is het gerechtvaardigd om onderzoek te doen naar de hoofdvraag uit de inleiding van de scriptie. Met behulp van het internet kunnen bestanden razendsnel gedeeld worden met miljoenen gebruikers over de hele wereld. Vooruitlopend op de zaken kan de opmerking gemaakt worden dat hier, naast bedreigingen voor de filmindustrie, zoals uit de cijfers blijkt, ook enorme kansen en mogelijkheden liggen om films te verspreiden.

---

<sup>20</sup> Onder andere tijdens het downloaddebat van 27 mei 2010

<sup>21</sup> *Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet*, Envisional, januari 2011, p.6.



## Hoofdstuk 2. De wetgeving

---

Na de situatieschets volgt een meer juridisch hoofdstuk. Ook hier geldt dat er achtergrondinformatie nodig is om de gehele problematiek te begrijpen. In dit hoofdstuk zullen wetten, verdragen en richtlijnen omtrent het auteursrecht centraal staan, en meer specifiek de thuiskopieregeling uit de Auteurswet. Om de vraag uit de probleemstelling te kunnen beantwoorden is een uiteenzetting van het auteursrecht en meer in het bijzonder de thuiskopieregeling noodzakelijk.

De opbouw van dit hoofdstuk heeft de vorm van een trechter. De informatie gaat van algemeen naar specifiek toe en zal zich steeds meer richten op het thema van deze scriptie, te weten de thuiskopieregeling in combinatie met de probleemstelling. Paragraaf 1 beschrijft het auteursrecht in het algemeen. Paragraaf 2 beschrijft het internationale recht en in paragraaf 3 wordt specifiek ingegaan op de thuiskopieregeling uit de Auteurswet. Alle onderwerpen zullen summier aan bod komen, de scriptie is immers niet bedoeld om hetgeen al bekend is uiteen te zetten.

### 2.1 Het auteursrecht

Het auteursrecht kan omschreven worden als: *“het tijdelijk begrensde monopolie van een schepper van een werk op de exploitatie van dat werk.”*<sup>22</sup> Of als: *“De door de wet aan een auteur verleende waarborg van zeggenschap over het door hem gemaakte werk.”*<sup>23</sup> En in de Auteurswet (Aw) wordt het recht in art. 1 Aw omschreven als: *“het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld.”*

Uit deze drie citaten blijkt duidelijk dat het auteursrecht de maker van een werk en het werk zelf centraal stelt. Zoals bij meerdere intellectuele eigendoms wetten is het auteursrecht ontwikkeld om creatief werk te vergoeden en innovatie te stimuleren. Op basis van het auteursrecht kan de maker zijn werk voor een bepaalde tijd beschermen tegen ongeoorloofde exploitatie en aantasting van zijn persoonlijkheidsrechten. Zo verkrijgt de maker de zekerheid dat hij in beginsel de enige is die het werk mag exploiteren en daar ook de vruchten van kan plukken. Deze beloningsgedachte heeft vorm gekregen door het auteursrecht. De beloning moet een stimulans zijn voor toekomstige makers om zodoende de bovengenoemde innovatie te blijven stimuleren.

Voor het verkrijgen van een auteursrecht op een werk hoeft de maker, in Nederland, geen aanvullende handelingen te verrichten. Het creëren van het werk is voldoende. Allicht ten overvloede, maar een film is zonder twijfel een werk als bedoeld in het auteursrecht en geniet derhalve ook de bescherming van het auteursrecht.

#### 2.1.1 Het auteursrecht en het internet

De combinatie auteursrecht en internet is interessant. Waar het auteursrecht al eeuwen bestaat en er bijna 100 jaar een Nederlandse Auteurswet is, is het internet een relatief jong fenomeen.

Dit wordt mooi geïllustreerd door de uitspraak van Hugenholtz: *‘Het auteursrecht roept bij de gemiddelde Internetgebruiker geen warme gevoelens op. Geen wonder: het ‘kapitalistische’ auteursrecht valt moeilijk te rijmen met de ‘alles moet kunnen’ ideologie die op het Internet de norm bepaalt’*<sup>24</sup>

Met de ‘alles moet kunnen’ ideologie doelt hij op het feit dat internetgebruikers gewend zijn om veel informatie gratis tot zich te nemen. Hierbij valt te denken aan informatie op verschillende fora, op blogs, Youtube en P2P netwerken. Rechthebbenden daarentegen zien hun werk gratis over internet verspreid worden zonder dat ze daadwerkelijk een stok hebben om mee te slaan. Hier ontstaat een treffend voorbeeld van tegengestelde belangen.

Dat het auteursrecht uitgebreider is dan hier beschreven mag duidelijk zijn, maar voor deze scriptie is het bovenstaande afdoende.

---

<sup>22</sup> Mr. P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2009, p.51.

<sup>23</sup> mr. N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen Houten: Noordhoff Uitgevers 2007, p.15.

<sup>24</sup> Prof.mr. P.B. Hugenholtz, *Toegang tot de bron: het auteursrecht en het Internet*, Ars Aequi juli/augustus 2008, p.581

## 2.2 Internationaal auteursrecht

Het auteursrecht kent belangrijke internationale aspecten, die vastgelegd zijn in verschillende verdragen en, voor Europa, in richtlijnen. Door deze verdragen en richtlijnen wordt het auteursrecht geharmoniseerd. Landen aangesloten bij deze verdragen zijn gehouden om de nationale wetgeving omtrent auteursrecht te harmoniseren met de verdragen en richtlijnen. Dat dit voordelen biedt is duidelijk. Wanneer een auteur een film in meerdere landen uit wil brengen is het lastig als hij met verschillende soorten wetgeving te maken krijgt. Verdragen en richtlijnen proberen continu om deze problematiek aan te pakken.

### 2.2.1 Verdragen

Het belangrijkste internationale verdrag als het gaat om auteursrecht is de Berner Conventie (BC) uit 1886.<sup>25</sup> Inmiddels zijn 164 landen lid van dit verdrag.<sup>26</sup> De Berner Conventie heeft de ‘Europese’ visie als uitgangspunt. Dat wil zeggen dat er geen formaliteiten worden gesteld om bescherming op het gebied van auteursrecht te verkrijgen. De Verenigde Staten waren hier op tegen. Dat is de reden dat er een ander verdrag tot stand is gekomen in 1952, de Universele Auteursrecht-Conventie (UAC).<sup>27</sup> Beide verdragen gaan uit van het gelijkstellingsbeginsel dat inhoudt dat de bescherming die een auteur verkrijgt in alle verdragslanden gelijk is aan de bescherming die landen aan hun eigen bewoners bieden. Een non-discriminatiebeginsel.

### 2.2.1 Richtlijnen

Niet alleen door middel van verdragen wordt er gestreefd naar harmonisatie van het auteursrecht. Binnen de Europese Gemeenschap (EG) wordt er door middel van EG-wetgeving invloed uitgeoefend op het auteursrecht van de lidstaten. De manier om EG-wetgeving om te laten zetten in nationale wetgeving is het uitvaardigen van richtlijnen.

De Auteursrecht-richtlijn (2001/29/EG) is het vermelden waard. Deze richtlijn is onder andere opgesteld om het auteursrecht te moderniseren en aan te passen aan nieuwe exploitatievormen en de daarmee samenhangende mogelijkheden.<sup>28</sup>

Een, voor deze scriptie in het bijzonder, belangrijke bepaling uit de Auteursrecht-richtlijn is art. 5 lid 5, afgeleid van art. 9 lid 2 BC.<sup>29</sup> Dit artikel bevat de bekende drie-stappen-toets. Deze toets stelt eisen aan een beperking van het auteursrecht. *“De ... bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast (stap 1) mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal (stap 2) en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad (stap 3).”*<sup>30</sup>

Opvallend is dat deze drie-stappen-toets niet in de Nederlandse Auteurswet is opgenomen. De toets werd meer gezien als een richtlijn waaraan de wetgever zich diende te houden wanneer hij beperkingen in de Auteurswet op wilde nemen. Het is echter wel zo dat een Nederlandse rechter de toets uit de richtlijn toe kan passen in de rechtspraak<sup>31</sup>, maar meer daarover in hoofdstuk 3. De vraag of een privé-kopie, uit legale dan wel illegale bron, voldoet aan de eisen van de drie-stappen-toets komt in volgende paragrafen aan de orde.

## 2.3 Thuis kopiëregeling

Het monopolie dat een rechthebbende op grond van de Auteurswet op een werk verkrijgt kan doorbroken worden. Dit kan gebeuren door middel van beperkingen die opgenomen zijn in de wet, de meeste in paragraaf 6 van hoofdstuk 1 Auteurswet. Het doorbreken van het monopolie werd wenselijk gevonden om op te komen voor belangen van derden en belangen van de samenleving als geheel.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> mr. N. van Lingén, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen Houten: Noordhoff Uitgevers 2007, p.228.

<sup>26</sup> [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15)

<sup>27</sup> mr. N. van Lingén, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen Houten: Noordhoff Uitgevers 2007, p.223.

<sup>28</sup> Overweging 5 Auteursrecht-richtlijn 2001/29/EG

<sup>29</sup> mr. J.H. Spoor en mr. D.W.F. Verkade en mr. D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankrechten*, Deventer: Kluwer 2011. p. 223.

<sup>30</sup> Artikel 5 lid 5 Auteursrecht-richtlijn 2001/29/EG

<sup>31</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 25 juni 2008, zaaknummer 246698, rolnummer HA ZA 05-2233

<sup>32</sup> mr. J.H. Spoor en mr. D.W.F. Verkade en mr. D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankrechten*, Deventer: Kluwer 2011. p. 211.

De voor deze scriptie belangrijkste beperking is terug te vinden in art. 16b en art. 16c Aw. Deze artikelen bieden de mogelijkheid om in bepaalde gevallen een verveelvoudiging van een werk te maken voor eigen oefening, studie of gebruik. Art. 16c Aw voegt hieraan toe dat er wel een billijke vergoeding tegenover moet staan wanneer het werk op een beeld- en of geluiddrager wordt gekopieerd.

Waar art. 16c Aw zich richt op privé-kopieën gemaakt op een voorwerp om het ten gehore te brengen of te laten zien, richt art. 16b Aw zich op de overige privé-kopieën.<sup>33</sup>

Een privé-kopie van een film zal altijd onder het regime van art. 16c Aw vallen aangezien de kopie daarvan op een beeld- of geluiddrager gemaakt zal moeten worden.

### **2.3.1 De privé-kopie**

Maar wat is een privé-kopie? Art. 16b lid 1 Aw stelt dat de verveelvoudiging, lees kopie, *“beperkt blijft tot enkele exemplaren welke uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die zonder direct of indirect commercieel oogmerk de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeve van zichzelf opdracht geeft.”*<sup>34</sup> De beperking richt zich op het eigen gebruik door een natuurlijk persoon. Tevens is het mogelijk dat de kopie in opdracht van een natuurlijk persoon door een ander natuurlijk persoon gemaakt wordt. Tot slot stelt art. 16b lid 4 Aw dat de eenmaal gemaakte kopie niet aan derden afgegeven mag worden zonder toestemming van de rechthebbende(n). Art. 16c Aw kent een vergelijkbare bepaling in lid 7 van het artikel. De informatiedragers met daarop een privé-kopie mogen niet zonder toestemming van de rechthebbende(n) aan derden gegeven worden.

Een op het eerste gezicht opmerkelijk verschil tussen de regimes van art. 16b en art. 16c Aw is het feit dat het eerstgenoemde artikel het toestaat om een privé-kopie in opdracht van iemand te maken, terwijl het laatstgenoemde artikel dit niet toestaat. Een amendement dat hier verandering in wilde brengen werd door de minister als volgt afgewezen: *“De consequentie hiervan is dat de af- of doorgifte, al dan niet in elektronische vorm, van een (digitale) privé-kopie aan familie, vrienden en kennissen mogelijk zou worden. In een digitale omgeving, die zich kenmerkt door grote en snelle verspreidingsmogelijkheden, leidt dat in feite tot een situatie, waarin uiteindelijk iedereen voor bijna iedereen een digitale privé-kopie zou kunnen maken.”*<sup>35</sup>

Kort gezegd is het zo dat persoon A een film mag downloaden van internet, maar deze vervolgens niet via een digitale weg naar persoon B mag sturen.

### **2.3.2 De privé-kopie uit illegale bron**

Saillant detail, en rode draad door deze scriptie, is het feit dat een kopie gemaakt mag worden uit een illegale bron. Een illegale bron is in het licht van de probleemstelling een film welke zonder toestemming van de rechthebbende(n) op internet gezet is. Downloaden, dus een privé-kopie maken uit deze bron, valt onder de exceptie van art. 16c Aw. Hierom is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel veel te doen geweest. De reden voor het onderbrengen van deze handeling onder art. 16c Aw luidt als volgt: *“Indien bij de vaststelling van de vergoeding de privé-kopie van een illegale bron niet in aanmerking zou worden genomen, dan zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn.”*<sup>36</sup>

Vier jaar later zijn hier opnieuw vragen over gesteld door het lid Gerkens (SP) aan de minister van Justitie. Op de vraag of een privé-kopie uit illegale bron ook onder art. 16c Aw valt antwoordde de minister dat met het weglaten van de eis dat het origineel legaal moet zijn er een ruimhartiger thuiskopieregime ontstond. Ook in Europese richtlijnen wordt deze eis niet gesteld volgens de minister. Tot slot voert de minister aan: *“Verder kan in een Internetomgeving van een gebruiker over het algemeen niet worden gevraagd te beoordelen of er al dan niet sprake is van een legale dan wel illegale bron. Voorts werd betwijfeld of de introductie van dit onderscheid bij de thuiskopieregeling*

<sup>33</sup> J.M.B. Seignette, *De Auteurswet gewijzigd: Artikel 16b en 16c Auteurswet (de privé-kopie)*, AMI 2006/1, p.19.

<sup>34</sup> Art. 16b lid 1 Aw.

<sup>35</sup> *Kamerstukken II 2003/04*, 28 482, nr. 23, p.1.

<sup>36</sup> *NV II 28 482*, nr. 8, p.13.

wel handhaafbaar zou zijn ... omdat het thuis kopiëren zich bij uitstek in het privé domein van de consument afspeelt.”<sup>37</sup>

Een standpunt waar het nodige tegenin gebracht kan worden. Iets wat de heer Visser in niet mis te verstane woorden doet. Hij noemt de argumentatie van de minister zelfs morele capitulatie, omdat de handhaving te complex zou worden moet het maar vrijgelaten worden, zo vertaalt hij de argumentatie van de minister.<sup>38</sup>

In feite is hiermee een gedoogsituatie ontstaan, vergelijkbaar met de gedoogsituatie omtrent het softdrugsbeleid in Nederland. Het probleem dat dit soort situaties met zich meebrengt is dat de, tijdelijke, gedoogsituatie bezig is om te slaan in een situatie waarin het als vanzelfsprekend wordt geacht dat het mogelijk is om softdrugs te verkopen, of in het onderhavige geval om films uit evident illegale bron te downloaden.

### 2.3.3 De privé-kopie en de drie-stappen-toets

Gelet op de eerder genoemde drie-stappen-toets is de privé-kopie exceptie uit de Aw alleen in lijn met de richtlijn wanneer de beperking “slechts in bepaalde bijzondere gevallen wordt toegepast.” De vraag of het maken van een privé-kopie als bijzonder geval aangemerkt kan worden is treffend beantwoord door de heer Senftleben: “Vanuit een kwantitatief perspectief kan een beperking als een bijzonder geval in aanmerking komen indien de vrijgestelde gebruikshandeling maar zelden wordt verricht.”<sup>39</sup>

Gelet op de miljoenen gebruikers en de enorme populariteit van het downloaden van een film is redelijk om te zeggen dat het gebruik van de privé-kopie exceptie inmiddels geen bijzonder geval meer is. De heer Senftleben vervolgt zijn betoog: “In het licht van deze kwalitatieve benadering is de vraag van privé-kopiëren echter niet makkelijk te beantwoorden. Naast het traditionele en weinig sterke argument dat rechthebbenden privé-gebruik niet in toereikende mate kunnen controleren (‘market failure’) valt namelijk verder te bedenken dat privé-kopiëren een belangrijk instrument voor decentrale, op individuele keuzes berustende informatieverspreiding is. In een samenleving waarin toegang tot informatie de levenskansen van het individu bepaalt kan privé-kopiëren op grond van deze centrale functie wél als een bijzonder geval in de zin van de driestappentoets worden beschouwd. Deze ratio is in beginsel ook van toepassing op privé-kopiëren uit illegale bronnen.”<sup>40</sup>

Deze tweede benadering is allicht beter te noemen. Toegepast op het privé-kopiëren van films zijn er vraagtekens te plaatsen. Een regime welke de vrije informatieverspreiding ongemoeid laat maar tegelijkertijd het misbruik hiervan in de vorm van het downloaden van films uit evident illegale bron tegengaat is een ideaalbeeld. Misschien een ideaalbeeld welke alleen in Utopia kan bestaan, waar vrijheid is, ontstaat misbruik van deze vrijheid. De vrijheid om alles te kunnen doen op internet kan omslaan in misbruik door op grote schaal, zonder enige vergoeding te betalen, films zonder toestemming van auteursrechthebbenden te downloaden.

De tweede stap stelt dat de beperking, in dit geval het maken van een privé-kopie zonder toestemming van de rechthebbende(n), geen afbreuk mag doen aan de normale exploitatie van een werk. De inleiding van deze scriptie schets echter al een botsing van het feit dat er een privé-kopie van een film gemaakt mag worden en de vermeende teruglopende inkomsten voor filmmakers. Daarbij dient opgemerkt te worden dat een beperking echter inherent is aan een zekere belemmering van de exploitatie, vandaar ook het woord beperking.<sup>41</sup>

Empirisch bewijs dat iedere gedownloade film zonder toestemming van de rechthebbende(n) de normale exploitatie van de film dwarsboomt is er niet. Het staat met andere woorden niet vast dat iedere gedownloade film zorgt dat er een bioscoopkaartje minder wordt verkocht. Waar het niet vast staat is het wel redelijk om te veronderstellen dat met het reusachtige gratis aanbod op internet een

<sup>37</sup> Aanhangsel Handelingen II 2006/07, nr 2256.

<sup>38</sup> Prof. mr D.J.G. Visser, *De invloed van de Donald Duck op de afschaffing van het auteursrecht*, NJB 2008, p.334

<sup>39</sup> Prof. dr. M.R.F. Senftleben, *Privé-kopiëren in het licht van de driestappentoets – opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuis kopie*, Intellectuele eigendom en Reclamerecht (IER) 2008, p. 265.

<sup>40</sup> Prof. dr. M.R.F. Senftleben, *Privé-kopiëren in het licht van de driestappentoets – opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuis kopie*, Intellectuele eigendom en Reclamerecht (IER) 2008, p. 265.

<sup>41</sup> K.J. Koelman, *‘De nationale driestappentoets’*, AMI 2003, p. 6

geduchte concurrent voor de ‘normale’ exploitatie van films geboren is. Zonder dit empirische bewijs kan de privé-kopie exceptie uit de Auteurswet nog voldoen aan deze tweede stap.

De derde en laatste stap stelt dat de wettige belangen van de rechthebbenden niet onredelijk geschaad mogen worden. Waar gesproken wordt over belangen dient een belangenafweging gemaakt te worden. Het reusachtige gratis aanbod op internet, waarvan veel uit evident illegale bronnen komt zoals uit hoofdstuk 1 is gebleken, is allicht schadelijk te noemen voor de filmmakers. Daar staat tegenover dat een andere oplossing, het verbieden van het downloaden, nog teveel haken en ogen kent om als waterdicht systeem te kunnen functioneren. Op dit moment is het toestaan van het privé-kopiëren van films uit evident illegale bron de minst slechte oplossing. De onredelijke schade wordt volgens het wettelijk systeem opgevangen door de thuiskopieheffing op blanco dragers. De vraag is echter of deze compensatie nog afdoende is om te zorgen dat de auteursrechthebbende geen onredelijke schade lijdt.

#### **2.3.4 De vergoeding**

Een nadere blik op deze compensatie is derhalve op zijn plaats. De wenselijkheid van het huidige thuiskopieregime kan alleen beoordeeld worden wanneer ook de thuiskopievergoeding aan een kritische blik onderworpen wordt.

De rechthebbende op een werk heeft recht op een billijke vergoeding wanneer een werk van hem gereproduceerd wordt. De verplichting tot betaling van deze vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen waarop de kopie wordt gemaakt, zo volgt uit art. 16c lid 2 Aw.

Uiteraard wordt deze vergoeding aan de consument doorberekend. Tot en met art. 16ga Aw wordt de regeling omtrent de vergoeding verder uitgewerkt. De heffing is van toepassing op blanco CD's, blanco DVD's en de ouderwetse informatiedragers zoals videobanden, cassettebandjes en MiniDiscs.<sup>42</sup> Deze lijst met informatiedragers kan uitgebreid worden bij AMvB zo stelt art. 16c lid 6 Aw. Naarmate de technologie zich verder ontwikkelt lijkt de thuiskopievergoeding meer en meer achterhaald te worden. Met de steeds groter wordende (film)bestanden die van internet gedownload kunnen worden lijkt de capaciteit van een blanco CD of DVD onder de maat. Nieuwe dragers zoals externe harddisks zijn met een opmars bezig en worden, naar mate de vraag toeneemt, steeds groter. Op deze dragers rust echter nog geen thuiskopievergoeding. Waar de markt zich verschuift doordat high definition films in grotere mate op externe harddisks gekopieerd worden, blijft de thuiskopievergoeding achter. De veronderstelling kan gemaakt worden dat langzaam maar zeker de vergoeding voor auteursrechthebbenden afneemt omdat de verkoop van blanco dragers afneemt, terwijl het downloaden van bestanden geen vergelijkbare daling kent.

Een van de redenen dat het downloaden uit illegale bron onder art. 16c Aw is gebracht is genoemd in paragraaf 2.3.2, op deze manier krijgen rechthebbenden ook een vergoeding voor de filmdownloads uit evident illegale bron. Met de veranderende technologie en de groter wordende filmbestanden is het echter de vraag hoe lang deze redenering nog stand kan houden voor auteursrechthebbenden van films aangezien het discutabel is of deze nog een billijke vergoeding, zoals genoemd in paragraaf 2.3, ontvangen voor de gemaakte privé-kopieën.

#### **2.4 Afsluitende opmerkingen**

In vogelvlucht is de wet- en regelgeving op het gebied van het auteursrecht besproken, met de nadruk op de thuiskopieregeling. De fundering van hoofdstuk 1 en 2 moet de scriptie gaan dragen en aan de hand hiervan zal de probleemstelling besproken gaan worden. Met deze uiteenzetting is duidelijk geworden dat het nodige aangemerkt kan worden op de bestaande situatie omtrent het toestaan van het downloaden van films uit evident illegale bron. De tijdelijk oplossing is, nu al, aan vernieuwing toe. Door de vooruitstrevende technische ontwikkelingen lijkt het argument dat het downloaden uit evident illegale bron onder art. 16c Aw moet worden gebracht om zo de auteursrechthebbenden nog in enige mate te vergoeden, niet langer stand te kunnen houden. Een oplossing waarbij enerzijds de belangen van de rechthebbenden van films en anderzijds de belangen van de miljoenen internetgebruikers gewaarborgd worden is een ideale oplossing. Zoals bij meer problemen is het bedenken en uitvoerbaar maken van de oplossing de grootste uitdaging.

<sup>42</sup> <http://www.thuiskopie.nl/nl/tarieven> geraadpleegd op 1 maart 2011



## Hoofdstuk 3. Jurisprudentie

---

De bepalingen in de wetten, verdragen en richtlijnen staan vast en bieden enige mate van rechtszekerheid. Waar meer beweging in zit is de jurisprudentie. Wat uit de wetgeving niet direct valt op te maken wordt in de rechtspraak uiteen gezet. Meer specifiek de rechtsregel dat het downloaden (van films) uit illegale bron in Nederland rechtmatig is. In meerdere uitspraken is dit bevestigd.<sup>43</sup> De meest recente, en voor deze scriptie toepasselijke, zullen aan bod komen.

### 3.1 Eisers, stichting de Thuis kopie en SONT<sup>44</sup>

De eisers in deze zaak zijn importeurs en/of fabrikanten van informatiedragers zoals deze in art. 16c lid 1 Aw genoemd worden. Op basis van art. 16c lid 2 Aw dienen zij een vergoeding te betalen voor het reproduceren van auteursrechtelijk beschermd materiaal op de bovengenoemde informatiedragers. Stichting de Thuis kopie is de rechtspersoon belast met de inning en verdeling van de vergoedingen. Deze stichting is conform art. 16d lid 1 Aw door de minister van Justitie aangewezen. SONT, wat staat voor Stichting Onderhandelingen Thuis kopievergoeding, is de stichting die de hoogte van de vergoeding regelt. Deze stichting is tevens door de minister van Justitie aangewezen conform art. 16e Aw.

#### 3.1.1 Bij de rechtbank

De partijen verschilden van mening over de hoogte en de manier van vaststellen van de thuis kopievergoeding. De eisers wilden onder andere dat er bij het vaststellen van de vergoeding geen rekening werd gehouden met kopieën gemaakt voor commerciële doelen of piraterij. Er diende tevens geen rekening gehouden te worden met *“de schade die het gevolg is van illegaal kopiëren (incl. downloaden) uit een illegale bron.”*<sup>45</sup>

De kern van de eis bestond primair uit het standpunt dat er geen heffing diende te komen op blanco informatiedragers als bedoeld in art. 16c lid 1 Aw.

Voor deze scriptie is het twistpunt omtrent de illegaliteit van een privé-kopie uit illegale bron echter het belangrijkste aspect uit deze zaak. De eisers zijn het oneens met het standpunt van de regering dat downloaden uit illegale bron is toegestaan en dat de thuis kopievergoeding ook ter compensatie van het downloaden uit deze bron is. Ze zien de vergoeding als een wettelijke licentie die niet van toepassing kan zijn op illegaal aanbod. Als antwoord hierop stelt de rechtbank in overweging 4.4.3 vast dat het maken van een privé-kopie van een illegaal origineel ook illegaal is en dat deze handeling niet onder art. 16c Aw valt. De opvatting dat dit wel legaal zou zijn is volgens de rechtbank in strijd met de Auteursrecht richtlijn.

Naar aanleiding van deze uitspraak zijn er uiteenlopende meningen gepubliceerd over de combinatie van het downloaden uit illegale bron en de thuis kopievergoeding. Één daarvan is bij het vonnis gepubliceerd in de noot. Van der Net heeft moeite met de uitspraak. Hij stelt: *“De wetgever heeft juist bewust gekozen voor een ruime uitzondering voor privé-kopiëren die mede het downloaden vanuit illegale bron omvat.”*<sup>46</sup> Als belangrijkste reden tegen het oordeel van de rechtbank noemt hij het feit dat het onwenselijk is dat rechthebbenden hun recht gaan handhaven bij consumenten thuis. Tevens stelt hij vraagtekens bij het feit of consumenten de (il)legaliteit van een bron kunnen beoordelen. Verder beargumenteert van der Net dat de rechter de drie-stappen-toets verkeerd gebruikt. Deze toets is volgens hem alleen voorbehouden aan de wetgever en niet aan de rechter.

Van der Net stelt dat het onwenselijk is dat rechthebbenden hun recht gaan handhaven bij consumenten thuis. Een vreemde redenering. Ten eerste moet er, ook bij consumenten thuis, handhavend opgetreden kunnen worden tegen illegaal gedrag. Dit gebeurt immers ook met wietplantages op zolderkamertjes. Ten tweede is het niet de taak van de rechthebbenden om hun recht te gaan handhaven. Die verplichting zou bij Justitie moeten liggen.

---

<sup>43</sup> Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3980. En Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3982.

<sup>44</sup> Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, HA ZA 05-2233.

<sup>45</sup> Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, HA ZA 05-2233, 3.1 onder G.

<sup>46</sup> Noot bij Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, HA ZA 05-2233, AMI 2008/5.

Een andere criticus is de heer Senftleben. In zijn optiek breekt de rechtbank de rechtszekerheid die bestond omtrent het downloaden uit illegale bron af. Uit verschillende kamerstukken valt immers op te maken dat downloaden uit illegale bron toegestaan was. Hij stelt dat de rechter veel te gemakkelijk een beroep op de drie-stappen-toets doet om tegen de wetgever in te gaan.<sup>47</sup>

Misschien is de argumentatie van de rechtbank niet gelukkig te noemen, maar voor het oordeel dat een privé-kopie uit illegale bron illegaal is en niet onder art. 16c Aw valt, is zeker wat te zeggen. Wanneer een film in Nederland in de bioscoop draait hoeft er geen twijfel over te bestaan dat wanneer deze film gratis van internet te downloaden is, dit uit illegale bron is. De film is daar illegaal terecht gekomen, een kopie van iets illegaals zou ook illegaal moeten zijn. Deze kopie zou zelfs kunnen worden gekwalificeerd als een moderne vorm van heling als bedoeld in art. 416 lid 1 onder a Sr.

### **3.1.2 Hoger beroep Eisers, stichting de Thuiskopie en SONT**

Tegen het vonnis uit de voorgaande paragraaf is hoger beroep ingesteld. De passage over het downloaden uit illegale bron krijgt specifiek de aandacht in deze paragraaf.

De eisers menen dat een privé-kopie uit illegale bron in strijd is met het auteursrecht en dat art. 16c Aw daarop niet van toepassing is. Daarom stellen de eisers dat deze privé-kopieën niet meegenomen moeten kunnen worden bij het berekenen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. De stichting Thuiskopie denkt hier anders over en zou graag zien dat er bij het vaststellen van de hoogte van de vergoeding ook rekening gehouden wordt met de privé-kopie uit illegale bron.

Interessant is de argumentatie van de eisers. Zij stellen dat de schade welke rechthebbenden op een werk lijden door het downloaden uit illegale bron zo groot is dat dit nooit gecompenseerd kan worden door een thuiskopievergoeding. Verder stellen zij dat wanneer het downloaden uit illegale bron niet onder art. 16c Aw gebracht wordt en derhalve verboden wordt, het illegale uploaden stopt. Ze gaan er vanuit dat wanneer er geen vraag meer is naar het product, het aanbod ook zal stoppen.

Naar mijn mening een naïef standpunt. Hoewel het downloaden uit illegale bron dan verboden zal zijn, zal het nog wel mogelijk zijn. Uploaden is al in strijd met het auteursrecht en verboden, maar gebeurt nog op grote schaal. Een verbod is nutteloos als er geen goed handhavingsmechanisme achter schuilt. Vervolgens redeneren de eisers: *“Nu deze nadelige gevolgen van het illegaal uploaden niet kunnen worden opgeheven door een thuiskopievergoeding, die immers alleen is verschuldigd voor de reproductiehandeling die bij het downloaden plaatsvindt, betekent dit dat door het kopiëren uit illegale bron de wettige belangen van de rechthebbenden onredelijk worden geschaad (de 3e stap van de drie-stappen-toets)”*<sup>48</sup> Deze uitspraak breekt met de drie-stappen-toets die juist stelt dat de wettige belangen niet onredelijk geschaad mogen worden. Daarom moet het downloaden uit illegale bron niet onder art. 16c Aw vallen.

Het gerechtshof haalt uitspraken van bewindslieden aan waaruit geconcludeerd kan worden dat een verbod op downloaden uit illegale bron niet handhaafbaar is om technische en privacy redenen. Hieruit volgt dat ook bij een verbod de rechthebbenden nog geen vergoeding voor hun werk kunnen ontvangen omdat een verbod nog onvoldoende te handhaven is. Het gerechtshof vervolgt: *“Gelet hierop zijn op dit moment de wettige belangen van de rechthebbenden beter gediend bij een systeem waarin het downloaden uit illegale bron is toegestaan, aangezien dat met zich brengt dat daarvoor in ieder geval thuiskopievergoeding aan de rechthebbenden is verschuldigd. Derhalve worden de belangen van de rechthebbenden niet onredelijk geschaad door het toestaan van downloaden uit illegale bron”*<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Prof. dr. M.R.F. Senftleben, *Privé-kopiëren in het licht van de driestappentoets – opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuiskopie*, Intellectuele eigendom en Reclamerecht (IER) 2008, p. 265.

<sup>48</sup> Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3982 overweging 7.10.

<sup>49</sup> Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3982 overweging 7.13.



Na het toepassen van de drie-stappen-toets komt het gerechtshof tot de volgende slotzin: *“Het voorgaande voert tot de slotsom dat kopiëren (waaronder downloaden) uit illegale bron onder de werkingssfeer van artikel 16c lid 1 Aw valt.”*<sup>50</sup>

Puur gelet op de huidige wetgeving en kamerstukken is er weinig tegen dit oordeel in te brengen. Toch lijkt dit vonnis slechts een tijdelijke pleister op de wond. Het probleem van het illegaal uploaden en het daarmee samenhangende probleem van het downloaden uit illegale bron, blijft bestaan. Er is momenteel geen goed handhavingsmechanisme dat er voor moet zorgen dat het uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende(n) tegengegaan kan worden.

### **3.2 Eyeworks tegen FTD**<sup>51</sup>

Een zaak van een andere orde dan de Thuis kopie zaak, maar ook in deze rechtszaak kwam de vraag aan bod of het downloaden van bestanden uit illegale bron legaal is.

Eyeworks, producent van de film ‘Komt een vrouw bij de dokter’, heeft een rechtszaak aangespannen tegen FTD, een faciliteit waarmee gebruikers bestanden op het Usenet kunnen (inmiddels konden) vinden. De film was reeds voordat hij in de winkels verkocht werd door middel van FTD op het Usenet te vinden.

De focus ligt hier echter op de vraag of het downloaden van een film uit illegale bron toegestaan is. FTD stelt zich op het standpunt zoals in paragraaf 3.1.2 besproken dat ook het downloaden uit illegale bron onder de thuis kopieregeling valt. Eyeworks stelt dat het downloaden uit illegale bron verboden is omdat het in strijd is met de drie-stappen-toets.

De redenering van Eyeworks is als volgt. Het openbaar maken van de film door het op internet te zetten zonder toestemming van de rechthebbende zorgt ervoor dat het exclusieve recht van Eyeworks doorbroken wordt. Tevens zorgt het downloaden uit illegale bron ervoor dat deze bron gestimuleerd wordt. Het downloaden houdt het uploaden in stand, een redenering zoals deze ook in paragraaf 3.1.2 naar voren is gekomen. De thuis kopievergoeding is te gering om de nadelige gevolgen voor Eyeworks op te heffen en als gevolg hiervan worden de wettige belangen van Eyeworks onredelijk geschaad. Dit is in strijd met de derde stap van de drie-stappen-toets en dus kan het downloaden uit illegale bron niet beschermd worden door deze toets.<sup>52</sup>

Dit argument wordt door het gerechtshof gepareerd. De drie-stappen-toets vereist een afweging van alle belangen en omstandigheden. Hieronder valt ook het feit dat een downloadverbod uit illegale bron nog niet naar behoren te handhaven is en dat rechthebbenden op dit moment tevreden moeten zijn met het feit dat ze een vergoeding krijgen, door middel van de thuis kopievergoeding, omdat downloaden uit illegale bron onder art. 16c Aw valt.

Het gerechtshof haalt dezelfde redentatie als in ‘de eisers, stichting de Thuis kopie en SONT zaak’ aan omtrent de parlementaire behandeling van de problematiek in Nederland. Op basis van deze behandeling stelt het gerechtshof: *“Gelet hierop zou de rechtszekerheid op onaanvaardbare wijze in het gedrang komen wanneer artikel 16c Aw op het punt van het downloaden uit illegale bron thans zou worden uitgelegd op de wijze als door Eyeworks bepleit”*<sup>53</sup>

Met andere woorden, het downloaden uit illegale bron is naar Nederlands recht legaal. De redentatie van Eyeworks houdt op dit punt geen stand.

Zoals ook in paragraaf 3.1.2 al besproken is, het is een naïeve redentatie om te denken dat met het illegaal maken van downloaden uit illegale bron het uploaden ook zal stagneren. Handhaving is de kern van de problematiek. Het blijkt immers dat het uploaden van films zonder toestemming van de rechthebbenden op grote schaal plaats vindt.

Een downloadverbod uit illegale bron zal nog niet naar behoren te handhaven zijn. De vraag blijft waarom het downloaden van computerprogramma’s zonder toestemming van de rechthebbende niet onder de thuis kopieregeling valt. Hierover zal in latere hoofdstukken verder gesproken worden.

---

<sup>50</sup> Hof ’s-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3982 overweging 7.18.

<sup>51</sup> Hof ’s-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3980.

<sup>52</sup> Hof ’s-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3980, overweging 5.10.

<sup>53</sup> Hof ’s-Gravenhage 15 november 2010, L/JN BO3980, overweging 5.15.

### 3.3 FTD tegen BREIN<sup>54</sup>

Een zaak tussen twee bekende partijen. FTD beheert een forum op internet waarop leden met elkaar en voor elkaar informatie kunnen vinden over content op het Usenet.

BREIN vordert de staking van de diensten van FTD voor zover deze diensten de bij BREIN aangesloten partijen schaden.

FTD heeft meerdere eisen, maar de voor deze scriptie belangrijkste eis zal nader uitgelicht worden.

FTD wil een verklaring in rechte van het feit dat het downloaden van content uit illegale bron in Nederland toegestaan is.

BREIN komt met dezelfde cirkelredenering als in voorgaande paragrafen te lezen is. Het downloaden uit illegale bron en het uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende(n) zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Beiden houden elkaar in stand. BREIN stelt, net als het eerder genoemde Eyeworks en de 'eisers', dat met het verbieden van downloaden uit illegale bron het illegaal uploaden eveneens een halt toegeroepen kan worden. BREIN vervolgt de redenering op dezelfde wijze als de 'eisers'. De nadelige gevolgen voor de rechthebbenden van het illegaal uploaden worden onvoldoende gecompenseerd door de thuiskopievergoeding. Daarom worden de wettige belangen onredelijk geschaad.

De rechtbank haalt logischerwijs de redeneringen van het gerechtshof van 15 november 2010 aan waarin de uitspraken van de minister over het downloaden uit illegale bron genoemd worden. De citaten stellen dat de wetgever het downloaden uit illegale bron legaal acht. *“Op grond van bovengenoemde citaten moet worden geconcludeerd dat volgens de regering downloaden uit illegale bron is toegestaan. De rechtbank is voorts met het Gerechtshof te Den Haag (15 november 2010, LJN: BO3980) van oordeel dat dit standpunt niet in strijd kan worden geacht met de drie-stappen-toets van art. 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn. De rechtbank concludeert voorts dat het faciliteren van downloaden, ook indien dit uit illegale bron geschiedt, daardoor evenmin onrechtmatig kan zijn.”*<sup>55</sup> Hiermee verkrijgt FTD geen verklaring in rechte dat het downloaden van content uit illegale bron in Nederland toegestaan is, omdat een dergelijke verklaring alleen tussen partijen opgesteld kan worden. FTD bereikt hier echter wel mee dat de stand van zaken omtrent het downloaden uit illegale bron nogmaals benadrukt wordt.

### 3.4 Afsluitende opmerkingen

Vier uitspraken, een rechtbank stelt dat een privé-kopie uit illegale bron niet toegestaan is. Het gerechtshof vonnist vervolgens tweemaal dat het wel toegestaan is en haalt hiermee het oordeel van de rechtbank onderuit. In de vierde uitspraak gaat de rechtbank mee met de redenering van het gerechtshof. Het oordeel van het gerechtshof en de rechtbank Haarlem dat een privé-kopie uit illegale bron toegestaan is, is de meest actuele stand van zaken. Op deze manier, zo redeneert het gerechtshof, worden auteursrechthebbenden nog in enige mate van een vergoeding voorzien. Het downloaden uit illegale bron valt immers onder art. 16c lid 1 Aw en daarom dient er een vergoeding voor betaald te worden middels de heffing op informatiedragers. Wanneer de downloads uit illegale bron niet onder dit artikel zouden vallen hoeft er ook geen vergoeding voor betaald te worden en zouden auteursrechthebbenden niets krijgen.

---

<sup>54</sup> Rb. Haarlem 9 februari 2011, LJN BP3757.

<sup>55</sup> Rb. Haarlem 9 februari 2011, LJN BP3757, overweging 4.21.

## Hoofdstuk 4. Alternatieven

---

Het downloadlandschap is omschreven. Vervolgens is de wetgeving uiteengezet en zijn de meest actuele rechtszaken besproken. Kortom, de huidige stand van zaken is bekend. Een film downloaden uit evident illegale bron is in Nederland toegestaan. De ratio achter dit standpunt komt over als een tijdelijke pleister op de wond. Door ook de downloads uit illegale bron onder de thuishopieregeling te brengen krijgen rechthebbenden nog enige vorm van vergoeding door middel van de thuishopieheffing op informatiedragers. Een tijdelijke pleister op de wond omdat het probleem hierdoor niet opgelost wordt.

Een ingewikkeld probleem. Oplossingen kunnen en worden aangedragen, alleen brengen deze stuk voor stuk meer problemen met zich mee. Zo kan de huidige situatie blijven bestaan zodat het downloaden van een film uit illegale bron legaal blijft, maar dit lijkt onwenselijk. Omdat het probleem niet te handhaven is wordt er niet ingegrepen. Ook kan het downloaden uit evident illegale bron illegaal gemaakt worden, maar handhaven wordt problematisch.

In dit hoofdstuk wordt gezocht naar alternatieven. Het is moreel verwerpelijk te noemen dat een film illegaal op internet terecht is gekomen maar dat het downloaden daarvan legaal is. De argumenten om dit toe te staan zijn uitgelegd in voorgaande hoofdstukken en als plausibel aan te merken. Het is een begrijpelijke spagaat. Of dit anders kan valt te bezien, het is het overdenken waard.

Verschillende alternatieven zullen de revue passeren. In paragraaf 1 wordt het idee besproken om het downloaden uit illegale bron illegaal te maken. In paragraaf 2 wordt een oplossing aangedragen aan de uploadkant van de probleemstelling. Paragraaf 3 richt zich op een ander alternatief, namelijk een soortgelijke exceptie zoals deze bestaat voor computerprogramma's. Een minder juridische oplossing wordt summier aangehaald in paragraaf 4. Tot slot een samenvatting in paragraaf 5.

### 4.1 Illegaal downloaden

Het illegaal maken van het downloaden uit evident illegale bron wordt ook wel een downloadverbod genoemd. Een beladen term die voor de nodige opschudding zorgt in de literatuur en media.

Tegenstanders van een downloadverbod noemen het een beperking van de vrijheid van de consument<sup>56</sup> en vrezen voor een inbreuk op de privacy van internetgebruikers.<sup>57</sup> Fred Teeven van de VVD stelt dat er pas handhavend opgetreden kan worden wanneer er een alternatieve legale markt is. Hij vergelijkt de situatie omtrent het downloaden met het kraken van huizen in de jaren '70 van de vorige eeuw. Het kraken werd gedoogd, totdat er genoeg huizen beschikbaar waren en het kraken niet meer nodig was. Hetzelfde kan met downloaden gebeuren. Het wordt momenteel gedoogd, maar wanneer er een volwaardig alternatief is, kan er een verbod ontwikkeld worden.<sup>58</sup>

Dit idee is verwoord in een rapport van een werkgroep waarin Fred Teeven ook zat. In het rapport wordt een aanbeveling gedaan om een wet te ontwikkelen die het downloaden strafbaar maakt. Deze wet dient echter pas van kracht te worden wanneer de industrie een volwaardig alternatief weet te bieden. En zelfs dan dient er niet tot onmiddellijke vervolging over gegaan te worden, maar dient de consument gewaarschuwd te worden.<sup>59</sup>

Voorstanders van het verbod beargumenteren dat het verbod schade aan de normale exploitatie van de werken tegen gaat.<sup>60</sup>

#### 4.1.1 Speerpunten auteursrecht

Of en wanneer er een verbod komt is vooralsnog onduidelijk. Wel heeft staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie op 11 april 2011 een brief gepubliceerd met daarin enkele speerpunten op het gebied van het auteursrecht.<sup>61</sup> Het meest controversiële en voor deze scriptie belangrijkste speerpunt is

---

<sup>56</sup> Ot van Daalen, Bits of Freedom, tijdens het 'Downloaddebat' van 27 mei 2010.

<sup>57</sup> Leah Postma, consumentenbond, tijdens het 'Downloaddebat' van 27 mei 2010

<sup>58</sup> Fred Teeven, VVD, tijdens het 'Downloaddebat' van 27 mei 2010

<sup>59</sup> Arda Gerkens, Pauline Smeets, Fred Teeven, Nicolien van Vroonhoven-Kok, *Auteursrechten een rapport*, 17 juni 2009, p.28

<sup>60</sup> Tim Kuik, BREIN, tijdens het 'Downloaddebat' van 27 mei 2010

<sup>61</sup> <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2011/04/11/teeven-auteursrecht-moet-stimulans-zijn-voor-creativiteit-en-innovatie.html>

de derde: "Het bevorderen en beschermen van nieuwe bedrijfsmodellen op internet door een wetsvoorstel ter bestrijding van inbreukfaciliterende websites en een herbezinning op de thuiskopie-exceptie. Daartoe wordt het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig verklaard in combinatie met een afgewogen handhavingskader waarin een balans wordt gevonden tussen de bescherming van rechthebbenden en het belang van een open internet."<sup>62</sup>

Een duidelijk standpunt dat, wanneer het inderdaad in wetgeving omgezet gaat worden, voor de nodige veranderingen zal gaan zorgen. Het downloaden uit evident illegale bron wordt onrechtmatig. De achterliggende gedachte is dat door middel van dit voorstel de legale markt een kans krijgt om zich te ontwikkelen op het internet. Zonder deze markt is de bescherming van auteursrecht op internet nutteloos, een standpunt dat de staatssecretaris al eerder verwoordde.<sup>63</sup>

Aan de andere kant is het noodzakelijk dat het auteursrecht nieuwe ontwikkelingen op internet niet af gaat remmen, het moet deze juist stimuleren.

Verder wordt in de brief benadrukt dat individuele gebruikers niet gecriminaliseerd gaan worden en dat het downloaden niet strafbaar, maar onrechtmatig gaat worden. De handhaving zal zich niet gaan richten op consumenten die op beperkte schaal up- en downloaden, maar op grootschalige gebruikers. Hoe dit in de praktijk mogelijk gemaakt gaat worden is in detail nog niet bekend. Wel schrijft de staatssecretaris dat Internet Service Providers (ISP's) en zelfs zoekmachines een rol kunnen spelen in de handhaving. Zo moet het in de toekomst mogelijk worden dat access providers de toegang tot een, door de rechter, onrechtmatig verklaarde website gaan blokkeren. Alleen deze laatste zin levert al genoeg stof voor een scriptie op over het blokkeren van websites.

*"Als downloaden uit evident illegale bron niet langer onder de thuiskopie-exceptie valt, is er geen aanleiding meer voor een stelsel met thuiskopieheffingen."*<sup>64</sup> Als alternatieven worden de kopieerheffing op ladingdragers en op internetabonnementen afgeschoten. Met deze maatregel verwacht de heer Teeven dat rechthebbenden een vergoeding voor het kopiëren van werk, zoals deze toegestaan is onder de thuiskopieregeling van art. 16c Aw, doorberekenen in de prijs van de producten. Het kopiëren moet met technische maatregelen binnen de perken gehouden kunnen worden.

Het onrechtmatig maken van het downloaden van bestanden uit evident illegale bron en het afschaffen van de thuiskopievergoeding zorgen voor de nodige commotie. Begrijpelijke commotie aangezien het om controversiële voorstellen gaat. Belangrijk voor deze scriptie is het feit dat het downloaden uit evident illegale bron verboden kan gaan worden. Dan rijst vanzelfsprekend de vraag wat een evident illegale bron volgens het voorstel van de staatssecretaris is. Opvallend is het feit dat deze vraag niet in de brief aan de orde komt. Toch is het, voor het invoeren van het voorgestelde downloadverbod, noodzakelijk om dit te definiëren. Is het aan de consument zelf om te oordelen of de bron evident illegaal is, of moet de rechter er aan te pas komen om zijn oordeel te vellen?

Het voorstel van staatssecretaris Teeven geeft een duidelijk antwoord op de hoofdvraag van deze scriptie. Het is niet langer wenselijk om het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal uit evident illegale bron toe te staan. Dat de probleemstelling niet voor eens en altijd opgelost is met deze maatregel staat buiten kijf. Er zitten nu nog te veel haken en ogen aan het voorlopige voorstel om het tot een succes te kunnen maken.

#### **4.1.2 Hadopi**

Dat een waarschuwingssysteem als handhavingsmechanisme controversieel is blijkt wel uit de ophef rond de Franse 'Hadopi'.<sup>65</sup> Wanneer een gebruiker auteursrechtelijk beschermd materiaal van internet download zonder toestemming van de rechthebbende krijgt de gebruiker een waarschuwing. Na drie

---

<sup>62</sup> Staatssecretaris Fred Teeven, *Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20*, 11 april 2011, p.2.

<sup>63</sup> Zie paragraaf 4.1

<sup>64</sup> Staatssecretaris Fred Teeven, *Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20*, 11 april 2011, p.11

<sup>65</sup> Hadopi staat voor "Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet." In het Nederlands: 'Hoge Autoriteit voor de verspreiding van werken en het beschermen van rechten op Internet.' Een instantie om schending van auteursrechten op internet op te sporen.

waarschuwingen kan de gebruiker afgesloten worden van internet. Het was vooral deze laatste maatregel die de gemoederen bezig hield. In het eerste ontwerp konden gebruikers na drie waarschuwingen zonder tussenkomst van de rechterlijk macht afgesloten worden van het internet. Dit ontwerp werd door de hoogste Franse rechtbank vernietigd omdat het in strijd zou zijn met de mensenrechten.<sup>66</sup> Na enkele aanpassingen is de wet door de hoogste Franse rechtbank goedgekeurd, gebruikers afsluiten van internet kan alleen nog na tussenkomst van de rechterlijke macht.<sup>67</sup> Wanneer een gebruiker betraapt wordt op het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende(n) kan de Hadopi de gegevens van de gebruiker opvragen bij de ISP. Deze is verplicht om mee te werken. Tot maximaal een jaar kunnen overtreders van de Hadopi-wet afgesloten worden van internet. Een afschrikwekkend vooruitzicht. Zoals bij wel meer voorstellen om schendingen van auteursrechten op internet te handhaven stuit ook deze aanpak op bezwaren, vooral met het oog op de privacy van de internetgebruikers. Er wordt immers handhavend opgetreden bij consumenten thuis.

#### **4.1.3 Diefstal en heling**

Dat met het down- en uploaden van een film auteursrechtelijke regels geschonden (kunnen) worden is duidelijk. Om deze regels te handhaven valt ook voor strafrechtelijke handhaving een lans te breken. Het is in paragraaf 3.1.1 al kort aan bod gekomen, het zou als een moderne vorm van heling gekwalificeerd kunnen worden. Een vergelijking met de offline wereld kan dit kracht bij zetten. Wanneer een schimmig figuur achter het centraal station een fiets voor €10,- te koop aanbiedt kun je er redelijkerwijs vanuit gaan dat deze fiets gestolen is. Het kopen van de fiets is in Nederland strafbaar op grond van art. 416 lid 1 onder a Sr:

*1° Als schuldig aan opzetheling wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie:*

*a. hij die een goed verwerft, voorhanden heeft of overdraagt, dan wel een persoonlijk recht op of een zakelijk recht ten aanzien van een goed vestigt of overdraagt, terwijl hij ten tijde van de verwerving of het voorhanden krijgen van het goed dan wel het vestigen van het recht wist dat het een door misdrijf verkregen goed betrof;*

Dit artikel kan toegepast worden op het downloaden van films uit evident illegale bron. Het moet gaan om het verwerven van een goed, waarvan duidelijk was dat het goed door een misdrijf verkregen was. Allereerst de vraag of een film als een 'goed' gezien kan worden. Dat een DVD schijfje een goed is staat buiten kijf. De vraag of een film bestaande uit een digitaal bestand op internet ook als een goed beschouwd kan worden is lastiger, maar toch goed te beantwoorden. Dat een goed niet altijd stoffelijk hoeft te zijn bleek al uit het beroemde Electriciteitsarrest uit 1921.<sup>68</sup> Uit modernere rechtspraak blijkt echter ook dat virtuele goederen een goed kunnen zijn als bedoeld in art. 310 Sr. en derhalve gestolen kunnen worden. Dat kan wanneer een goed waarde heeft, niet stoffelijk is en weggenomen wordt waardoor de bestolene de feitelijk macht erover kwijtraakt.<sup>69</sup>

Ten eerste de waarde. Deze hoeft niet per definitie uit geldwaarde te bestaan. Een digitale versie van een film vertegenwoordigt waarde. Verschillende mensen, van producent tot regisseur tot acteur hebben tijd en moeite in een film gestoken. Daar komt bij dat nieuwe Hollywood producties gewilde bestanden zijn in het downloadcircuit, downloaders willen het blijkbaar ook graag hebben.

Ten tweede het feit dat een goed niet stoffelijk hoeft te zijn. Een digitaal filmbestand is niet vatbaar, je kunt het niet zomaar oppakken. Maar deze eis is met het eerder genoemde Electriciteitsarrest al losgelaten. Een digitaal filmbestand valt, gelet op dit vereiste ook onder een goed.

Ten derde en tot slot de eis dat het goed weggenomen wordt. Dit is een discutabel punt. Zowel de uploader als de downloader nemen het goed niet weg, maar maken er slechts een kopie van. Het originele goed, de film, blijft, behalve bij de up- en downloader, ook bij de rechthebbende(n). Puur gelet op deze eis kan er van diefstal geen sprake zijn.

<sup>66</sup> <http://webwereld.nl/nieuws/59665/constitutionele-raad-verwerpt-franse-piraterijwet.html>

<sup>67</sup> <http://webwereld.nl/nieuws/64064/franse-hoge-raad-keurt-three-strikes-wet-goed.html>

<sup>68</sup> HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564.

<sup>69</sup> Rb. Leeuwarden 21 oktober 2008, LJV BG0939 en Hof Leeuwarden 10 november 2009, LJV BK2773

Maar creatief kijkend naar de eis van art. 416 lid 1 onder a Sr. kan er ook sprake zijn van een ander misdrijf dan diefstal om heling aan te nemen. Het artikel stelt dat het moet gaan om een goed waarvan bekend was dat het door een misdrijf verkregen is. Het misdrijf kan bestaan uit het feit dat de film zonder toestemming van de rechthebbende(n) op internet terecht gekomen is, art. 31 Aw bepaalt de hoogte van de straf. Met andere woorden, de bron is illegaal. De downloader weet dit, of behoort dit te weten, wanneer de onderhavige film nog in de bioscoop draait.

Gelet op deze redenatie kan het downloaden van een film uit evident illegale bron als heling aangemerkt worden. Het downloaden mag dan volgens de auteursrechtelijke weg toegestaan zijn, strafrechtelijk kan er actie ondernomen worden.

#### **4.1.4 Handhaving**

Wetgeving kan gemaakt worden, waarschuwingen kunnen uitgedeeld worden en inbreukmakers kunnen vervolgd worden. Het handhaven van schendingen op internet is een heikel punt. Veel gebruikers surfen op internet vanuit de eigen woonkamer. Van oudsher een plaats waar de overheid, tot op zekere hoogte, niets te zoeken heeft. Om een downloadverbod, of strafrechtelijke vervolging te kunnen realiseren is handhaving onvermijdelijk.

Een kastje achter het modem van iedere internetgebruiker is geen optie heeft Fred Teeven al aangegeven.<sup>70</sup>

De handhaving op internet levert een onderwerp op waar een aparte scriptie over geschreven kan worden. Dat is niet het doel van deze scriptie, maar in het licht van de probleemstelling kan er niet voorbij worden gegaan aan een passage over handhaving.

Technische middelen om een verbod te handhaven zijn noodzakelijk. Te denken valt aan het roemruchte Deep Packet Inspection (DPI). Hierbij wordt al het dataverkeer dat tussen de zender en ontvanger plaats vindt geanalyseerd.<sup>71</sup> Het is de internetvariant van de aloude ‘telefoontap’. De organisatie voor burgerrechten op internet, Bits of Freedom (BOF) vergelijkt DPI met zaken in de offline wereld als volgt: *“Vertaal je DPI naar de offline wereld, dan zouden al je brieven opengemaakt en uitgelezen worden op het sorteercentrum van TNT Post. Met het briefgeheim steekt onze grondwet daar een stokje voor.”*<sup>72</sup> Deze uitspraak maakt duidelijk hoe ver DPI kan gaan. Uiteraard in het achterhoofd houdende dat BOF een organisatie is die vecht voor de privacy van burgers.

Een ander technisch middel om onder andere schendingen van auteursrechten op het internet tegen te gaan is het zogenaamde ‘fingerprinting’. Momenteel wordt deze techniek vooral gebruikt voor muziek, maar het is niet ondenkbaar dat dit in de nabije toekomst ook voor films te gebruiken is. Buma/Stemra werkt met deze techniek en omschrijft het op haar website als volgt: *“Bij fingerprinting wordt van elk stukje audio een ‘vingerafdruk’ genomen, een zogenaamd soundfile. Dit zijn muziekbestanden die Buma/Stemra krijgt aangeleverd door platenmaatschappijen, producenten en omroepen .... Al deze soundfiles worden bewaard in een database. Elk muziekwerk dat wordt uitgezonden via kabel, satelliet of ether, gaat vervolgens langs alle vingerafdrukken in de database. Is er een match, dan worden de uitzendgegevens automatisch geregistreerd.”*<sup>73</sup>

Er is nog een mogelijkheid om een downloadverbod te handhaven. Een parallel met de offline wereld en het strafrecht is hierbij op zijn plaats. Om fietsendieven op te sporen maakt de politie gebruik van zogenaamde ‘lokfietzen’. De politie zet een fiets neer, op een plaats waar veel fietsen gestolen worden, en gaat vervolgens observeren. Wanneer iemand de fiets probeert te stelen grijpt de politie in. Deze manier van opsporen en handhaven is door de Hoge Raad goedgekeurd.<sup>74</sup> Eenzelfde manier van opsporen en handhaven van een downloadverbod is in beginsel mogelijk. Een handhavingsinstantie zou een film, een ‘lokfilm’, in een nieuwsgroep of op een BitTorrent site kunnen plaatsen en vervolgens de IP-adressen van de downloaders kunnen noteren om deze te waarschuwen cq. te

<sup>70</sup> Fred Teeven, VVD, tijdens het ‘Downloaddebat’ van 27 mei 2010

<sup>71</sup> [http://nl.wikipedia.org/wiki/Deep\\_packet\\_inspection](http://nl.wikipedia.org/wiki/Deep_packet_inspection)

<sup>72</sup> <https://www.bof.nl/2011/01/18/politiek-moet-structureel-afluisteren-internet-voorkomen/>

<sup>73</sup> <http://www.bumastemra.nl/nl-NL/MuziekrechtenVastleggen/Fingerprinting/>

<sup>74</sup> HR 28 oktober 2008, L/NBE9817

beboeten. Op deze manier wordt de privacy van internetgebruikers minder geschonden dan met bijvoorbeeld DPI het geval is. Natuurlijk zitten er haken en ogen aan deze methode en is het te omzeilen, maar het is beter dan geen actie ondernemen en een verbod creëren dat niet te handhaven valt.

Als ‘ultimum remedium’<sup>75</sup> noemt staatssecretaris Teeven een blokkade van een website door de access provider. Dit wil zeggen dat gebruikers van deze provider geen toegang meer hebben tot de desbetreffende website. Een vergaande maatregel welke met niet al teveel fantasie als censuur aangemerkt kan worden. Natuurlijk blijft het wel de rechter die beslist of een website al dan niet als onrechtmatig aangemerkt kan worden, en natuurlijk is het de allerlaatste oplossing als het aanspreken van de beheerder van de website of de hosting provider niet werkt.

#### **4.2 Uploadverbod handhaven**

Er wordt gesproken over een downloadverbod, maar in het licht van de probleemstelling is dat misschien niet de goede route. Voor de duidelijkheid nogmaals de probleemstelling:

*Is het nog wenselijk om het downloaden van films uit een overduidelijk illegale bron onder de thuiskopieregeling uit de Auteurswet te scharen?*

Het downloaden is één aspect van de stelling. Maar als de illegale bron weggenomen wordt kan daar ook niet meer uit gedownload worden. Het is een omgekeerde versie van de cirkelredenering zoals deze in hoofdstuk 3 naar voren is gekomen.

Op basis van art. 1 Aw is de auteur in beginsel de enige persoon die zijn werk openbaar mag maken. Uploaden van een film naar internet is zonder twijfel een vorm van openbaar maken. Wanneer dit gebeurt zonder toestemming van de auteur, of rechthebbende, is dit in strijd met de Auteurswet en conform art. 31 Aw zelfs een misdrijf.

Zoals hierboven beschreven is handhaving een moeizaam proces. Juist omdat dit een moeizaam proces is, is het verstandig om de handhaving tot een minimum te beperken. Dit minimum zal zich moeten richten op de voeding van het probleem, het uploaden van films. Het technische verhaal achterwege latende zou de oorsprong van de films getraceerd moeten worden naar IP-adres om vervolgens de NAW gegevens van de overtreder te achterhalen. Dit is geen feilloos systeem, maar het is in ieder geval een stap in de goede richting wanneer het gaat om handhaving.

#### **4.3 Software exceptie**

De Auteurswet kent aan de auteur exclusieve rechten toe, zoals exploitatie- en persoonlijkheidsrechten. Dezelfde wet kent hier ook enkele beperkingen aan toe. Zo is de auteur in beginsel de enige die zijn werk mag verveelvoudigen. Daar is een exceptie op gemaakt in de vorm van de thuiskopieregeling neergelegd in art. 16b lid 1 Aw en art. 16c Aw. Zoals vaker gezien wordt in het Nederlandse recht bestaan er ook weer uitzonderingen op deze beperkingen. Een voor dit hoofdstuk opvallende uitzondering is neergelegd in art. 45n Aw. Dit artikel stelt dat de artikelen 16b en 16c Aw niet van toepassing zijn op computerprogramma's. Met andere woorden, van een computerprogramma mag geen privé-kopie gemaakt worden. Dit brengt vanzelfsprekend met zich mee dat een computerprogramma ook niet zonder uitdrukkelijke toestemming van de auteursrechthebbende gedownload mag worden, het is te zien als een gedeeltelijk downloadverbod.

Opmerkelijk, blijkbaar was de wetgever van mening dat een dergelijk verbod wel te handhaven viel en dat er van de internetgebruikers op dit gebied wel verwacht mag worden dat ze een onderscheid kunnen maken tussen legale en illegale content als het gaat om computerprogramma's.

Discussabel is echter of dit verbod wel nut heeft. Een willekeurig blik in een nieuwsgroep of op een BitTorrent site leert dat computerprogramma's en computergames net zo gemakkelijk zijn te downloaden als muziek of films.

Het is zeker denkbaar dat een soortgelijke exceptie voor filmwerk ontwikkeld kan worden en inmiddels is het idee ook aangedragen in de brief van staatssecretaris Teeven.<sup>76</sup> Maar om er voor te

---

<sup>75</sup> Staatssecretaris Fred Teeven, *Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20*, 11 april 2011, p.11

<sup>76</sup> Staatssecretaris Fred Teeven, *Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20*, 11 april 2011, p.9

zorgen dat dit geen dode letter in de wet wordt, dient er wel een handhavingsmechanisme ontwikkeld te worden.

#### **4.4 Initiatief vanuit de industrie**

Er is nu gesproken over maatregelen die vanuit de overheid moeten komen. Er kan echter ook vanuit een minder juridische hoek naar het probleem gekeken worden. De bal kan bij de industrie en filmmakers gelegd worden. Eerder in de scriptie is al aan bod gekomen dat er binnen de overheid stemmen opgaan om pas in te grijpen wanneer de industrie met een afdoende legaal alternatief komt. Te denken valt hierbij aan het aanbieden van films op internet, of zoals in toenemende mate gebeurt, via digitale tv waarbij de gebruiker een digitale videotheek aangeboden krijgt.

De filmindustrie moet gaan proberen te concurreren met het downloadcircuit. Er moeten businessmodellen ontwikkeld worden waar de industrie aan kan verdienen en waar de consument gebruik van wil maken. Makkelijker gezegd dan gedaan. Een film downloaden uit illegale bron is gratis, hoe valt daar tegen te concurreren? Onmogelijk is het niet, voor muziek hebben Spotify en iTunes aangetoond dat er wel degelijk geconcurrerd kan worden met het gratis downloadcircuit. Een dergelijke constructie voor films moet te realiseren zijn, zoals bijvoorbeeld Veamer.

Het is echter niet ondenkbaar dat er vanuit de industrie negatief gereageerd gaat worden op dit initiatief. De industrie en filmmakers kunnen het standpunt innemen waarin ze stellen dat het niet aan hen is om met een alternatief te komen, maar dat het aan de overheid is om de auteursrechten van de industrie en filmmakers te handhaven.

#### **4.5 Afsluitende opmerkingen**

Veel gehoord commentaar op de probleemstelling van deze scriptie zijn de opmerkingen dat het downloaden van films uit illegale bron wel illegaal gemaakt kan worden, maar dat dit moeilijk te handhaven is zonder grootschalige privacy-schendingen. Een argument waar het nodige tegenin gebracht kan worden.

Er kunnen legio voorbeelden voor alternatieven genoemd worden. Hierboven worden slechts enkele genoemd. Maar het feit dat er zoveel genoemd kunnen worden stuurt wel aan op een antwoord op de probleemstelling. Daar is het nog te vroeg voor. Alvorens er een antwoord gegeven kan worden zullen zienswijzen uit de praktijk besproken worden.



## Hoofdstuk 5. Geluid uit de praktijk

---

Na de beschrijving van de theoretische kant is het tijd voor een geluid uit de praktijk. Personen die regelmatig met de problematiek te maken hebben zullen hun zienswijzen naar voren brengen door middel van het beantwoorden van enkele vragen. Door middel van deze vragen zal de probleemstelling van de scriptie vanuit een andere hoek bekeken worden zodat niet alleen mijn mening centraal staat.

### 5.1 De interviews

De interviews zijn in het geheel in de bijlagen opgenomen. Paragraaf 1 richt zich op deze interviews. Per subparagraaf zal er een vraag behandeld worden die door de verschillende personen is beantwoord. Het gaat om de meningen van de desbetreffende personen.

De volgende personen hebben enkele vragen beantwoord. De heer Engelfriet *“is ICT-jurist, blogger en octrooigemachtigde, gespecialiseerd in internetrecht waar hij zich al sinds 1993 mee bezighoudt.”*<sup>77</sup>

De heer van Daalen is directeur van Bits of Freedom, een burgerrechtenorganisatie welke opkomt voor de vrijheid en privacy van individuen op het internet.<sup>78</sup>

Prof. dr. M.R.F. Senftleben is hoogleraar intellectuele eigendom aan de Vrije Universiteit van Amsterdam en tevens advocaat bij Bird&Bird in Den Haag.

In paragraaf 2 staat een actualiteitenbijeenkomst omtrent de speerpuntenbrief van staatssecretaris Teeven centraal. Tijdens deze bijeenkomst hebben verschillende deskundigen hun mening gegeven over het idee van de heer Teeven om het downloaden uit evident illegale bron illegaal te maken.

#### 5.1.1 De huidige situatie

Op dit moment is het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal uit een evident illegale bron volgens Nederlandse wetgeving en jurisprudentie toegestaan.

De eerste vraag luidt: “Wat is uw commentaar op de huidige situatie omtrent het toestaan van downloaden van onder andere films uit evident illegale bron?”

Zowel de heer Engelfriet als de heer van Daalen stellen dat het bovengenoemde downloaden enorm populair is. Laatstgenoemde is van mening dat deze grote groep steeds meer en vaker gecriminaliseerd wordt en dat zowel de industrie als de wetgever onvoldoende rekening houden met de positieve effecten rondom het downloaden.

De heer Engelfriet stelt dat de huidige situatie al jarenlang een discussiepunt is. De minister heeft aangegeven dat de situatie niet optimaal is, maar dat een alternatief niet goed denkbaar is.

Een evident illegale bron is voor consumenten moeilijk te herkennen, terecht stelt de heer Engelfriet de vraag “is een oud fragment van een Nederlands TV-programma op Youtube een evident illegale bron?”

De huidige situatie is volgens de heer Senftleben een logisch gevolg van de denkstappen van de wetgever. De wetgever had er alle vertrouwen in dat de industrie met oplossingen zou komen om content op een legale manier te verspreiden, er werd verwacht dat het legale aanbod vanzelf zou komen. Tevens zorgt de huidige situatie voor rechtszekerheid voor consumenten. Het is lang niet altijd duidelijk of content legaal dan wel illegaal op internet is verschenen.

#### 5.1.2 Software exceptie

In de Auteurswet is in art. 17 Aw een uitzondering op de privé-kopie regeling uit art. 17b en art. 17c Aw opgenomen. Deze uitzondering stelt dat het privé-kopiëren van software niet toegestaan is. Aan de hand daarvan volgt de vraag: “Moet het downloaden van films uit evident illegale bron nog onder de thuiskopieregeling uit de Auteurswet vallen of moet er voor films een soortgelijke exceptie gemaakt worden zoals deze voor computerprogramma’s bestaat?”

---

<sup>77</sup> <http://www.arnoud.engelfriet.net/cv.pdf>

<sup>78</sup> <https://www.bof.nl/over-ons/bureau/>

De heer Engelfriet is hierin kort en bondig. Een dergelijke wetswijziging zou in de toekomst mogelijk zijn, maar niet voordat er een “volwassen, breed en zinvol legaal aanbod” bestaat welke het downloaden uit illegale bron overbodig maakt.

De heer van Daalen ziet geen heil in deze oplossing. Door de decentrale structuur van internet komen steeds meer internetgebruikers in aanraking met het auteursrecht. Om dit te handhaven moet er steeds verder in de privé sfeer ingegrepen worden, er moet immers bij de gebruikers thuis handhavend opgetreden gaan worden. Hij noemt dit “volstrekt onwenselijk”. Een film, in auteursrechtelijke zin, gelijkstellen met software is geen goed idee.

De heer Senftleben is bang dat het auteursrecht hierdoor als een soort strafrecht gezien gaat worden waar iedereen bang voor gaat worden. Internet biedt juist enorm veel mogelijkheden om informatie te verspreiden, het zou niet wenselijk zijn als het auteursrecht dit te veel gaat belemmeren. Er bestaan plannen om het privé-kopiëren terug te brengen, zoals in paragraaf 4.1.1 besproken is. Het gaat hierbij om content uit evident illegale bron. De rechter zal in die gevallen moeten oordelen wat als evident illegaal aangemerkt kan worden. Deze regeling zou zeker een oplossing kunnen zijn voor het downloaden van films uit evident illegale bron. Het is echter wel zo dat de prioriteit voor een dergelijke regeling bij muziek ligt, die industrie heeft daar eerder baat bij. Een filmervaring zoals in de bioscoop is immers niet te downloaden.

### **5.1.3 Legaal alternatief**

Een veelgehoorde uitspraak is dat het downloaden van films af zal nemen wanneer de industrie met een volwaardig alternatief komt. Een alternatief die het downloaden van een film overbodig maakt. Vandaar de vraag: “Stel dat de filmindustrie met een legaal alternatief komt, zou een downloadverbod voor het downloaden van films uit evident illegale bron dan wel te rechtvaardigen en te handhaven zijn?”

Piraterij is vooral het gevolg van marktfalen, zo volgt uit een rapport van de Social Sciences Research Council, volgens de heer Engelfriet. Het aanbod op de digitale markt voldoet niet aan de vraag van klanten, en ook de legale alternatieven zoals onder andere ‘Spotify’ zijn geen volwaardige vervanger voor het downloaden van content. Zelfs wanneer dit aanbod wel afdoende zou zijn, ziet de heer Engelfriet nog geen manier om een downloadverbod te handhaven zonder schending van de privacy van internetgebruikers. Een symbolisch downloadverbod zou tot de mogelijkheden behoren, maar een soortgelijk verbod in Zweden heeft aangetoond dat dit geen effect sorteert.

De heer van Daalen ziet niets in een downloadverbod, zelfs als er voldoende legaal aanbod op de markt aanwezig is. Ook hij ziet grote bezwaren tegen de handhaving op het gebied van de privacy van internetgebruikers. Als alternatieve oplossing zou de industrie licenties voor het uploaden kunnen verstrekken, wanneer zij dat niet doen verschijnt de content op internet zonder hun toestemming. Daar zou beter op ingespeeld kunnen worden.

Het handhavingsaspect zal altijd blijven spelen, zo stelt de heer Senftleben, ook wanneer er een verbod geïntroduceerd wordt. Er moet een balans komen tussen auteursrechtelijke bescherming en informatievrijheid, de privé-kopie kan gezien worden als een instrument om een dergelijke balans te bereiken. De privé-kopie zou beperkt kunnen worden, mits daar een afdoende legaal aanbod tegenover komt te staan. Dit legale aanbod moet vanuit de industrie zelf komen, maar dat is een moeilijke opgave. Er is gebleken dat vooral buitenstaanders met initiatieven zijn gekomen. Zo is Apple met de online muziekdienst ‘I-tunes’ gekomen terwijl Apple niets met muziek te maken had. Google is met een vergelijkbaar project bezig met betrekking tot boeken. Initiatieven zijn er, maar niet vanuit de industrie zelf. De industrie heeft belang bij oplossingen en alternatieven, zij moeten initiatief tonen en de consument overhalen. Alleen wetgeving is niet voldoende.

Om door te gaan op het handhavingsaspect is aan de heer Senftleben de volgende vraag gesteld: “Waarom zou de consument niet aangepakt mogen worden wanneer ze downloaden uit evident illegale bron?”

Dit is een keuze, door het aanpakken van de consument loopt de industrie veel imagoschade op. Vanuit een hardliner auteursrecht aspect zouden de consumenten aangepakt kunnen worden wanneer het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig verklaard wordt. Echter is de schade die door het downloaden veroorzaakt wordt moeilijk vast te stellen. Het downloaden kan de consument in aanraking brengen met nieuw materiaal wat vervolgens via de legale weg gekocht wordt. “Ik vrees dat een hardliner perspectief een obstakel zal vormen voor de verdere ontwikkeling van het internet. Ik ben geen voorstander van het handhaven of aansprakelijk stellen van de individuele consument.”

#### **5.1.4 Vergoedingstructuur**

De huidige constructie in Nederland die vastgelegd is in de Auteurswet, het heffen van vergoedingen op informatiedragers, draagt er zorg voor dat auteursrechthebbenden in enige mate gecompenseerd worden voor het verspreiden en kopiëren van hun materiaal via internet. De vraag met betrekking tot deze problematiek: “Stel dat een downloadverbod niet handhaafbaar of nuttig is. Bent u in dit geval van mening dat er een vergoedingstructuur voor de makers van films moet blijven bestaan zoals deze nu bestaat, of behoeft deze structuur aanpassingen?”

Arnoud Engelfriet: “Ik vind dat makers van creatieve werken een redelijke vergoeding moeten kunnen bedingen, maar dat mag niet zo ver gaan dat ze nieuwe bedrijfsmodellen kunnen blokkeren.” Ook stelt de heer Engelfriet een soort licentiesysteem voor rechthebbenden voor. Het is onredelijk dat auteursrechthebbenden nieuwe bedrijfsmodellen zoals bijvoorbeeld BitTorrent kunnen blokkeren met een beroep op het auteursrecht. De industrie moet actief op zoek gaan naar alternatieven. Wanneer de rechthebbenden samen gaan werken met internetpartijen kunnen er nieuwe oplossingen gevonden worden.

Wettechnisch gezien is het duidelijk dat er een vergoedingsstructuur moet bestaan volgens de heer Senftleben. De huidige structuur stamt echter uit een analoog verleden en is achterhaald. Er zou een nieuwe oplossing gevonden moeten worden. Bijvoorbeeld een vergoeding uit de schatkist van de overheid zoals in Scandinavische landen. Ook zou de heffingsbasis uitgebreid kunnen worden en zou er op meer producten een heffing geheven kunnen worden. Als laatste oplossing zou een internettax ingevoerd kunnen worden welke geheven wordt per internetabonnement of per minuut dat de gebruiker op het internet zit. Aan deze oplossingen kleven echter ook weer nadelen.

#### **5.1.5 Uploaden**

Films uploaden naar internet is een vorm van openbaar maken van een werk. Gelet op de Auteurswet is dit alleen voorbehouden aan de rechthebbende van een werk. Toch zijn het vaak de niet rechthebbenden op een werk die het uploaden naar internet. Hieruit volgt de vraag: “In hoeverre is het haalbaar om niet de websites die het downloaden faciliteren, maar de uploaders van auteursrechtelijk beschermd materiaal te vervolgen? Zou dit niet een betere oplossing zijn? Het probleem wordt op deze manier immers bij de wortels aangepakt.”

Niet het uploaden, maar het marktfalen is de oorzaak van het probleem aldus de heer Engelfriet. Content is niet voldoende in kwantiteit en kwaliteit op het internet aanwezig waardoor consumenten de content in het downloadcircuit gaan zoeken. “Auteursrecht is gemaakt om een bedrijfsmodel te ondersteunen waarmee creatievelingen geld kunnen verdienen met hun werk. Dat bedrijfsmodel is aan vernieuwing toe, en daarmee óók het auteursrecht.” Handhaving van het achterhaalde auteursrecht zal deze vernieuwing alleen maar afremmen.

De heer van Daalen nuanceert het uploaden. Er is een verschil tussen het uploaden op grote en commerciële schaal en het uploaden op kleine schaal zoals dat gebeurt bij het downloaden met behulp van BitTorrent techniek. Het handhaven van het uploadverbod voor de tweede categorie is niet wenselijk aangezien hier teveel privacy bezwaren aan kleven.

## **5.2 Actualiteitenbijeenkomst**

Om een discussie te starten omtrent de brief van staatssecretaris Teeven over het illegaal maken van het downloaden van bestanden uit evident illegale bron heeft Delex.nl op 20 april 2011 een actualiteitenbijeenkomst georganiseerd. Tijdens deze bijeenkomst hebben de heer Visser, de heer

Spoor en de hierboven genoemde heer Senftleben hun visie gegeven op het voorstel van de staatssecretaris.

Ondanks dat de bijeenkomst niet specifiek over het downloaden van alleen films ging, was het onderwerp zeer zeker van toegevoegde waarde voor deze scriptie.

De heer Visser trapte af<sup>79</sup>. Omtrent de problematiek van het downloaden uit evident illegale bron noemde hij vier opties, te weten:

- Handhaven en heffen.
- Wel handhaven en niet heffen.
- Niet handhaven en wel heffen.
- Niet handhaven en niet heffen.

Het voorstel van de staatssecretaris heeft de tweede optie voor ogen. De thuishopievergoeding wordt afgeschaft en het downloaden uit evident illegale bron wordt illegaal. Toch blijft het een complex probleem waarbij vele belangen betrokken zijn, onder andere die van de auteursrechthebbenden, de consumenten, de internet tussenpersonen en de elektronica industrie. Vanzelfsprekend wil iedere groep zijn belangen op de beste manier vertegenwoordigd zien.

Vervolgens kwam de heer Spoor aan het woord<sup>80</sup>. Deze deed een opvallende uitspraak door het voorstel als symboolwetgeving af te doen. Het is niet reëel om te verwachten dat een downloadverbod tegenover individuele consumenten gehandhaafd zal worden.

Tot slot was het woord aan de heer Senftleben<sup>81</sup>. In beginsel ziet de heer Senftleben aanknopingspunten voor het illegaal maken van het downloaden uit evident illegale bron, maar hij maakt wel kanttekeningen. Hij vraagt zich onder andere af wanneer een bron illegaal is, volgens welk recht dit illegaal is en wat evident illegaal is. De consument mag er in het algemeen op vertrouwen dat een website als legaal aangemerkt kan worden.

Een punt waar de heer Senftleben het vooral niet mee eens is, is het feit dat uit het voorstel vloeit dat rechthebbenden de mogelijkheid moeten hebben om inbreukmakende websites door de rechter te laten blokkeren. Hij vergelijkt dit met het bestrijden van de Griekse Hydra zoals genoemd in de inleiding van deze scriptie.

---

<sup>79</sup> Dirk Visser, *De speerpunten*, 20 april 2011

<sup>80</sup> Jaap Spoor, *Spoorpunten*, 20 april 2011

<sup>81</sup> Martin Senftleben, *Visie op de speerpuntenbrief*, 20 april 2011

## Hoofdstuk 6. Theorie en praktijk

---

Tot nu toe kende de scriptie grofweg twee delen, de theorie en de meningen uit de praktijk. Dit hoofdstuk brengt daar verandering in en is bedoeld om de twee delen tot een geheel samen te laten smelten. Op deze manier wordt de problematiek omtrent het downloaden van films uit evident illegale bron van verschillende kanten bekeken.

De hoofdvraag:

*Is het nog wenselijk om het downloaden van films uit een overduidelijk illegale bron onder de thuiskopieregeling uit de Auteurswet te scharen?*

kan positief, of negatief beantwoord worden. Positief in de zin dat de huidige situatie moet blijven voortbestaan en negatief in de zin dat de huidige situatie op de schop moet en plaats moet maken voor een beter alternatief. In dit hoofdstuk zullen beide scenario's belicht worden.

### 6.1 Het huidige regime laten bestaan

Om de wenselijkheid van de situatie omtrent het downloaden van films uit evident illegale bron te kunnen beoordelen dient er rekening gehouden te worden met vele verschillende aspecten en belangen. De huidige situatie is een logisch gevolg van de denkstappen van de wetgever en is wenselijk voor consumenten.<sup>82</sup> Er is vrijheid op het internet, een ruim gratis aanbod<sup>83</sup> van films, er is rechtszekerheid en er is geen handhavingsproblematiek die een afschrikwekkende werking op consumenten kan hebben. Het zal derhalve geen verbazing wekken dat de huidige situatie, waarbij het downloaden van films uit evident illegale bron legaal geacht wordt, op veel draagvlak onder de consumenten kan rekenen.

Niet alleen de consumenten, maar ook de internet tussenpersonen gedijen goed bij de huidige situatie.<sup>84</sup> Internetgebruikers willen veel bandbreedte om het down-, en in mindere mate, het uploaden te faciliteren. De internet tussenpersonen, of ISP's, hebben hier baat bij. Meer bandbreedte betekent hogere prijzen voor een abonnement wat leidt tot meer opbrengsten voor de ISP.

Naast de consumenten en de ISP's zijn ook de elektronica fabrikanten gebaat bij het huidige regime. Apple verkoopt I-pod MP3 spelers met ettelijke gigabytes aan opslagcapaciteit voor muziek. De opslagcapaciteit van dergelijke elektronica wordt groter en groter om steeds meer media op te slaan. Hierbij voldoet de fabrikant aan de vraag van consumenten die maar al te graag de gedownloade privé-collectie op een MP3 speler willen beluisteren.

Gelet op de juridische kant van de huidige situatie kan er gesteld worden dat er enige vorm van rechtszekerheid bestaat. Op grond van art. 16c Aw is het toegestaan om een privé-kopie te maken van een film<sup>85</sup>. Aangevuld door jurisprudentie<sup>86</sup>, wetsgeschiedenis en parlementaire stukken<sup>87</sup> waarin wordt bepaald dat een privé-kopie uit evident illegale bron rechtmatig is, is de huidige situatie helder en duidelijk. Opvallend is dat het huidige regime vrijwel uniek is in Europa. Nederland is, met uitzondering van Zwitserland, het enige land dat een dergelijke regime kent.<sup>88</sup>

Daarentegen zal de filmindustrie niet content zijn met de huidige situatie. Op grote schaal wordt inbreuk gemaakt op de auteursrechten van filmmakers door films illegaal via internet te verspreiden. Gelet op de problematiek en wetgeving in Nederland hebben de auteursrechthebbers geen stok om mee te slaan en op deze manier het downloaden te beperken. Onder het huidige recht is het echter wel mogelijk om het uploaden van auteursrechtelijk beschermde films te bestrijden. Dit uploaden wordt namelijk gezien als openbaar maken in de zin van art. 1 Aw en is voorbehouden aan de rechthebbende(n) van een film.

---

<sup>82</sup> Zie paragraaf 5.1.1

<sup>83</sup> Presentatie Dirk Visser, Actualiteitenbijeenkomst 20 april 2011

<sup>84</sup> Presentatie Dirk Visser, Actualiteitenbijeenkomst 20 april 2011

<sup>85</sup> Zie ook paragraaf 2.3.1

<sup>86</sup> Zie ook hoofdstuk 3

<sup>87</sup> Zie ook paragraaf 2.3.2

<sup>88</sup> Tim Kuik, 'Downloadverbod: Justice For All', 29 april 2011

Niet alleen bij de filmindustrie knelt de schoen. De Nederlandse Auteurswet stamt uit 1912, vanzelfsprekend een tijd zonder internet en technologieën zoals deze in het heden bekend zijn. De schoen gaat knellen op het moment dat de, veelal technologische, situatie dusdanig verandert dat de bepalingen uit de Auteurswet in hoog tempo verouderen. Zo blijkt uit de quote van de heer Senftleben<sup>89</sup> dat de huidige vergoedingsstructuur voor het toestaan van een privé-kopie uit het analoge verleden stamt. Nu de problematiek rondom het thuishopiëren zich voor het grootste deel op de digitale snelweg afspeelt zal de Auteurswet hierin moeten gaan voorzien. De filmbestanden worden groter en dankzij het enorme aanbod van gratis films op internet is het simpeler om een film op een externe harddisk te zetten, te kijken en vervolgens weer te verwijderen. Een handeling die, wanneer de film op DVD is gezet, minder makkelijk uit te voeren is. Opvallend hierbij is dat een externe harddisk geen heffing kent zoals een lege DVD dat nog wel kent. Met andere woorden, wanneer er bij het downloaden van een film geen enkele blanco drager, waarover heffing verschuldigd is, aan te pas komt grijpt de rechthebbende naast elke vorm van vergoeding. Het is slechts een kwestie van tijd dat de huidige blanco dragers te klein zijn voor de nieuwste generatie high-definition films en derhalve nutteloos worden als het gaat om het compenseren van de rechthebbenden voor het feit dat er een privé-kopie van hun werk gemaakt mag worden. Met het wegvallen van de vergoedingen voor filmmakers loopt de privé-kopie van een film gevaar, gelet op Europees recht. Zonder redelijk vergoeding voor de rechthebbenden wordt er niet meer voldaan aan de drie-stappen-toets en zou art. 16c Aw niet langer voor films kunnen gelden.

Dat de huidige situatie niet langer houdbaar lijkt is evident. Wettechnisch klopt het en de rechtszekerheid is gewaarborgd, maar moreel gezien wringt het. Een film is illegaal op het internet terecht gekomen, dat kun je weten als consument zijnde wanneer deze film nog in de Nederlandse bioscoop draait of als deze via BitTorrent te vinden is<sup>90</sup>, maar het is wel toegestaan om deze met behulp van het Usenet of BitTorrent te downloaden. Natuurlijk zal de herkomst van een film niet in ieder geval duidelijk zijn en zal de bron ook niet altijd evident illegaal zijn. Dit kan echter geen excuus vormen om op grote schaal de nieuwste Hollywood blockbusters via BitTorrent of het Usenet te downloaden en daarbij dekking te zoeken achter art. 16c Aw.

Met de komst van het voorstel van staatssecretaris Teeven wordt er vanuit de regering actie ondernomen om de situatie te verbeteren. De tijdelijk oplossing, ontstaan uit rechtspraak, die het downloaden van films uit evident illegale bron gedoogd, heeft zijn beste tijd gehad.

Gelet op het bovenstaande is het, in beginsel, niet langer wenselijk om het downloaden van films uit een overduidelijk illegale bron onder de thuishopiëregeling uit de Auteurswet te scharen. Zeggen hoe het niet moet is gemakkelijk, een alternatief aandragen heeft meer voeten in de aarde.

## 6.2 Het huidige regime vernieuwen

Velen hebben het hoofd over alternatieven gebroken, maar dat er verandering moest komen in het typisch Nederlandse gedoogbeleid op dit gebied stond buiten kijf. In hoofdstuk 3 werd al geredeneerd dat het illegaal maken van downloaden het uploaden zou kunnen stoppen. Een standpunt waar het nodige tegen in te brengen en ingebracht is. Een uploadverbod in de huidige vorm werkt niet optimaal, getuige het aantal films dat te vinden is in de nieuwsgroepen of via de torrent kanalen.

De problematiek en de wisselwerking tussen een upload- en downloadverbod is te vergelijken met een offline problematiek. Alcoholhoudende drank mag alleen verkocht worden aan consumenten die de leeftijd van 16 jaar hebben bereikt. Wanneer de drank echter verkocht wordt aan een consument jonger dan 16 jaar is het de winkel die een boete tegemoet kan zien, en niet de consument. Er is met andere woorden geen enkele drempel voor de consument onder de 16 jaar om de drank niet te kopen, behalve dat het niet 'mag'. Maar wanneer daar geen handhaving tegenover staat is een verbod een dode letter. Een soortgelijke situatie bestaat in cyberspace. Het uploaden is in strijd met de wet, maar het downloaden niet. Er staat nog geen straf op het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbenden en daarom zal dit onveranderd door blijven gaan.

---

<sup>89</sup> Zie ook paragraaf 5.1.4

<sup>90</sup> Zie hoofdstuk 1 over de vermeende illegaliteit van content op het usenet of BitTorrent.

De roep om vernieuwing is inmiddels beantwoord door het eerder aangehaalde voorstel van staatssecretaris Teeven om het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig te verklaren. Uit eerdere hoofdstukken is gebleken dat het aanpassen van de wetgeving alleen niet voldoende is om de problematiek het hoofd te bieden. Waar staatssecretaris Teeven stelt dat de industrie zelf alternatieven aan moet dragen, maar dit onmogelijk gemaakt wordt door het huidige beleid omtrent het thuishopiëren<sup>91</sup>, stelt de heer Engelfriet<sup>92</sup> dat de industrie nog geen volwaardige vervanger voor consumenten aanbiedt. De oplossing ligt in het midden van deze twee meningen. Dat er, ondanks de afwezigheid van een downloadverbod alternatieven kunnen ontstaan is zeker. Voorbeelden als I-tunes en in mindere mate Google Books tonen dit aan.<sup>93</sup>

### 6.2.1 Handhaving

Alternatieven zoals het illegaal maken van het downloaden van films uit evident illegale bron brengen met zich mee dat er handhavend opgetreden moet worden. Uit voorgaande hoofdstukken blijkt dat dit voor problemen zorgt. Vooral vanuit privacy oogpunt zijn er aantekeningen te maken bij een eventueel handhavingsbeleid. Daarentegen moet een ‘lokfilm’ zoals besproken in hoofdstuk 4 mogelijk zijn zonder dat de privacy van internetgebruikers geschonden gaat worden.

Handhaving kent niet alleen praktische bezwaren. In beginsel is de Auteurswet ontwikkeld om de maker van een werk te laten genieten van de exploitatie van dat werk. Het moet niet zo zijn dat de Auteurswet een soort strafrechtwetgeving wordt.<sup>94</sup> De Auteurswet moet makers van werken blijven beschermen, maar moet consumenten niet gaan afschrikken of moet geen blokkade voor nieuwe creatieve werken zijn. Vandaar dat het voorstel van de staatssecretaris expliciet stelt dat er geen strafrechtelijke, maar civielrechtelijke handhaving moet gaan ontstaan.<sup>95</sup> Onder andere Bits of Freedom is hier fel op tegen, volgens BOF worden “miljoenen downloadende fans in één klap in de onrechtmatige hoek geplaatst.”<sup>96</sup> De vraag is of deze vrees terecht is, zo betwijfelt de heer Visser: “Als rechthebbenden in Nederland zouden proberen om individuele internet gebruikers via civielrechtelijke weg aan te pakken, wat ze op grond van het aan hun toestemming onderworpen uploaden al lang hadden kunnen doen omdat veel gebruikers ook uploaders zijn, krijgen ze publicitair iedereen over zich heen.”<sup>97</sup> Consumenten die films uploaden in strijd met de Auteurswet kunnen al jaren individueel aangepakt worden, maar op hen is nimmer een heksenjacht geopend.

Naast de wetgever en de rechthebbende is er nog een derde partij die zich met handhaving kan gaan bezighouden, de ISP’s. Op de Nederlandse markt zijn een beperkt aantal ISP’s actief die zich bezig houden met het verschaffen van toegang tot internet voor gebruikers, dit zijn de access providers. Voor deze providers is het technisch haalbaar om door de rechter onrechtmatig verklaarde websites te blokkeren zodat Nederlandse bezoekers de website niet meer kunnen bezoeken.<sup>98</sup> Soortgelijke wetgeving is in het Verenigd Koninkrijk ingevoerd.<sup>99</sup>

Om dit te kunnen bewerkstelligen is een aanpassing van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek nodig, te weten een aanpassing van art. 6:196c BW. Op grond van lid 1 van dit artikel kunnen access providers momenteel nog niet aansprakelijk gesteld worden voor doorgegeven informatie. Wanneer het gaat om het doorgeven van, door een rechter bepaalde, onrechtmatige websites zou het mogelijk moeten worden om dit doorgeven te blokkeren. Op grond van art. 26d Aw kan een auteursrechthebbende bij de rechter een vordering tot blokkeren instellen.

In Oostenrijk heeft de rechtbank geoordeeld dat UPC gehouden is een website te blokkeren die evident illegaal materiaal bevat en waarvan de makers niet te achterhalen zijn.<sup>100</sup> In Nederland is men voorzichtiger met deze maatregel, zo blijkt uit de BREIN tegen Ziggo en XS4ALL zaak.<sup>101</sup> Waar

<sup>91</sup> Staatssecretaris Fred Teeven, *Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20*, 11 april 2011, p.8

<sup>92</sup> Zie paragraaf 5.1.3

<sup>93</sup> Aldus de heer Senftleben in paragraaf 5.1.3

<sup>94</sup> Aldus de heer Senftleben in paragraaf 5.1.2

<sup>95</sup> Staatssecretaris Fred Teeven, *Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20*, 11 april 2011, p.8

<sup>96</sup> <https://www.bof.nl/2011/04/11/persbericht-downloadverbod-slecht-voor-muzikanten-fans-en-internetvrijheid/>

<sup>97</sup> Dirk Visser, *De speerpunten van Teeven (opinie)*, 12 april 2011

<sup>98</sup> Zie ook paragraaf 4.1.4

<sup>99</sup> Zie S.17 van de Digital Economy Act 2010

<sup>100</sup> <http://www.anti-piracy.nl/nieuws.php?id=218>

<sup>101</sup> Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2010, *LJN:BN1445*

BREIN de blokkering van, in dit geval The Pirate Bay, door Ziggo als laatste redmiddel zag oordeelde de rechtbank: *Brein, die blijkens voornoemde steekproef bekend is met de IP-adressen van de Ziggo abonnees, heeft er voor gekozen geen van deze abonnees in rechte te betrekken. Als argument daarvoor voert zij aan dat het "onmogelijk en (dus) onwenselijk [is] om de (alle) abonnees afzonderlijk aan te spreken". Daarom, aldus Brein, spreekt zij Ziggo aan. Dit argument overtuigt niet. Ten minste valt, zonder toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom het onmogelijk zou zijn een of meer abonnees in rechte aan te spreken.*<sup>102</sup>

Met andere woorden, de gebruikers van de onderhavige website dienen aangepakt te worden alvorens een vordering tot een blokkade van de website ingesteld kan worden. Voor een deel is dit vonnis achterhaald aangezien downloaders uit evident illegale bron in Nederland niet vervolgt kunnen worden. Het is nu afwachten of de Nederlandse rechterlijke macht de Oostenrijkse uitspraak gaat volgen.

Voor het zogenaamde Usenet ligt de situatie anders. Access providers welke tevens een Usenetserver beheren, bijvoorbeeld Ziggo, UPC of XS4ALL, kunnen op dit gebied gezien worden als hosting provider.<sup>103</sup> Art. 6:196c lid 4 BW is hierop van toepassing. Op de Usenet servers wordt op verzoek van derden informatie opgeslagen, cq. geupload. Eerder is gebleken dat een substantieel deel van de content op het Usenet onrechtmatig online gekomen is. Wanneer de ISP hierop aangesproken wordt is deze gehouden de content te verwijderen of de toegang tot de content te blokkeren op grond van art. 6:196c lid 4 onder b BW. Deze constructie zou, zeker voor films, toegepast moeten kunnen worden.

De Nederlandse politiek is duidelijk over het blokkeren van websites met onrechtmatige inhoud, het zogenaamde filteren. In een debat omtrent het filteren van kinderpornowebsites is gebleken dat een filter voor access providers op weinig steun kan rekenen. Een dergelijk filter blijkt niet effectief aangezien het gemakkelijk te omzeilen is door de naam van de website te veranderen. Door middel van een filter zouden providers in staat zijn om censuur toe te passen.<sup>104</sup>

Ongeschikt voor het blokkeren van kinderporno betekent vanzelfsprekend dat een dergelijk filter tevens ongeschikt is om auteursrechtinbreuken mee te stoppen.

Toch is een kanttekening op zijn plaats. Misschien is de methode niet volledig waterdicht en kan hij omzeild worden, daarentegen is het beter dan totaal geen actie ondernemen aangezien er dan zeker niets gaat gebeuren. De angst voor censuur is wellicht overdreven en ongegrond. De keuze van de te filteren websites moet niet aan de access provider, maar aan de rechterlijke macht overgelaten worden, de provider is slechts de uitvoerder. Hiermee wordt de kans op censuur tot een minimum beperkt.

Wanneer het downloaden van films uit evident illegale bron onrechtmatig verklaard wordt, zal er handhavend opgetreden moeten worden om er voor te zorgen dat er geen symboolwetgeving zal ontstaan.<sup>105</sup> Waar de handhaving vanuit privacy oogpunt voor de nodige problemen kan gaan zorgen, zullen ook zogenaamde hybride bronnen last van handhaving kunnen gaan ondervinden. Hybride bronnen bevatten zowel onrechtmatig materiaal als rechtmatig materiaal. Om tegen dergelijke bronnen handhavend en proportioneel op te treden is voorzichtigheid geboden. Een waarschuwingssysteem waarbij de eigenaar van de bron aangesproken wordt en geboden wordt om de onrechtmatige content te verwijderen verdient de voorkeur. Als laatste redmiddel moet het blokkeren van de bronnen overwogen worden om een 'downloadverbod' voor films niet tot symboolwetgeving te laten vervallen.

### 6.2.2 Wettechnisch

Een adequaat alternatief voor de huidige situatie moet wettechnisch gezien voor rechtszekerheid zorgen, maar het moet ook haalbaar zijn. Zoals bekend is Nederland qua auteursrechtelijke bepalingen gebonden aan internationale wetgeving. De Nederlandse Auteurswet moet in lijn met deze verdragen zijn. Het voorstel van de staatssecretaris is een stap in de goede richting, maar wettechnisch valt er nog

<sup>102</sup> Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2010, LJN:BN1445, r.o. 4.18

<sup>103</sup> Commission of the European Communities, *Proposal for a European parliament and council directive on certain Legal aspects of electronic commerce in the internal market*, 18 november 1998, p.29

<sup>104</sup> <http://www.nu.nl/internet/2517775/politiek-blokkeert-internetfilter.html> en <http://webwereld.nl/nieuws/106711/nederlands-kinderpornofilter-definitief-van-de-baan.html>

<sup>105</sup> Zie de uitspraak van de heer Spoor in paragraaf 5.2



teveel op aan te merken. Zo kunnen zoekmachines volgens Europees recht niet verplicht worden om bij de zoekresultaten voorrang te geven aan legale websites boven bijvoorbeeld The Pirate Bay.<sup>106</sup> Wanneer het downloaden van films uit evident illegale bron niet langer onder de thuishopieregeling gebracht wordt dient er een alternatief gevonden te worden, waarbij een alternatief zoals deze voor het downloaden van software in art. 45n Aw te vinden is niet ondenkbaar is mits dit nageleefd kan worden door middel van adequaat en proportioneel handhaven.

### **6.3 Alternatieven vanuit de filmindustrie**

Een alternatief kan alleen succesvol worden wanneer legio factoren op het juiste moment en op de juiste manier gecombineerd worden, pas dan is het niet meer wenselijk om het downloaden van films uit evident illegale bron onder art. 16c Aw te scharen. De filmindustrie moet volwaardige alternatieven bieden, volgens de heer Engelfriet is piraterij namelijk vooral een gevolg van marktfalen.<sup>107</sup> De markt waarop legaal een film gedownload kan worden voldoet niet aan de eisen van de consument. Twijfelachtig, want kan er wel aan die eisen voldaan worden? De consument is inmiddels gewend aan een groot, gratis aanbod wat altijd beschikbaar en toegankelijk is. Volgens de heer Teeven is daar niet tegen te concurreren en is het wenselijk om dat gratis aanbod te stoppen om zo de industrie de kans te geven om een alternatief te bieden.<sup>108</sup> Beiden zijn van mening dat er legale alternatieven moeten komen, maar hoe dat er moet komen biedt ruimte voor verschillende invalshoeken. De heer van Daalen daarentegen ziet niets in een downloadverbod op films uit illegale bron, zelfs niet wanneer er een volwaardig alternatief voorhanden is. De privacy belangen van internetgebruikers kunnen onvoldoende worden gewaarborgd.<sup>109</sup> Een licentie van de industrie aan gebruikers om bestanden met toestemming te uploaden biedt volgens hem meer perspectief.

### **6.4 Afsluitende opmerkingen**

Problemen te over voor beide scenario's. Wil er actie ondernomen worden, dan moet dit niet vanuit één kant, hetzij de wetgever, hetzij de industrie komen. Welke oplossing dan ook, er moet behalve met de belangen van de filmindustrie zeer zeker rekening gehouden worden met de belangen van miljoenen internetgebruikers. Het oplossen van de problematiek vergt een uiterst secure belangenafweging.

---

<sup>106</sup> Vivien Rörsch, *The Teeven Plan: will the Dutch downloading dyke burst?* 13 april 2011 <http://ipkitten.blogspot.com/2011/04/teeven-plan-will-dutch-downloading-dyke.html>

<sup>107</sup> Zie paragraaf 5.1.3

<sup>108</sup> Staatssecretaris Fred Teeven, *Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20*, 11 april 2011, p.3

<sup>109</sup> Zie paragraaf 5.1.3



## Hoofdstuk 7. Conclusie en antwoord op de probleemstelling

---

Het downloaden van allerlei soorten media van het internet is een wezenlijk deel van het internet geworden. Gebruikers zijn er aan gewend geraakt en een hele generatie groeit er mee op. De vraag is of de (tijdelijke) situatie een wenselijke is. Deze vraag is verwoord in de probleemstelling:

*Is het nog wenselijk om het downloaden van films uit een overduidelijk illegale bron onder de thuishopieregeling uit de Auteurswet te scharen?*

Aan de hand van deze vraag is de huidige situatie bekeken en geanalyseerd. Wanneer het om wenselijkheid gaat dienen alternatieven ook bekeken te worden. Misschien is de huidige situatie niet wenselijk, maar alternatieven kunnen nog minder wenselijk zijn. Deze laatste zin was de aanleiding voor deze scriptie. De huidige situatie, waarin het downloaden van een film uit een evident illegale bron toegestaan is, is geboren uit jurisprudentie met de motivering dat elk ander regime voor teveel rechtsonzekerheid zou zorgen. Op grond van art. 16c Aw is het immers toegestaan een privé-kopie te maken. Dit is door middel van commentaren van bewindslieden uitgebreid met het feit dat het toegestaan is een privé-kopie te maken uit evident illegale bron. Rechtszekerheid is geboren, maar de situatie is niet voor iedereen ideaal. Er is een gedoogsituatie voor onbepaalde tijd ontstaan, een situatie welke van gedogen langzaam maar zeker richting gemeengoed schuift.

Gebruikers van BitTorrent en het Usenet zullen de situatie als ideaal bestempelen, een overweldigend gratis aanbod van films binnen handbereik. Daar tegenover de belangen van de filmmakers die hun werk gratis verspreid zien worden zonder hun toestemming. Maar omdat er in Nederland geen volwaardig alternatief voor de bovenstaande situatie is moeten de filmmakers dit met lede ogen aanzien.

Een film downloaden uit evident illegale bron, waarvan de gebruiker weet dat de film zonder toestemming van de auteursrechthebbende op internet terecht gekomen is, is moreel verwerpelijk te noemen, de gebruiker neemt een film gratis tot zich waar normaal gesproken een vergoeding voor verschuldigd is. Aan de andere kant is het een logische keuze van de consument. Het downloaden van een film is snel, gratis en legaal. De consument kan derhalve niets kwalijk genomen worden. Voor zover er van schuld gesproken kan worden is deze voor een deel bij de filmindustrie neergelegd, zo is gebleken uit interviews, er is onvoldoende aanbod van films op de digitale markt. Een andere oorzaak is de leeftijd van de Nederlandse Auteurswet in combinatie met de zich razendsnel ontwikkelende technologie. De problematiek omtrent het downloaden van films is de Auteurswet ontgroeid en oplossingen moeten mede in andere richtingen gezocht worden. Het auteursrecht alleen biedt te weinig houvast om met een adequate oplossing voor de probleemstelling te komen.

### 7.1 Antwoord op de probleemstelling

Om de wenselijkheid van de huidige situatie te kunnen beoordelen zijn alternatieven bekeken. Met het onrechtmatig maken van downloaden van films uit evident illegale bron als de meest in het oogspringende en meest haalbare. Doordat er een beter alternatief mogelijk is, luidt het antwoord op de probleemstelling:

*Het is niet langer wenselijk om het downloaden van films uit een overduidelijk illegale bron onder de thuishopieregeling uit de Auteurswet te scharen.*

Met de vooruitstrevende technologie en de steeds groter wordende filmbestanden lijkt de thuishopievergoeding achterhaald te worden. De high-definition films passen niet meer op een blanco DVD en worden dus op andere ladingdragers opgeslagen, waar geen heffing op zit. Hierdoor wordt het argument dat films, ook uit evident illegale bron, onder de thuishopieregeling moeten vallen ondermijnd. Auteursrechthebbenden krijgen, als er terugloop in verkoop van lege DVD's plaatsvindt, immers minder vergoeding.

Met het wegvallen van een van de belangrijkste argumenten voor de huidige situatie is het duidelijk dat het thuishopieregime voor films rijp is voor verandering. Het onrechtmatig maken is alleen dan nuttig wanneer er handhavend opgetreden kan worden zonder grove schendingen van onder andere

privacy belangen. Het meest voor de hand ligt de handhavingsmethode waarbij access providers door een rechterlijk vonnis verplicht kunnen worden om de toegang tot een onrechtmatige website te blokkeren. De effectiviteit en haalbaarheid van deze methode vereist nader onderzoek in een breder, niet alleen op het downloaden van films gericht, spectrum.

Een tweede argument op basis waarvan het downloaden van content uit evident illegale bron toegestaan is houdt voor films geen stand. Vanuit meerdere bronnen is gebleken dat de vrees bestaat dat consumenten moeilijk een oordeel kunnen vellen over de vermeende illegaliteit van een bron. Voor films is dit oordeel echter minder moeilijk te vellen. Waar er een grijs gebied bestaat voor filmmateriaal op bijvoorbeeld Youtube is de juridische status voor de grootste bronnen voor het downloaden van films gemakkelijker te beoordelen. De Hollywood blockbusters zijn in praktisch alle gevallen als illegaal bronbestand aan te merken wanneer deze middels BitTorrent technologie of via het Usenet te downloaden zijn.

Het aanpassen van het huidige thuis kopieregime omtrent films zal geen populaire maatregel zijn en zal voor de nodige kritiek zorgen. Maar rationeel bekeken is een verandering onvermijdelijk om de huidige wetgeving aan te passen aan de veranderende technologie en maatschappij.

## Literatuur- en jurisprudentielijst

---

### Aangehaalde en geraadpleegde literatuur

#### **Commission of the European Communities 1998**

Commission of the European Communities, *Proposal for a European parliament and council directive on certain Legal aspects of electronic commerce in the internal market*, Brussel , 18 november 1998, p.29

#### **Engelfriet 2008**

Arnoud Engelfriet, *De wet op internet*, Eindhoven: Ius mentis 2008.

#### **Geerts 2009**

P.G.F.A. Geerts, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2009.

#### **Hugenholtz 2008**

P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het Internet', *Ars Aequi* juli/augustus 2008, P.581.

#### **Koelman 2003**

K.J. Koelman, 'De nationale driestappentoets', *AMI* 2003, p.6.

#### **Kuik 2011**

Tim Kuik, 'Downloadverbod: Justice For All', *www.brein.info*, 29 april 2011.

#### **Van Lingen 2007**

N. van Lingen, *Auteursrecht in hoofdlijnen*, Groningen Houten: Noordhoff Uitgevers 2007.

#### **Lodder e.a. 2010**

Arno R. Lodder e.a., *Recht en Web 2.0*, NVvIR 2010.

#### **Rapport Envisional 2011**

*Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet*, Envisional, januari 2011.

#### **Rapport Gerkens e.a. 2009**

Arda Gerkens, Pauline Smeets, Fred Teeven, Nicolien van Vroonhoven-Kok, *Auteursrechten een rapport*, 17 juni 2009.

#### **Rapport Schulze en Mochalski 2009**

Hendrik Schulze, Klaus Mochalski, *Internet Study 2008/2009*, Ipoque.

#### **Rörsch 2011**

Vivien Rörsch, 'The Teeven Plan: will the Dutch downloading dyke burst?', *www.ipkitten.blogspot.com*, 13 april 2011

#### **Seignette 2006**

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

#### **Senftleben 2008**

M.R.F. Senftleben, 'Privé-kopiëren in het licht van de driestappentoets – opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuiskopie', *Intellectuele eigendom en Reclamerecht (IER)* 2008, p.265.

### **Spoor, Verkade en Visser 2011**

J.H. Spoor en D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankrechten*, Deventer: Kluwer 2011.

### **Visser 2008**

D.J.G. Visser, 'De invloed van de Donald Duck op de afschaffing van het auteursrecht', *NJB* 2008, p.334.

### **Visser 2011**

Dirk Visser, 'De speerpunten van Teeven (opinie)', *IEF* 9457, 12 april 2011.

### **Jurisprudentielijst**

- HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, 564 p. 25
- HR 28 oktober 2008, *LJN*: BE9817 p. 26
  
- Hof Leeuwarden 10 november 2009, *LJN*: BK2773 p. 25
- Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *LJN*: BO3980 p. 22
- Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *LJN*: BO3982 p. 7, 22
  
- Rb. 's-Gravenhage 25 juni 2008, nr., HA ZA 05-2233 p. 14, 19
- Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2010, *LJN*:BN1445 p. 35, 26
- Rb. Haarlem 9 februari 2011, *LJN*: BP3757 p. 22
- Rb. Leeuwarden 21 oktober 2008, *LJN*: BG0939 p. 25

## Bijlagen

---

### Interview met de heer Engelfriet

*Wat is uw commentaar op de huidige situatie omtrent het toestaan van downloaden van onder andere films uit evident illegale bron?*

Al sinds downloaden enigszins populair werd, was er discussie of downloaden uit illegale bron wel zou mogen. Begin jaren nul werd onder juristen aangenomen dat downloaden uit illegale bron zou mogen, omdat de thuishopieregeling geen eis kent dat men een legale bron moet gebruiken. Bij diverse gelegenheden heeft de minister aangegeven dat dit regime niet optimaal is maar dat een alternatief niet goed denkbaar is. De consument weet namelijk meestal niet of een bron legaal is. Zo zijn er voorbeelden van buitenlandse MP3-downloadwinkels die claimen rechten af te dragen aan de lokale Buma/Stemra, waar onze B/S tegenover staat dat deze organisaties niet erkend zijn. Daarom is gekozen voor een "ruimhartig" (citaat minister) thuishopieregime.

De term "evident illegaal" vind ik dan ook moeilijk, omdat die suggereert dat je in de praktijk snel kunt zien of een bron geautoriseerd is. Dat geeft mij te veel rechtsonzekerheid. In mijn praktijk krijg ik regelmatig vragen van mensen die bv. willen weten of ze een filmpje op Youtube mogen bekijken. Zegt u het maar: is een oud fragment van een Nederlands TV-programma op Youtube een evident illegale bron?

Zie ook mijn artikel <http://www.iusmentis.com/auteursrecht/nl/thuiskopie/> voor bronnen en motivatie.

*Moet het downloaden van films uit evident illegale bron nog onder de thuishopieregeling uit de auteurswet vallen of moet er voor films een soortgelijke exceptie gemaakt worden zoals deze voor computerprogramma's bestaat?*

Volgens mij heb ik met het vorige antwoord ook deze vraag beantwoord.

Voor de toekomst is wellicht een wetwijziging mogelijk maar dan zou ik wel (zie ook rapport-Gerkens) een volwassen, breed en zinvol legaal aanbod willen zien zodat downloaden uit illegale bron niet meer nodig is.

*Is het downloaden van een film uit evident illegale bron, gelet op de eisen uit art. 416 lid 1 onder a Sr. niet aan te merken als heling?*

Nee. Digitale informatie is geen 'goed' in de zin van de strafwet en kan derhalve niet worden geheeld. Hoge Raad 3 december 1996, NJ 1997, 574. Daar komt bij dat downloaden uit evident illegale bron in Nederland legaal is (zie Hof Den Haag in de Thuishopie-zaak en Rb. Haarlem in de FTD-zaak). Daarmee kan geen sprake zijn van inbreuk op auteursrechten dus al helemaal niet van strafrechtelijk relevante inbreuk.

*Stel dat de filmindustrie met een legaal alternatief komt, zou een downloadverbod voor het downloaden van films uit evident illegale bron dan wel te rechtvaardigen en te handhaven zijn.* Een zeer uitgebreid onderzoek van de Social Sciences Research Council (<http://piracy.ssrc.org/the-report/>) maakt duidelijk dat 'piraterij' (niet de Somalische soort) vooral het gevolg is van marktfalen. Digitale inhoud is niet op fatsoenlijke wijze te verkrijgen op manieren die klanten willen. Hoewel klanten graag betalen (zo blijkt uit diverse onderzoeken) is het vaak maar beperkt mogelijk om content te kunnen kopen. Om nog maar niet te spreken van de technische beperkingen die eraan gesteld worden.

Het is me te makkelijk om te zeggen 'een legaal alternatief' want er zijn al enkele sites (bv. Veamer, Spotify of iTunes) maar ik vind het maar magertjes.

Verder zie ik niet hoe een downloadverbod handhaafbaar is. Dat kan namelijk maar op één manier:

downloadverkeer observeren om te zien of er uit illegale bron wordt gedownload. Hoe wordt dat gerealiseerd? Een flitspaal in je modem? Gezien de heisa rond de slimme electriciteitsmeter (die alleen maar kijkt welke apparaten je aan hebt staan en wanneer) of het rekeningrijden verwacht ik niet dat dit maatschappelijk draagvlak heeft.

Een symbolisch downloadverbod zou kunnen maar verandert weinig aan de situatie. In Zweden is dit geprobeerd: na invoering van die wet is het downloaden uit illegale bron ingezakt, maar na een paar maanden was het vrijwel op hetzelfde niveau terug omdat er niet gehandhaafd werd.

*Stel dat een downloadverbod niet handhaafbaar of nuttig is. Bent u in dit geval van mening dat er een vergoedingstructuur voor de makers van films moet blijven bestaan zoals deze nu bestaat, of behoeft deze structuur aanpassingen?*

Ik vind dat makers van creatieve werken een redelijke vergoeding moeten kunnen bedingen, maar dat mag niet zo ver gaan dat ze nieuwe bedrijfsmodellen kunnen blokkeren. Op zijn minst moet er dus een verplichting komen om werken te kunnen licentiëren en door te verkopen. Een systeem als BitTorrent mag niet worden geblokkeerd door rechthebbenden.

Dit betekent dat rechthebbenden op zoek moeten gaan naar nieuwe bedrijfsmodellen, want afrekenen per kopietje zal niet meer werken. Diverse 'piraten' hebben al oplossingen gevonden - Mininova had een jaaromzet van 1 miljoen euro bijvoorbeeld. Ik ben ervan overtuigd dat als rechthebbenden met internetpartijen samenwerken deze modellen snel gevonden worden en dat beide partijen daar voordeel uit zullen halen.

*In hoeverre is het haalbaar om niet de websites die het downloaden faciliteren, maar de uploaders van auteursrechtelijk beschermd materiaal te vervolgen? Zou dit niet een betere oplossing zijn? Het probleem wordt op deze manier immers bij de wortels aangepakt.*

De wortel van het probleem (zie wederom het SSRC onderzoek) zit hem in marktfalen: muziek en films zijn niet afdoende beschikbaar voor de consument. Veel content kan alleen op DVD worden gekocht en niet digitaal afgenomen via internet. Content die dat wel is, is zwaar dichtgetimmerd met DRM en is niet marktconform geprijsd. Als brood net zo verkocht werd als films, zou er ook veel meer brood gestolen worden. Ik denk niet dat de oplossing dan is om alle dieven te gaan vervolgen.

Auteursrecht is gemaakt om een bedrijfsmodel te ondersteunen waarmee creatievelingen geld kunnen verdienen met hun werk. Dat bedrijfsmodel is aan vernieuwing toe, en daarmee óók het auteursrecht. Als we nu het auteursrecht harder gaan handhaven, stimuleren we niet dat digitale inhoudsexploitatie op gang komt.

Met vriendelijke groeten,

Arnoud Engelfriet



## Interview met de heer van Daalen

*Wat is uw commentaar op de huidige situatie omtrent het toestaan van downloaden van onder andere films uit evident illegale bron?*

Miljoenen Nederlanders wisselen muziek en films uit. De Europese Commissie doet geen enkel onderzoek naar mogelijk positieve effecten, terwijl die effecten er mogelijk wel zijn zo blijkt uit onderzoek van TNO en de Universiteit van Amsterdam. Er komen echter wel steeds meer repressieve maatregelen waardoor de miljoenen Nederlanders gecriminaliseerd worden.

*Moet het downloaden van films uit evident illegale bron nog onder de thuishopieregeling uit de Auteurswet vallen of moet er voor films een soortgelijke exceptie gemaakt worden zoals deze voor computerprogramma's bestaat?*

Auteursrecht was voorheen het domein van professionele gebruikers. De decentrale structuur van het internet maakt het mogelijk dat iedereen in aanraking komt met het auteursrecht. Handhaving hiervan gaat daarom steeds meer plaatsvinden in de privé sfeer van onder andere de internetgebruikers. Je moet bijhouden wat iemand op internet doet om het auteursrecht te handhaven. Ik vind dit volstrekt onwenselijk.

*Stel dat de filmindustrie met een legaal alternatief komt, zou een downloadverbod voor het downloaden van films uit evident illegale bron dan wel te rechtvaardigen en te handhaven zijn?*

Een downloadverbod is niet wenselijk. Ik ben een voorstander van het handhaven van de huidige thuishopieregeling om zodoende de privacy van gebruikers te waarborgen. Ook als er voldoende legaal materiaal vanuit de industrie beschikbaar is, is een dergelijk verbod niet wenselijk omdat het handhaven van het verbod in botsing zal komen met de privacy van internetgebruikers.

Misschien moet de industrie licenties gaan verstrekken voor het uploaden, want als zij dat niet doen verschijnt de content ook op internet maar dan zonder toestemming van de industrie. Momenteel voldoet de industrie blijkbaar niet aan de vraag, getuige het grote aantal downloads en downloaders.

*In hoeverre is het haalbaar om niet de websites die het downloaden faciliteren, maar de uploaders van auteursrechtelijk beschermd materiaal te vervolgen? Zou dit niet een betere oplossing zijn? Het probleem wordt op deze manier immers bij de wortels aangepakt.*

Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen het uploaden op grote schaal met commercieel karakter en het uploaden op veel kleinere schaal zoals dat bijvoorbeeld gebeurt wanneer een gebruiker een bestand download met de 'BitTorrent' techniek. Voor die tweede categorie is handhaving niet wenselijk om de hierboven genoemde redenen.

## Interview met de heer Senftleben

*Wat is uw commentaar op de huidige situatie omtrent het toestaan van downloaden van onder andere films uit evident illegale bron?*

Gezien het algemene kader was het een redelijke beslissing om het downloaden uit illegale bron toe te staan. Er zou veel meer legaal aanbod komen wat beschermd zou worden door technische voorzieningen. De wetgevers hadden er op dat moment alle vertrouwen in dat de industrie op basis van bescherming door middel van technische voorzieningen, voor consumenten aantrekkelijke, businessmodellen zouden gaan ontwikkelen.

Tijdens de implementatie van de Auteursrechtlijn was het een logische keuze en er werd verwacht dat er vanzelf legale alternatieven zouden ontstaan.

Vanuit een consumentenperspectief zorgt de huidige situatie voor meer duidelijkheid. Ik denk dat de wetgever wilde voorkomen dat de consument aansprakelijk werd gesteld voor iets waarvan hij niet wist of het een illegale handeling was.

Er zijn overduidelijk illegale platformen zoals The Pirate Bay, maar er zijn ook platformen waarbij het minder duidelijk is dat het gaat om een illegaal platform.

*Moet het downloaden van films uit evident illegale bron nog onder de thuishopieregeling uit de Auteurswet vallen of moet er voor films een soortgelijke exceptie gemaakt worden zoals deze voor computerprogramma's bestaat?*

Wat ik onwenselijk zou vinden is dat men het auteursrecht als een soort strafrecht gaat zien waar iedereen bang voor is. Internet is een platform wat grote kansen en mogelijkheden biedt om informatie te verspreiden. Ik zou het jammer vinden wanneer mensen bang gaan worden om informatie te verspreiden omdat ze anders misschien in de gevangenis kunnen belanden. Daarom is het belangrijk dat er nu duidelijk wordt gezegd dat privé kopiëren terug wordt gebracht. Maar dan wel in de zin dat alleen privé kopiëren uit evident illegale bron niet wordt toegestaan. Evident houdt in dat de rechter dan na moet gaan in hoeverre je van de gemiddelde consument kunt verwachten dat hij door heeft dat het om illegaal aanbod gaat. Dat zou op zich een oplossing kunnen zijn voor films.

Films hebben niet de meeste last van het downloaden, in tegenstelling tot muziek. Het is altijd de vraag of films in goede kwaliteit gedownload kunnen worden. En films hebben nog altijd de unieke bioscoopervaring. Ik zie geen extra uitzondering voor de filmbranche komen.

*Stel dat de filmindustrie met een legaal alternatief komt, zou een downloadverbod voor het downloaden van films uit evident illegale bron dan wel te rechtvaardigen en te handhaven zijn.*

Het handavingsaspect zal altijd spelen. In landen waar geen privé-kopie exceptie bestaat zoals Engeland wordt er evengoed gedownload. Je kunt wetgeving introduceren waarin staat dat het verboden is en daar een straf op stellen. Het blijft een handavingsuitdaging.

Een legaal aanbod kan moeilijk concurreren met gratis aanbod. Op het moment dat er aantrekkelijk legaal aanbod komt, wat de consument aanspreekt, wordt de privé-kopie exceptie verzwakt.

Er moet een balans komen tussen auteursrechtelijke bescherming en de informatie vrijheid. Het kan niet zo zijn dat delen van de samenleving niet langer in staat zijn om kennis te nemen van cultureel materiaal. De privé-kopie is ook een decentraal instrument om mensen toegang tot informatie te geven. Het helemaal afschaffen van dit instrument is gevaarlijk wanneer dit er toe leidt dat bepaalde delen van de samenleving geen toegang meer krijgen tot informatie omdat ze zich dit niet meer kunnen veroorloven.

Privé kopiëren kan misschien nog verder beperkt worden mits er meer legaal aanbod beschikbaar komt. Maar hoe je dat in de praktijk kunt brengen is moeilijk.

De innovatiekracht moet uit de contentindustrie zelf komen. Dit gaat moeizaam. De openingen met betrekking tot internet kwamen veelal van buiten. Zo begon Apple met het verkennen van de online muziekmarkt. Apple heeft nooit iets te maken gehad met muziek, maar als buitenstaander zijn ze in staat om een systeem op te richten wat werkt en waar geld mee verdiend kan worden. Op het gebied van boeken is iets vergelijkbaars gebeurd met Google. Google was nooit uitgever maar kwam toch met een idee om de online markt te betreden. Het initiatief is er, iedereen ziet opeens dat het kan. We moeten afwachten of de contentindustrie, zoals de heer Teeven nu zegt, met initiatieven gaat komen.

De industrie krijgt nu de kans om iets te ontwikkelen, zij hebben daar immers belang bij, dus zij moeten met nieuwe ideeën komen.

Teveel mensen in de contentindustrie denken nog te analoog. De industrie moet met iets komen wat een meerwaarde is, wat aantrekkelijk is voor de consument. Het probleem kan niet alleen door wetgeving opgelost worden.

*Waarom zou de consument niet aangepakt mogen worden wanneer ze downloaden uit evident illegale bron?*

Het is een keuze. Er zijn landen waar dit soort pogingen zijn gedaan, maar hierdoor loopt de industrie veel imagoschade op. De industrie is heel terughoudend met aanpakken van de individuele consument. Vanuit auteursrechtelijk hardliner perspectief kan er gezegd worden dat het een schending van auteursrecht is. Op het moment dat je tien mensen hebt aangepakt zal het de rest afschrikken. Maar ook dan is de echt gemaakte schade moeilijk vast te stellen.

Mijn invalshoek is dat niet iedere consument die download daar geen legale kopie voor zal kopen. Via het downloaden kunnen ook dingen ontdekt worden die de consument dan graag wil hebben en zal gaan kopen. Het is nog steeds niet bewezen dat iedere download een verlies van een koop van een cd is.

Ik heb moeite met het hardliners perspectief. Ik vrees dat het een obstakel wordt voor de verdere ontwikkeling van het internet. Het vrije internet komt in het geding.

Het idee van het betaalinternet waar voor elke muisklik betaald moet worden zal er toe leiden dat mensen die het geld niet hebben van informatie uitgesloten worden.

Ik ben geen voorstander van het keihard handhaven en de individuele consument aansprakelijk stellen.

*Stel dat een downloadverbod niet handhaafbaar of nuttig is. Bent u in dit geval van mening dat er een vergoedingstructuur voor de makers van films moet blijven bestaan zoals deze nu bestaat, of behoeft deze structuur aanpassingen?*

Qua wetgeving is het duidelijk dat er een compensatie moet worden aangeboden. Maar de vergoedingsregeling zoals wij die nu hebben is iets uit een analoog verleden. De regels zijn geïntroduceerd als een reactie op fotokopiëren.

Er zou een nieuwe oplossing gevonden moeten worden voor het vergoedingstelsel. Er zijn andere oplossingen zoals bijvoorbeeld in Scandinavische landen waar de 'kroon', de fiscus, voor de vergoedingen betaalt.

Ook zou de heffingsbasis uitgebreid kunnen worden, alles waar op gedownload kan worden moet worden voorzien van een heffing. Dit is echter moeilijk te bepalen.

Of er moet een soort internettax geheven worden per internetminuut of abonnementsprijs.

Er zou dan een onderscheid gemaakt moeten worden tussen internettoegang voor bedrijven of voor privé personen.

*Kan een regeling zoals deze in Duitsland bestaat omtrent het downloaden uit kennelijk illegale bronnen in Nederland werken?*

In de Duitse wetgeving is de Auteursrechtlijn anders geïnterpreteerd en daar heeft men besloten om de privé-kopie te verdelen in downloads uit legale en kennelijk illegale bron.