

Meer ruimte voor embedded hyperlinks

Geen blokkade The Pirate Bay

Bjorn Schipper

In eerdere bijdragen voor Muziekwereld heb ik in 2012 in de vorm van een tweeluik aandacht besteed aan de jarenlange juridische strijd van rechthebbenden op muziek, films, (e-)boeken en games tegen de online activiteiten van *The Pirate Bay*¹. In 2013 heb ik in Muziekwereld de zaak van online radiportal Nederland.FM behandeld, waarin plaatsing van embedded hyperlinks centraal stond². Onlangs zijn er inzake *The Pirate Bay* en met betrekking tot het plaatsen van (embedded) hyperlinks belangrijke uitspraken van rechters geweest. Het Hof Den Haag deed op 28 januari 2014 uitspraak in het hoger beroep van de bodemprocedure tussen BREIN en de providers over het al dan niet moeten blokkeren van de toegang tot de website van *The Pirate Bay*³. De hoogste Europese rechter, het Hof van Justitie EU, deed op 13 februari 2014 een belangrijke uitspraak over toelaatbaarheid van (embedded) hyperlinks in de van oorsprong Zweedse zaak *Svensson*⁴. Tijd voor een update.

The Pirate Bay: inzet van vele rechtszaken

De website van *The Pirate Bay* is de afgelopen jaren niet alleen bijzonder populair geweest onder gebruikers van illegale content, maar ook veelvuldig inzet van rechtszaken, zowel straf- als civielrechtelijk. In Zweden zijn de oprichters van *The Pirate Bay* strafrechtelijk veroordeeld en is hen door de rechter een civielrechtelijk inbreukverbod opgelegd⁵. Toen bleek dat *The Pirate Bay* online actief bleef, zijn Zweedse rechtenorganisaties procedures gestart tegen internet-providers om via de rechter te proberen een toegangsblokkade af te dwingen⁶. Met behulp van providers in Duitsland en Oekraïne bleef *The Pirate Bay* online.

In Nederland wees de rechter in 2009 op vordering van BREIN een verstekvonnis in kort geding waarbij *The Pirate Bay* veroordeeld werd de inbreuk op auteursrechten en naburige rechten te staken⁷. Nadat

The Pirate Bay in verzet was gekomen tegen dit verstekvonnis, oordeelde de rechter in 2009 in verzet in kort geding dat *The Pirate Bay* zich niet zelf schuldig maakte aan inbreukmakend handelen, maar dat zij wel onrechtmatig jegens de rechthebbenden handelde door haar gebruikers stelselmatig in staat te stellen de inbreuken te kunnen plegen. De op de website van *The Pirate Bay* aanwezige torrents die betrekking hadden op illegale content moesten op last van de rechter worden verwijderd en ontoegankelijk worden gemaakt voor internetgebruikers in Nederland. In de door BREIN aangehangig gemaakte bodemprocedure tegen *The Pirate Bay* wees de rechter in 2010 een verstekvonnis. Daarbij kreeg *The Pirate Bay* zowel een inbreukverbod als een verbod op onrechtmatig handelen opgelegd en werd *The Pirate Bay* bevolen de website voor internetgebruikers in Nederland ontoegankelijk te maken.

Providers op het strijdtoneel

Ondanks al deze rechterlijke veroordelingen, bleef *The Pirate Bay* gewoon online actief, ook in Nederland. BREIN wendde zich vervolgens tot de internet-providers met het verzoek de toegang tot *The Pirate Bay* te blokkeren. Toen de providers vanwege principiële bezwaren weigerden hieraan mee te werken, daagde BREIN een van de grootste providers, Ziggo, om via de rechter een toegangsblokkade af te dwingen waardoor abonnees van Ziggo geen toegang meer tot de website van *The Pirate Bay* zouden kunnen krijgen. In kort geding⁸ werd de door BREIN verzochte blokkade afgewezen. De activiteiten van *The Pirate Bay* konden juridisch weliswaar niet door de beugel, maar BREIN had niet aangetoond dat een groot deel van het abonneebestand van Ziggo gebruiker van *The Pirate Bay* zou zijn.

Bij vonnis van 11 januari 2012⁹ werd de verzochte toegangsblokkade in de bodemprocedure tussen BREIN en Ziggo wel toegewezen. Aan de hand van het door BREIN overgelegde bewijs stelt de rechter vast dat een aanzienlijk deel van het abonneebestand van Ziggo (en XS4ALL) zich schuldig zou hebben gemaakt aan onwettige activiteiten via de website van *The Pirate Bay*. De verzochte toegangsblokkade doorstaat volgens de rechter de toets van subsidiariteit en proportionaliteit. De vrijheid van ondernemerschap van de providers en de vrijheid van hun internetabonnees om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen, leggen het hier af tegen de bescherming van auteursrechten en naburige rechten van anderen.

Daarna waren de andere providers aan de beurt. Op vordering van BREIN werden ook UPC, KPN, T-Mobile en Tele2 in kort geding¹⁰ veroordeeld tot het blokkeren van de toegang tot *The Pirate Bay*.

Hoger beroep: blokkade providers ineffectief

Het Hof Den Haag deed onlangs uitspraak in het hoger beroep van de bodemprocedure tussen de providers Ziggo en XS4ALL, en BREIN. Mijn eerdere angst voor het effect van 'de onderbuik'¹¹ van de rechter in deze

zaak, bleek ongegrond. Ik doelde daarmee op de soms natuurlijke neiging van rechters om reeds onwettig geoordeelde activiteiten van *The Pirate Bay* linksom of rechtsom een halt toe te roepen, ongeacht de aard van de maatregel.

Het Hof stelt op basis van het door BREIN overgelegde bewijs vast dat een relevant deel van de internet-abonnees zich schuldig maakt aan onwettige activiteiten via *The Pirate Bay*. Het Hof oordeelt dat de beheerders van *The Pirate Bay* zich - met uitzondering van gebruik van het artwork op covers van dvd's, cd's, boeken en filmposters - niet zelf schuldig maken aan inbreukmakend handelen. Het faciliteren van inbreuken door gebruikers van *The Pirate Bay*, is wel onrechtmatig.

Het Hof overweegt dat effectiviteit (doeltreffendheid) van een toegangsblokkade onderdeel is van de evenredigheids- of proportionaliteitseis. Het is aan BREIN om aan te tonen dat een blokkade in voldoende mate effectief is. Het Hof stelt vast dat het bezoek aan *The Pirate Bay* in Nederland is afgenomen, ook al is *The Pirate Bay* via allerlei technische kunstgrepen nog steeds toegankelijk. De toegangsblokkade sorteert echter geen effect op het gedrag van de beheerders van *The Pirate Bay*. Doordat internet-abonnees via technische kunstgrepen de blokkade op grote schaal ontwijken en de door hen gepleegde inbreuken niet verminderen, is feitelijk geen noemenswaardige afname van de inbreuken bereikt, waardoor de blokkade niet effectief blijkt. Sterker, het Hof stelt op basis van het beschikbare bewijsmateriaal vast dat, ondanks de blokkade, het aantal illegale downloaders alleen maar is toegenomen.

Het Hof concludeert dat de vrijheid van ondernemerschap van de providers - dat wil zeggen: de vrijheid om naar eigen inzicht te handelen - door de blokkade wordt aangetast. Omdat de blokkade door BREIN primair niet gevorderd is voor bescherming van het artwork maar meer met het oog op bescherming van muziek, film, games en (e-)boeken, is die inbreuk volgens het Hof van onvoldoende gewicht om een toegangsblokkade te kunnen rechtvaardigen. Het Hof oordeelt

tot slot dat de providers ook niet anderszins onzorgvuldig handelen door niet de toegang tot *The Pirate Bay* te blokkeren. Slotsom is dat de toegangsblokkade moet worden opgeheven.

BREIN heeft inmiddels cassatie ingesteld tegen de beslissing van het Hof Den Haag. De Hoge Raad zal zich nog gaan uitlaten over de rechtmatigheid van de toegangsblokkade in verband met *The Pirate Bay*.

Svensson: meer ruimte voor (embedded) hyperlinks

Het Hof van Justitie EU oordeelde onlangs inzake *Svensson* dat hyperlinks in beginsel wel auteursrechtelijk relevant zijn, maar ingeval van hyperlinken naar vrij toegankelijk content op het internet geen 'nieuw

publiek' bereiken en dus geen nieuwe openbaarmaking inhouden¹².

In de zaak *Svensson* ging het feitelijk om de plaatsing van hyperlinks naar de website van een Zweedse krant via welke artikelen van journalisten vrij toegankelijk waren. Het op deze wijze plaatsen van aanklikbare hyperlinks op een website is volgens het Hof een rechtens relevante 'beschikbaarstelling' in de zin van 'mededeling' aan het publiek die toeziet op alle potentiële gebruikers van de betrokken website. Het gaat hier om een onbepaald en vrij groot aantal gebruikers, namelijk alle internetgebruikers, omdat de artikelen op de website van de Zweedse krant voor iedereen vrij toegankelijk zijn. Er is dan ook geen sprake van een 'nieuw publiek'

- ingezonden mededeling -

LICHAMELIJKE KLACHTEN?



Muzikanten hebben vaak te maken met lichamelijke klachten. Vooral in de schoudergordel, nek, rug, armen en handen als gevolg van lange tijd oefenen, repeterende bewegingen of door een verkeerde speeltechniek en houding.

KORTINGSACTIE

Lilawadee heeft zeer effectieve behandelingen voor muzikanten met lichamelijke klachten.

Nu speciaal voor muzikanten een massage met 20% korting!*

Na het intakegesprek, waarin de klachten in beeld worden gebracht, wordt de behandeling gegeven waarbij aandacht wordt besteed aan het gehele lichaam, maar waar het accent zal komen te liggen op die plekken waar de muzikant last van heeft. Door de behandeling ontstaat er een verbetering van de flexibiliteit, worden pijnklachten voorkomen of verholpen, zal er minder stress zijn voor en na een optreden en zal de muzikant zich beter bewust zijn van eigen lichaam.

*deze korting is geldig in de maanden juni, juli en augustus

Meer informatie?
Kijk op www.lilawadee.nl of bel naar 06 1888 54 65.



Onze behandelingen:

- sportmassage
- thai yoga massage
- aroma olie massage
- thaise voetreflex massage
- hot stone massage
- kruidenstempel massage
- zwangerschapsmassage



lilawadee
massage & communicatie

Tel. 06 1888 54 65 • info@lilawadee.nl
www.lilawadee.nl

indien deze artikelen via hyperlinks elders door andere internetgebruikers ingezien kunnen worden, hetgeen een vereiste is om rechtens van nieuwe openbaarmaking te kunnen spreken.

Het Hof overweegt expliciet dat het niet uit maakt of het om gewone hyperlinks of embedded hyperlinks gaat. Bij een embedded hyperlink wordt het vrij toegankelijke werk eveneens aan hetzelfde publiek ter beschikking gesteld.

Voor hyperlinks naar online-content uitsluitend beschikbaar tegen betaling, kan aldus nog steeds sprake zijn van het bereiken van een 'nieuw publiek' en dus nieuwe openbaarmaking. Daarbij mogen evenmin restricties worden omzeild. Ook hyperlinks naar zonder toestemming van de rechthebbenden online geplaatste (illegale) content worden als rechtens relevante directe beschikbaarstellingshandelingen gezien die niet zomaar vrij zijn¹³.

Svensson: positief voor online radiostations- en portals

De uitspraak inzake *Svensson* biedt in situaties waar-

bij bepaalde content vrij toegankelijk op het internet geplaatst is meer ruimte aan hyperlinks, waaronder embedded hyperlinks. Dat is goed nieuws voor bijvoorbeeld online-radiostations die graag willen bereiken dat in potentie alle internetgebruikers naar hun uitzendingen luisteren. Bij voorkeur via de eigen website en anders via websites van bijvoorbeeld radioportals waar potentiële luisteraars via aanklikbare (embedded) hyperlinks de uitzendingen kunnen beluisteren. Online radioportals zullen dan ook blij met *Svensson* zijn. Het Hof van Justitie EU haalt met de beslissing inzake *Svensson* in zoverre een streep door de veelbesproken¹⁴ uitkomst inzake *Nederland.FM*¹⁵.

De uitkomst van *Svensson* is naar mijn mening positief voor het digitale 'ecosysteem' dat nu in het geval van online vrij toegankelijke content met behulp van (embedded) hyperlinks in termen van klikken aan de bron de belangrijke rol van multiplier kan blijven vervullen, zonder onnodige (juridische) belemmeringen.

Bjorn Schipper is advocaat en oprichter van Schipper Legal in Amsterdam

- 1 B.H.M. Schipper, 'The Pirate Bay: a never ending story. Opmaat naar de juridische oorlog rondom piratenplatform', *Muziekwereld* 2012/2, pp. 40-43 en 'The Pirate Bay: the story continues. Piraterijbestrijder BREIN lijnrecht tegenover providers', *Muziekwereld* 2012/3, pp. 36-39.
- 2 B.H.M. Schipper, 'De embedded hyperlink vogelvrij verklaard. Impact vonnis radioportalsite Nederland.FM', *Muziekwereld* 2013/2, pp. 42-45.
- 3 Hof Den Haag 28 januari 2014, IEF 13467 (*Ziggo c.s./BREIN*).
- 4 HvJ EU 13 februari 2014, zaak C-466/12, IEF 13540 (*Nils Svensson e.a./Retriever Sverige AB*).
- 5 Stockholm District Court 17 april 2009, B 13301-06 (*The Pirate Bay*).
- 6 Stockholm District Court 24 augustus 2009 (*Disney, Universal, Time Warner e.a. v. Black Internet*).
- 7 Vzr. Rb Amsterdam 30 juli 2009, (*Brein/The Pirate Bay*).
- 8 Vzr. Rb. Den Haag 19 juli 2010, LJN: BN1414 (*BREIN/Ziggo cs.*).
- 9 Rb. Den Haag 11 januari 2012, IEPT20120111 (*BREIN/Ziggo c.s.*).
- 10 Vzr. Rb. Den Haag 10 mei 2012, IEPT20120510 (*BREIN/UPC c.s.*).
- 11 Zie onder andere ook de blog van Arnoud Engelfriet: 'Een cynisch stukje piratenbaaifrustratie', 14 mei 2012 (iusmentis.com).
- 12 Zie onder meer J. Spauwen, 'Hof van Justitie EU: linken en embedden geen auteursrechtinbreuk', 13 februari 2014 (mediareport.nl) en J. Becker en M. Jansen, 'Het Svensson-arrest; iedere link met het auteursrecht doorbroken?', 1 april 2014, IEF 13705.
- 13 Zie onder meer H.T.L. Stockmann, 'Svensson: Het internet gered, de rechthebbenden gered', 14 februari 2014, IEF 13543.
- 14 E. Jurjens, 'Drie stappen van het Nederland.fm-vonniss: interventie, ander publiek en winst oogmerk', IEF 12204.2013, T.M. van den Heuvel, 'Linke links – Auteursrechtinbreuk, onrechtmatig, of slechts een wegwijzer?', IEF 12267, M.G.A. Egeler en A.R. Lodder, 'Nederland.fm pleegt auteursrechtinbreuk door te hyperlinken naar radiostreams van radiostations', noot in *Computerrecht* 2013/83, en A.R. Lodder, 'Nederland FM: uitspraak Haagse rechter is niet uit te leggen', bericht van 14 januari 2013 op www.jurel.nl.
- 15 Vzr. Rb. Den Haag 8 juli 2011, IEPT20110708 (*Buma/Stemra/Nederland.fm*) en Rb. Den Haag 19 december 2012, IEF 12159, AMI 2013/2 met noot van D.J.G. Visser (*Buma/Stemra/Nederland.fm*).