



FUTURE OF COPYRIGHT

OVER DE JURIDISCHE ASPECTEN VAN CREATIEVE UITINGEN

Is de Pirate Bay hetzelfde als Google?

Abstract

De Pirate Bay en Google zijn op technisch en organisatorisch gebied niet te vergelijken. Het door de verdediging in de Pirate Bay zaak gebruikte argument dat de Pirate Bay qua dienstverlening niets anders is dan Google, snijdt daarom geen hout. De Pirate Bay voerde dit argument aan om een beroep te kunnen doen op de bescherming die internet dienstverleners op grond van de richtlijn elektronische handel toekomt. Afgezien van het feit dat deze bescherming naar alle waarschijnlijkheid niet toekomt aan zoekmachines, betekent de wezenlijk andere inrichting van de Pirate Bay ten opzichte van bijvoorbeeld Google, dat de beschermingsbepalingen die op grond van de Richtlijn Elektronische Handel gelden voor internet dienstverleners, niet op de Pirate Bay van toepassing zijn.

Inleiding

Over enkele dagen volgt de uitspraak in de strafzaak tegen de Pirate Bay. De rechter zal dan oordelen of de beheerders van de Pirate Bay zich schuldig hebben gemaakt aan medeplichtigheid aan auteursrechtinbreuken. Voor het oordeel van de rechter is een antwoord op de vraag of de Pirate Bay als dienstverlener verantwoordelijk is voor het gedrag van haar gebruikers van doorslaggevende betekenis.

De Pirate Bay stelt zich op het standpunt dat zij niet verantwoordelijk is voor het gedrag van haar gebruikers en er geen invloed op heeft. Om deze stelling kracht bij te zetten heeft de verdediging van de Pirate Bay tijdens het proces aangevoerd dat de Pirate Bay niets anders is dan een zoekmachine. De Pirate Bay vergelijkt zichzelf met Google: een dienst waarmee gebruikers naar bestanden kunnen zoeken... en ja, dat kunnen ook illegale bestanden zijn. Verder voerde de verdediging aan dat de Pirate Bay slechts een 'doorgeefluik' van informatie is. Net als Google slaat de Pirate Bay zelf geen auteursrechtelijk beschermde werken op haar servers.

Door zichzelf te positioneren als een Google-achtige dienst die geen invloed heeft of kan uitoefenen hoopt de Pirate Bay aanspraak te kunnen maken op de bescherming die het Europees (en daarmee Zweeds) recht aan internet dienstverleners biedt. Op grond van artikel 12 van de richtlijn elektronische handel zijn internet dienstverleners namelijk niet aansprakelijk als zij slechts een doorgeefluik van informatie zijn (mere conduit). In strafrechtelijke zin zou dit betekenen dat de Pirate Bay niet medeplichtig kan zijn aan auteursrechtinbreuken, in civielrechtelijke zin betekent het dat de Pirate Bay niet aansprakelijk is voor schade geleden door derden (de rechthebbenden).

Maar is de Pirate Bay wel hetzelfde als Google? En kan de Pirate Bay zich beroepen op dezelfde bescherming? Voor een antwoord op deze vraag moeten we kijken naar

de technische en organisatorische inrichting van de dienst. De manier waarop de dienst is ingericht is namelijk cruciaal voor het vellen van een oordeel over de legitimiteit ervan.

Technologie

Google en de Pirate Bay zijn beide zoekmachines, maar richten zich op verschillende soorten informatie. Het verschil tussen Google en de Pirate Bay zit hem dan ook in de focus. Google zoekt het world wide web af naar allerlei typen informatie (webpagina's, .pdf bestanden, excel sheets enzovoorts), de Pirate Bay beperkt zich tot .torrent bestanden. Dit zijn kleine bestandjes die naar andere bestanden verwijzen. De .torrent bestanden bevatten informatie die nodig is om een download te kunnen starten via het p2p protocol Bittorrent. In feite is een .torrent dus een bestandje dat functioneert als een link. De naam van de .torrent komt (als het goed is) min of meer overeen met het bestand waarnaar het verwijst.

Index

Om snel te kunnen zoeken maken zowel Google als de Pirate Bay gebruik van een index. Google indexeert (een groot deel) van het world wide web, de Pirate Bay indexeert alleen .torrent bestanden. Om deze index te vullen biedt de Pirate Bay haar gebruikers de mogelijkheid om .torrent bestanden naar haar servers te uploaden en deze van commentaar te voorzien. Deze functie wordt door de Pirate Bay overigens niet gemodereerd.

Google biedt gebruikers weliswaar de mogelijkheid om een URL toe te voegen aan de URLs die Google indexeert, maar verder biedt het geen mogelijkheden om zoekresultaten direct te beïnvloeden of zoekresultaten van commentaar te voorzien.

Tracker functie

Een ander belangrijk technisch verschil is dat de Pirate Bay in tegenstelling tot Google een 'tracker' functie aanbiedt. De tracker is een integraal onderdeel van het Bittorrent protocol. De trackers van de Pirate Bay (en de trackers van derden waarnaar de Pirate Bay verwijst) zorgen ervoor dat de gebruiker op basis van het .torrent bestand verwezen worden naar verschillende gebruikers die delen van het bestand aanbieden.

Google heeft geen trackerfunctie nodig, omdat zij slechts gebruikers op basis van de ingetoetste zoekterm naar een bepaalde internetpagina verwijst. Op deze pagina wordt de daadwerkelijke informatie getoond. Google cached weliswaar internetpagina's om de zoeksnelheid te vergroten, maar dit is een puur technische handeling.

Samenvattend zou je dus over de technologische kant van de vergelijking kunnen stellen dat Google een dienst is die bestaande informatie op het WWW doorzoekbaar maakt, zonder dat zij zich met deze informatie bemoeit, terwijl de Pirate Bay een raamwerk biedt (de index, het hosten van de .torrents en de tracker) voor file sharers waarmee zij elkaars bestanden kunnen vinden.

De organisatie van de Pirate Bay en Google

Organisatorische verschillen tussen de Pirate Bay en Google zijn zeker in het licht van de mogelijke aansprakelijkheid van de Pirate Bay voor auteursrechtinbreuken

minstens zo relevant als de technologische verschillen. De manier namelijk waarop een internet dienstverlener zijn service inricht is namelijk ook van belang bij de beoordeling van de aansprakelijkheid (in ieder geval naar Nederlands recht).

Zoals hierboven beschreven is net name de focus van de twee zoekmachines verschillend. Google is neutraal met betrekking tot het zoeken naar informatie: het indexeert alle informatie op internet. Sterker nog, het is nadrukkelijk Google's bedrijfsmissie om alle informatie ter wereld doorzoekbaar te maken. Dit is weerspiegelt in het gebruik van Google: gebruikers zoeken naar alle mogelijke informatie die er op internet geboden wordt. De Pirate Bay daarentegen richt zich specifiek op de uitwisseling van bestanden, meer specifiek auteursrechtelijk beschermde werken. Hoewel de verdediging tijdens het proces heeft aangegeven dat er ook veel legale bestanden via de Pirate Bay te vinden zijn, richten de gebruikers van de Pirate Bay zich toch in overwegende mate op de uitwisseling van auteursrechtelijk beschermde werken. De Pirate Bay stimuleert (indirect) dergelijk gedrag door het bieden van het hierboven besproken raamwerk voor het uploaden, beoordelen en hosten van .torrents.

Ook de houding van de Pirate Bay met betrekking tot auteursrecht en auteursrechthebbenden lijkt het grootschalig illegaal file sharen via haar dienst in de hand te werken. De Pirate Bay presenteert op haar site trots de 'Notice and Takedown' verzoeken van auteursrechthebbenden, maakt deze belachelijk en geeft aan nooit een bestand te verwijderen. Een dergelijke houding, gekoppeld aan de relatieve anonimiteit van Bittorrent verschaft downloaders een relatief veilige haven voor (illegaal) uploaden en downloaden van bestanden. Uiteraard is 'de Pirate Bay' ook niet een toevallig gekozen naam, maar een verwijzing naar deze veilige haven voor piraten.

Door zich te richten op een bepaalde niche en deze niche te faciliteren is de Pirate Bay qua organisatie wezenlijk anders dan Google. Google lijkt als dienstverlener veel meer op een access provider die slechts de technische faciliteiten biedt om te kunnen zoeken, maar verder 'geen boodschap aan de boodschap' heeft. De Pirate Bay daarentegen houdt het midden tussen een speciale zoekmachine en een (sociaal) platform dat, zeker gezien het daadwerkelijke gebruik, zich in overwegende mate richt op auteursrechtelijk beschermde werken.

Deel II: Juridische aansprakelijkheid van de Pirate Bay

Op grond van het voorgaande kunnen we ons een oordeel vormen over de mogelijke aansprakelijkheid van de Pirate Bay voor auteursrechtinbreuken. Het verdient hierbij nadruk te vermelden dat met name de interpretatie van de wetgeving over de aansprakelijkheid van internet dienstverleners van lidstaat tot lidstaat verschilt en het antwoord op deze vraag dus per land kan verschillen. In dit artikel leggen wij de nadruk op de Nederlandse situatie.

Strafrechtelijke aansprakelijkheid

De beheerders van de Pirate Bay worden in Zweden vervolgd voor medeplichtigheid aan opzettelijke auteursrechtinbreuken. Aanvankelijk legde de openbaar aanklager ook het opzettelijk plegen van auteursrechtinbreuken ten laste, maar deze eis werd al snel losgelaten omdat hij het bewijs niet rond kreeg. De openbaar aanklager kon namelijk niet bewijzen dat de downloads ook daadwerkelijk via de trackers van de

Pirate Bay werden geïnitieerd. Gebruikers kunnen bijvoorbeeld ook gebruik maken van de trackers van derden, of gebruik maken van Distributed Hash Tables (DHTs) om direct onderling bestanden uit te wisselen, zonder dat de Pirate Bay hierbij betrokken is.

Om tot een veroordeling voor medeplichtigheid aan opzettelijke auteursrechtinbreuken te komen, moet de openbaar aanklager hardmaken dat de beheerders van de Pirate Bay het oogmerk hadden om auteursrechtinbreuken te faciliteren. Hierbij kunnen de volgende factoren een rol spelen: de inrichting van de dienst, het feit of de beheerders op de hoogte waren van de inbreuken en het feit of zij in staat zijn (of in staat geacht moeten worden) om iets aan de inbreuken te doen. De openbaar aanklager heeft betoogd dat gezien het specifieke karakter van de Pirate Bay en het handelen van de beheerders er sprake is van medeplichtigheid aan auteursrechtinbreuken.

Volgens de verdediging kan de Pirate Bay aanspraak maken op de beschermingsbepalingen uit de richtlijn elektronische handel en kan er dus helemaal geen sprake zijn van medeplichtigheid aan een strafbaar feit. De beschermingsbepalingen uit de artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn elektronische handel gelden voor zowel civiele procedures als strafprocessen (respectievelijk de artikelen 6:196c Burgerlijk wetboek en artikel 54a Wetboek van Strafrecht).

De Pirate Bay beroept zich primair op artikel 12 van de Richtlijn elektronische handel. Dit artikel stelt dat een internet dienstverlener niet aansprakelijk gehouden kan worden voor de (inhoud van) de communicatie die via zijn netwerk verloopt als hij 1) slechts de technische mogelijkheid biedt tot het uitwisselen van informatie, 2) niet het initiatief neemt tot de uitwisseling en 3) zich niet bemoeit met de inhoud. In een dergelijk geval is de dienstverlener slechts een doorgeefluik, oftewel een 'mere conduit'. De Pirate Bay heeft betoogd dat zij niet het initiatief neemt tot de communicatie en zich bewust niet met de inhoud bemoeit. Op grond van deze argumenten zou de Pirate Bay in theorie dus in aanmerking kunnen komen voor bescherming op grond van de richtlijn. Maar de vraag is of de Pirate Bay wel een 'mere conduit' is. De bepaling is namelijk alleen van toepassing wanneer de communicatie via het netwerk van de Pirate Bay zou verlopen, maar dit is niet het geval: de communicatie verloopt namelijk tussen de peers. De beschermingsclausule richt zich eigenlijk ook primair op acces providers, niet zo zeer op andere dienstverleners. Verder valt ook nog te betogen dat de tracker van de Pirate Bay er juist voor zorgt dat er communicatie tussen de verschillende partijen tot stand komt, waardoor niet meer wordt voldaan aan de condities van artikel 12.

De Pirate Bay beroept zich verder op de bescherming van hosting providers uit artikel 14 van de richtlijn. Dit is een beetje vreemd, want de Pirate Bay betoogt tegelijkertijd dat zij geen bestanden host, maar slechts de links naar deze bestanden (de .torrent files). Hoe dan ook, het lijkt onwaarschijnlijk dat de Pirate Bay een beroep kan doen op artikel 14 van de Richtlijn, omdat zij geen gehoor geeft aan Notice and Takedown verzoeken. Wil een hosting provider aanspraak kunnen maken op de bescherming van artikel 14, dan moet deze niet op de hoogte zijn van de aanwezigheid van inbreukmakend materiaal. Is de hosting provider wél op de hoogte (bijvoorbeeld door een notice), dan moet deze passende maatregelen nemen om het

inbreukmakende materiaal te verwijderen. Nu de Pirate Bay door de talloze notice en takedown verzoeken op de hoogte is van de aanwezigheid, maar weigert om het inbreukmakende materiaal te verwijderen, lijkt het onwaarschijnlijk dat zij voor de bescherming van artikel 14 in aanmerking komen. Het argument dat het slechts om links gaat en niet om het inbreukmakende materiaal zelf lijkt ook niet echt krachtig, omdat over het algemeen ook het linken naar inbreukmakend materiaal als onrechtmatig wordt beschouwd.

Verder speelt ook nog het feit dat de strafrechtelijke vrijwaring voor ISPs waarschijnlijk helemaal niet op gaat voor zoekmachines. In de Richtlijn elektronische handel staat namelijk in artikel 21 dat bij de evaluatie van de Richtlijn elektronische handel met name gekeken moet worden of het vrijwaringsregime voor ISPs ook van toepassing moet zijn op hyperlinks en zoekdiensten:

“Wanneer wordt nagegaan of de richtlijn aangepast moet worden, moet in dat verslag met name worden onderzocht of er voorstellen moeten worden gedaan ten aanzien van de aansprakelijkheid van aanbieders van superkoppelingen en zoekinstrumenten.”

Op grond van dit artikel lijkt de Pirate Bay geen aanspraak te kunnen maken op de beschermingsclausules uit de richtlijn elektronische handel, want tot op heden is de richtlijn op dit punt niet geëvalueerd.

Met deze overwegingen in het achterhoofd is het dus twijfelachtig of de Pirate Bay beroep kan doen op de beschermingsbepalingen uit de Richtlijn elektronische handel. Maar om tot een veroordeling te komen moet de openbaar aanklager de rechter nog wel overtuigen dat de Pirate Bay medeplichtig is geweest aan auteursrechtinbreuken. Hiervoor moet worden bewezen dat de beheerders van de Pirate Bay opzet hadden op het faciliteren van auteursrechtinbreuken. Om tot een oordeel over het opzet te komen spelen de volgende argumenten een rol: 1) is de Pirate Bay zich bewust van de inbreukmakende handelingen en 2) in hoeverre neemt de Pirate Bay maatregelen tegen auteursrechtinbreuken?

Uit het gedrag van de beheerders en de uitingen op de site (de Pirate Bay maakt bijvoorbeeld Notice & Takedown verzoeken belachelijk) kun je op maken dat de beheerders wel degelijk op de hoogte zijn. Hoewel er uiteraard terughoudend moet worden omgesprongen met aannames over de intenties van de beheerders van de Pirate Bay, ben ik van mening dat in dit geval er in ieder geval sprake is van voorwaardelijk opzet: door hun handelen moeten de beheerders weten dat zij auteursrechtinbreuken in stand houden en zelfs stimuleren. Als zodanig zouden de beheerders van de Pirate Bay dus wel degelijk veroordeeld kunnen worden voor medeplichtigheid aan auteursrechtinbreuken.

In Nederland is slechts één keer een zaak voorgekomen waarbij een internet dienstverlener verdacht werd van medeplichtigheid aan opzettelijke auteursrechtinbreuken.¹ De rechter kwam in deze zaak tot de conclusie dat de internetdienstverlener weliswaar medeplichtig zou kunnen zijn aan auteursrechtinbreuken (op grond van de hierboven gehanteerde redenering), maar

¹ LJN: BB0268, Rechtbank Rotterdam , 10/993183-05

dat door een gebrek aan bewijs, de beheerder in dit specifieke geval vrijgesproken moest worden.

Civielrechtelijke aansprakelijkheid

Hoewel de Pirate Bay strafrechtelijk vervolgd wordt, zou ook een civiele zaak tot de mogelijkheden behoren. Diensten die min of meer vergelijkbaar zijn met de Pirate Bay (ISOHunt en MiniNova) zijn verwickeld in dergelijke civiele procedures.

In een civiele zaak ligt de nadruk uiteraard niet op de schuld cq. opzet van de beheerders, maar veeleer hoe een dienst zoals die van de Pirate Bay zich verhoudt tot de belangen van derden (bijvoorbeeld de rechthebbenden). Ook in dit geval speelt de vraag of een Bittorrent zoekmachine zich kan beroepen op de bescherming van artikel 12 tot en met 14 van de Richtlijn elektronische handel een belangrijke rol **en dezelfde argumenten als hierboven beschreven zouden ook gelden in een civiele zaak.**

Op het gebied van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van internet service providers zijn een relevante uitspraken gedaan die meer duidelijkheid over de positie van de Pirate Bay en andere Bittorrent zoekmachines kunnen verschaffen. Het meest relevant is de zaak BREIN/TechnoDesign.² In deze zaak bepaalde de rechter dat de exploitant van internetzoekmachine ZoekMP3 niet zonder meer op één lijn gesteld kon worden met het ISPs zoals bedoeld in de artikelen 12 tot en met 14 van de Richtlijn elektronische handel.

Hoewel volgens de rechter een zoekmachine -ook als deze illegale content toont- niet per definitie onrechtmatig is, kwam de rechter in dit specifieke geval tot de conclusie dat ZoekMP3 wél onrechtmatig was. Het feit dat met behulp van ZoekMP3 gebruikers primair konden zoeken naar auteursrechtelijk beschermde werken was van doorslaggevend belang voor de rechter om aan te nemen dat ZoekMP3 onrechtmatig handelde jegens de auteursrechthebbenden.

De lijn die de rechter in de ZoekMP3 zaak heeft uitgezet met betrekking tot internetdienstverleners is later nog een keer bevestigd in de zaak BREIN/KPN.³ In deze zaak oordeelde de rechter dat een KPN abonnee die Bittorrent links aanbood weliswaar niet zelfstandig auteursrechtelijk beschermde werken openbaar maakte, maar dat door het structureel faciliteren van auteursrecht inbreuken hij wel handelde in strijd met de jegens de rechthebbende in acht te nemen zorgvuldigheid. Ook in de zaak BREIN/Leaseweb kwam de rechter tot de conclusie dat Leaseweb, die de Bittorrent site Everlasting.nu hostte, weliswaar niet zelfstandig auteursrechtelijk beschermde werken openbaar maakte, maar wel in strijd handelde met de richting de rechthebbende in acht te nemen zorgvuldigheid.⁴

Onrechtmatige daad

In de zaak Marktplaats/Stokke (die overigens niks met Bittorrent of file-sharing te maken had) heeft de rechter een aantal criteria geformuleerd die gebruikt kunnen

² LJN: AX7579, Gerechtshof Amsterdam , 1157/04

³ LJN: AZ5678, Rechtbank 's-Gravenhage , 276747 / KG ZA 06-141

⁴ LJN: BA7810, Rechtbank Amsterdam , 369220 / KG ZA 07-840 AB/MV

worden om te inventariseren of een service provider al dan niet onrechtmatig handelt jegens derden.⁵ Het gaat om onder andere:

- 1) De rol die de service provider zelf speelt bij het inbreukmakende handelen;
- 2) In hoeverre de service provider profijt trekt van het inbreukmakende handelen;
- 3) In hoeverre een service provider een Notice & Takedown procedure heeft geïmplementeerd.

Willen we ons een oordeel vormen over de (on)rechtmatigheid van de Pirate Bay, dan kunnen we deze criteria hanteren.

Meer nog dan in de ZoekMP3 zaak biedt de Pirate Bay gelegenheid tot het zoeken en uitwisselen van auteursrechtelijk beschermde werken. Voor wat betreft het eerste criterium kunnen we dus stellen dat de Pirate Bay een rol speelt bij het inbreukmakende handelen. Het lijkt er ook op dat de Pirate Bay profijt trekt van het inbreukmakende handelen. Door advertenties aan te bieden op haar site haalt de Pirate Bay aanzienlijke sommen geld binnen. Hoewel de beheerders ontkennen geld te verdienen aan hun dienst, laat een blik op de cijfers van het met de Pirate Bay vergelijkbare Mininova zien dat een omzet van een miljoen euro per jaar niet onrealistisch is. Voor wat betreft het laatste punt is het duidelijk dat de Pirate Bay stelselmatig weigert om gehoor te geven aan Notice & Takedown verzoeken. Sterker nog, de Pirate Bay maakt dergelijke verzoeken belachelijk en zegt stellig nooit een torrent te verwijderen.

Het lijkt er op dat mede gelet op de uitspraken in zaken als BREIN/TechnoDesign, BREIN/KPN en BREIN/Leaseweb en een analyse van de criteria zoals opgesteld in Marktplaats/Stokke dat naar Nederlands recht de Pirate Bay weinig kans maakt in een civiele procedure.

Conclusie

De Pirate Bay biedt een dienst aan die qua technische en organisatorische inrichting niet te vergelijken is met de zoekmachine van Google. Met name de focus van de zoekmachine en het raamwerk dat de Pirate Bay gebruikers biedt om auteursrechtelijk beschermde werken uit te wisselen maakt de Pirate Bay wezenlijk anders dan Google.

De Pirate Bay kan zich hoogstwaarschijnlijk niet beroepen op de beschermingsclausules uit de artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn elektronische handel en zelfs al zou dit kunnen, dan maakt de concrete inrichting van de Pirate Bay en het gedrag van de beheerders het, zeker in een civiele zaak, zeer onwaarschijnlijk dat de Pirate Bay als een legitieme dienst wordt gezien.

Mr. dr. Bart Schermer

 Except where otherwise noted, this work is licensed under <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>

⁵ LJN: AW6288, Rechtbank Zwolle, 106031 / HA ZA 05-211