

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC), en verschijnt tien maal per jaar.

Bestuur VMC: Prof. mr. J.J.C. Kabel (voorzitter), Dr. N.A.N.M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. J.J. Feenstra (penningmeester), Mr. C. van Boxtel (secretaris), Mr. J.F. Haeck, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. H.M.C. Zeinstra.
www.communicatierecht.nl

Mediaforum wordt in opdracht van de VMC uitgegeven door OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER.

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 2006-10, p. 290-291; bij jurisprudentie: Mediaforum 2006-10 nr. 32)
ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. R.D. Chavannes, Mr. M.J. Geus, Mr. A.W. Hins, Mr. G.J. Kemper (voorzitter), Mr. Q.R. Kroes, Prof. mr. K.J.M. Mortelmans, Mr. A.J. Nieuwenhuis, Mr. A.T. Ottow en Mr. C.J. Flentrop-Turner (eindredactie).

Correspondent België

Prof. dr. D. Voorhoof

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. C.J. Flentrop-Turner, Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, fax: 020-525 3033, e-mail: flentrop@ivir.nl

Opmaak

OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER te Amsterdam

Abonnementen & Lidmaatschap

Abonnementen worden per jaargang (januari-december) afgesloten. Facturering vindt plaats jaarlijks in het eerste kwartaal. Opzegging dient te geschieden uiterlijk op 1 december van het lopende abonnementsjaar, bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voortgezet.

Leden VMC: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement € 74,50 per lid per kalenderjaar (studenten € 37,50; rechtspersoon € 140,-). Opzegging uiterlijk 1 december.

Aanmelding, opzegging, adres- of naamswijziging van leden bij voorkeur per e-mail (ledenadministratie@communicatierecht.nl) of door een faxbericht te zenden naar 040-204 9484.

Niet-leden: € 95,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel: 020-627 6609, fax: 020-638 3817, e-mail: info@cram.nl

Losse nummers: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs € 8,85.

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.

© 2006 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Nederlands

uitgeversverbond

Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

**Achttiende jaargang
nummer 10
oktober 2006**

Inhoud

- 289** **Opinie**
Review communicatieregulering
Robert Kolthek en Annetje Ottow
- 290** **Artikel**
EHRM: art. 10 EVRM en openbaarheid van bestuur
Dirk Voorhoof
- 295** **Boekbespreking**
Rechter en publieksopvattingen
Katleen Janssen
- 296** **Opinie**
OPTA en de kabel
Jaap Doeleman; met reactie van Quinten Kroes en naschrift
- 301** **Documentatie**
Rechtspraak • Rechtspraak buitenland • Binnenland • Agenda • Verschenen
- Jurisprudentie**
- 309** *Nr. 32 Hof EG 13 juli 2006, Mobistar / BIPT m.nt. A.T. Ottow*
- 314** *Nr. 33 Hof Amsterdam 15 juni 2006, Zoekmp3 m.nt. T.F.W. Overdijk*
- 319** *Nr. 34 Hof Den Haag 31 augustus 2006, Staat / Telegraaf m.nt. G.A.I. Schuijt*
- 324** *Nr. 35 Rb. Rotterdam 1 juni 2006, NVCR en Radiozenders / Minister van Economische Zaken*
- 328** *Nr. 36 Rb. Rotterdam 26 juli 2006, MCI / KPN m.nt. A.T. Ottow*
- 334** *Nr. 37 Vزر. Rb. Den Haag 15 augustus 2006, KPN / Versatel c.s. m.nt. G.J. Kemper*

De toegangscode voor www.mediaforum.nl:
zie binnenkant van de achterpagina

€ 10.000,- per dag of gedeelte van een dag dat Techno Design het gebod overtreedt;

- (D) veroordeelt Techno Design tot betaling aan Stichting Brein van vergoeding terzake van de door haar vertegenwoordigde rechthebbenden geleden schade die het gevolg is van de inbreuken op hun auteursrechten en naburige rechten via de door Techno Design geëxploiteerde sites als gedefinieerd in punt 33 van de conclusie van antwoord in conventie tevens houdende conclusie van eis in reconventie, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- (E) veroordeelt Techno Design in de proceskosten en begroot deze aan de zijde van Stichting Brein in eerste aanleg in conventie en reconventie op € 193,- voor verschotten en € 2.341,50 voor salaris procureur en in hoger beroep op € 371,78 voor verschotten en € 894,- voor salaris procureur;
- verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. G.B.C.M. van der Reep, C.A. Joustra en E.A. Mout-Bouwman en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 juni 2006 door de rolraadsheer.

Noot

Tjeerd Overdijk

Mr T.F.W. Overdijk is advocaat te Amsterdam (Steinhauser Hoogenraad).

Dutch Grokster is worse

Sinds juni 2006 is de Nederlandse rechtspraak verrijkt met een nationale variant van de Grokster-uitspraak van het US Supreme Court.¹

Zoekmp3 is een zoekdatabank voor mp3-bestanden. Bezoekers van de site kunnen een zoekopdracht ingeven en ontvangen dan hyperlinks/deeplinks naar de door hen gezochte mp3-bestanden. De entertainmentindustrie is daar niet gelukkig mee. De industrie vindt dat zoekmp3 muziek- en videopiraterij faciliteert en dat dit moet stoppen. Via de Stichting BREIN (Bescherming Rechten Entertainment Industrie) is de industrie in actie gekomen om een eind te maken aan de activiteiten van de zoekmachine.

De exploitant van zoekmp3, Techno Design in Zoetermeer, was er zo van overtuigd dat dit moet mogen dat zij in 2004 zelf de eerste stap naar de rechter zette. Techno vorderde een 'verklaring voor recht' dat zij geen inbreuk maakte op auteursrechten of naburige rechten van de aangeslotenen bij BREIN. Tevens vorderde zoekmp3 een verklaring dat haar geen onrechtmatig handelen kon worden verweten. In eerste instantie kreeg Techno wat zij vroeg. De Rechtbank Haarlem² ging met haar mee en oordeelde dat zoekmp3 zelf geen mp3-bestanden openbaar maakte, omdat zij geen rol speelt bij de doorgifte van de bestanden aan de gebruiker van haar databank. Ook oordeelde de rechtbank dat zoekmp3 niet onrechtmatig handelde, nu zij niet meer deed dan het gemakkelijksten van het vinden van mp3 bestanden. Daarbij wou de rechtbank mee dat het gebruik van zoekmp3 ook kan leiden tot het afspelen van mp3-bestanden voor eigen gebruik, wat in beginsel rechtmatig is. Daarnaast werd meegewogen dat de activiteiten van zoekmp3 waren gericht op de gebruikers van de zoekdienst en niet op de aanbieders van illegale mp3-bestanden. Verder hechtte de rechtbank belang aan het feit dat het voor Techno niet mogelijk was legale en illegale bestanden van elkaar te onderscheiden.

In hoger beroep komt het gerechtshof in Amsterdam tot een volledige tegenovergestelde beoordeling. Het Hof laat de vragen over auteursrechtinbreuk liggen en concentreert zich op de door BREIN gestelde onrechtmatigheid.

Het hof begint met op te merken dat zoekmp3 méér doet dan een ISP. Dit is o.a. van belang omdat Techno kennelijk had gesteld dat haar activiteiten op één lijn zijn te stellen met die van een ISP. Het hof wijst

erop dat Techno de door haar verzamelde data heeft bewerkt en dat het zoeken van mp3-bestanden hierdoor aanzienlijk is vergemakkelijkt.

Ik heb zo mijn twijfels bij dit uitgangspunt van het hof. Om te beginnen is het mij een raadsel waarom het hof aansluiting zoekt bij de *Agreed Statement* van het oude WIPO-Auteursrechtverdrag uit 1996. In de tussentijd is er natuurlijk wel het één en ander gebeurd. Wij hebben een keurige implementatie van de e-commercerichtlijn in ons BW. Zoekmp3 kan rechtstreeks een beroep doen op de doorgiftevrijheid van art. 6:196c BW. Zoekmp3 verschaft niet – zoals een ISP – toegang tot een communicatienetwerk, maar zij geeft wél van een ander afkomstige informatie door, nl. de vindplaats van mp3-bestanden en informatie over de kwaliteit van het bestand. Met die kwaliteitsinformatie heeft het hof vermoedelijk het oog op de bitrate.³ Die wordt echter bij veel p2p-programma's automatisch bijgeleverd, dus het is de vraag of gezegd kan worden dat zoekmp3 de doorgegeven informatie wijzigt (in welk geval de informatiedoorgiftevrijheid van art. 6:196c BW niet geldt). Mijn indruk is dan ook dat zoekmp3 niet méér doet dan een ISP, maar juist minder: zij geeft niet de bestanden zelf door, maar slechts informatie over de vindplaats.

Het hof gaat er verder vanuit dat het overgrote deel van de mp3-bestanden die met behulp van zoekmp3 kunnen worden gevonden illegaal zijn en dat Techno dit ook weet. Uit vonnis en arrest valt af te leiden dat Techno geen uitgebreid verweer heeft gevoerd dat er bij zoekmp3 sprake was van zgn. 'substantial noninfringing use', wat in de zaken *KaZaa*⁴ en *Grokster* een belangrijk punt was.

Ook het feit dat het merendeel van de links in de databank van zoekmp3 geautomatiseerd zijn verzameld met behulp van web spiders, maakt dit niet anders. Volgens het hof kan zoekmp3 zich hier niet achter verschuilen.

Verder overweegt het hof dat niet van belang is dat de via zoekmp3 gevonden bestanden in veel gevallen voor de gebruiker als een toegelaten thuiskopie kunnen worden gezien. Immers, ook al vormt het downloaden door de gebruiker misschien geen inbreuk op het auteursrecht, het uploaden door degene bij wie het bestand wordt opgehaald is dat wél. Aan het ophalen, ook niet als die zich in het bijzonder richt op mp3-bestanden. Een winsttoogmerk maakt dit niet anders. Evenmin maakt het daarbij verschil dat de exploitant bekend is met het feit dat degenen die de gevonden bestanden openbaar maken inbreuk maken op auteursrechten. Bij zoekmp3 zijn er volgens het hof echter bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de exploitatie van de zoekdienst tóch onrechtmatig is:

Anders dan de rechtbank vindt het hof de exploitatie van de databank wél onrechtmatig tegenover de rechthebbenden van de informatie (audio, video etc.). Op zichzelf is er ook volgens het hof niets mis met het exploiteren van een zoekmachine, ook niet als die zich in het bijzonder richt op mp3-bestanden. Een winsttoogmerk maakt dit niet anders. Evenmin maakt het daarbij verschil dat de exploitant bekend is met het feit dat degenen die de gevonden bestanden openbaar maken inbreuk maken op auteursrechten. Bij zoekmp3 zijn er volgens het hof echter bijzondere omstandigheden die meebrengen dat de exploitatie van de zoekdienst tóch onrechtmatig is:

- Techno weet dat haar zoekmachine systematisch en structureel verwijst naar mp3-bestanden die illegaal zijn (ongeautoriseerd openbaar worden gemaakt);
- De omzet van zoekmp3 is voor een belangrijk deel gebaseerd op de beschikbaarheid van die illegale mp3-bestanden. Haar winst is hiervan ook afhankelijk: meer bezoekers betekent meer inkomsten uit reclame (banners);
- Techno exploiteert zoekmp3 klaarblijkelijk zonder rekening te houden met de belangen van rechthebbenden.

Hieraan doet niet af dat zoekmp3 de gebruikers waarschuwt voor illegale mp3-bestanden. De realiteit is immers dat gebruikers zich hiervan niets zullen aantrekken en het hof beschouwt die waarschuwing dan ook als een holle frase.

Om deze redenen vernietigt het hof het eerdere vonnis van de rechtbank en verbiedt het hof Techno om haar zoekdienst te exploiteren. Een nogal verstrekkende beslissing. De motivering overtuigt niet en maakt een nogal gekunstelde indruk.

1 U.S. Supreme Court 27 juni 2005 inz. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, <http://www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-480.pdf>.

2 Rb. Haarlem 12 mei 2004, LJN AO9318.

3 Bitrate: snelheid van de verbinding van de uploader in Kb's per seconde (kbit/s), die o.a. van invloed is op de kwaliteit van het geluidssignaal (hoe hoger de bitrate, des te beter de geluidskwaliteit).

Nr. 34 Staat / Telegraaf

Gerechtshof te 's-Gravenhage 31 augustus 2006

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), zetelende te 's-Gravenhage, appellant in het principaal appel, geïntimeerde in het incidenteel appel, hierna te noemen: de Staat, procureur: mr. C.M. Bitter,

tegen

1. Uitgeversmaatschappij De Telegraaf BV, gevestigd te Amsterdam,
 2. Joost de Haas, wonende te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec,
 3. Bart Mos, wonende te 's-Gravenhage,
 4. Nederlandse Vereniging van Journalisten, gevestigd te Amsterdam, en
 5. het Nederlands Genootschap van Hoofredacteuren, gevestigd te Amsterdam,
- geïntimeerden in het principaal appel, appellanten in het incidenteel appel, procureur: mr. P.J. von Schmidt auf Altenstadt.

Het geding

Bij (vier grieven bevattend) exploit van 27 juni 2006 is de Staat in spoedappel gekomen van het vonnis van 21 juni 2006, door de voorzieningenrechter in de rechtbank te 's-Gravenhage in kort geding gewezen tussen partijen. Bij conclusie van eis heeft de Staat geconcludeerd overeenkomstig het exploit. Tevens heeft de Staat een akte tot rectificatie genomen. Geïntimeerden hebben de grieven bij memorie van antwoord tevens incidentele memorie van grieven (met producties) bestreden en in incidenteel appel één grief tegen het vonnis opgeworpen.

Ter zitting van 19 juli 2006 hebben partijen hun zaak doen bepleiten, de Staat door zijn procureur en geïntimeerden door mrs. R.S. le Poole en V.L. Koppe, beiden advocaat te Amsterdam. De door partijen daarbij gehanteerde pleitnotities bevinden zich bij de stukken. Tenslotte hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Geïntimeerde sub 1 zal in het hierna volgende worden aangeduid als de Telegraaf, de geïntimeerden sub 2 en 3 zullen tezamen worden aangeduid als de journalisten en alle geïntimeerden tezamen zullen worden aangeduid als de Telegraaf c.s.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De voorzieningenrechter is onder het kopje '1. De feiten' in het bestreden vonnis uitgegaan van een aantal feiten, tegen welke vaststelling geen grief is gericht en waarover ook overigens tussen partijen geen geschil bestaat. Ook het hof neemt die feiten als uitgangspunt.

2. Met inachtneming van die feiten wordt in dit kort geding van het volgende uitgegaan:

2.1. De Telegraaf is uitgeefster van het landelijk dagblad De Telegraaf. De journalisten zijn in dienst van de Telegraaf. Zij hebben in januari 2006 van een (voor anderen dan hen) anonieme bron vertrouwelijke, staatsgeheime informatie (in de vorm van documenten) gekregen. Die informatie was afkomstig van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), orgaan van de Staat, of van haar voorgangster, de Binnenlandse Veiligheidsdienst (BVD).

De journalisten hebben de bron met betrekking tot zijn identiteit geheimhouding toegezegd. De informatie heeft betrekking op BVD-onderzoek uit de tweede helft van de jaren negentig van de vorige eeuw naar de criminele organisatie rond Mink K. en naar mogelijke corruptie binnen het justitiële opsporingsapparaat.

2.2. Op 20 januari 2006 heeft de Telegraaf een set kopieën van de documenten aan de AIVD verstrekt en op 21 januari 2006 heeft De Telegraaf het door de journalisten geschreven artikel 'AIVD-geheimen bij de drugsmaffia' gepubliceerd. De dag erop is een vervolgartikel gepubliceerd 'Dossiers te koop in de onderwereld' en in de daaropvolgende edities hebben de journalisten nog een aantal malen aandacht besteed aan de gegevens uit de BVD- en AIVD-documenten.

2.3. Op 22 januari 2006 heeft de AIVD aangifte gedaan van schending van een staatsgeheim, waaronder het ongeoorloofde bezit van staats-

Het hof stelt als hoofdregel voorop dat een zoekdienst als die van zoekmp3 toelaatbaar is, zelfs als er een winstoogmerk is en men bekend is dat de gevonden bestanden doorgaans inbreuk maken op auteursrechten. Het is niet duidelijk wat er nu bijzonder is aan de door het hof bedoelde omstandigheden, nu het hof tegelijkertijd heeft aangegeven dat bekendheid met gepleegde inbreuken en een winstoogmerk geen reden zijn om anders te oordelen. Wat het verschil lijkt te maken is dat zoekmp3 *systematisch en structureel* verwijst naar illegale mp3-bestanden. Vanaf welk moment er sprake is van systematisch en structureel wordt echter niet duidelijk. Als het uitgangspunt is dat het toelaatbaar is om je bedrijf te maken van het aanbieden van een zoekdienst voor mp3's, hoe zou je dat dan kunnen doen op een niet-systematische en structurele wijze? Het lijkt er sterk op dat het hof met de ene hand terugneemt wat het met de andere heeft gegeven.

Min of meer hetzelfde geldt voor het winstoogmerk. Het hof zegt: winst maken mag, ook als je bekend bent met het feit dat er inbreuk op rechten van anderen wordt gemaakt, maar als die winst in belangrijke mate gebaseerd is op de beschikbaarheid van illegale bestanden, wordt het anders. Hier is evenmin duidelijk waar men over de grens gaat.

Een vergelijking met de Amerikaanse *Grokster*-uitspraak ligt voor de hand. Een verschil is natuurlijk dat Grokster een peer-to-peer programma aanbood, dat het mogelijk maakt mp3-bestanden uit te wisselen; zoekmp3 deed dat niet en leverde slechts links. Kennelijk maakt dat voor de beoordeling geen wezenlijk verschil.

Een ander opvallend verschil is het belang van een 'kwade bedoeling'. In de *Grokster*-zaak kwam het Amerikaanse Hooggerechtshof tot een veroordeling omdat het vond dat feitelijk kon worden vastgesteld dat de aanbieder (Grokster) de uitgesproken bedoeling had om inbreuken op auteursrechten te stimuleren of aan te moedigen, anders dan door het verrichten van enkele distributiehandelingen ('*the object to promote its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, going beyond mere distribution*'). Over het belang van de intentie van zoekmp3 lezen we in de uitspraak van het Amsterdamse hof niets. Voor het Amsterdamse hof is de enkele wetenschap van systematische en structurele ongeautoriseerde openbaarmakingen kennelijk voldoende. Dat betekent wellicht dat wij in Nederland een strenger criterium moeten aanleggen dan in de VS. We zullen zien of de door het hof uitgezette lijn ook een vaste lijn in de rechtspraak gaat worden. Als dat zo is, mogen we hopen op een duidelijker invulling van de aangelegde criteria 'systematisch en structureel' en de mate van afhankelijkheid van omzet. Na eerdere mislukkingen⁵ heeft 'de industrie' met deze zaak in ieder geval een klinkende overwinning geboekt in de strijd tegen muziekpiraterij.

⁴ HR 19 december 2003, AMI 2004, nr. 1 m.nt. P.B. Hugenholtz (BUMA/KaZaa).

⁵ O.a. de *KaZaa*-zaak (zie voetnoot 4) en Hof Amsterdam 13 juli 2006 (BREIN c.s./UPC e.a.) *Mediaforum* 2006-9, nr. 27 m.nt. T.F.W. Overdijk.