

# Doel van de collectieve handhavingstrategie ■

*Wat kost het niet aanpakken van inbreuk op auteursrechten?<sup>1</sup>*

## Inleiding

Auteursrecht en naburige rechten, het gaat om Intellectueel Eigendom en wat de bescherming tegen inbreuk betreft is het principe daarom net zo simpel als het beveiligen van je huis tegen inbraak: als je niet kunt beschermen wat van jou is dan is je eigendom een lege dop. Dit gevaar ligt met name op de loer in de online omgeving waar digitale kopieën worden verspreid met de snelheid van het licht. Het IviR publiceerde al in 1994 de voorspelling dat het auteursrecht zou wegspelen door het 'elektronisch vergiet'<sup>2</sup>; een auteursrechtcrisis van apocalyptische omvang.

Begin deze eeuw leek het daar ook op met de opkomst van gratis online uitwisselprotocollen, die zo massaal gebruikt werden dat de omzet van de muziekindustrie in een mum van tijd met meer dan 60% kelderde. Aanvankelijk werd elke juridische slag die voor het auteursrecht werd gewonnen met nieuwe technologie onderuitgehaald; van Napster naar Kazaa, eDonkey en tenslotte BitTorrent en Cyberlockers. Zelfs het aloude Usenet – de voorloper van het internet en oorspronkelijk louter gebruikt voor de uitwisseling van kleine tekstberichtjes in discussiegroepen – werd met een kleine aanpassing uitstekend geschikt voor de inbreukmakende distributie van auteursrechtelijk beschermd materiaal, waardoor het tot op de dag van vandaag nog steeds in zwang is.



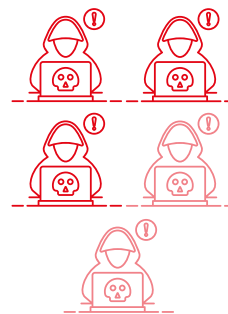
De oplossing bleek tweeledig: bedien de consument zo klantvriendelijk mogelijk met legaal aanbod online en roep de gratis illegale concurrentie zoveel mogelijk een halt toe door het aanpakken van evident illegale diensten en de introductie van zorgvuldigheidsverplichtingen voor overige online diensten. Het één kan niet zonder het ander. Want wie investeert in een digitaal distributiekanaal als het auteursrecht, je eigendom en inkomstenbron, tegelijkertijd wegspoelt? BREIN's taak is de gaten in het vergiet te dichten. De handhaafbaarheid van het auteursrecht online dat is waar BREIN voor staat. Het is een doorlopende strijd.

## Wat maakt het uit?

Het kwantificeren van de schade blijkt niet goed mogelijk. **De verhouding tussen illegaal gebruik en gemiste omzet is niet één op één maar in een markt als Nederland, afhankelijk van de sector, meer dan één op drie tot meer dan één op vijf<sup>3</sup>.** Een maatregel als blokkering van toegang voegt significant toe aan de legale omzet, afhankelijk van het distributiekanaal<sup>4</sup>.

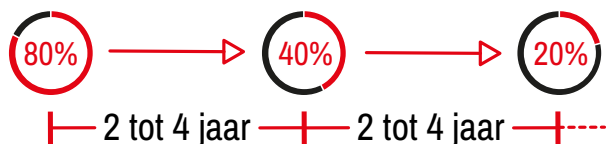
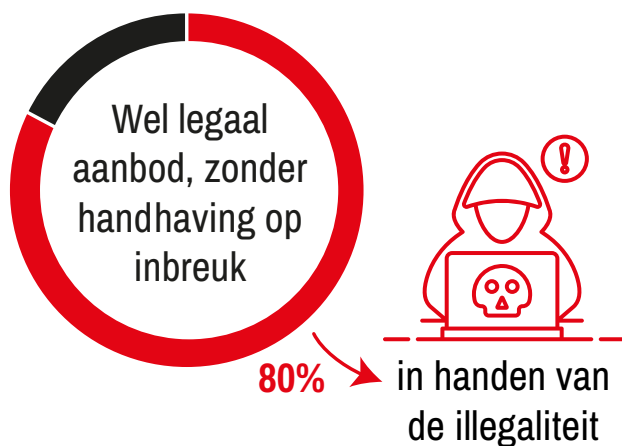
illegaal gebruik

gemiste omzet



3 tot 5

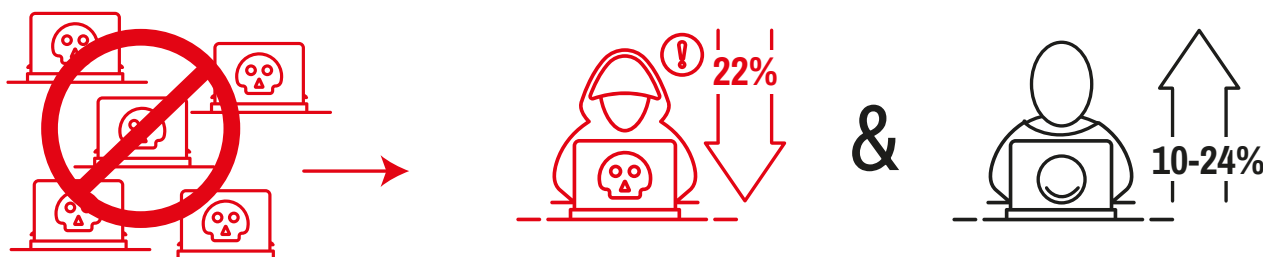
1



Vanuit historisch perspectief kan gezegd worden dat **de markt in landen waar wel legaal aanbod is maar geen handhaving tegen inbreuk plaatsvindt voor 80% in handen is van de illegaliteit.** Hoewel ervaringen uit het verleden geen garantie voor de toekomst bieden, is het een reële inschatting dat zonder handhaving de hoeveelheid piraterij in Nederland op zijn minst zou verdrievoudigen en de legale omzet meer dan halveren. **Wanneer handhaving wordt gestart halveert het aandeel elke 2 tot 4 jaar, van 80 naar 40 naar 20.** In geval van online piraterij ligt het aandeel ongeveer 25% hoger.



Ook zien we dat na invoering van **blokkering tegen meerdere sites**, het **illegaal gebruik met ongeveer 22% afneemt** en **legale streaming met ongeveer 10% toeneemt** (en 24% onder veelgebruikers).



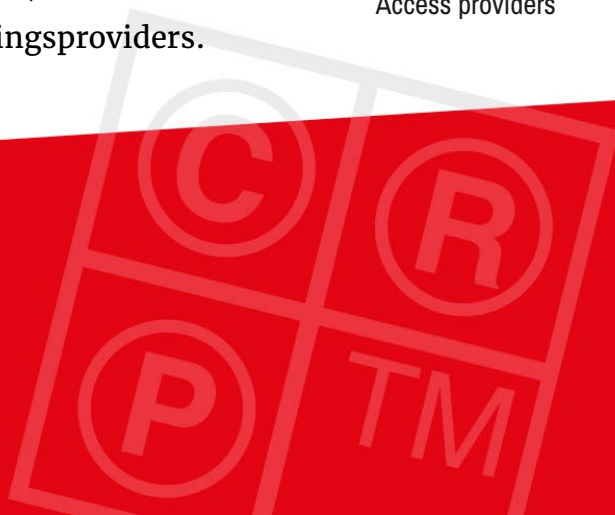
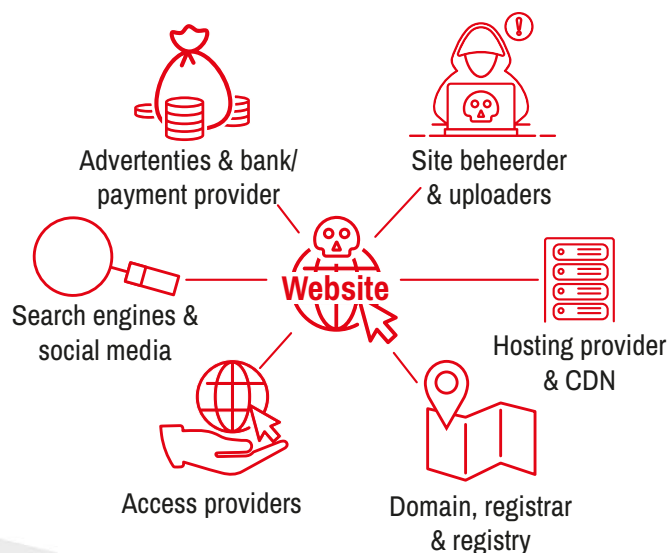
## Doel van de handhaving

Het doel van de collectieve handhaving tegen structureel inbreukmakend en onrechtmatig aanbod is de verhindering van het gebruik van zulk aanbod door de consument, zodat die ertoe aangezet wordt de keuze voor legaal aanbod te maken. Welk aanbod dat uiteindelijk is, is een kwestie van eerlijke concurrentie tussen legale aanbieders. Het gaat uiteindelijk dus om gedrag; de acceptatie van illegaliteit door de consument en ook door tussenpersonen<sup>5</sup>.

De Nederlandse overheid legt het primaat van de handhaving tegen IE-fraude bij de rechthebbenden zelf die daarvoor stichting BREIN hebben opgericht. Ook in het algemeen geldt het strafrecht als laatste redmiddel. Wanneer een zaak aan bepaalde vereisten voldoet qua organisatieniveau, recidive en wederrechtelijke inkomsten kan deze aan de FIOD en het OM worden voorgelegd.

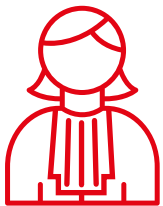
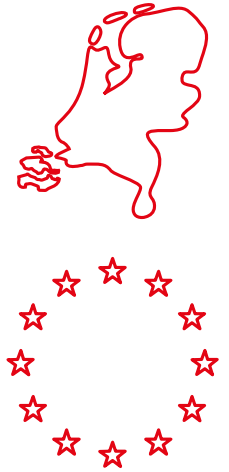
## Raamwerk van rechtspraak

**BREIN's strategie bestrijkt het volledige spectrum van het illegale aanbod**, d.w.z. websites en de beheerders ervan en de individuele uploaders van het illegale materiaal, maar ook de neutraal geachte tussenpersonen, onder andere hosting-, access- en betalingsproviders.



De meest gebruikte protocollen zijn Bittorrent, cyberlockers met indexers, het Usenet – met providers, resellers van abonnementen en indexers – en IPTV. Het doel daarbij is de inbreuk zo snel mogelijk te stoppen. De unieke kracht van BREIN is daarbij dat zij het collectief van de diverse rechthebbenden uit de diverse creatieve content sectoren vertegenwoordigt: kort gezegd makers en producenten van muziek, film en series, beeld, boeken en games.

Bij elke vorm van piraterij zijn verschillende spelers betrokken die ook in verschillende mate aansprakelijk zijn, van schadeplichtigheid voor directe inbreuk tot verschillende gradaties van zorgvuldigheidsverplichtingen bij het faciliteren van inbreuk. Enerzijds moet de wet- en regelgeving daar richting aan geven als de praktijk daar om vraagt. Daar wordt door rechthebbenden, BREIN inclusief, voor gelobbyd in **Nederland en de EU**. Dat is een kwestie van lange adem. Anderzijds stapt BREIN naar de rechter wanneer door haar aangesproken marktdeelnemers niet voldoen aan de zorgvuldigheid die van hen verwacht mag worden.<sup>6</sup>



Daarmee bouwt BREIN aan een **raamwerk van rechtspraak** op basis waarvan rechthebbenden hun auteursrecht kunnen handhaven tegen inbreuk, niet alleen in Nederland, maar voor de gehele EU wanneer het om rechtspraak van het HvJEU gaat. Zoals bijvoorbeeld de baanbrekende Filmspeler- en The Pirate Bay-arresten op basis waarvan uitwisselplatforms en de verkopers van IPTV set top boxen aansprakelijk gehouden kunnen worden voor inbreuk. Die op hun beurt hebben geleid tot het recente YouTube & Cyando arrest, dat het concept van voorwaardelijke inbreuk introduceert voor in principe legale platforms, als die niet de passende maatregelen tegen inbreuk nemen die van een normaal behoedzame marktdeelnemer verwacht mogen worden<sup>5</sup>.

Ondertussen moet nog ingevuld worden wat die passende maatregelen voor de verschillende soorten diensten dan zijn. Daarover gaat bijvoorbeeld de langlopende gerechtelijke procedure die BREIN voor de Hoge Raad heeft gebracht tegen de commerciële usenet provider NSE, destijds de grootste in zijn soort. Daarmee is de klus niet geklaard, want bijvoorbeeld ook cyberlockers proberen het nemen van passende maatregelen te ontlopen, omdat die hun populariteit – en daarmee hun verdienmodel – danig zouden aantasten.

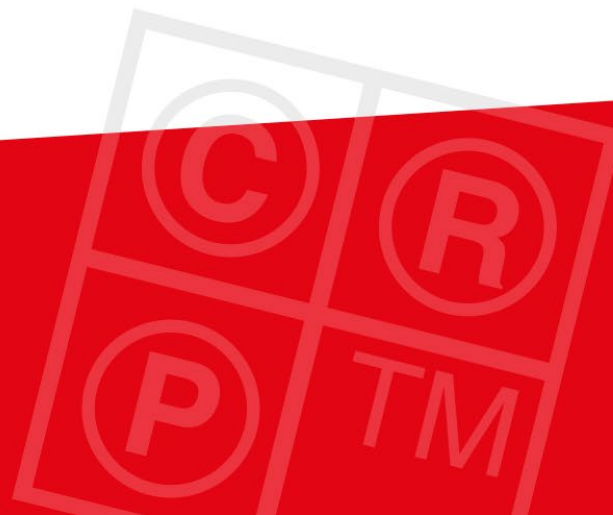


## Blokkering

Wanneer inbreukmakende sites volharden in hun activiteiten en het niet mogelijk blijkt ze te stoppen, kan BREIN van access providers de blokkering vorderen van toegang tot de site voor eindgebruikers. Dat is pas vorig jaar na ruim tien jaar van gerechtelijke procedures over de blokkering van The Pirate Bay definitief toegewezen. Daarna is onder druk van het Ministerie van Justitie een **convenant met access providers gesloten dat zij zich in principe zullen conformeren aan een blokkeervonnissen dat tegen één van hen is geweest, zodat niet telkens een aparte procedure gevoerd hoeft te worden tegen elke individuele provider**. Eerder al besloot Google op ons verzoek aan het blokkeervonnissen te voldoen zonder dat de rechter daaraan te pas hoefde te komen. Dat betekent dat Google geblokkeerde sites en de proxy's en mirrors van die sites de-indexeert en daar geen zoekresultaten meer van doorgeeft. Dat verhoogt de effectiviteit van blokkering aanzienlijk. Onderzoek in het VK concludeert dat in geval van blokkering van meerdere sites de omzet van legale distributiekanaalen rond de 10% toeneemt.



Het educatieve effect van blokkering mag eveneens niet onderschat worden. De meeste consumenten die tegen een blokkering oplopen gaan niet kijken hoe zij die kunnen omzeilen, maar gaan naar legaal aanbod. Alleen volhardende eindgebruikers zoeken ander illegaal aanbod of grijpen naar een VPN wanneer blokkering meer gemeengoed wordt. Wanneer dat een rol van betekenis gaat spelen kan blokkering ook daar uitkomst bieden.





Let wel: het gaat om dynamische blokkering van de site zelf en van proxy's en mirrors voor die site, d.w.z. dat BREIN periodiek wijzigingen in IP-adressen of domeinnamen aan de providers doorgeeft zonder dat telkens een nieuw vonnis of ex parte bevel gehaald behoeft te worden. Dit is een verdergaande vorm van blokkering dan in de meeste andere landen. De access providers dragen de eigen kosten.

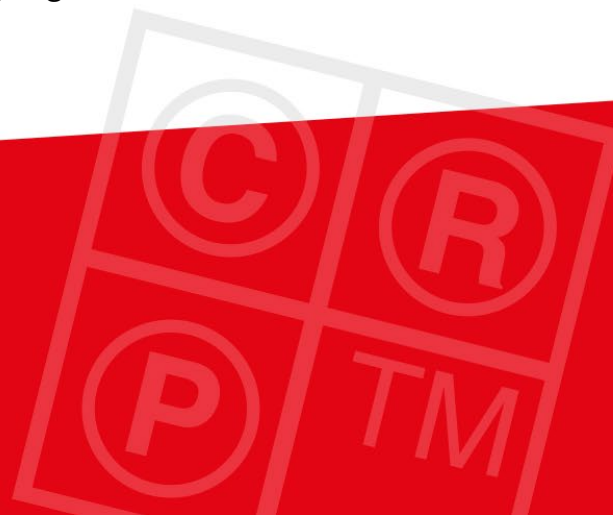
## Schadevorderingen en ontneming

BREIN voert collectieve actie op basis van artikel 3:305a lid 6 BW, d.w.z. met het doel inbreuken te stoppen. Wanneer mogelijk schikt BREIN daarbij voor een geheel of gedeeltelijke vergoeding van de kosten en een mogelijke schadevordering van de individuele rechthebbenden. Lang niet alle inbreukmakers verdienen echter geld met hun activiteiten, maar doen het voor de **kudo's, 'digitale schouderklopjes'** zoals een rechter het noemde. Ook al is de veroorzaakte schade er niet minder om, van een kale kip valt niet te plukken, waardoor de kosten die BREIN moet maken vaak hoger blijken te zijn dan de opbrengst van de vorderingen.



Verreweg de meeste zaken worden buiten rechte afgehandeld zonder dat er van advocaatkosten buiten BREIN sprake is. Overigens houdt BREIN de advocaatkosten wanneer die gemaakt worden zo laag mogelijk door middel van afspraken en door zoveel mogelijk zelf uit te voeren, naast het onderzoek, de bewijsverzameling, ook de voorbereiding van de gerechtelijke procedures. Daarbij is ook van belang dat wij een advocaat-in-dienstbetrekking hebben.

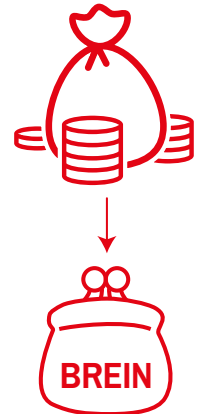
BREIN is geen claimstichting, dat zou ons doel ook niet ten goede komen want daar wordt over het algemeen niet welwillend tegenaan gekeken door de Nederlandse rechter. Daarmee zouden onze verbodsvorderingen en ons raamwerk van rechtspraak op de tocht gezet worden. Echter, wanneer er door inbreukmakers wel geld verdiend wordt en daar de hand op gelegd kan worden dan verzoekt BREIN voor het concrete geval geëigende rechthebbenden als mede-eiseres op te treden zodat beslag gelegd kan worden. Er is dan een voorkeur om de zaak met de



gedaagde te schikken teneinde een kostbare en langdurige schadestaatprocedure te vermijden. Het is namelijk niet eenvoudig te bewijzen wat de omvang van de schade of de genoten winst is, laat staan om die vervolgens uitgekeerd te krijgen. Uiteindelijk mondt het ook dan uit in een schikking maar het is dan nog maar de vraag of die de dan hoogopgelopen kosten dekt.

Overigens verloopt de toewijzing van de volledige proceskosten tegenwoordig via indicatietarieven die de kosten in de praktijk niet volledig plegen te dekken. Als het dus op een procedure uitloopt dan moet er eigenlijk altijd geld bij, ook indien de gedaagde in staat is aan de 'volledige' proceskostenveroordeling te voldoen.

**De meeste schikkingen bedragen enkele honderden tot enkele duizenden euro's.** Wanneer in uitzonderlijke gevallen de hand op hogere bedragen gelegd kan worden dan gebeurt dat ook. Soms loopt dat op tot tienduizenden of een heel enkele keer zelfs honderdduizenden euro. **Geïnde schikkingen en proceskosten vallen in de reserve van BREIN** en komen daardoor ten goede van de aangeslotenen in de Federatie Auteursrechtbelangen en VOICE doordat die in mindering gebracht worden van de door hen te betalen bijdrage.



## En tenslotte het **strafrecht**



Wanneer er sprake is van een meer georganiseerde vorm van criminaliteit met grote omzet dan is strafrechtelijke opsporing, vervolging en ontneming meer geëigend dan civiele actie. Nog los van het hogere risico van dergelijk onderzoek is er een grens aan de effectiviteit van wat er civielrechtelijk bereikt kan worden. Niet alleen is dan de inzet van zwaardere strafrechtelijke rechtsmiddelen mogelijk, ook bieden ontneming en de fiscus de mogelijkheid de verdachten fiscaal harder te raken dan rechthebbenden via het civiele recht zouden kunnen. Na verscheidene gesprekken hebben de FIOD en het OM opnieuw interesse in dergelijke aangiften ook wanneer die de online omgeving betreffen maar die liggen niet voor het oprapen<sup>7</sup>. Daar gaat diepgaand onderzoek aan vooraf waarin wij over langere tijd uit meerdere onderzoeken 'intelligence' verzamelen. De FIOD pleegt niet meer dan één strafrechtelijk onderzoek aangaande piraterij tegelijk uit te voeren.



## Bronnen

1. Voor een gedetailleerde beschrijving van de strategie van BREIN, zie het Meerjarenplan 2022–24. Voor de recente praktijk, zie de kwartaalrapportage.
2. [https://www.ivir.nl/publicaties/download/Computerrecht\\_1994\\_3.pdf](https://www.ivir.nl/publicaties/download/Computerrecht_1994_3.pdf)
3. De meeste onafhankelijke onderzoeken naar het replacement effect van online piraterij komen uit op rond de 30%, d.w.z. dat door ongeveer elke drie illegale gebruiksmomenten (downloads of streams), één legaal gebruiksmoment wordt gemist.
4. Onderzoek m.b.t. audiovisuele content concludeert een toename van 6 tot 12%; “*The Effect of Piracy Website Blocking on Consumer Behavior*”, Carnegie Mellon University, November 2015: 12% gemiddelde toename in gebruik van legale streaming sites en 23.6% toename onder veelgebruikers na blokkering 19 sites in 2013; “*Website Blocking Revisited: The Effect Of The UK November 2014 Blocks On Consumer Behavior*”, Carnegie Mellon University, April 2016: 6% toename in bezoek aan legale streaming sites; 10% toename in views op legale ad-supported streaming sites, 22% afname piraterij onder illegale gebruikers na blokkering 53 sites in 2014.
5. Zie ook het onlangs verschenen EUIPO rapport “*online copyright infringement in the european union music, films and tv (2017-2020), trends and drivers*”, waarin o.a. op pagina 11 wordt overwogen: “A higher acceptance of digital piracy, as evidenced by responses to the relevant questions in the IP Perception study, is also associated with a higher level of consumption of pirated content.”
6. Het HvJEU The Pirate Bay arrest (BREIN / Ziggo) van 14 juni 2017 heeft mede aan de wieg gestaan van de acceptatie van artikel 17 DSM dat voorwaardelijke auteursrechtelijke aansprakelijkheid voor OCSSP’s regelt.
7. Er loopt moment één onderzoek n.a.v. een aangifte van BREIN in februari 2020. Dit onderzoek wordt naar verwachting in 2022 uitgebreid n.a.v. nieuwe informatie. Het valt nog niet te zeggen wanneer dat tot zichtbare actie zal leiden. BREIN heeft daarnaast nog twee andere aangiften in voorbereiding. Er moet echter rekening mee worden gehouden dat er maar één onderzoek tegelijk gedraaid zal worden.
8. Icoon illegaal gebruik: Hacker by Vectors Point from NounProject.com
9. Icoon vonnis: Justice by Srinivas Agra from NounProject.com

