

Mr. J. de Kreek

Advies, lobby & anderszins

www.jdk.lawyers.nl

jdk@lawyers.nl

+31(0)871 902 102

ACTA
Internetconsultatie

Betreft: ACTA internetconsultatie
Kenmerk:

internetconsultatie.nl/acta, 13 augustus 2010

LS,

Het is mijn dringende advies alle verdere ACTA onderhandelingen te staken en gestaakt te houden. De manier waarop de 'Anti-Counterfeiting Trade Agreement' wetgeving beoogt te realiseren staat mijlen ver van de manier waarop wetgeving in een democratische rechtstaat plaats hoort te vinden. Als eerste wordt geheim gehouden wat de identiteit van de participanten is. Daardoor is niet na te gaan of de 'Anti-Counterfeiting Trade Agreement' democratisch draagvlak heeft in de samenleving. Voorts wordt met ACTA eenzijdig de belangen van de entertainment industrie gediend. Individuele en of collectieve belangen van consumenten van auteursrechtelijk beschermde werken en of internet, zijn niet gediend met de 'Anti-Counterfeiting Trade Agreement'. De unificatie die ACTA beoogt noopt niet tot de huidige inhoud van ACTA.

De inhoud van ACTA is voorts in strijd het algemeen auteursrechten belang. Ook het algemeen recht wat voortvloeit uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en meer in het bijzonder de uitingsvrijheid en het recht op informatie van artikel 10 EVRM wordt door ACTA met voeten getreden. De wijze waarop ACTA auteursrecht beoogt te handhaven is niet voorgeschreven door het auteursrecht wat in het algemeen op aarde geldt. ACTA behoort bijvoorbeeld ook te bepalen dat een downloadverbod zoals de entertainmentindustrie ambieert, niet tegemoet komt aan het beoogde doel. Recent is in Nederland aangifte gedaan tegen particuliere handhavers van auteursrechten (Stichting BREIN en diens directeur Tim Kuik) ter zake van oplichting, oneerlijke mededinging en deelname aan een criminele organisatie (art 326, 328bis & 140 Sr). BREIN werkt namens dezelfde (commerciële) partijen die belang hebben bij ACTA.

Uitspraken van de directeur van BREIN, Tim Kuik, bij en tijdens het Grote Downloaddebat wat plaatsvond in de Amsterdamse Balie op 27 mei 2010 en recente vonnissen tegen the Pirate Bay en FTD hebben de doorslag gegeven tot het doen van aangifte. Eerlijke en onafhankelijke bestudering van het auteursrecht levert de conclusie dat er geen downloadverbod is en dat er ook in auteursrechtelijke zin niks aangeboden wordt via downloadsites als the Pirate Bay en FTD. De afgelopen tien jaar hogere rechtspraak en EU regelgeving leidt tot de conclusie dat het recht op non-commercieel gebruik van entertainment bestanden op internet door particulieren, in het (internationaal) auteursrecht verankerd is. ACTA hoort dat te erkennen. Het is niet aan ACTA daar verandering in te brengen, dat is een zaak van de lokale wetgevers van de diverse soevereine naties op aarde op basis van democratische mandaten.

ACTA en de achterliggende lobby zijn niet democratisch gekozen om namens de samenleving over wetgeving te onderhandelen. Voorts zijn zij er op gericht het vrij gebruik van entertainment bestanden op internet tegen te gaan en in het algemeen de productie en distributie van auteursrechtelijk beschermde entertainment werken te monopoliseren. Dat gebeurt met werk als dat van BREIN en werk dat beoogt te leiden tot de ratificatie van 'Anti-Counterfeiting Trade Agreement'. Bij het digitale tijdperk waar iedereen vandaag de dag in leeft hoort een ander auteursrechtelijk verdienmodel dan de industrie uitgevoerd wil zien. Wetgever(s) beogen onmiskenbaar een verdienmodel te realiseren waarbij er balans is tussen vrij gebruik voor consumenten en voldoende inkomsten voor auteursrechthebbers.

Het auteursrecht is niet bedoeld om enkele artiesten (ondernemingen) puissant rijk te kunnen doen laten zijn terwijl anderen op een houtje bijten. De entertainment industrie beoogt met ACTA en ook het hierboven bedoelde werk van BREIN de markten en deelmarkten voor auteursrechtelijk beschermde werken naar zich toe te trekken. Daarbij maakt het gebruik van listige kunstgrepen, machinaties, lobby en ook oplichting en oneerlijke mededingen en dus in vereniging gepleegde economische delicten. ACTA zou de kroon op dat (criminele) werk zijn. Nederland kan en mag dat niet zo ver laten komen.

Mijn dringende advies is de ACTA onderhandelingen te staken en gestaakt te houden en het vrije recht op downloaden te handhaven. Voor de volledigheid is de tekst van bovengenoemde aangifte tegen BREIN en diens directeur Tim Kuik hieronder bijgevoegd. Ben gaarne bereid verdere tekst, uitleg en advies te leveren.

Hoogachtend,

mr. J. de Kreek.

I N H A N D E N

Mevrouw mr. J. Horzinek

Officier van justitie Arrondissement Amsterdam

Postbus 84500

1080 BN Amsterdam

jdk@lawyers.nl

+31(0)871 902 102

Betreft : aangifte BREIN en dhr Tim Kuik – art 326, 328bis & 140 Sr

XXXXXXXXXX, 23 juli 2010

Geachte mevrouw Horzinek,

Hierbij doe ik bij u aangifte tegen Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland (BREIN) gevestigd te Hoofddorp (<http://www.brein.info> & <http://www.anti-piracy.nl>) en diens directeur de heer Tim Kuik (<http://twitter.com/timkuik>) wegens oplichting (artikel 326 Sr) en oneerlijke mededinging (art 328bis Sr) en kennelijke deelname aan een criminele organisatie (art 140 Sr). Kort gezegd: intellectueel eigendomsfraude.

Eerdere aangifte.

Heb eerder aangifte gedaan tegen BREIN. Dat was wegens het scheden van artikel 30a van de Auteurswet omdat BREIN zonder over een daartoe strekkende vergunning te beschikken als bedrijf, al of niet met het oogmerk om winst te maken, bemiddeling in zake muziekauteursrecht verleent. Dat was 05 juli 2007. Het proces-verbaalnummer van die aangifte is 2007184449-1. Bemiddeling vindt plaats bij en tijdens comparitie (interventie) en wanneer BREIN voorstellen doet tot een minnelijke regeling ten behoeven van muziekauteursrechthebbenden (tussenkost).

In de aangifte toen gaf ik aan dat er meer met BREIN aan de hand is en dat dit opvalt in verband met bizarre auteursrechtelijke rechtspraak die het verkrijgt. Heb toen ook aangegeven dat hierover contact is geweest met de Nederlandse Mededingingsautoriteiten (Nma), die bij die gelegenheden hebben laten weten de informatie interessant te vinden. Op 14 augustus 2007 heeft u schriftelijk laten weten dat mijn aangifte 05 juli 2007 geen aanknopingspunten bevatte die onderzoek naar een mogelijk begaan strafbaar feit kunnen rechtvaardigen. Daarna heb ik u mede via de recherche en brieven van 30 augustus 2007, 31 oktober 2007, 27 november 2007 nog nadere informatie gestuurd.

Het recente Grote Downloaddebat wat plaatsvond in de Balie te Amsterdam op 27 mei 2010¹ waarbij de directeur van BREIN, dhr Tim Kuik, en plain public bevestigd heeft dat er geen downloadverbod is en de rechtspraak wat het verkrijgt tegen onder andere the Pirate Bay en FTD, is voor mij aanleiding wederom aangifte te doen tegen BREIN c.s. Dit keer wegens oplichting, oneerlijke mededinging en (kennelijke) deelname aan een criminele organisatie.

Stichting BREIN en Tim Kuik alsmede de bij BREIN aangesloten leden vertegenwoordigd in diverse (internationale)lobby's, propageren dat in het algemeen via Internet op grote schaal inbreuk op hun auteursrechten wordt gemaakt door gebruikers. BREIN c.s. hebben het steevast over illegaal aanbod, illegale content en andere vormen van illegaal gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken op internet door consumenten. Eerlijke onafhankelijke bestudering van de feiten en omstandigheden en wet en rechtspraak, nationaal en internationaal, leert dat er van grootschalig illegaal gebruik door consumenten van auteursrechtelijk beschermde werken van de leden van BREIN geen sprake is en of zijn kan. Het door BREIN en Tim Kuik te vuur te te zwaard bestreden gebruik is legaal. Desondanks slaagt BREIN er in lagere rechtspraak duurzaam op het verkeerde been te zetten waardoor het vorderingen van BREIN toewijst die feitelijk onverschuldigd zijn. Ik ligt dit hieronder nader toe mede aan de hand van het voorbeeld the Pirate Bay.

Voorbeeld the Pirate Bay.

Stichting BREIN bestrijdt naar eigen zeggen intellectueel eigendomsfraude namens auteurs, uitvoerende kunstenaars, uitgevers, producenten en distributeurs van muziek, film, video en interactieve software. BREIN speurt naar eigen zeggen naar on- en offline piraterij, neemt civiele actie en levert informatie en expertise voor strafrechtelijke actie door strafrechtelijke autoriteiten zoals FIOD-ECD en Politie. BREIN verzorgt tevens voorlichting aan pers, politiek en publiek. In die hoedanigheid heeft het diverse vonnissen verkregen en geëxecuteerd tegen vermeende inbreukmakers. Onder andere ook tegen the Pirate Bay en diens leiding: LJN:BJ4298, BJ4466, BK1067. In die zaken heeft de rechtbank in Amsterdam in een bodemprocedure bepaald dat de omstreden Zweedse downloadsite The Pirate Bay al zijn activiteiten in Nederland moet staken.

Ook vordert BREIN blokkade van the Pirate Bay omdat deze site onrechtmatig zou handelen jegens BREIN en of diens aangeslotenen. Volgens de rechters handelt de (download)site – kort gezegd - onrechtmatig omdat deze gebruikers in staat stelt op grote schaal inbreuk te maken op auteursrechtelijk beschermde werken. Terwijl daarnaast tevens de directeur van BREIN, de heer Tim Kuik, bij en tijdens het Grote Download Debat van 27 mei 2010 luid en duidelijk verklaard heeft dat er geen downloadverbod is. Dat is met elkaar in strijd.

The Pirate Bay is een site waarbij gebruikers in privé sfeer bestanden kunnen downloaden of althans kunnen delen met elkaar waarbij downloaden het relevante en grootste onderdeel uitmaakt. Bestanden worden in het algemeen significant vaker gedownload dan geüpload. Wanneer er geen downloadverbod bestaat, zoals dhr Tim Kuik van BREIN bij en tijdens het Grote Download Debat verklaarde, maken gebruikers van the Pirate Bay ook niet op grote schaal inbreuk op auteursrechtelijk beschermde werken. The Pirate Bay is een downloadsite en volgens Tim Kuik is downloaden niet verboden. Artikel 16b van de auteurswet 1912 legaliseert het downloaden.

1 http://www.engagetv.com/webcast_het_grote_downloaddebat

Geen downloadverbod – het Grote Download Debat.

Op de video gemaakt bij en tijdens het Grote Download Debat van 27 mei 2010 zeggen gespreksleider Francisco van Jole en BREIN directeur Tim Kuik het volgende²

Vanaf minuut 30:49 zegt gespreksleider Francisco van Jole:

Mag ik even verduidelijken. Wij hebben het niet over ... wij hebben het over het downloadverbod. Waar wij het over hebben daar wordt over gesproken, dat staat niet in de wet daar is iedereen het over eens.

Vanaf minuut 31:12 zegt Tim Kuik de directeur van BREIN:

Er is geen downloadverbod.

Wanneer er geen downloadverbod is zoals Tim Kuik erkent maken gebruikers van the Pirate Bay ook niet op grote schaal inbreuk op auteursrechtelijk beschermde werken en handelt the Pirate Bay in die zin ook niet onrechtmatig jegens BREIN of diens aangeslotenen door dat legale gebruik te faciliteren. Wanneer er geen downloadverbod is zoals Tim Kuik erkent, zijn er in het algemeen geen grootschalige inbreuken op internet. Er is door de door BREIN erkende afwezigheid van een downloadverbod geen handelen of nalaten waarmee BREIN of diens leden onwettig of op onbehoorlijke wijze benadeeld of schade toebracht wordt.

Dat BREIN ondanks dat er geen downloadverbod is toch bij de rechtspraak herhaaldelijk vorderingen toegewezen krijgt waarbij het downloaders of sites die downloaden mogelijk maken veroordeelt krijgt, is het gevolg van de hier bedoelde strafbare gedragingen van BREIN. Het stelt zich op als deskundige (expert) op het terrein van het auteursrecht, bij de overheid en rechtspraak en het publiek. Het lobbyt om meer invloed te kunnen hebben bij en tijdens handhaving en het propageert bij de rechtspraak dat er onrechtmatig gehandeld wordt jegens BREIN en of diens leden, terwijl er van grootschalig onrechtmatig handelen jegens BREIN of diens leden geen sprake is. De rechtspraak is kennelijk chronisch geïmponeerd door BREIN omdat het ondanks dat er geen downloadverbod is toch de vorderingen van BREIN toewijst.

Dat er geen downloadverbod bestaat in Nederland volgt rechtstreeks uit artikel 16b Aw³. Artikel 16bw stelt dat de verveelvoudiging (downloaden), welke beperkt blijft tot enkele exemplaren en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van degene die de verveelvoudiging vervaardigt of tot het verveelvoudigen uitsluitend ten behoeven van zichzelf opdracht geeft, niet als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt beschouwd.

In het rapport "Auteursrechten een rapport" schrijft een werkgroep van de vaste Kamercommissie voor Justitie (voorgezeten door het kamerlid Gerkens (SP) en bestaand uit de leden Van Vroonhoven (CDA), Smeets (PvdA) en Teeven (VVD)) op bladzijde 23:⁴

² http://www.engagetv.com/webcast_het_grote_downloaddebat

³ <http://www.wetboek-online.nl/wet/Auteurswet/16b.html>

⁴ http://www.boek9.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/Boek9%20/Andere%20stukken/Eindrapport%20parlementaire%20werkgroep%20auteursrechten_tcm118-189136.pdf

Het downloaden zelf strafbaar stellen wordt door de minister van Justitie en Tweede Kamer niet wijs geacht. Het zou moeilijk te handhaven zijn, want dan moet in de huiskamer worden gecontroleerd wat iemand doet. Bovendien beargumenteert de minister dat het downloaden gezien kan worden als het maken van een privékopie, omdat degene die downloadt niet kan zien of het aangeboden al dan niet legaal in het bezit is van de aanbieder.

Aangezien gebruikers van the Pirate Bay en soortgelijke (fileshare) diensten door te downloaden in het algemeen privé-kopieën maken, is deze handeling op grond van de Auteurswet 1912 toegestaan en derhalve niet onrechtmatig jegens BREIN en of diens aangeslotenen en derhalve ook niet strafbaar.

EU Auteursrechtlijn

Omdat Nederland lid is van de Europese Unie is het in het licht van de vorderingen van BREIN ook nodig naar de Europese Richtlijnen te kijken. De Auteursrechtlijn harmonieert de exploitatierechten van de auteur. De richtlijn maakt daarbij onderscheid tussen het reproductierecht (artikel 2), het recht van mededeling aan het publiek (artikel 3) en het distributierecht (artikel 4). Het reproductierecht van artikel 2 is hetzelfde als het verveelvoudigen van een auteursrechtelijk bescherm werk bedoeld in artikel 13 van de Nederlandse auteurswet. In het algemeen wordt bij downloaden dit recht niet geschonden. Tim Kuik de directeur van BREIN erkent dat er geen downloadverbod is.

Omdat downloaden legaal is indien en voorzover er een privékopie gemaakt wordt, is de vraag of aanbieden verveelvoudigingstechnisch legaal is niet relevant. Bij het delen van bestanden worden eventuele auteursrechtelijk relevante schade door downloaden veroorzaakt. Het eventuele aanbod wat gedaan wordt, wordt niet aanvaard indien er geen download plaatsvindt. Wanneer meer precies naar aanbieden gekeken wordt valt op dat bij diensten als the Pirate Bay de upload ook een privékopie is in de zin van artikel 16b Aw. Hoewel daarbij betoogd wordt dat hiermee het auteursrechtelijk distributierecht of het recht op 'mededelingen aan het publiek' geschonden wordt, zal hieronder blijken dat daar ook géén sprake van zijn kan.

Geen distributie recht - geen aanbodverbod.

In Nederland is het distributierecht niet apart in de Auteurswet geregeld, het wordt beschouwd als 'openbaarmaking van exemplaren' en valt als zodanig onder artikel 12 Aw. Het is rechtens onjuist te veronderstellen dat bij uploaden en of downloaden van entertainmentbestanden via internet het distributierecht van artikel 4 van de EU auteursrechtlijn geschonden wordt. Omdat bij distributie via internet geen eigendomsoverdracht van fysieke exemplaren plaatsvindt zoals het HvJE in de zaak Peek & Cloppenburg/Le Corbusier vereist bij distributie,⁵ kan er van schending van dat recht via Internet geen sprake zijn.

Voorts geldt sinds jaar en dag het bij iedereen bekende standaard arrest BUMA/Wasserij de Zon van de Hoge Raad (1 juni 1979, NJ 1979, 470)⁶ wat stelt dat openbaarmaking in huiselijke sfeer niet ziet op openbaarmaking in de zin van artikel 12 van de Auteurswet. Openbaar maken via internet vindt plaats in huiselijke sfeer bij de downloaders thuis.

5 HvJEG 17-4-2008, zaak nr. C-456/06. Internet bron: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:142:0007:0008:NL:PDF>. Zie ook mr S. van Loon: <http://www.kvdl.nl/KVDL/nl-NL/main/Nieuws/Nieuwsbrief/Nieuwsbrief+mei+2008/Distributierecht/default.htm>

6 http://www.iept.nl/files/1979/IEPT19790601_HR_BUMA_v_De_Zon.pdf

De Hoge Raad oordeelt:

De Auteurswet 1912 bevat geen definitie van wat onder openbaarmaking van een muziek- of ander kunstwerk moet worden verstaan. Wel bepaalt zij in art. 12 dat onder openbaarmaking mede moet worden verstaan de uitvoering in het openbaar, waaronder - krachtens het tweede lid - mede moet worden begrepen die in besloten kring, tenzij deze zich beperkt tot de familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring en voor de toegang tot de uitvoering geen betaling, in welke vorm ook, geschiedt. Hieruit volgt wel dat de wetgever de beslotenheid van de kring waarbinnen de uitvoering plaatsvindt op zich zelf onvoldoende acht om de uitvoering niet als openbaarmaking te beschouwen, maar niet dat hij - buiten het geval van uitvoering binnen de familie- vrienden- en daaraan gelijk te stellen kring - ieder laten klinken van muziek zo dat ook anderen dan degene die de muziek laat klinken deze kunnen horen als openbaarmaking beschouwd wenst te zien, ongeacht of het ook de bedoeling was om anderen mee te laten luisteren.

Ook de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van art. 12, tweede lid, in zijn huidige redactie geeft geen steun aan de opvatting dat de wetgever een zo ver gaande bescherming van het muziekauteursrecht ten koste van de vrijheid van de individuele burger heeft gewenst. Wanneer iemand uitsluitend ten eigen genoegen muziek ten gehore brengt, zal het feit dat er anderen zijn die deze muziek ook kunnen horen alleen dan kunnen meebrengen dat het ten gehore brengen van de muziek als openbaarmaking in de zin van de Auteurswet 1912 moet worden beschouwd, als hij er een beroeps- of bedrijfsbelang of een soortgelijk belang bij heeft dat ook anderen dan hij zelf naar de muziek kunnen luisteren.

Geen mededeling aan het publiek – geen openbaar maken.

Dan het recht op 'mededeling aan het publiek' van artikel 3 van de EU Auteursrechtlijn. De uitleg van het begrip 'mededeling aan het publiek' in artikel 3 van deze richtlijn is gelijk aan 'mededeling aan het publiek' zoals bedoeld de Satelliet- en kabelrichtlijn 93/83/EEG(7). Het houdt blijkens de definities van artikel 1 van de Satelliet- en kabelrichtlijn in dat er eerst dan sprake zijn kan van mededelingen aan het publiek wanneer er een handeling plaatsvindt waarbij programmadragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een *ononderbroken mededelingenketen*. Daarvan is bij uploaden of het aanbieden van geüploade bestanden geen sprake. De mededelingenketen is evident onderbroken. In de reeks van handelingen van de upload tot en met de uiteindelijke download en het beluisteren en of bekijken van entertainment bestanden in de privé sfeer van de internet gebruiker, is een onderbroken keten van elkaar opvolgende legale handelingen.

Mededeling aan het publiek is ook het Europese equivalent van openbaar maken in de zin van artikel 12 Aw. Daarvan is bij uploaden van entertainment bestanden geen sprake omdat bij uploaden van entertainment bestanden de inhoud van eventueel in dat bestand vervatte werk, niet voor zintuiglijke waarneming beschikbaar is. Een beschermd werk wordt niet waarneembaar, zichtbaar of hoorbaar gemaakt zonder voor de toeschouwers, lezers of luisteraars een kopie te maken. Er is bij uploaden (het door BREIN bestreden aanbieden/openbaar maken) derhalve geen mededeling.⁷

⁷ Zie ook overweging 23 van de Auteursrechtenrichtlijn

Bovendien gaat het in gevallen als the Pirate Bay om het louter beschikbaar stellen "van fysieke faciliteiten" in de zin van de gemeenschappelijke verklaring bij art. 8 van de WIPO Copyright Treaty, waardoor the Pirate Bay jegens BREIN of diens aangeslotenen niet onrechtmatig handelen kan. The Pirate Bay beschikt feitelijk niet over beschermd materiaal. Het faciliteert de mogelijkheid materiaal te vinden en op te slaan. The Pirate Bay geeft niks door zoals bijvoorbeeld een hoteleigenaar televisieprogramma's openbaar maakt⁸. Voorts is in overweging 27 bij de Auteursrechten Richtlijn opgenomen dat de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een openbaarmaking mogelijk te maken of te verrichten op zich niet kwalificeert als een openbaarmaking.

Buma/Chellomedia.

Ook uit het recente arrest Buma/Chellomedia (LJN:BH7602) blijkt dat uploaden van torrents naar the Pirate Bay of het uploaden in het algemeen geen 'mededeling aan het publiek' is en dus geen "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet oplevert. In Buma/Chellomedia is bepaald dat "het uplinken en downlinken van gecodeerde programmasignalen die niet door het publiek maar uitsluitend door ontvangende kabelkopstations en/of DTH- platforms worden opgevangen die deze decoderen door middel van professionele en niet voor de consument beschikbare decodeerapparatuur teneinde die signalen (opnieuw gecodeerd) aan het (geabonneerde) kijkerspubliek door te geven", niet valt onder het begrip "openbaarmaking" als bedoeld in art. 12 Auteurswet.

De feiten en omstandigheden bij organisaties als the Pirate Bay zijn heel goed te vergelijken met de feiten en omstandigheden bij Chellomedia. In plaats van uplinken en downlinken kan uploaden en downloaden gelezen worden en in plaats van 'gecodeerde programmasignalen' kan en mag "entertainment bestanden" gelezen worden. De servers van organisaties als the Pirate Bay zijn te vergelijken met het ontvangende kabelkopstations en/of DTH- platforms die entertainment bestanden door middel van professionele en niet voor de consument beschikbare decodeerapparatuur doorgeeft, waarna consumenten met eigen voor consumenten beschikbare apparatuur en of software de bestanden ontsluiten en voor menselijke zintuigen waarneembaar maken.

In de zaken tegen the Pirate Bay concludeert de rechtspraak terecht dat the Pirate Bay niet openbaar maakt. Onterecht oordeelt het dat the Pirate Bay onrechtmatig handelt jegens BREIN of diens leden omdat de gebruikers van the Pirate Bay op grote schaal auteursrechten inbreuken zouden maken. Uploaden en downloaden in het licht van de wet en rechtspraak leert dat dit niet het geval zijn kan anders dan bij verveelvoudigen met commerciële oogmerk of wanneer het recht op eerste openbaarmaking geschonden is.

Belangen BREIN niet zuiver auteursrechtelijk.

Volgens vaste rechtspraak heeft BREIN als statutaire doelstelling het juridisch handhaven van de intellectuele eigendomsrechten van de bij haar aangesloten partijen die rechthebbenden zijn ten aanzien van het overgrote deel van muziek- en filmwerken en computergames op de Nederlandse markt. BREIN behartigt de belangen van deze rechthebbenden (LJN:BN1445, r.o. 2.1). Hoewel BREIN zich voordoet als een organisatie wat auteursrechten handhaaft is uit de lijst met aangeslotenen bij BREIN op te maken dat BREIN niet louter auteursrechtelijke belangen nastreeft.⁹ De lijst met organisaties die lid zijn van BREIN bevat tevens partijen die in de zaken van BREIN géén relevante auteursrechten bezitten. Het gaat daarbij om partijen in de distributie-, import- en retail-branche, zoals de leden van de Nederlandse Vereniging van

8 <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/2/article3.en.html>

9 http://anti-piracy.nl/over_brein/aangeslotenen.asp

Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers; de Nederlandse Vereniging van Filmdistributeurs (nvf); de Nederlandse Vereniging van Bioscoopexploitanten (nvb); de Nederlandse Vereniging van Entertainment Retailers (nver). Voorts is aannemelijk dat BREIN de lijst met gedupeerde leden dubbel opvoert omdat bijvoorbeeld niet alleen de auteursrechten belangen van een organisatie als Walt Disney vertegenwoordigd worden, maar ook de retail, distributie en productie belangen van die organisatie.

Het geheel der dingen wekt de redelijke indruk dat BREIN er feitelijk op uit is het handels- of bedrijfsdebiët op het terrein van distributie, exploitatie, productie en import van beeld- en geluidsdragers en of entertainment bestanden van de bij BREIN aangesloten leden te vestigen, te behouden en of uit te breiden. Het werk van BREIN leidt tot dat resultaat. Via bedrieglijke handelingen, listige kunstgrepen, samenweefsels van verdichtsels, misleiding van het publiek, de politiek en rechtspraak, wordt eerlijke concurrenten zoals door the Pirate Bay tegen gegaan. Door de manier van doen van BREIN worden consumenten gedwongen entertainment bestanden af te nemen bij door de leden van BREIN gelicenseerden terwijl de auteurswet en de EU auteursrechten richtlijn geen basis biedt voor een dergelijke (dwang)licentie. Het gebruik door consumenten van entertainmentbestanden via downloadsites als the Pirate Bay zoals hierboven beschreven past binnen de algemene beperkingen die op het auteursrecht gelden. BREIN is het kennelijk een doorn in het oog dat ondanks de massieve lobby van de entertainment industrie dit vrije gebruik in de auteurswet en de auteursrechten richtlijn opgenomen is.

Oorzaak dwaling rechtspraak.

In theorie kan gezegd worden dat de rechtspraak in bijvoorbeeld de Pirate Bay zaak een foutje maakt en dat the Pirate Bay in hoger beroep kan zodat het bovenstaande strafrechtelijk niet relevant is. Feit is evenwel dat de rechtspraak in welhaast alle uitspraken waarin BREIN afgelopen jaren eisende partij is geweest, dwaalt. Artikel 30 van de Gedragsregels 1992 voor de advocatuur (De advocaat dient zich te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist zijn.), is veelvuldig geschonden door de raadslieden van BREIN ten behoeven van hun cliënt. Één van de advocaten voor BREIN en andere partijen in de entertainment industrie is de heer professor mr. D.J.G. Visser (Dirk).

Mr Dirk Visser is hoogleraar auteursrecht aan de Universiteit van Leiden en laat zich blijkens zijn site bij die universiteit inspireren door "intellectuele eigendomsrecht politiek" (al hetgeen mensen werkelijk beweegt om bepaalde standpunten te verkondigen of beslissingen te nemen ten aanzien van intellectuele eigendomsrechtelijke kwesties).¹⁰

Als hoogleraar, wetenschapper en verantwoordelijk voor onderwijs en handboeken in Nederland, hoort de heer Visser over het auteursrecht in digitaal tijdperk het bovenstaande te doceren. Dat is immers waar eerlijke en onafhankelijke lezing van het auteursrecht toe leidt. De heer Visser als schrijver van auteursrechtelijke handboeken¹¹ en één van de meest prominente auteursrechten experts in Nederland, spreekt evenwel in onderwijs, wetenschappelijke literatuur en de rechtspraak het opportunistische woord van zijn cliënten de entertainment monopolisten. Met zijn werk draagt hij er aan bij dat de monopoliepositie van partijen in de entertainment industrie gevestigd en gehandhaafd wordt. Als prominente professor auteursrecht heeft de heer visser geen kritische houding ten aanzien van de door hem als advocaat voor BREIN c.s. verkregen rechtspraak. Ook is de heer Visser docent in het kader van de

¹⁰ http://leidsewetenschappers.leidenuniv.nl/show.php3?medewerker_id=759

¹¹ o.a. Verkade, Spoor, Visser

VSO en geeft hij les in samenwerking met rechters die recht spreken in de zaken waarin Dirk Visser advocaat is.¹² Ook tijdens die VSO-cursussen heeft Visser een kritiekloze houding ten aanzien van de door de advocaten van BREIN veroorzaakte bizarre rechtspraak. Op mijn site bij lawyers.nl staan annotaties waarin de vreemde rechtspraak voor BREIN besproken wordt.¹³

Dat een professor rechtsgeleerdheid ook advocaat is, is niet ongebruikelijk in Nederland. In het onderwijs is het fijn mensen te hebben met praktijk ervaring. Wat evenwel steekt in deze is dat de heer Dirk Visser met zijn werk als professor auteursrecht én advocaat in dat vakgebied het algemeen auteursrechtenbelang uit het oog verliest en de rechtspraak manipuleert om onrecht te spreken ten behoeven van zijn cliënt c.q. de cliënten van zijn kantoor of althans partijen in de entertainment industrie. Een zaak waar deze 'invloed' van de heer Visser uit blijkt is die van Eyeworks tegen FTD (LJN:BM6729) waarbij het Dirk Visser lukt om in een ex-parte vordering een onverschuldigde vordering toegewezen te krijgen door de rechter waar de heer Visser VSO-cursussen mee geeft.

Wet BOPZ

Hoewel het redelijke is te vermoeden dat de bovenstaande strafrechtelijk relevante misleiding willens en wetens is, bestaat tevens de kans dat een ander het causale gevolg is van een psychotische stoornis in de zin van de Wet BOPZ bij de directeur van BREIN de heer Tim Kuik. Hoewel hij bij en tijdens het Grote Download Debat knalhard beweert dat er géén downloadverbod is meldt Tim Kuik via Twitter:

Als je vind dat je alles illegaal moet kunnen downloaden kun je altijd wel een argument vinden, het blijft parasiteren op andermans werk.

Een kopie van de betreffende tweet vindt u bijgevoegd.

Er valt niet te vinden dat 'alles illegaal gedownload moet kunnen worden'. Er is geen sprake dat downloaden illegaal is. Tim Kuik heeft zelf bij en tijdens het Grote Download Debat bevestigd dat er geen downloadverbod is. Wanneer er geen verbod is op downloaden, is downloaden legaal. Tim Kuik ziet dingen die er niet zijn. Mogelijk is hij psychotisch.

De auteurswet is een speciale wet. Een wet die nadere invulling geeft aan de algemene onrechtmatige daad wanneer auteursrechten in het geding zijn. Wanneer die wet bepaalde handelingen toestaat is er sprake van een wettelijke beperking op het auteursrecht en kan er geen sprake zijn van een onrechtmatige daad. Zoals hierboven nauwkeurig geschetst, is downloaden niet illegaal.

De privé gebruik exceptie geldt onverkort. De EU Richtlijnen onderstrepen deze zienswijze op het auteursrecht in digitaal tijdperk door auteursrechtelijk geen waarde te schenken aan de hierboven beschreven aanbiedingen van entertainmentbestanden (geen distributie recht, geen mededeling aan het publiek) en de privé kopie ongemoeid te laten.

De conclusie van BREIN en diens raadslieden en professor Dirk Visser hoort te zijn dat het auteursrechtelijk exploitatie recht op entertainment bestanden op internet uitgeput is. Het faciliteren van legale handelingen van gebruikers kan op zichzelf nooit een illegale handeling van The Pirate Bay of soortgelijke organisaties jegens BREIN en of diens leden opleveren. De idee in de rechtspraak dat gebruikers van sites als die van the Pirate Bay op grote schaal inbreuken maken op auteursrechten van bij BREIN aangesloten

¹² <http://twitpic.com/1tb50b>

¹³ <http://jdk.lawyers.nl/dossier/auteursrechten-brein>

organisaties is niet op feiten gebaseerd. Er is sprake van legaal gebruik op grote schaal.

De schaalvergroting van het legale gebruik door internet gaat BREIN tegen. Daarop is de wil gericht. Het zet daartoe alle middelen dienstbaar in. In het onderhavige geval is dat strafbaar omdat BREIN daarmee voor diens leden concurrentie vervalst, oplicht en anderszins corrumpert. Nader strafrechtelijk onderzoek naar BREIN en de achterliggende machinaties is opportuun omdat de partijen die aan BREIN ten grondslag liggen tevens via internationale lobby de wereld het ondemocratische ACTA willen opleggen.¹⁴ Dan komt iedereen feitelijk in de auteursrechtelijke wurggreep van entertainment monopolisten.

Via Twitter laat Tim Kuik nog het volgende weten:

blijkbaar willen de meeste twitteraars dat wij doen wat de rechter zegt en achter individuele gebruikers aan gaan jagen.

Daarmee doelt Tim Kuik op het vonnis wat het verkregen heeft in de zaak tegen Ziggo en Xs4all, waarin het bakzeil heeft moeten halen en Ziggo en andere providers niet kan dwingen the Pirate Bay af te sluiten (LJN:BN1445). In een artikel op Tweakers.net van 20 juli 2010 wordt dit dreigement door Tim Kuik herhaalt¹⁵:

Directeur Tim Kuik van Stichting Brein zegt dat het vervolgen van downloaders niet zijn voorkeur heeft. "Maar wij zullen handhaven tegen illegaal gebruik", aldus Kuik tegenover Tweakers.net.

Nu dreigt Tim Kuik met BREIN individuele gebruikers c.q downloaders aan te pakken, terwijl daar juridisch geen enkele grond voor bestaat zoals hierboven nauwgezet is uiteengezet. Er is geen downloadverbod, er is geen illegaal aanbod. Dit dreigen, intimideren, vals informeren, oplichten, door BREIN van onschuldige gebruikers dient op te houden. Gegeven de feiten is het strafrecht daarvoor de geëigende weg.

Slot overwegingen.

Geconstateerd hoort te worden dat de wet en de hogere rechtspraak in de loop der jaren in opeenvolgende uitspraken en regelgeving ruimte geeft aan non-commercieel gebruik van entertainmentbestanden op Internet door particulieren. Wasserij de Zon in 1979, Auteursrechtlijn 2001, Peek & Cloppenburg/Le Corbusier in 2008 en Buma/Chellomedia in 2009.

De afgelopen tien jaar hogere rechtspraak en EU regelgeving leidt tot de conclusie dat het recht op non-commercieel gebruik van entertainment bestanden op internet door particulieren, in het auteursrecht verankerd is. Erkenning daarvan door BREIN en in het onderwijs en literatuur door professor Dirk Visser blijft willens en wetens uit. BREIN en Visser als experts in het auteursrecht horen beter te weten.

In dit verband is nog interessant te vermelden dat uit de brief van de minister van economische zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 28 mei 2010 blijkt dat de Nederlandse overheid graag ziet dat in het Groenboek dat in de Digitale Agenda wordt aangekondigd, aandacht wordt besteed aan het *vergroten van de flexibiliteit in het auteursrecht voor niet-commerciële uitingen*, zoals «user-generated-content» op internet.¹⁶

¹⁴ <http://www.internetconsultatie.nl/acta>

¹⁵ <http://tweakers.net/nieuws/68655/brein-sluit-aanpak-individuele-uploaders-niet-uit-na-verlies-ziggo-zaak.html>

Voorts is in dit verband interessant dat Canada haar Copyright Reform Act heeft uitgebracht waarin onder andere wordt aangekondigd dat het Canadeze auteursrecht een uitzondering gaat krijgen voor "non-commercial user-generated content".¹⁷

Conclusie.

BREIN bestrijdt geen auteursrechtenfraude. BREIN pleegt auteursrechtenfraude. Het bestrijdt legaal gebruik van entertainmentbestanden op internet. Het maakt daarbij onder andere gebruik van de advocatendiensten van professor auteursrecht mr. Dirk Visser, die ten behoeven van zijn klanten in de entertainment industrie intellectuele eigendomsrecht politiek gemotiveerd onderwijs verricht en publicaties levert en willens en wetens artikel 30 van de Gedragsregels 1992 voor de advocaten de Tuchtrect voor advocaten schendt.

In het vertrouwen hiermee voldoende geïnformeerd te hebben.

Hoogachtend,

mr J.L. de Kreek.

¹⁶<http://vl.am/7zo>

¹⁷<http://vl.am/FBU>