

Rechtbank Utrecht

Zitting 2 juni 2009, 13.00 uur.

Rolnummer 250077 HA ZA 08-1124

Pleitnota mr. D.J.G. Visser

inzake:

de stichting

**STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE
NEDERLAND, BREIN**

gevestigd te Amsterdam,
eiseres

Procesadvocaat:

mr. J.M. van Noort

Behandelend advocaten:

mr. D.J.G. Visser en mr. M. Bakker

tegen:

de besloten vennootschap

MININOVA B.V.

gevestigd te Driebergen-Rijsenburg,
gedaagde

Procesadvocaat:

mr. M.R. Ruygvoorn

Behandelend advocaten:

mr. C.B. Van der Net en mr. V.A. Zwaan

Inhoudsopgave

A.	INLEIDING	3
B.	KERNVRAGEN	3
C.	BELANGRIJKSTE VERWEREN MININOVA.....	5
	(Ook) legaal materiaal?	5
	‘Internet tussenpersoon’?.....	6
D.	BUSINESS MODEL GEBASEERD OP SCHENDEN RECHTEN DERDEN	6
E.	MININOVA VALT NIET ONDER HET BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEIDSREGIME VAN DE E-COMMERCE RICHTLIJN	8
	Mininova levert geen louter passieve basisdiensten	8
	De Richtlijn voorziet in de mogelijkheid inbreuken te voorkomen	9
	Mininova voldoet niet aan haar zorgvuldigheidsplicht.....	10
	De uitzondering van het verbod op een algemene toezichtverplichting is niet van toepassing op Mininova.....	10
F.	CONCLUSIE: MININOVA MOET FILTEREN	11
	Mininova filtert al: maar niet de illegale content.....	11
	Mininova filtert al: maar dit is slechts een trial	11
	BREIN heeft belang bij haar vorderingen	11
	Hoe gaat het filteren werken	12
G.	CONCLUSIE	15

Edelachtbaar college,

A. INLEIDING

1. Mininova B.V. is een onderneming die geld verdient door via haar website op zeer grote schaal entertainment informatie, met name films, tv-series, muziek en computerspellen beschikbaar te stellen, terwijl de rechthebbenden op die content daarvoor geen toestemming hebben gegeven. Mininova is een bedrijf met een omzet van meer dan een miljoen per jaar en wereldwijd één van de grootste aanbieders van zogenaamde “torrents”. Mininova genereert meer dan *10 miljoen* unieke downloads *per dag*. Het totaal aantal downloads van de site verdubbelde in 2008 en stond begin 2009 op *7 miljard*. In december 2008 was er een totaal aantal van 44 miljoen unieke gebruikers.

(Zie productie 4.1 t/m 4.6 bij pleidooi.)

2. Deze omzet heeft Mininova te danken aan een business model dat gebaseerd is op het organiseren en coördineren van het aanbod van voornamelijk inbreukmakend materiaal. Mininova weet dat het leeuwendeel en veruit het populairste deel van de op haar website aangeboden content onmiskenbaar illegaal materiaal omvat. Dit is al duidelijk bij één blik op de homepage van de website, waar net – of nog niet eens – uitgebrachte films, tv-series en cd's de top-10 van downloads sieren. (Zie www.mininova.org). De vier populairste categorieën film, muziek, games en TV, zijn hierbij het belangrijkste. Een zeer uitgebreide steekproef is te vinden in **productie 5** bij de dagvaarding.

(Zie voorts ook productie 6 en 7 bij de dagvaarding die screenshots bevatten van op Mininova aangeboden torrents en door gebruikers gezochte torrents en zoekresultaten.)

B. KERNVRAGEN

3. Moet Mininova gaan filteren op illegale content? Hoe moet ze dat gaan doen en wie moet de kosten ervan dragen? Dat zijn de kernvragen van deze zaak.
4. Mininova filtert wel eigener beweging steeds en met succes actief op pornografie, drugs, politiekgevoelige informatie en virussen (zie **productie 10** bij de dagvaarding), omdat deze informatie de aantrekkelijkheid en ‘familie-vriendelijkheid’ en daarmee het commerciële succes van haar site zou verminderen. Zij stelt zich evenwel op het standpunt dit niet te hoeven doen ten aanzien van content waarmee de intellectuele eigendomsrechten van derden worden geschonden.
5. Mininova weigert haar verantwoordelijkheid te nemen voor de website en de illegale content te weren van haar site. Dit is op zich uit commercieel oogpunt ook niet verwonderlijk, nu de populariteit van de website juist te danken is aan deze content.

(Zie ook productie 13 bij de dagvaarding waaruit blijkt dat Mininova tot een van de best bezochte websites ter wereld behoort.)

6. Voorafgaand aan deze procedure hebben partijen gesproken over de mogelijkheid dat Mininova bij wijze van proef zou gaan filteren op infohashes, de identificerende codes die aan de torrents hangen, via welke de uitwisseling van de bestanden wordt geactiveerd. Dit overleg is uiteindelijk op niets uitgelopen, omdat partijen het niet eens konden worden over de vraag wie het referentiemateriaal of 'blocklist', bestaande uit de verzameling 'illegale' infohashes moest gaan aanleveren, c.q. wie daarvoor moest gaan betalen.
7. Mininova was van oordeel dat BREIN moest leveren c.q. betalen voor het verwerven van lijsten met 'illegale' infohashes, BREIN is van oordeel dat dit de taak en de verantwoordelijkheid is van Mininova als exploitant van een commerciële website met overwegend illegaal materiaal. Voor alle duidelijkheid: noch BREIN, noch haar aangeslotenen beschikken over een kant en klare lijst met referentiemateriaal (blocklist). Dergelijke lijsten moeten worden gemaakt of gekocht bij bedrijven die ze maken.
8. En daarmee zijn we vermoedelijk bij de kernvraag van deze zaak beland: gezien alle omstandigheden van het geval is het evident dat Mininova preventief moet gaan filteren op illegale content, de vraag is dan alleen nog: hoe moet er precies gefilterd gaan worden, op basis van welk referentiemateriaal en wie moet de kosten dragen van het up-to-date houden van dat referentiemateriaal?
9. Zeer recent, vorige maand, is Mininova begonnen met een infohash-filterproef in samenwerking met enkele Amerikaanse rechthebbenden op films. (Zie productie 24 zijdens Mininova.) In die proef leveren de Amerikaanse rechthebbenden het (zeer beperkte) referentie materiaal, dat naar zijn aard alleen betrekking heeft op een klein aantal Amerikaanse films. BREIN heeft overigens begrepen dat die Amerikaanse rechthebbenden in een definitieve regeling ook die kosten niet voor hun rekening zullen willen nemen. BREIN juicht toe dat die proef wordt uitgevoerd. Filteren op infohashes is namelijk zeker één van de manieren waarop Mininova, zij het op eigen kosten, haar verantwoordelijkheid zal moeten gaan nemen. Daarnaast zal Mininova naar de overtuiging van BREIN ook moeten gaan filteren op titels (keywords) en mogelijk op fingerprints. Daarover later meer.
10. Voordat ik terugkom op de modaliteiten, de verantwoordelijkheden en de kosten van effectief filteren zal ik kort in gaan op enkele verweren Mininova. Mininova stelt zich in deze procedure immers primair op het standpunt dat zij helemaal niet hoeft te filteren en daar juridisch niet toe gedwongen kan worden. Ik ga uiteraard niet op alles in: de schriftelijke stukken wisseling is zeer uitgebreid geweest.

C. BELANGRIJKSTE VERWEREN MININOVA

(Ook) legaal materiaal?

11. Het minst geloofwaardige en gemakkelijkst te weerleggen verweer van Mininova is haar stelling dat haar site haar populariteit niet voor het allergrootste deel dankt aan het grote aanbod populair recent illegaal materiaal, of te wel van de aanwezigheid op haar site van net – of nog niet eens – uitgebrachte films, tv-series, cd's en computerspellen.
12. Mininova benadrukt het feit dat er ook legaal, dus met toestemming van de rechthebbenden openbaar gemaakt, materiaal wordt aangeboden. Daartoe heeft Mininova o.a., na aanvang van deze procedure, de rubriek 'featured content' toegevoegd, waarvoor rechthebbenden zelf materiaal kunnen aanbieden. Tegen die rubriek maakt BREIN in de onderhavige procedure natuurlijk geen bezwaar en die rubriek behoeft Mininova uiteraard ook niet te gaan filteren. Mininova heeft de rubriek 'featured content' bovenaan gezet op haar website, ongetwijfeld om in het kader van deze procedure de indruk te wekken dat dit legale aanbod een belangrijk onderdeel is van haar site. De belangstelling voor die categorie blijkt in de praktijk evenwel vaak uit nul of enkele bezoekers, terwijl een categorie als 'films' op ieder tijdstip duizenden bezoekers tegelijk heeft.
13. Mininova wijst ook op rechtenvrij materiaal dat op haar site te vinden is, zoals open source software. Op dit soort materiaal zien de door Mininova als productie 27 overgelegde prints van 'enkele torrents'. Het is vermoedelijk juist dat Mininova door alle illegale content inmiddels zo bekend en populair is geworden dat het, met name voor onbekende artiesten en rechthebbenden en aanbieders van open source content, aantrekkelijk is om enige bekendheid en bereik te verwerven door hun materiaal aan te bieden, tussen, naast of bij al die populaire illegale content.
14. BREIN wijst er op dat deze procedure uiteraard niet over dit legale materiaal gaat. Het legale materiaal maakt slechts een zeer klein deel uit van het totale aanbod op Mininova en er blijkt bij haar gebruikers nauwelijks belangstelling voor.
15. In de vier populairste categorieën van het aanbod op Mininova (muziek, film, tv en games) betreft gemiddeld 92% materiaal waarvan de rechthebbenden geen toestemming hebben gegeven voor verspreiding via Mininova. (Zie **TNO-rapport productie 5**) Het feit dat Mininova ook - in zeer kleine mate en met weinig belangstelling - legaal materiaal aanbiedt doet niets af aan het overwegend illegale karakter van haar onderneming.
16. Feit is en blijft dat gebruikers Mininova vooral bezoeken vanwege die populaire recente illegale films en muziek. Zie met name de zogenaamde "search cloud": wat zoeken mensen op Mininova? Voor 88% illegale titels.

(Zie productie 7 bij dagvaarding en productie 9 bij de conclusie van repliek.)

Internet tussenpersoon' ?

17. Het belangrijkste en meest principiële verweer van Mininova is de stelling dat zij is aan te merken als een 'internet tussenpersoon' in de zin van de E-commerce richtlijn die niet gedwongen kan en mag worden tot filteren of andere preventieve controle. Ik ga daar zo meteen uitgebreid op in.
18. In verband daarmee wil ik echter eerst nog iets meer zeggen over het juridische uitgangspunt, het inbreukmakende en onrechtmatige karakter van het business model en over de mate van betrokkenheid van Mininova bij wat er op haar website gebeurt.

D. BUSINESS MODEL GEBASEERD OP SCHENDEN RECHTEN DERDEN

19. Uitgangspunt is dat het beschikbaar stellen van muziek, video's en films via internet, waardoor deze toegankelijk worden voor andere gebruikers, kan worden aangemerkt als openbaarmaking in de zin van de Auteurswet en als ter beschikking stellen in de zin van de Wet naburige rechten. Dit betekent dat, wanneer dat zonder toestemming van de rechthebbenden gebeurt, in beginsel sprake zal zijn van inbreuk op (intellectuele eigendoms- (en/of naburige)) rechten van die rechthebbenden en dus van onrechtmatig handelen jegens hen.
20. In het geval van Mininova is hiervan ook sprake. Mininova stelt de werken ongeautoriseerd beschikbaar via haar website en maakt daarmee openbaar in de zin van de Auteurswet en de WNR. Mininova tracht haar rol te bagatelliseren door er op te wijzen dat het eigenlijk haar gebruikers zijn die de torrents naar de website uploaden, maar één blik op de website is voldoende om te beseffen dat Mininova de feitelijke openbaarmakingshandeling verricht. Gebruikers 'downloaden van Mininova', dat is hoe de dienst van Mininova wordt ervaren.

(Zie ook productie 2 bij de conclusie van repliek "Mininova Organisatie".)

21. Mininova biedt categorieën aan waarvan overduidelijk is dat ze bedoeld zijn voor het aanbod van auteursrechtelijk beschermd materiaal: In de categorie 'films' is er een sub-categorie *Disney*, in de categorie TV-series zijn er zelfs sub-categoriën voor de *titels* van individuele TV-series.

(Zie ook §§ 23 t/m 27 dagvaarding en §§ 54 t/m 63 conclusie van repliek.)

22. Bovendien voldoet Mininova aan alle in de jurisprudentie genoemde bijkomende omstandigheden die haar handelen onrechtmatig maken.

Zie bijvoorbeeld de veelal door BREIN mede tot stand gekomen rechtspraak die al in de schriftelijke stukken is besproken:

- Hof Amsterdam, 15 juni 2006, *LJN AX7579* (Techno Design/BREIN)

- V.zr. Rb. 's-Gravenhage, 5 januari 2007, *AMI* 2007/2, nr. 9, *LJN* AX5678 (BREIN/KPN)
- V.zr. Rb. Amsterdam, 21 juni 2007, *LJN* BA7810 (BREIN / Leaseweb I)
- V.zr. Rb. Amsterdam, 24 januari 2008, *B9* 5589 (BREIN / Shareconnector)
- Hof Amsterdam, 3 juli 2008, *LJN* BD6223 (BREIN / Leaseweb II)
- V.zr. Rb 's-Hertogenbosch, 8 juli 2008, *B9* 6425 (BREIN / Euroaccess)

23. Het leeuwendeel van het op Mininova's website aangeboden materiaal is illegaal. Het gaat dus niet om incidenteel een torrent die ziet op ongeautoriseerde content maar Mininova stelt op enorme schaal illegale bestanden ter beschikking. Zoals gezegd bestaan de vier populairste categorieën op Mininova voor gemiddeld 92% uit illegaal materiaal.

(Zie producties 4 /m 7 bij de dagvaarding en productie 7 bij de conclusie van repliek.)

24. De bezoekers komen juist voor deze illegale bestanden en Mininova weet dit.

(Zie productie 4 bij de conclusie van repliek: "Populariteit Mininova" en productie 9 bij de conclusie van repliek "Search Clouds Mininova" waaruit blijkt dat gebruikers vrijwel alleen illegale content zoeken op Mininova.)

25. Typerend hiervoor zijn de reacties van gebruikers toen de filtertrial tussen Mininova en de Amerikaanse MPA werd aangekondigd. Op het moment dat werd aangekondigd dat Mininova auteursrechtelijk beschermde content ging filteren reageerden de gebruikers op grote schaal met de boodschap dat dit dan het einde van Mininova zou betekenen omdat er voortaan nooit meer iets interessants op Mininova te vinden zou zijn. Volgens de gebruikers zou Mininova net zo goed meteen kunnen sluiten. Duidelijker kan het niet worden gemaakt: de illegale content is waar de bedrijfsvoering van Mininova om draait en wat haar zo succesvol maakt.

26. Dat de gebruikers vrijwel uitsluitend illegale torrents uploaden naar Mininova waardoor Mininova vrijwel uitsluitend illegaal materiaal openbaar maakt is ook niet toevallig. Zoals gezegd heeft Mininova er groot belang bij dat er voor het publiek interessante torrents op haar site te vinden zijn. Om die reden zet zij aan tot en stimuleert zij het uploaden van illegale torrents. Dat doet zij bijvoorbeeld door het in de watten leggen van vaste uploader aXXo.

(Zie productie 4.7 bij pleidooi.)

Niemand weet precies wie er achter deze naam schuil gaat, maar in elk geval staat aXXo bekend als "betrouwbaar A-merk voor geripte Hollywood films". aXXo plaatst geen legaal materiaal, maar uitsluitend de nieuwste films, in handig downloadbaar formaat. Het feit dat Mininova aXXo bedankt voor zijn mooie torrents en hem de status van VIP uploader toekent bevestigt wederom de wetenschap en betrokkenheid van Mininova bij de illegale uploads.

27. Daar komt bij dat Mininova aanzienlijke inkomsten verwerft met haar website (zie **productie 12** bij de dagvaarding en **productie 4.5** bij pleidooi). Dit betekent dat Mininova haar aanzienlijke inkomsten overwegend althans voor een belangrijk deel verwerft door structureel gebruik te maken van de beschikbaarheid op het internet van ongeautoriseerde bestanden, klaarblijkelijk zonder rekening te houden met de belangen van de auteurs- en nabuurrechthebbenden. Dat nu is, in aanmerking genomen de fundamentele belangen van de rechthebbenden die hier in het geding zijn, in strijd met de zorgvuldigheid die Mininova in het maatschappelijk verkeer betaamt en dus onrechtmatig jegens de rechthebbenden wier belang BREIN zich heeft aangetrokken dan wel vertegenwoordigt.

E. MININOVA VALT NIET ONDER HET BEPERKTE AANSPRAKELIJKHEIDSREGIME VAN DE E-COMMERCE RICHTLIJN

Mininova levert geen louter passieve basisdiensten

28. Mininova stelt dat de door haar verrichte dienst moet worden aangemerkt als het verrichten van een opslagdienst in de zin van artikel 14 van de Richtlijn en artikel 6:196c BW omdat Mininova slechts op verzoek van haar gebruikers torrent bestanden opslaat die afkomstig zijn van haar gebruikers.
29. Zoals in deze procedure al meermalen is aangetoond, blijven de diensten van Mininova in het geheel niet hiertoe beperkt.

(Zie ook §§ 68 t/m 76 conclusie van repliek en productie 3 “Infohash Filtering Mininova” en productie 4 “Populariteit Mininova” bij de conclusie van repliek.)

30. Mininova vervult met haar activiteiten op de website een veel grotere rol dan de ‘hosting’ diensten die het Europees Parlement en de Raad bij artikel 14 van de Richtlijn op het oog hadden. De diensten die het Europees Parlement en de Raad op het oog hadden bij deze bepaling waren activiteiten die een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben, wat inhoudt dat de aanbieder van de diensten noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen.
31. Het is evident dat de activiteiten van Mininova noch louter technisch, noch automatisch, noch passief van karakter zijn. Mininova geeft immers gericht advies en beantwoordt vragen en stimuleert actief het aanbieden van bepaalde informatie. Ook is gebleken dat Mininova wel degelijk kennis en controle heeft over de informatie. Zij filtert en wijzigt immers de informatie die gebruikers plaatsen op haar website. Zij doet dat zelf en door middel van door haar aangestelde, geïnstrueerde en geautoriseerde ‘moderators’.
32. De diensten waar de Richtlijn op ziet zijn dan ook juist de diensten van hosting providers. Hosting providers zijn organisaties die de faciliteit bieden om een eigen site op het internet te maken. De provider ‘host’ de website dan op zijn eigen servers voor de eigenaar van de website. Op die manier host de provider mogelijk “vele miljoenen

sites en webpagina's". De website van Mininova is een van die websites. De website van Mininova wordt op zijn beurt gehost door de provider XSNetworks. Dat illustreert het onderscheid dat gemaakt moet worden tussen een hosting provider en de websites die hij host.

33. Dat het beperkte aansprakelijkheidsregime ziet op dit soort passief 'hosten' blijkt ook uit de Memorie van Toelichting bij de implementatie van de Richtlijn in het BW waarin werd vooropgesteld dat de dienstverlener van een ander afkomstige informatie opslaat en zich daarmee verder op geen enkele wijze mag inlaten. Het is duidelijk dat Mininova zich wel degelijk inlaat met de van anderen afkomstige informatie die op haar website wordt uitgewisseld. Zij filtert (op porno, politieke content en virussen), zij verschaft haar gebruikers de nodige informatie en zij vereenvoudigt het zoeken naar torrents aanzienlijk. Haar handelswijze strekt daarmee veel verder dan die van een ISP. Alleen al daarom komt Mininova geen beroep toe op het beperkte aansprakelijkheidsregime voor tussenpersonen.
34. Dat het beperkte aansprakelijkheidsregime van artikel 14 ziet op hosting providers blijkt overigens ook uit de evaluatie van de Richtlijn, waarin werd gesteld dat de in de richtlijn genoemde beperkingen op de aansprakelijkheid van tussenpersonen als absoluut noodzakelijk werden beschouwd om te verzekeren dat de basisdiensten die het ononderbroken vrije verkeer van informatie op het net vrijwaren konden worden verleend en dat werd voorzien in een kader waarin internet en e-handel zich konden ontwikkelen.
35. Mininova voorziet niet in een basisdienst die het ononderbroken vrije verkeer van informatie op het net vrijwaart. Haar maatschappelijke betekenis is niet vergelijkbaar met die van een Internet Service Provider of die van een internetzoekmachine als Google en ook niet met aanbieders van overwegend legaal materiaal zoals Marktplaats.nl. En voor zover Mininova al in e-handel doet gaat het om handel die draait om het aanbieden van ongeautoriseerde content. Dat is niet de handel die het artikel beoogt te vrijwaren. In de evaluatie van de Richtlijn wordt nog eens benadrukt dat deze geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid van tussenpersonen in gevallen die niet onder de in de richtlijn omschreven beperkingen vallen. Voor zover Mininova dus al als 'tussenpersoon' zou moeten worden gezien valt haar illegale handel uiteraard niet onder de in de richtlijn omschreven beperkingen.

De Richtlijn voorziet in de mogelijkheid inbreuken te voorkomen

36. Mininova moet dus haar verantwoordelijkheid nemen en preventief filteren, zelfs als Uw Rechtbank van mening zou zijn dat de diensten van Mininova wel louter technisch, automatisch en passief van karakter zouden zijn en dat Mininova niet met kennis of controle invloed zou uitoefenen op de informatie die via haar website wordt uitgewisseld. De richtlijn voorziet immers ook in dat geval de mogelijkheid inbreuken te voorkomen. Hieruit blijkt dat zelfs als Mininova een beroep zou kunnen doen op het beperkte aansprakelijkheidsregime van de Richtlijn, dit onverlet laat dat aan haar door

Uw Rechtbank wel de verplichting tot preventief filteren – immers, het voorkomen van inbreuken – kan worden opgelegd.

(Zie ook §§ 77 t/m 79 conclusie van repliek.)

Mininova voldoet niet aan haar zorgvuldigheidsplicht

37. In dat kader wijst BREIN er nogmaals op dat Mininova met haar NTD procedure niet voldoet aan haar zorgvuldigheidsplicht.

(Zie ook §§ 80 t/m 87 conclusie van repliek.)

Zo Mininova al niet weet dat het leeuwendeel van de op haar website aangeboden torrents onrechtmatig is, heeft zij tenminste een gegronde reden te twijfelen aan de rechtmatigheid van de meeste bestanden. Zij kan dus niet volstaan met lijdelijk afwachten tot rechthebbenden via de NTD procedure bestanden melden. Daarbij komt dat de NTD procedure niet voorkomt dat illegale bestanden worden geplaatst, en is deze procedure onvoldoende geschikt om de aanzienlijke en constante stroom van illegale torrents tegen te gaan. Dit is bevestigd door de aangeslotenen van BREIN. **(Productie 10 a t/m f bij de conclusie van repliek.)** Dat er kennelijk ook rechthebbenden zijn die de NTD voldoende vinden werken (producties 7 en 26 van Mininova) doet daaraan uiteraard niets af. Die rechthebbenden zijn geen partij bij deze procedure en kunnen gewoon doorgaan met het melden van illegale torrents via de NTD. De rechthebbenden van BREIN daarentegen willen dat Mininova preventief gaat filteren op bestanden waarop zij rechthebbenden zijn.

De uitzondering van het verbod op een algemene toezichtverplichting is niet van toepassing op Mininova

38. Mininova beroept zich op het verbod op een algemene toezichtverplichting of zoekverplichting uit artikel 15 van de Richtlijn. BREIN wijst er op dat aan Mininova geen beroep op deze uitzondering toekomt omdat dit verbod alleen ziet op de leveranciers van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten. Dat Mininova geen dienst levert als bedoeld in artikel 14 (hosting) is hiervoor uitvoerig uiteengezet. Op artikel 12 en 13 heeft Mininova geen beroep gedaan en dit zou haar gezien de aard van de door haar verleende diensten ook niet toekomen.

(Zie ook §§ 88 t/m 90 conclusie van repliek.)

39. Dat het ook logisch is dat op Mininova wél een toezichtverplichting of zoekverplichting kan worden opgelegd blijkt ook uit de door Mininova geciteerde passage uit het evaluatierapport van de Richtlijn. Hierin staat dat een toezichtverplichting of zoekverplichting onmogelijk zou zijn ten aanzien van ‘miljoenen sites en webpagina’s’. Mininova heeft maar één webpagina waarop zij toezicht dient te houden.

40. Bovendien geldt het verbod niet voor toezichtverplichtingen in speciale gevallen. Volgens het rapport moet het daarbij gaan om een specifiek duidelijk omschreven specifiek geval. Mininova is zo een specifiek geval.

(Zie ook §§ 91 t/m 97 conclusie van repliek.)

41. Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen in andere Europese landen het artikel “Filtering the Internet for Copyright Content in Europe” overgelegd als **productie 3 bij pleidooi**, waaruit blijkt dat verschillende Europese rechters in verschillende situaties al filterverplichtingen hebben opgelegd.

F. CONCLUSIE: MININOVA MOET FILTEREN

Mininova filtert al: maar niet de illegale content

42. Mininova moet dus filteren. BREIN benadrukt dat Mininova dit ook al doet: zij filtert immers op porno, politieke content en virussen. Dit gebeurt kennelijk ook preventief: porno komt de website van Mininova bijvoorbeeld niet op.

(Zie § 19 conclusie van repliek en producties 2 “Mininova Organisatie” en 3 “Infohash Filtering door Mininova” bij de conclusie van repliek.)

Mininova filtert al: maar dit is slechts een trial

43. Ook filtert Mininova nu in verband met het filtertrial dat zij uitvoert in samenwerking met de MPA. Maar dit heeft slechts betrekking op een klein aantal Amerikaanse films en tv-series.

BREIN heeft belang bij haar vorderingen

44. Het bovenstaande toont aan dat het zeer wel mogelijk is voor Mininova om preventief te filteren. Het feit dat Mininova al in enige mate filtert en bereid is mee te werken aan filteracties ontnemt BREIN echter niet het belang van haar vorderingen die zien op het filteren. Mininova weigert immers te erkennen dat het haar eigen verantwoordelijkheid is om zelf haar website schoon te houden van illegale content en de kosten daarvoor te dragen. Vrijwillige filtertrials en aanbiedingen om filters te implementeren geven BREIN geen enkele garantie dat Mininova schoon wordt gehouden van illegaal materiaal.

Hoe gaat het filteren werken

45. Filteren kan op verschillende manieren. Ik noem er hier drie:
 - a. filteren op infohashes, wat Mininova aanbiedt te gaan doen, op voorwaarde dat anderen de kosten van het verzamelen en up-to-date houden van het referentie materiaal betalen.
 - b. filteren op ‘fingerprints’, dat is een systeem gebaseerd op digitale herkenning van fingerprints in de aangeboden content. Dit is een doeltreffender systeem omdat er anders dan met infohashes niet mee gesjoemeld kan worden, omdat de inhoud en niet een aanhangsel of de beschrijving wordt gecontroleerd. Dit systeem van filteren is uitgebreid besproken in § 48 conclusie van repliek en productie 19 bij de dagvaarding Ook hier zijn evenwel de nodige kosten aan verbonden, die Mininova niet wil dragen.
 - c. filteren op titels, oftewel op ‘keywords’, automatische herkenning van de titels waaronder de illegale content wordt aangeboden. Mininova heeft daar bezwaar tegen, omdat het een te grof middel zou zijn met name op grond van het argument dat de vlag de lading niet altijd dekt.
46. Het is naar de overtuiging van BREIN de verantwoordelijkheid van Mininova om een keuze te maken uit een combinatie van verschillende manieren van filteren.
47. Mininova heeft als productie 23 een PowerPoint presentatie overgelegd van de werking van het door Mininova voor BREIN ontworpen infohash filter. Kort gezegd komt het er op neer dat BREIN in plaats van e-mails te sturen (zoals bij de NTD) kan klikken op torrents. Deze torrents worden dan door Mininova verwijderd en de infohash wordt toegevoegd aan een blocklist zodat die exacte infohash niet meer terugkomt.
48. Het is goed mogelijk hiermee op den duur een serieuze impact te maken op de hoeveelheid illegale titels op de website van Mininova. BREIN heeft berekend dat hiervoor gemiddeld rond de 4 fte nodig is. In het begin zal zeker 5 fte nodig zijn om een begin te maken, maar zodra de infohash databank gevuld begint te raken zal de hoeveelheid fte die nodig is om de stroom illegale torrents te beheersen afnemen. Uitgaand van een werknemer met een modaal salaris (= € 30.000,-- per jaar) is hiervoor € 120.000,-- per jaar voor nodig. Het is BREIN om het even wie de medewerker aanstelt, BREIN of Mininova. Duidelijk is echter dat Mininova dit bedrag zal moeten betalen. Het schoonhouden van de site valt immers binnen haar verantwoordelijkheid.
49. BREIN merkt op dat het infohash filteren zoals door Mininova aangeboden en voorgesteld echter nog niet het preventieve filteren is waar BREIN met haar vordering op doelt. Immers, het infohash filter werkt pas preventief op het moment dat de infohashes van de gemelde illegale torrents in de blocklist zijn opgenomen. Tot die tijd staan de torrents gewoon online op de website. Het zal naar alle waarschijnlijkheid altijd een combinatie van preventieve filtermethodes moeten zijn die er voor zorgt dat aan Mininova haar evident onrechtmatige karakter wordt ontnomen.

(Zie ‘Andere mogelijke maatregelen, §§ 46 t/m 53 conclusie van repliek.)

50. Mininova heeft aangegeven dat filteren op titels niet effectief is. Bestanden zouden vaak een andere naam hebben dan het bestand wat het daadwerkelijk betreft (“de vlag dekt de lading niet”). BREIN betwist dit: immers, als torrents niet naar de bestanden zouden verwijzen die de titel aangeeft, zou het voor de gebruiker onmogelijk zijn het bestand van zijn keuze te vinden. Als dat zo was zou Mininova niet zo’n ‘betrouwbaar’ imago hebben en niet zo populair zijn. Een voorbeeld van een overeenkomst tot preventief keyword filteren die uitvoerbaar en effectief blijkt is overgelegd **als productie 2 bij pleidooi**: de website MyP2P heeft zich, bijgestaan door de zelfde raadsman als Mininova, akkoord verklaard met preventief keyword filteren, in dat geval op alle namen en bijnamen van Nederlandse voetbalclubs.
51. Overigens wijst BREIN er op dat als blijkt dat titel filteren niet werkt, Mininova andere maatregelen zal kunnen en moeten nemen om te zorgen dat zij effectief preventief filtert. Daartoe zou Mininova een fingerprint databank kunnen aanschaffen. Fingerprint filteren is een goede methode om preventief te filteren terwijl zeker is dat de torrents ook naar de beoogde illegale bestanden verwijzen.
- (Zie § 48 conclusie van repliek en bijlage 19 bij de dagvaarding.)
52. Hoewel BREIN van mening is dat het voor Mininova meestal wel duidelijk is welk materiaal op haar website kennelijk illegaal is, is zij bereid Mininova tegemoet te komen door een lijst aan te leveren met titels waarop gefilterd moet worden. Deze lijst bestaat uit enkele duizenden titels van recente populaire films, cd’s, dvd’s en games die in Nederland in de handel zijn.
53. Concreet betekent dit dat alle titels die op Mininova aangeboden gaan worden in de vier populairste categorieën (film, muziek, games en TV) volautomatisch preventief gefilterd zouden kunnen en moeten gaan worden aan de hand van de door BREIN beschikbaar gestelde lijst. Dat kost Mininova bijna niets. De ‘eruitgefilterde’ titels zouden vervolgens niet op de website van Mininova mogen verschijnen én de bijbehorende infohashes zouden op de blocklist terecht moeten komen, waardoor een hernieuwd aanbod onder een schuilnaam voorkomen kan worden.
54. Voor de goede orde: het in deze procedure gevraagde gebod versterkt met een dwangsom beperkt zich tot deze activiteit. Daarmee komt BREIN Mininova op een belangrijk punt tegemoet ten aanzien van het nemen van verantwoordelijkheid voor het verzamelen van het referentiemateriaal.
55. Daarnaast zal Mininova mogelijk aanvullende maatregelen moeten nemen door middel van fingerprint filtering, en zo nodig door andere aanvullende maatregelen zoals het weigeren van te grote uploads, het blokkeren van IP-adressen van uploaders van illegale content waaronder in elk geval het weren van ‘VIP’ uploaders als aXXo en het staken van het gebruik van openbare trackers waarvan bekend is dat deze vrijwel uitsluitend illegaal verkeer behandelen. BREIN heeft al eerder aangegeven dat ook organisaties waar Mininova zichzelf mee vergelijkt zoals YouTube en 123video.nl dit soort

preventieve maatregelen nemen.

(Zie ‘Andere mogelijke maatregelen, §§ 46 t/m 53 conclusie van repliek en productie 11 bij de conclusie van repliek.)

56. BREIN benadrukt dat deze lijst niet uitputtend is: op Mininova rust nog steeds de eigen verantwoordelijkheid om automatische verwijzingen die zien op bestanden waarvan redelijkerwijs aannemelijk is dat deze op auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde werken zien dan wel waarvan aan Mininova niet duidelijk is of de desbetreffende rechthebbende toestemming heeft gegeven voor de bewuste openbaarmaking van het bewuste bestand preventief te filteren, ook als dit niet voorkomt op de door BREIN aangeleverde lijst. Wanneer blijkt dat de rechthebbende wél toestemming heeft gegeven, mag het desbetreffende materiaal natuurlijk op de website. Het is echter de verantwoordelijkheid van Mininova om dit te checken.
57. Mininova heeft opgemerkt dat de vordering voor zover deze ziet op ‘automatische verwijzingen’ te ruim geformuleerd zou zijn omdat gebruikers op de website van Mininova geen andere vorm van automatische verwijzingen dan torrent bestanden kunnen plaatsen. BREIN merkt op dat als andere vormen niet mogelijk zijn, de vordering dus ook niet te ruim geformuleerd is, maar als vanzelf op dit moment kennelijk alleen ziet op torrent bestanden. Voorts merkt BREIN op dat zij niet uitsluit dat – wanneer Mininova geen illegale torrent bestanden meer zou mogen aanbieden – Mininova op zoek zal gaan naar een technisch andere variant daarvan om haar business model, gebaseerd op het schenden van rechten van derden, te kunnen voortzetten. Ook in zoverre heeft BREIN wel degelijk belang bij de gevraagde vordering.

(Zie § 113 conclusie van repliek.)

58. Voor de duidelijkheid merkt BREIN nogmaals op dat de door haar gevorderde dwangsommen uitsluitend gekoppeld zijn aan de bestanden die op de lijst van BREIN voorkomen. Eerder in deze procedure heeft Mininova opgemerkt dat de vordering tot verbeurte van dwangsommen onvoldoende zijn bepaald nu de ‘door BREIN aangeleverde lijst’ niet is gespecificeerd. BREIN heeft er al eerder op gewezen dat dit ook geen zin zou hebben, aangezien er elke dag beschermde werken bij komen. Zou BREIN reeds in de dagvaarding een lijst met werken hebben gespecificeerd, zou deze op het moment van vonnis wijzen alweer zijn achterhaald. BREIN heeft nu als **productie 1 bij het pleidooi** een voorbeeld van de bedoelde lijst overgelegd.

(Zie § 116 conclusie van repliek.)

59. Het betreft een door Gfk opgestelde lijst van rond de 7000 titels van op dit moment commercieel beschikbare entertainment content, verspreid over de vier populairste categorieën Muziek (CD albums), TV (DVD TV), Film (DVD Film) en Games, met daarbij vermeld de bij BREIN aangesloten rechthebbende. Deze lijst is al en zal ook in de toekomst digitaal aan Mininova worden verschaft. BREIN zal elke week een digitale update van deze lijst aan Mininova verstrekken.

G. CONCLUSIE

60. Mininova is een professionele onderneming die veel geld verdient met een bewust gekozen business model dat in de praktijk is gebaseerd is op het schenden van rechten van derden. Mininova dient haar verantwoordelijkheid hiervoor te nemen en preventief te filteren op illegale bestanden en de kosten daarvoor te dragen. De vorderingen van BREIN zijn in het licht van de omstandigheden juridisch toelaatbaar, redelijk en uitvoerbaar. (Een specificatie van de gevorderde volledige advocaatkosten is opgenomen in **productie 5** bij pleidooi).