

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Responsabilidad de proveedores. Proveedor de servicios. Motor de búsqueda. Descarga e intercambio de archivos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Reino Unido

ORGANISMO: Tribunal Superior de Justicia, División de Equidad

FECHA: 29-3-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en <http://opinion.latimes.com/files/newzbin-ruling.doc>

OTROS DATOS: Twentieth Century Fox Film Corporation y otros vs. Newzbin Limited

SUMARIO:

“La presente es una acción por infracción de derecho de autor que surge de la operación de un sitio web denominado Newzbin en un sistema mundial de discusión por Internet denominado Usenet. Las demandantes son todas realizadoras y distribuidoras cinematográficas bien conocidas. Dicen que Newzbin se dedica a la piratería porque localiza y clasifica copias ilegales de películas y exhibe los títulos de esas copias en sus índices; brinda un servicio para que sus usuarios busquen copias ilegales particulares y exhibe los resultados; y brinda un simple mecanismo de un clic a través del cual los usuarios pueden adquirir las copias ilegales de su escogencia”.

“La demandada es la compañía propietaria y operadora de Newzbin. Dice que su sitio web es simplemente un motor de búsqueda como Google pero que se dirige a Usenet en lugar de Internet. También dice que es «agnóstico de contenido» y está diseñado para indexar todo el contenido de Usenet; cuando es posible, proporciona hipervínculos con el resultado, que cualquier suministro de material ilegal es un acto que ocurre exclusivamente entre el usuario del hipervínculo y los operadores de servidores de Usenet correspondientes y que la demandada no tiene ningún papel en ninguna actividad de este tipo”.

[...]

“El acceso a Newzbin está restringido a miembros, y la demandada acepta solicitudes de membresía sólo de usuarios que tienen una invitación de un miembro actual. La demandada ofrece dos niveles de membresía: membresía básica para la cual no hay tarifa, y membresía premium para aquellos usuarios que acuerdan pagar una tarifa de £0.30 por semana, sujeto a descuento en diferentes momentos del año. Sólo a los miembros premium se les da la capacidad de descargar los contenidos de archivos alojados usando Newzbin. A los miembros básicos simplemente se les proporciona lo que fue descrito en declaraciones como una «muestra» o «prueba» de lo que está disponible para los miembros premium. No hay duda de que la demandada ha desarrollado un negocio muy sustancial ...”.

[...]

“... uno de los términos y condiciones de Newzbin es que: «... Cuando actúe como editor, usted no puede realizar ningún acto que pudiese asistir, permitir, incitar o fomentar cualquier acto ilegal por cualquier otra persona. Ejemplos específicos pero no exhaustivos de tales actos serían la creación o edición de archivos NZB o NFO o hipervínculos a 'warez', películas o música sin licencia, pornografía infantil, u otras obscenidades ilegales, materiales terroristas o sobre drogas ilícitas. Estos no son ejemplos definitivos, y se prohíbe cualquier acto ilegal. Usted debe estar consciente de que podría exigírsele por ley asistir a los titulares de derecho de autor o autoridades a localizar a Editores que emprendan dichos actos» ...”.

“A mi juicio, esta advertencia es totalmente cosmética y los editores ni tienen la intención ni de hecho actúan de acuerdo a la misma”.

[...]

“El alegato de la demandada, ... es que sólo una fracción insignificante de la base de datos de la demandada se relaciona con contenido infractor. Estoy convencido de que esto no es cierto ...”.

[...]

“... no tengo dudas de que la demandada está y ha estado consciente por muchos años de que la gran mayoría de las películas en la categoría Películas de Newzbin son comerciales y por lo tanto muy posiblemente protegidas por derecho de autor, y que los miembros de Newzbin que usan su herramienta NZB para descargar esos materiales, incluyendo las películas de las demandantes, están violando ese derecho de autor”.

[...]

“... una persona que tiene bajo su control los medios por los cuales pueda cometerse una infracción –como una máquina fotocopidora- y que los pone a la disposición de otras personas, sabiendo o teniendo razones para sospechar que es posible que sean usados con el fin de cometer una infracción, y omite tomar medidas razonables para limitar su uso a fines legítimos, estaría autorizando cualquier infracción que resulta de su uso”.

[...]

“... la naturaleza de Newzbin ... y la interacción entre la demandada y sus miembros según se demuestra en los foros de intercambio, considero abrumadoramente posible que los miembros premium de la demandada han hecho uso de las herramientas a las que se han suscrito y que al hacerlo, un grupo de ellos ha descargado copias de las películas de las demandantes protegidas por derecho de autor, incluyendo aquellas específicamente identificadas en este procedimiento, todas las cuales son títulos populares”.

[...]

“... una gran proporción del contenido de la categoría Películas es comercial y por lo tanto muy posiblemente protegido por derecho de autor. Esto no ha llevado a la demandada a instalar algún tipo de sistema de filtro que ... podría haberse hecho fácilmente. Por el contrario, ha alentado activamente a sus editores a hacer informes sobre películas, los ha recompensado por hacerlo y les ha dado la instrucción y directriz de incluir los URL en sus informes y también conoce bien la práctica común de usar los NFO. Por las razones que he dado, considero que las restricciones contractuales sobre los editores y miembros en relación con infracciones de derecho de autor son una fachada”.

[...]

“... un miembro razonable deduciría a partir de las actividades de la demandada que aparenta tener la autoridad para otorgar cualquier permiso requerido para copiar cualquier película que el miembro pueda escoger en la categoría Películas de Newzbin y que la demandada ha permitido, consentido y aprobado el copiado de las películas de las demandantes, incluyendo cada una de las películas específicamente indicadas en estas actuaciones”.

[...]

“... una persona que instiga una infracción de derecho de autor es responsable conjunta y separadamente con el infractor. Asimismo, dos o más personas pueden participar con la intención común de cometer una infracción, incurriendo conjuntamente en responsabilidad”.

[...]

“... la demandada sabe bien que está poniendo a la disposición de sus miembros premium copias infractoras de películas, incluyendo las películas de las demandantes. En resumen, la demandante opera un sitio que está diseñado y tiene la finalidad de hacer copias infractoras de películas fácilmente disponibles para sus miembros premium; el sitio está estructurado de tal forma de promover dicha infracción guiando a los miembros premium a copias infractoras de su escogencia y luego brindándoles los medios para descargar esas copias infractoras ...; la demandada ha alentado e inducido a sus editores a hacer informes de películas protegidas por derecho de autor, incluyendo aquellas de las demandadas; adicionalmente la demandada ha asistido a sus miembros premium a cometer infracciones al darles asesoría a través de los foros de intercambio; la demandada se ha lucrado a partir de la infracción ...”.

“... La demandada efectivamente ha instigado y establecido una intención común con sus miembros premium para violar el derecho de autor de las demandantes”.

[...]

“... los miembros premium de la demandada efectivamente habían descargado las películas de las demandantes y claramente lo hicieron desde el lugar y en el momento individualmente escogido por ellos”.

[...]

“... la demandada ha intervenido de una forma muy importante para poner a la disposición las películas de las demandantes a una nueva audiencia, es decir, a sus miembros premium. Además lo ha hecho brindando un sistema técnico y editorial sofisticado que permite a sus miembros premium descargar todos los mensajes componentes de la película de su escogencia presionando un botón, y así evita días de esfuerzo (potencialmente infructuoso) en buscar reunir todos esos mensajes por ellos mismos. En consecuencia, no tengo dudas de que los miembros premium de la demandada consideran que Newzbin está poniendo a su disposición las películas en el índice Newzbin. Además, la demandada ha prestado su servicio con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos. A mi juicio se desprende de lo anterior que la demandada efectivamente puso a la disposición de sus miembros premium las películas protegidas por derecho de autor de las demandadas y de esa forma las comunicó al público”.

“La demandada es responsable ante las demandantes por la violación de su derecho de autor porque autorizó la copia de las películas de las demandantes; instigó y se involucró con sus miembros premium con la intención común de copiar las películas de las demandantes; y comunicó al público las películas de las demandantes”.

[...]

“... la demandada ha llevado a cabo una deliberada línea de conducta sabiendo bien que la amplia mayoría de los materiales en la categoría Películas de Newzbin son comerciales y por lo tanto posiblemente protegidas por derecho de autor, y que los usuarios de Newzbin que descargaron esos materiales están violando ese derecho de autor. El tribunal que conoce una solicitud de reparación por daños debería considerar esas observaciones al considerar si la justicia del caso exige el otorgamiento de una reparación adicional por daños y perjuicios”.

[...]

“... la Ley da al tribunal la facultad de otorgar una medida cautelar contra un proveedor de servicios que tenga conocimiento real de otra persona que use el servicio para violar el derecho de autor”.

COMENTARIO: Los párrafos que anteceden permiten tener una visión general de lo resuelto por el Tribunal, pero bien vale la pena la lectura del texto completo, no sólo por los detalles técnicos explicativos del sistema operado por la demandada, sino también por el importante arsenal de jurisprudencia que le sirvió de apoyo a la decisión, especialmente en los aspectos conceptuales. Como en los casos estadounidenses “Napster” y “Grokster” (también reseñados en esta compilación de jurisprudencia), no se trata acá de una sentencia definitiva, sino de un auto preliminar con miras a autorizar la adopción de medidas cautelares, aunque los extensos

razonamientos de la decisión permiten avizorar lo que sería un pronunciamiento sobre el fondo en caso de iniciarse o continuarse el juicio principal. Como en los antecedentes estadounidenses, queda claro en esta decisión provisional que las exenciones de responsabilidad para los operadores de servicios en la *Internet* no es en modo alguno absoluta, sino que puede prosperar en determinadas circunstancias, entre otras, si tienen conocimiento de la infracción, cuando existe la posibilidad de purgar el material infractor y no lo hacen, si cooperan o coadyuvan en la comisión del ilícito, cuando obtienen beneficios económicos gracias a la conducta infractora de otros o si inducen a terceros a la violación de derechos ajenos. A diferencia de decisiones dictadas en los Estados Unidos y en países del continente europeo, el fallo británico no hace mayor énfasis en el derecho de reproducción, no obstante que el almacenamiento electrónico es el primero de los derechos infringidos por los usuarios (y si el material queda almacenado en el servidor del proveedor de servicios, también por éste), mientras que el Tribunal de Gran Instancia de París (14-8-1996), sí había declarado que *“quien memoriza sin autorización en su computadora personal conectada a Internet una obra protegida, la reproduce y propicia su utilización colectiva”* y la Corte de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos (12-2-2001) que *“los usuarios de Napster que descargan ficheros conteniendo música protegida violan los derechos de reproducción de los demandantes”*. En lo que sí hay coincidencias con muchos otros casos es en el conocimiento de la infracción por parte de la accionada, cuando el Juez británico señala que *“no tengo dudas de que la demandada está y ha estado consciente por muchos años de que la gran mayoría de las películas en la categoría Películas de Newzbin son comerciales y por lo tanto muy posiblemente protegidas por derecho de autor”* y en el mismo sentido la Corte Federal de Australia (5-9-2005), al afirmar que *“los demandados sabían que la utilización predominante de Kazaa consistía en compartir material que infringía el derecho de autor”*. El argumento planteado por la demandada en el caso que se reseña, en el sentido de que *“sólo una fracción insignificante de la base de datos de la demandada se relaciona con contenido infractor”*, desechado por el Juez londinense, también fue rechazado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (27-6-2005), en el asunto *“Grokster”*, cuando dijo que *“a pesar de que los demandados no conozcan el momento en que los archivos en particular son copiados, unas cuantas búsquedas a través de su programa les permitiría saber lo que está disponible en las redes”*, pues *“cerca del 90% de los archivos disponibles para su descarga en el sistema, eran obras protegidas por el derecho de autor”*. El provecho económico directo de la demandada en el caso que nos ocupa resulta evidente, porque cobraba una suscripción a sus clientes *“Premium”* (y de allí que la decisión provisional exprese que *“la demandada se ha lucrado a partir de la infracción”*), pero también se le ha ubicado en otros casos a través del beneficio indirecto, como en los ingresos derivados de anuncios publicitarios, pues en términos de la Audiencia Provincial de Madrid (9-2-2006), *“se desprende claramente la existencia de publicidad en la página Web, y es claro que cuanto mayor sea el número de visitas a la página, mayor será el interés de ser anunciado en la página en cuestión. Actividad esta que sin duda se realiza con ánimo de lucro ...”*. La responsabilidad por contribución se refleja en el fallo británico, cuando dice que *“... una persona que tiene bajo su control los medios por los cuales pueda cometerse una infracción [y] los pone a la disposición de otras personas, sabiendo o teniendo razones para sospechar que es posible que sean usados con el fin de cometer una infracción, y omite tomar medidas razonables para limitar su uso a fines legítimos, estaría autorizando cualquier infracción que resulta de su uso”*, en similares términos que lo sentenciado por la Corte de Apelaciones del 9º Circuito en el caso *“Napster”*, cuando resolvió que *“si un operador de un sistema de ordenador sabe de material infractor específico disponible en su sistema y deja de purgar dicho material en el sistema, el operador tiene conocimiento y contribuye a una infracción directa”*. Otro aspecto analizado por la decisión que se reseña es el de la responsabilidad por inducción, al afirmar que *“la demandada efectivamente ha instigado y establecido una intención común con sus miembros premium para violar el derecho de autor de las demandantes”*, en términos equivalentes a los utilizados por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el asunto *“Grokster”*, cuando dijo que *“la infracción concurrente se produce intencionalmente al inducir o fomentar la infracción”*. Es de hacer notar que en varios casos algunos proveedores de servicios en la *Internet* han pretendido eludir su responsabilidad en razón

de que han colocado “advertencias” a sus suscriptores acerca del respeto al derecho de autor (o tal aviso figura en los términos de la aceptación de las condiciones de ingreso, al hacer “clic” en el espacio correspondiente), pero esa defensa no convenció al Juez inglés, quien dijo que “esta advertencia es totalmente cosmética”, pues la conducta más generalizada en los usuarios de la red es a no leer esas advertencias (colocadas casi siempre en letras muy pequeñas) o aceptan las condiciones de ingreso sin dar lectura a sus términos. Por último, es de destacar en el fallo británico el detallado estudio que hace de la Directiva Europea 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (conocida como “Directiva de la Sociedad de la Información”), a los efectos de concluir que los usuarios suscritos a los servicios de la demandada efectuaron actos de comunicación al público, en su modalidad de “puesta a disposición”, pero también que “la demandada efectivamente puso a la disposición de sus miembros premium las películas protegidas por derecho de autor de las demandadas y de esa forma las comunicó al público”. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.

TEXTO COMPLETO:

EN EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA,

DIVISIÓN DE EQUIDAD

Royal Courts of Justice

Strand, London, WC2A 2LL

Fecha: 29 de marzo de 2010

Ante: SU SEÑORÍA, JUEZ KITCHIN

Entre: (1) TWENTIETH CENTURY FOX FILM CORPORATION; (2) UNIVERSAL CITY STUDIOS PRODUCTIONS LLLP; (3) WARNER BROS. ENTERTAINMENT INC.; (4) PARAMOUNT PICTURES CORPORATION; (5) DISNEY ENTERPRISES, INC.; (6) COLUMBIA PICTURES INDUSTRIES, INC.,
Demandantes, y NEWZBIN LIMITED,
Demandada

**Adrian Speck (designado por Wiggin LLP)
por las Demandantes**

**David Harris y Jane Lambert (designados
por Kirwans Solicitors) por la Demandada**

**Fechas de audiencia: 1-3, 8, 10 de febrero, 2,
3 de marzo de 2010**

Juez Kitchin:

Introducción

1. La presente es una acción por infracción de derecho de autor que surge de la operación de un sitio web denominado Newzbin en un

sistema mundial de discusión por Internet denominado Usenet. Las demandantes son todas realizadoras y distribidoras cinematográficas bien conocidas. Dicen que Newzbin se dedica a la piratería porque localiza y clasifica copias ilegales de películas y exhibe los títulos de esas copias en sus índices; brinda un servicio para que sus usuarios busquen copias ilegales particulares y exhibe los resultados; y brinda un simple mecanismo de un clic a través del cual los usuarios pueden adquirir las copias ilegales de su escogencia.

2. La demandada es la compañía propietaria y operadora de Newzbin. Dice que su sitio web es simplemente un motor de búsqueda como Google pero que se dirige a Usenet en lugar de Internet. También dice que es “agnóstico de contenido” y está diseñado para indexar todo el contenido de Usenet; cuando es posible, proporciona hipervínculos con el resultado, que cualquier suministro de material ilegal es un acto que ocurre exclusivamente entre el usuario del hipervínculo y los operadores de servidores de Usenet correspondientes y que la demandada no tiene ningún papel en ninguna actividad de este tipo.

3. El juicio ha seguido un curso bastante inusual. El Sr. Speck, designado por Wiggin LLP, compareció a lo largo del procedimiento en representación de las demandantes. El Sr. Harris, designado directamente, compareció originalmente en representación de la demandada. El 10 de febrero de 2010, luego del cierre del lapso probatorio, la demandante

solicitó un aplazamiento para designar abogados y una nueva defensa porque se supo que el Sr. Harris había adquirido acciones en la demandada y porque no se sentía capaz de representar a la demandada a la luz de forma en la que la causa se había desarrollado y de las pruebas que habían surgido. Por tales razones pronuncié una sentencia corta en esa fecha y admití la solicitud. Poco después Kirwans Solicitors y la Sra. Lambert fueron designados y el procedimiento se reinició el 2 de marzo de 2010.

4. Antes de tratar los diversos alegatos detallados de las demandantes y las respuestas de la demandada, debo explicar la naturaleza del sistema Usenet y la estructura de Newzbin. También debo tratar si y en qué medida Newzbin está diseñado para poner a la disposición copias infractoras y lo hace efectivamente. La naturaleza de Usenet y la estructura básica de Newzbin no fueron objeto de litigio. Como es lógico, los otros asuntos fueron más contenciosos, algunos en gran medida, e involucraron disputas fundamentales entre las partes cuya resolución depende de mi determinación de la credibilidad de los testigos de las demandadas.

El sistema Usenet

5. Las demandantes llamaron al Sr. Andrew Clark como testigo experto, quien está empleado como Director de Informática Forense en Detica Limited, especializada en el diseño, implementación y análisis de sistemas informáticos y software. No se hicieron críticas al Sr. Clark, lo cual es justo. Estaba bien calificado para asistirme en relación con aquellos asuntos sobre los que rindió declaración, y me parece un testigo cuidadoso y objetivo. En su informe, el Sr. Clark proporcionó una visión general de Usenet. Nada fue objetado.

6. Usenet permite a sus usuarios cargar y examinar mensajes en un equivalente electrónico a tableros de anuncios públicos. Fue desarrollado a comienzos de los años ochenta y precede a la world wide web en alrededor de 10 años. Fue diseñado originalmente sólo para soportar contenido de

texto, pero posteriormente evolucionó para soportar contenido que no es de texto (generalmente denominado "binario").

7. Los individuos que cargan o publican mensajes (algunas veces denominados "anuncios" o "artículos") en el sistema o que descargan mensajes del sistema son denominados usuarios de Usenet. La infraestructura para es sistema es suministrada por servidores de Usenet que están interconectados para permitir que los mensajes sean compartidos entre ellos. Los servidores almacenan el contenido cargado en una jerarquía de grupos de noticias que son denominados según sus contenidos. Actualmente hay más de 100.000 grupos de noticias disponibles de manera general en Usenet.

8. Los servidores de Usenet son operados por empresas conocidas como Proveedores de Servicios de Internet ("PSI") o Proveedores de Servicios de Usenet ("PSU") para beneficio de sus subscriptores. Los distintos proveedores suministran distintos niveles de servicio, por ejemplo, en cuanto al número de grupos de noticias que ponen a la disposición y el período durante el cual los mensajes son retenidos en esos grupos de noticias. Típicamente, los PSI llevan sólo un número limitado de los grupos de noticias más populares, mientras que los PSU proveen acceso al conjunto completo de grupos de noticias por un tiempo relativamente largo. Los principales proveedores incluyen Giganews, Astraweb y Binverse. A los fines de conducir sus investigaciones, el Sr. Clark usó Giganews.

9. Según se me ha indicado, los servidores de Usenet están conectados a una red de comunicaciones común. Cada uno ejecuta un protocolo que le permite sincronizar su contenido con todos los demás servidores. El mismo protocolo permite a los usuarios que se conectan a ese servidor publicar o recuperar mensajes. El proceso de sincronización ocurre regularmente a lo largo de todos los días.

10. El contenido publicado por usuarios en un grupo de noticias es generalmente clasificado como texto o binario. Los materiales de texto

esencialmente comprenden caracteres alfanuméricos y están diseñados para ser leídos por otros usuarios sin procesamiento adicional. Los materiales binarios incluyendo películas, tienen a ser sustancialmente de mayor tamaño que los materiales de texto y requieren procesamiento en dos formas, lo que refleja el hecho de que Usenet estaba sólo diseñado para tratar con mensajes de texto de tamaño relativamente pequeño. Primero, necesitan ser codificados en una forma de texto y segundo, necesitan ser divididos en múltiples partes para que puedan ser publicados como un conjunto de mensajes individuales pero relacionados. Como explicaré mas adelante, esto tiene consecuencias importantes para los usuarios.

11. Generalmente un usuario necesita un sistema denominado cliente de noticias para publicar mensajes en o para descargar mensajes desde grupos de noticias en un servidor alojado por un proveedor de servicios con el que él tiene una suscripción. Entre los clientes de noticias comúnmente usados se incluyen Outlook Express, Thunderbird y Grabit. Un usuario interactúa con su cliente de noticias de la siguiente forma. Primero, ingresa detalles de su servidor de escogencia. Luego selecciona los grupos de noticias a los cuales le gustaría tener acceso y en los cuales publicaría o desde los cuales descargaría mensajes. Una vez que ha seleccionado uno o más grupos de noticias, está en posición de descargar algunos o todos los encabezados de los mensajes en ese grupo de noticias y posteriormente, descargar el cuerpo de cualquier mensaje particular. Esto se realiza generalmente haciendo clic sobre su encabezado.

12. Publicar anuncios también es relativamente sencillo. El usuario puede escoger entre crear una nueva discusión o responder mensajes en una discusión existente. Una vez que ha publicado un mensaje en un grupo de noticias, el servidor al que está conectado asegura que sea sincronizado con todos los demás servidores y así se pone a la disposición de todos los usuarios de ese grupo de noticias, independientemente de los servidores a los que esos usuarios puedan estar conectados.

13. Ahora debo explicar un poco más sobre la división de archivos binarios. Esto es llevado a cabo frecuentemente mediante un mecanismo conocido como codificación RAR. En resumen, un gran archivo de, por ejemplo, una película, es primero dividido en una serie de partes más pequeñas denominadas archivos RAR (típicamente hasta cien), cada uno de los cuales es a su vez dividido en cincuenta o más mensajes. Cada uno de esos mensajes es publicado en el grupo de noticias separadamente. Como resultado, la película es distribuida a través de un número significativo de mensajes, quizás cientos o miles. Si un usuario desea descargar una copia de una película, debe identificar cada uno de esos mensajes en una lista de mensajes disponibles en el servidor Usenet al que tiene acceso. El servidor normalmente lista esos mensajes en el orden en el que los ha recibido con el resultado de que los mensajes que comprenden una película publicados por un usuario se mezclan con otros mensajes agregados al grupo de noticias durante el tiempo requerido para completar la publicación de la película original. Cada archivo de mensaje debe descargarse en archivos RAR apropiados y luego éstos deben ser ensamblados para formar la copia completa.

El sitio Newzbin - general

14. Newzbin es dirigido por Chris Elsworth (conocido como "Caesium"), Thomas Hurst (conocido como "Freaky") y Lee Skillen (conocido como "Kalante") quienes eran, hasta hace poco, los accionistas y directores de la demandada. Menciono sus seudónimos porque con frecuencia aparecen en los diversos materiales relacionados con Newzbin que fueron mencionados en el curso del juicio. El Sr. Elsworth y el Sr. Hurst rindieron declaración y, particularmente en el caso del Sr. Elsworth, fueron sujetos a un exhaustivo e inquisitivo proceso de repreguntas a la luz del cual se realizaron ataques sustanciales a su credibilidad. Trataré esos ataques en el contexto de las disputas que resultaron de sus declaraciones.

15. El acceso a Newzbin está restringido a miembros, y la demandada acepta solicitudes

de membresía sólo de usuarios que tienen una invitación de un miembro actual. La demandada ofrece dos niveles de membresía: membresía básica para la cual no hay tarifa, y membresía premium para aquellos usuarios que acuerdan pagar una tarifa de £0.30 por semana, sujeto a descuento en diferentes momentos del año. Sólo a los miembros premium se les da la capacidad de descargar los contenidos de archivos alojados usando Newzbin. A los miembros básicos simplemente se les proporciona lo que fue descrito en declaraciones como una "muestra" o "prueba" de lo que está disponible para los miembros premium. No hay duda de que la demandada ha desarrollado un negocio muy sustancial. Tiene una infraestructura sofisticada y sustancial y de unos 700.000 miembros, aunque no todos son premium. Su contabilidad revela que para el año que cerró el 31 de diciembre de 2009, tenía una facturación de más de un millón de libras, una ganancia de más de £360.000 y dividendos pagados de £415.000 por acciones comunes.

16. Al iniciar la sesión, los miembros premium pueden establecer su configuración de preferencia en cuanto a limitar su vista a solo contenido binario (denominado "Binarios"), sólo discusiones de texto (denominadas "Boletines") o ambos. La configuración predeterminada es para contenido binario. Como se evidenciará, la funcionalidad de este sitio en relación al contenido binario está significativamente más desarrollada que en relación al contenido de texto. Se introdujeron como prueba copias de una serie de páginas de Newzbin. Algunas se hicieron en verano de 2008, otras en otoño e invierno de 2009 y otras más en enero de 2010.

17. Actualmente al iniciar la sesión, un miembro es recibido por una página y mensaje de bienvenida. La primera parte del mensaje indica:

"Bienvenido a Newzbin.com, la búsqueda de Usenet más completa que existe hoy en la Internet.

Nuestro servicio comprende el listado de lo que está actualmente disponible en Usenet, en dos

formas: la vista de Informes, que ha sido condensada para mostrarle precisamente lo que está disponible; y la vista de Archivos, que le muestra todo lo que ha sido publicado, en todos los grupos de noticias*, por los últimos 240 días".

18. Como se verá, el servicio de 240 días aplica sólo al contenido binario.

19. En la parte inferior de la página, aparece esta declaración:

"Newzbin indexa los contenidos de Usenet. Sin embargo, no proporciona ni carga ninguno de los archivos que puedan estar ahí contenidos. Cualesquiera descripciones son el resultado de indexación y por lo tanto no están vinculadas a archivos descargables".

20. El texto proporciona un vínculo a "documentación". Haciendo clic sobre este vínculo se abre una nueva página y se permite al usuario acceder a una guía del usuario y documentos relacionados que pueden ser editados en línea usando lo que se conoce como un sistema "wiki". La sección de "Nociones para el Principiante" incluye este texto:

"Newzbin es un servicio que se dedica a indexar los contenidos siempre cambiantes de Usenet, también conocidos como Grupos de Noticias. La razón por la que lo hacemos es para eliminar el fastidio de pasar a través de los miles de grupos de noticias y millones de encabezados para encontrar lo que usted está buscando, sea música desconocida, shows de televisión, juegos o películas. Piense en nosotros como una guía de televisión, pero somos una guía que aplica a Usenet. Newzbin también ofrece muchas características y herramientas adicionales que pueden ahorrarle tiempo, ancho de banda y esfuerzo".

21. Debe notarse que todos estos materiales son binarios. Poco más adelante, bajo el encabezado "Lo que es Newzbin", la página continúa:

"Como se mencionó en la breve descripción, Newzbin indexa el lado binario de Usenet.

Somos un motor de búsqueda – ¡tal como Google!"

22. Una vez más, esta descripción se enfoca claramente en el contenido binario.

El sitio Newzbin – contenido binario

(i) Índices Newzbin

23. Newzbin recoge poca información sobre mensajes publicados en un rango de grupos de noticias de Usenet. Esta poca información, denominada "encabezado", identifica la dirección de correo electrónico del usuario que publicó el mensaje, la fecha y lugar en el que el mensaje fue publicado, el grupo de noticias o conjunto de grupo de noticias en el que el mensaje fue publicado, la materia o tópico del mensaje, un código para identificar el mensaje y finalmente el patrón de servidores que ha seguido cualquier copia particular del mensaje. Newzbin procesa y almacena esta información de encabezado en tres índices principales: el índice "RAW", el índice "Condensado" y el índice "Newzbin".

24. El índice RAW lista automáticamente archivos individuales de una película, programa de televisión u otro contenido binario particular localizado por Newzbin. En efecto, cada archivo es el equivalente de un archivo RAR y comprende una recopilación de un número de mensajes individuales, cada uno de los cuales es un fragmento de una obra única publicada en Usenet. Pero también se desprende que cualquier obra particular (como una película) identificada en el índice RAW puede comprender varios, quizás cientos de esos archivos.

25. Se evidencia por el contenido del índice RAW y por el software que la demandada ha revelado que la parte del sistema que trata con el contenido binario busca sólo grupos de noticias binarios y filtra cualesquiera mensajes publicados en esos grupos de noticias que sin embargo puedan ser texto. El índice RAW también clasifica el contenido que ha sido localizado. Entonces, por ejemplo, el contenido puede ser clasificado como "películas" o "TV".

26. El índice Condensado tiene menos entradas que el índice RAW y sus contenidos son otra vez producidos automáticamente identificando todos los archivos (y también todos los mensajes) que conforman una copia de una película, programa de televisión u otra obra particular y reúne esa información bajo una sola entrada. Una vez más, el contenido es clasificado.

27. El índice Newzbin es el índice que mayor nivel y muestra entradas que también han sido asignadas a lo que Newzbin denomina "informes". Estos son creados por un equipo de aproximadamente 250 "editores" que revisan que el objeto del informe se relacione con un grupo completo de mensajes de Usenet. El índice de Newzbin lista los informes por nombre de la película u otra obra en cuestión. Los editores actúan en efecto, como un sistema de control de calidad y aseguran que todos los mensajes individuales que comprenden una copia de una película u otra obra binaria hayan sido identificados. También agregan información descriptiva adicional como el título y tamaño de archivo total y detalles de otros atributos como fuente, género e idioma de la obra. En el caso de entradas relacionadas con películas, los informes típicamente proporcionan al usuario un vínculo a una dirección de Internet ("URL") con otra información disponible sobre esa obra. Tales URL pueden vincularse a los sitios web de Amazon o la exhaustiva base de datos de películas conocida como IMDb. Los informes con frecuencia incluyen una información o archivo "NFO" en el que es común que quienes publican copias infractoras de películas o programas de televisión se identifiquen a sí mismos para atribuirse el mérito de crear la copia en cuestión.

28. Los informes de contenido binario de Newzbin parecen ser mantenidos por 240 días, según se indica en la pantalla de bienvenida de Newzbin.

(ii) Archivos NZB

29. Paso ahora a un elemento crucial de Newzbin. La demandada ha desarrollado un instrumento para miembros premium para crear

lo que el sitio identifica como archivos "NZB". En el caso de contenido binario, cada archivo NZB contiene toda la información que un cliente de noticias requiere para buscar todos los mensajes Usenet y reensamblar la obra binaria original a partir de sus partes componentes. El Sr. Clark describe cómo funciona en la práctica. Usando la vista de índice Newzbin, un archivo NZB file puede ser recuperado usando una de dos técnicas; primero, haciendo clic sobre la casilla de verificación en la entrada relevante y luego haciendo clic en el botón "Crear NZB" en la parte superior de la página; segundo, simplemente haciendo clic en el ícono "Descargar Informe NZB" en la entrada relevante. En cualquier caso, el archivo es creado y entregado en la computadora del usuario. El Sr. Clark demostró esto con referencia a una película de Harry Potter. Seleccionó la entrada de "Harry Potter and the Prisoner of Azkaban (2004)" seleccionando la casilla de verificación con respecto a esa entrada y luego hizo clic en el botón "Crear NZB". Apareció una casilla de diálogo en su pantalla dándole la opción de guardar el archivo NZB o abrirlo con la aplicación de un tercero. Él escogió abrir el archivo usando GrabIt. Luego seleccionó una opción adicional en la casilla de diálogo que indicaba que cuando se accediera a un archivo NZB en el futuro, GrabIt se usaría automáticamente. Efectivamente accedió un archivo NZB para la misma película de Harry Potter y la aplicación GrabIt comenzó a ejecutarse inmediatamente. El resultado final fue un conjunto de archivos aptos para ser quemados en un DVD y que podría ser visto en un reproductor de DVD típico.

30. Como el Sr. Clark explicó adicionalmente, si un usuario deseara recuperar un grupo tan grande de archivos directamente de Usenet, tendría que identificar todos los mensajes que incorpora, descargarlos uno por uno y luego usar una aplicación de software separada para ensamblarlos juntos. Esto claramente sería una tarea inconveniente y engorrosa y tomaría días en lograrse. También podría ser extremadamente frustrante, como lo indicó el mismo Sr. Elsworth. Un usuario podría gastar una gran cantidad de tiempo y esfuerzo descargando la mayoría de los mensajes sólo

para descubrir que faltaba un mensaje, la pieza final del rompecabezas. En ese caso, se le impediría reconstituir la obra y sus días de esfuerzo se habrían perdido.

31. Es posible obtener contenido de Usenet a partir de los índices RAW y Condensado usando la misma herramienta NZB, aunque en el caso del índice RAW el miembro necesitaría identificar por sí mismo todos los archivos que comprenden cualquier obra particular antes de hacer clic en el botón "Crear NZB", y en el caso del índice Condensado, no tendría el beneficio del informe Newzbin asociado o la seguridad de conocer un editor que haya verificado que todos los mensajes necesarios han sido efectivamente identificados.

(iii) Categorías de contenido

32. Newzbin permite a un miembro premium buscar sus índices haciendo referencia a diversas categorías en la que se agrupan los mensajes de Usenet que ha recuperado. En lo que respecta al contenido binario, hay categorías para "Animé" (películas animadas producidas en Japón), "Apps" (software de aplicaciones), "Libros" (tanto libros de audio como formatos para lectores de libros electrónicos), "Consolas" (videojuegos para consolas de juego específicas), "Emulación" (videojuegos reproducibles en una PC usando un programa que permite que la PC emule una consola de juegos), "Juegos" (videojuegos reproducibles en una PC), "Misc", "Películas", "Música", "PDA" (software o archivos de contenido reproducibles en un asistente digital personal o un dispositivo informático de mano, como un BlackBerry o un iPhone), "Recursos" (material de recursos creativos como tipos de caracteres y galería multimedia) y "TV".

33. Cuando un miembro busca contenido binario en el índice Newzbin, puede desglosar en número de estas categorías en diversas subcategorías. Durante el juicio se prestó particular atención a la categoría "Películas". Esta se clasifica a su vez en "Fuente" (por ejemplo "CAM", "Screener", "Telesync", "R5 Retail", "Blu-Ray", "DVD" y "HD-DVD"), "Video Fmt" (por ejemplo "DivX", "XviD", "Blu-Ray" y "HD-DVD"), "Región", "Video Género", "Audio

Fmt", "Idioma" y "Subtítulos". La Srta. Sidhu, una testigo de las demandantes e investigadora interna empleada de la Federation Against Copyright Theft Limited ("FACT"), dijo en una declaración no controvertida que varias de estas subcategorías de fuente son una fuerte indicación de piratería. Por ejemplo, CAM típicamente se refiere al uso de una cámara de mano o videograbadora en una sala de cine para grabar una película que ahí se presenta; Screener se refiere a una copia de una película proporcionada de manera restringida a personas dentro de la industria, como críticos, antes de que la película se estrene comercialmente; Telesync se refiere a una copia de una película hecha en un cine usando equipo profesional de cámaras y una conexión directa a la fuente de sonido, y a veces con la tasa de captura de cuadros de la cámara sincronizada con la de la película que se está proyectando; y R5 Retail se refiere a DVD estrenados en Rusia antes de su estreno comercial en cualquier otra parte. La Srta. Sidhu también explicó que cuando la fuente del contenido indexado es un disco óptico disponible en el mercado, como un DVD, aunque la fuente sea con frecuencia legítima, la carga de una copia de esa película del disco a Usenet y el copiado en línea de la misma no será legal. Además, los formatos de video DivX y XviD al menos, son formatos usados comúnmente asociados con la piratería de contenido audiovisual.

(iv) Editores

34. Como he mencionado, el trabajo de crear informes de contenido binario es realizado por un equipo de editores. Se les anima a hacer tantos informes como sea posible y Newzbin contiene una tabla de sus desempeños. Aquellos interesados en convertirse en un editor deben llenar un formato de solicitud disponible en Newzbin. Estas solicitudes son revisadas por un equipo de alrededor de seis editores senior, también conocidos como "administradores editores" o "Ed Admins". Los administradores editores generalmente dirigen y brindan ayuda a editores y tienen permiso para editar sus informes. Los administradores

editores reciben pago, aunque a discreción de la demandada y no regularmente.

35. En una sección titulada "Editor: Información Básica" se da una descripción general de lo que implica ser un editor. Incluye (en una página tomada de Newzbin en enero de 2010):

"¿Qué hacen los Editores?"

Los editores agrupan y dan nombre a publicaciones en Usenet

Básicamente, Newzbin recoge encabezados de todos los grupos de noticias binarios (bueno, agregamos nuevos todo el tiempo, a medida que los encontramos) en Usenet. Estos títulos con frecuencia son crípticos o por lo menos no son muy legibles.

Una función del editor es 'decodificar' estos títulos en algo un poco más legible para usted, miembro de Newzbin, para que pueda buscar y mirar lo que está en Usenet rápida y fácilmente.

...

Detalles del Cargo

Una vez que usted ha sido nombrado Editor, usted verá algunas características y páginas nuevas en el sitio. La más importante es la vista Archivos de Usenet; ésta es muy similar a lo que ve en un lector de noticias después de cargar encabezados. Recogemos encabezados de todos los grupos binarios en Usenet para que no haya necesidad de que usted haga lo mismo.

Armado con esta información, usted puede condensar la información en Informes Newzbin. La mayoría de la gente no quiere sentarse y escudriñar entre tanta información, por lo que su trabajo es hacerlo más agradable de leer. Una vez que usted ha hecho un Informe Newzbin, su información aparecerá en el lado público del sitio disponible para todo el mundo para su lectura; por lo tanto usted ayudará directamente a controlar lo que mostramos".

36. El sitio también contiene una serie de documentos que conjuntamente comprenden

una guía para los editores sobre cómo crear informes que, en el caso de películas, deberían incluir fuente, formato de video y un vínculo URL a una base de datos de películas como IMDb o Amazon. La guía incluye este texto, también tomado de Newzbin en enero de 2010:

"Tenemos un equipo bastante grande de editores en Newzbin.com (alrededor de 250 editores).

Informamos publicaciones porque nos gusta ayudar a otra gente.

Los nuevos editores obtienen características premium y permiso para hacer informes regularmente. A mayor cantidad de publicaciones que haga, mayor cantidad de permisos obtendrá como editor. Los editores senior tienen permiso para editar los informes de otros editores, borrar informes completos, La lista completa de todos los permisos disponibles pueden encontrarse aquí.

.....

Con frecuencia, encontrar una página web relacionada con una publicación ayuda a determinar el título adecuado, mostrar canciones faltantes en álbumes, y de manera general mejorar la exactitud de un informe. A esos fines hemos establecido una nueva regla para los editores:

Los informes de nuevos editores DEBEN incluir un URL relevante.

Aunque agregar un URL es opcional para editores que ya no son nuevos, de todas maneras es bueno incluirlo y altamente recomendado en el caso de películas. Hay una lista de vínculos útiles en otros lugares".

37. También se le dice a los editores:

"La gente busca en nuestro sitio películas, juegos y aplicaciones, principalmente en ese orden. ¿Por qué tener las otras secciones? Porque si se eliminaran la gente preguntaría ¿por qué no tienen libros electrónicos? Si le interesan los libros electrónicos lo suficiente como para informarlos, entonces no le

importará hacerlo por un crédito mínimo. Usted hace informes de esas secciones porque usted quiere.

Por otra parte, si usted hace informes de películas, usted es recompensado por eso porque queremos que usted informe sobre películas más que sobre libros electrónicos. Los libros electrónicos son usualmente casos de un archivo = una publicación. No tiene sentido copiar el nombre del archivo a partir de la materia y ponerlo en el título de la publicación y hacer un informe. Si la gente quiere buscar libros electrónicos, puede cambiar a modo de archivos y buscar ahí. Usted beneficiará a la comunidad entera MUCHO más haciendo publicaciones de películas y decodificando los nombres de archivos crípticos que la gente inventa".

38. Esta instrucción revela que la demandada está consciente de que los usuarios están primordialmente interesados en películas y constituye un estímulo e incentivo a sus editores para que se concentren en películas para hacer sus informes. La Srta. Sidhu también resaltó la siguiente directriz en cuanto a cómo los editores deberían llenar la casilla de diálogo cuando creen un informe:

"Títulos consistentes y bien formateados son muy importantes para la calidad del sitio. (...) A continuación algunas reglas que aplicarán a todos los informes salvo lo especificado en otra guía de formateo de títulos.

Cuando se agreguen etiquetas de información o completitud a títulos de informes, use:

CD para Disco Compacto

DVD para Digital Versatile Disc

BD para Blu-Ray Disc

HD para High Definition Digital Versatile Disc (HDVD)

[] – Use corchetes para agregar información sobre el estatus/completitud de un informe...

() – Use paréntesis para agregar información sobre el contenido incluido en el informe...

AAAA-MM-DD –formato de fecha estándar dentro de () o no

[] viene después de ()

Si no está seguro de cómo crear un título adecuado, pregunte en #edcentral o busque informes similares e imítelos.

...

Para títulos de películas, use el título imdb principal incluyendo el año, pero mueva 'The' o 'Le' al frente. No incluya /I o las citas que significan película hecha para televisión. No agregue títulos alternativos

Para títulos de películas con información adicional, el formato debería ser: Título (AÑO) (información adicional)"

39. Aquí, nuevamente, se proporciona a los editores directrices específicas sobre cómo hacer informes sobre películas, incluyendo instrucciones en cuanto al uso adecuado de etiquetas. Para alentarlos y ayudarlos, se les proporciona a los editores vínculos útiles, incluyendo vínculos a "IMDb – Used to look up movies and IMDb numbers" y "VCDQuality – Info on movie releases, mostly screeners ..."

40. Newzbin también contiene una larga sección que contiene listas de películas bajo el título "The Superset: Shows You Are Likely To See Posted" – y éstos son claramente estrenos comerciales que muy posiblemente están protegidos por derecho de autor.

41. En claro contraste con lo anterior, uno de los términos y condiciones de Newzbin es que:

"... Cuando actúe como editor, usted no puede realizar ningún acto que pudiese asistir, permitir, incitar o fomentar cualquier acto ilegal por cualquier otra persona. Ejemplos específicos pero no exhaustivos de tales actos serían la creación o edición de archivos NZB o NFO o hipervínculos a 'warez', películas o música sin licencia, pornografía infantil, u otras

obscenidades ilegales, materiales terroristas o sobre drogas ilícitas. Estos no son ejemplos definitivos, y se prohíbe cualquier acto ilegal. Usted debe estar consciente de que podría exigírsele por ley asistir a los titulares de derecho de autor o autoridades a localizar a Editores que emprendan dichos actos".

42. A mi juicio, esta advertencia es totalmente cosmética y los editores ni tienen la intención ni de hecho actúan de acuerdo a la misma. Primero, la advertencia es inconsistente con las subcategorías dentro de la categoría Películas del índice Newzbin, muchas de las cuales son una fuerte indicación de piratería, como lo he explicado. Segundo, no se discute que los grupos de noticias que Newzbin busca incluyen un número de los que se conocen como grupos de noticias "warez", como "alt.binaries.warez", "alt.binaries.warez.uk.movies" y "alt.binaries.warez.quebec-hackers". Estoy informado de que en cada uno de esos casos "warez" significa que el contenido está generalmente protegido por derecho de autor y comprende copias ilegales y no autorizadas. Por lo tanto Newzbin está diseñado para buscar, y de hecho busca, grupos de noticias que contienen materiales infractores. En la repregunta, el Sr. Elsworth no dio ninguna explicación satisfactoria de esto, salvo que en algunos casos estos grupos de noticias también contienen material no infractor. Tercero, los editores, como ya he indicado, son específicamente alentados a hacer informes sobre películas e incluir los URL apropiados. Cuarto, y por las razones que expondré posteriormente, no tengo dudas de que la demandada está bien consciente del cuerpo sustancial de copias infractoras que Newzbin pone a la disposición de los usuarios y sin embargo no ha tomado acciones contra los editores que han producido los informes relacionados con esas copias.

(v) Remoción de ítems y restricción de uso

43. Newzbin contiene una herramienta de "Remoción". Para suprimir un ítem de una lista, los miembros son dirigidos a un vínculo que los lleva a una página web que les indica que los detalles del ítem que se quiere remover deben ser enviados por correo registrado a una

dirección específica. La página informa a los miembros que la demandada tiene el propósito de procesar todas esas solicitudes dentro de las 48 horas siguientes a su recepción. Por razones similares, estoy también convencido de que este procedimiento engorroso es completamente cosmético y diseñado para hacer impráctico para los titulares de derechos asegurar la remoción de entradas relacionadas con material infractor de los índices de Newzbin. Esto fue ilustrado gráficamente por la explicación del Sr. Elsworth en las repreguntas en cuanto a lo que los demandantes tendrían que pasar para remover todas las (quizás muchos cientos) de copias de una película de Harry Potter en particular. Él dijo que los demandantes tendrían que descargar cada una de esas copias y probar que era infractora y enviar una notificación apropiada de conformidad con la instrucción de remoción.

44. También debo llamar la atención sobre los términos y condiciones del usuario, que incluyen la siguiente restricción que refleja lo que aplica a los editores:

"Usted sólo puede usar el Sitio para fines legítimos. En particular, usted no puede usar el Sitio para transmitir material difamatorio, ofensivo o abusivo, o material de carácter obsceno o amenazante, o que promueva el odio, violencia o conducta ilegal, o en violación al derecho de autor o cualquier otro derecho de propiedad intelectual, o en violación de la Ley de Abuso Informático (Computer Misuse Act) de 1990 u otra legislación relevante, o los derechos de otro Usuario".

45. No tengo dudas de que este es otro intento superficial de esconder el propósito e intención de la demandada de poner a la disposición contenido binario de interés para sus usuarios, incluyendo copias infractoras de películas. Como se verá, la demandada no ha hecho nada para hacer respetar esta restricción. Todo lo contrario, ha alentado a sus editores a hacer informes y ha asistido a sus usuarios en obtener acceso a dichas copias infractoras.

(vi) Análisis del contenido binario de Newzbin

46. El alegato de la demandada, mantenido por el Sr. Elsworth en su declaración, es que sólo una fracción insignificante de la base de datos de la demandada se relaciona con contenido infractor. Estoy convencido de que esto no es cierto y reclazo tanto el alegato de la demandada como la declaración del Sr. Elsworth. El 16 de diciembre de 2009, el Sr. Clark, asistido por abogados en fase de prácticas (trainee solicitors) en la firma de abogados que actúa por las demandantes, llevó a cabo un análisis de una muestra de los informes ingresados en el índice de Newzbin bajo la categoría de Películas. Se analizaron alrededor de 50.000 informes. 97,5% tenía un vínculo válido al sitio de IMDb, 0,7% tenía un vínculo válido a Amazon y se demostró que un 1,5% adicional estaba comercialmente disponible con mayor investigación. Sólo pudo demostrarse que el 0,3% no estaba comercialmente disponible. A mi juicio, este análisis es extremadamente poderoso. Demuestra que, en la práctica, la abrumadora mayoría de informes en la categoría Películas del índice de Newzbin se relacionaba con contenido que es comercial y muy posiblemente protegido por derecho de autor.

47. Tres de esos abogados en fase de prácticas, el Sr. Morgan, la Sra. Mason y la Sra. Martin, llevaron a cabo un segundo ejercicio en los índices Condensado y RAW. El Sr. Morgan tomó como muestra 200 entradas de la categoría Películas del índice Condensado que se identificó que se les había asignado un informe. Se encontró que todas estas entradas estaban comercialmente disponibles. La Sra. primero tomó como muestra 50 entradas "huérfanas" de la categoría Películas en el índice Condensado, que eran entradas a las que no se les había asignado un informe. Se encontró que 27 estaban comercialmente disponibles. Luego tomó como muestra 50 entradas en el índice RAW a partir de la categoría Películas a las que se había asignado un informe. Se encontró que todas estaban comercialmente disponibles. Finalmente, la Sra. Martin tomó como muestra 50 entradas huérfanas de la categoría Películas en el índice RAW. Se encontró que

29 estaban comercialmente disponibles. Estos resultados no fueron controvertidos y demuestran que los mensajes binarios muestreados a los que se les había asignado un informe y que habían sido clasificados como Películas estaban, sin excepción, comercialmente disponibles y muy posiblemente protegidos por derecho de autor.

El sitio Newzbin – contenido no binario (o texto)

48. Para acceder a cualquier información relativa a contenido de texto, los miembros premium primero deben cambiar sus preferencias a "Boletines" y entonces están en posición de examinar la categoría "Discusiones" del índice Newzbin. Esencialmente, el sistema descarga automáticamente encabezados de mensajes de texto y los coloca en un "Boletín de Discusión" para ese día para el grupo de noticias del que fueron obtenidos. Cada uno tiene un informe que otra vez es producido automáticamente. Aunque estos informes son presentados en el mismo formato de los informes para contenido binario, ese formato es inapropiado ya que un número de los íconos que se muestran en los informes no funcionan.

49. El sistema no indexa o devuelve ningún resultado de búsqueda válido contra palabras usadas en sus encabezados, ni permite que se hagan búsquedas en el contenido de los mensajes de texto. Todo lo que hace es permitir a un miembro buscar un grupo de noticias haciendo referencia a su nombre e identificar el Boletín de discusión apropiado. Haciendo clic en la entrada relevante, el miembro puede ver los encabezados de los mensajes publicados recientemente en ese grupo de noticias. Pero no puede ver el contenido de los mensajes sin ir al grupo de noticias relevante en su lector de noticias o adquiriendo los mensajes mediante el uso de la herramienta NZB. Además, no aparece ninguna referencia a mensajes de texto en los índices RAW o Condensado.

50. Por lo tanto Newzbin es de muy poca utilidad en relación con los mensajes de texto. En este respecto, es un sistema muy

rudimentario y primitivo. Específicamente, no permite a los miembros buscar el contenido de publicaciones de texto de Usenet por palabra clave o frase como lo hace Google. En efecto, me parece que brinda muy poco o nada que no pueda obtenerse accediendo directamente al grupo de noticias relevante.

51. El Sr. Clark también consideró la operación de Newzbin con el beneficio del software suministrado por la demandada. Él concluyó, a mi juicio muy razonablemente, que Newzbin trata el contenido binario y contenido de texto de manera diferente y en partes separadas del código. Como desarrollaré en la siguiente sección de esta sentencia, la parte del código que trata el contenido binario se ocupa de buscar sólo grupos de noticias binarios. Está diseñada para ignorar cualesquiera artículos publicados por esos grupos de noticias binarios que sin embargo pudiese ser de texto. En cambio, la parte del código que trata con el contenido de texto busca todos los grupos de noticias activos y luego excluye cualesquiera artículos que parezcan no ser de texto. Como resultado, se produce un gran número de Boletines de Discusión e informes. Curiosamente, no se lista ningún Boletín de Discusión en el sitio antes del 3 de enero de 2010. No hay nada que se acerque remotamente a 240 días de antigüedad.

Los objetivos del desarrollo del sitio Newzbin indicados por la demandada

52. El Sr. Elsworth indicó en sus declaraciones testimoniales que sus objetivos al desarrollar Newzbin eran crear un índice de base de datos exhaustivo de los contenidos de Usenet y luego asistir a los miembros a obtener contenido creando el equivalente Usenet de un hipervínculo world wide web, que él decidió denominar NZB.

53. En cuanto al objetivo de crear un índice de base de datos exhaustivo, él desarrolló este tema indicando que Usenet sufre el grave problema de que encontrar un archivo o un tópico de conversación particular puede ser una empresa titánica, porque antes de Newzbin no tenía capacidad factible de motor de búsqueda. Crear el índice de base de datos

comenzó una vez que Newzbin ganó acceso a un buen servidor Usenet y comenzó una recolección metódica y rigurosa de cada mensaje en cada grupo de noticias accesible públicamente. En este sentido, continua explicando, Newzbin emplea una pieza de software denominada "crawler bot" que se conecta automáticamente a un PSU y recoge indiscriminadamente todos los encabezados de mensajes para todos y cada uno de los mensajes encontrados en todos los grupos Usenet en todas las jerarquías de Usenet disponibles. Además, dice, no existe ningún criterio de búsqueda en el crawler bot para ubicar encabezados específicos o tipos específicos de contenido. Si el mensaje es de un tamaño de más de 100Kbytes, no es descargado y examinado sino que simplemente se asume que es un contenido binario, y en esta situación sólo se descargan los encabezados. Si el mensaje es de menos de 100Kbytes se asume que es de texto, y es descargado y las palabras o frases extraídas e indexadas.

54. La clara impresión transmitida por esta declaración era que Newzbin trata todos los contenidos de la misma forma y por lo tanto es, en palabras de la defensa, agnóstico de contenido; que Newzbin recupera información usando el crawler bot; y que el crawler bot busca en todos los grupos de noticias disponibles. Sin embargo, como he explicado, la verdad es muy diferente. El Sr. Clark ha establecido que de hecho Newzbin trata el contenido binario y de texto en formas muy diferentes y lo hace usando partes separadas del código. En cuanto al contenido binario, el código responsable por recolectar nueva información de los servidores de Usenet y procesarla en una forma adecuada para mostrarla sólo a miembros sólo ve grupos de noticias binarios y lleva a cabo una serie de pruebas diseñadas para excluir mensajes de texto. En contraste, la parte del código que trata el contenido de texto busca todos los grupos de noticias activos y luego excluye cualquier mensaje que no parezca ser de texto.

55. El flujo de datos para los dos tipos de información también es bastante diferente. En el caso de mensajes binarios, los encabezados

de mensajes descargados de Usenet primero son almacenados en el sistema de archivos; luego son cargados e insertados en una tabla denominada "Identificación de Mensaje"; desde aquí son resumidos en la tabla "Noticias" que forma la base del índice RAW, y luego nuevamente en la tabla "Condensada" que forma la base del índice Condensado. Por lo tanto, varias entradas en la tabla de Identificación de Mensajes pueden corresponder a una entrada en la tabla de Noticias y varias entradas en la tabla de Noticias pueden corresponder a una sola entrada en la tabla Condensada. Luego los editores son capaces de compilar estas entradas en informes para el índice Newzbin. Un aspecto adicional e importante del sistema es que las entradas son asignadas a una categoría apropiada, como Películas o TV. Todas estas características permiten a los miembros descargar fácilmente copias de películas y otros programas de televisión de su escogencia.

56. En el caso de contenido de texto, se recuperan los encabezados de nuevos mensajes en cada grupo de noticias. Luego son sometidos a una prueba que remueve el encabezado de cualquier mensaje de más de 20Kbytes. Los que quedan son almacenados en un archivo junto con sus datos y los grupos de noticias e los cuales fueron recuperados. No hay descarga de ningún contenido que pudiese ser indexado y susceptible a búsqueda. Se generan automáticamente informes de boletines de discusión, inevitablemente en grandes números. Pero tienen muy poca utilidad salvo para los miembros que están interesados en una lista de nuevos mensajes publicados en un grupo de noticias en particular. Muy importante, y contrario al testimonio del Sr. Elsworth, el sistema no extrae o indexa palabras o frases usadas en el encabezado o cuerpo de cualquier mensaje de texto; ni devuelve ningún resultado de búsqueda válido contra ninguna de esas palabras o frases.

57. El Sr. Hurst también declaró que Newzbin es agnóstico de contenido y principalmente usado para ubicar discusiones de texto y que ha dedicado una cantidad considerable de

tiempo a desarrollar el software de indexación de Newzbin en relación con grupos de discusión. Sin embargo, en las repreguntas surgió que por agnóstico de contenido el Sr. Hurst quería decir no más que Newzbin examina todo contenido y no que trata todos los contenidos de la misma forma. Explicó que escribió un script en enero de 2010, similar a scripts anteriores, que le permitía descargar automáticamente los mensajes en un boletín para un grupo de noticias que ya había identificado. Curiosamente el script fue escrito el mismo día de su declaración testimonial, lo que sugiere firmemente que estaba motivado por un deseo de ilustrar que la funcionalidad de texto de Newzbin tiene alguna utilidad, aunque sostuvo que fue coincidencia. El valor de esta declaración fue en cualquier caso socavado por su aceptación en las repreguntas de que lo había hecho "por diversión". Estoy seguro de que la declaración del Sr. Hurst no brinda ningún soporte a ninguna sugerencia de que la funcionalidad de texto de Newzbin es de algún interés o utilidad para sus miembros. Adicionalmente y en cualquier caso, la declaración del Sr. Hurst fue completamente periférica a las demandas en esta acción. No tenía nada que ver con la funcionalidad binaria de Newzbin.

Actividad de Newzbin

58. La demandada también sostiene que la información que se pone a la disposición de los miembros a través de Newzbin es en gran medida relacionada con contenido de texto y, en concordancia, el Sr. Elsworth dijo en su declaración que la mayor parte de la actividad de Newzbin se refiere a contenido de texto. Efectivamente, la demandada modificó su defensa en septiembre de 2009 para afirmar que Newzbin se usaba principalmente por su contenido de texto.

59. El Sr. Elsworth apoyó esta posición en su primera declaración testimonial donde dijo que sólo una minúscula fracción de los informes generados tenían algo que ver con archivos binarios. Dijo que ejecutando una herramienta de información de administración en los registros del servidor web de Newzbin en enero de 2010, estaba en posición de decir que

Newzbin generó unos 7.100 informes por día y que de éstos, 5.700 eran informes de texto que no tenían ningún contenido binario. Continuó diciendo que Newzbin resumía 120.000 mensajes de sólo texto por día. En otras palabras, continuó, más del 80% de los informes creados no tenían nada que ver con contenido binario. En relación con su uso efectivo, dijo que los registros del servidor web sobre las vistas de informes podían ser procesados para determinar si se referían a contenido de texto o binario. Siguió explicando que tomando una muestra de los registros del servidor web en la primera semana de enero, las vistas de informes binarios totalizaron aproximadamente 200.000 por día, pero las vistas de informes de boletines de texto se contaron en aproximadamente 700.000 por día. Todos estos datos fueron presuntamente mostrados en un informe de administración generado por la herramienta de información de administración.

60. A mi juicio, la declaración del Sr. Elsworth de que la mayor parte de la actividad en el sitio web Newzbin se relaciona con contenido de texto fue altamente engañosa. Es completamente inconsistente con la interfaz de usuario de Newzbin, que está principalmente dirigida al contenido binario. También es inconsistente con la mucho más sofisticada funcionalidad binaria de Newzbin. Efectivamente, en las repreguntas, el Sr. Elsworth aceptó que en 2008 Newzbin no tenía ninguna funcionalidad para texto; sólo le concernía el contenido binario. También aceptó que en 2009 introdujo la categoría "Discusiones" en el índice y que fue sólo en ese momento en que el sistema comenzó a operar suficientemente para que la gente al menos lo probara. Además, cuando se le presionó en cuanto a la razón por la que la configuración predeterminada del sistema es para contenido binario, dijo:

"El sistema de boletín todavía está bajo intenso desarrollo y por lo tanto no queremos mostrar resultados potencialmente rotos o incompletos a una base de usuarios que está acostumbrada a un índice completo y exacto".

61. La clara implicación de esta declaración es que Newzbin está dirigido primordialmente al contenido binario y que su funcionalidad en relación con contenido de texto está todavía en una fase temprana de desarrollo.

62. Adicionalmente, en las repreguntas, el Sr. Elsworth dijo que la primera vez que la demandada ejecutó cualquier prueba para ver si los miembros estaban usando las funciones de texto en volumen fue en enero de 2010, y que antes de esta prueba no tenía ninguna idea al respecto. Se desprende entonces que en septiembre de 2009 la demandada no tenía una base adecuada para presentar su defensa modificada.

63. Se le pidió a la demandada que produjera los registros de servidor web a los que el Sr. Elsworth se había referido en su declaración testimonial pero dijo que esto no era posible porque habían sido borrados. Cuando se le preguntó por la herramienta de información de administración, la demandada respondió que el software para el sitio ya había sido divulgado pero se negó a asistir al Sr. Clark a identificar el código relevante. En el caso el Sr. Clark no pudo encontrarlo. En cuanto al informe de administración en sí, el Sr. Elsworth dijo en las repreguntas que la herramienta de información de administración había sido utilizada solo en esta única ocasión. Sin embargo el informe aparenta mostrar datos de siete días del 13 al 19 de diciembre de 2009, no por un período en enero como lo dijo el Sr. Elsworth en su declaración. Más aún, los datos simplemente no son creíbles. El Sr. Elsworth dijo que el sistema redondeaba las cifras semanales al mil más cercano y que calculaba las cifras diarias. El documento registra la producción de 40.000 boletines de texto (5.700 por día) que comprenden 840.000 mensajes (120.000 por día, 21 por informe); y 9.000 informes binarios (1.300 por día) que comprenden 1.225.000 mensajes (175.000 por día, 136 por informe). También registra 4.900.000 vistas de boletines de texto (700.000 por día, 125 por informe) y 1.400.000 vistas de informes binarios (200.000 por día, 150 por informe). A mi juicio el Sr. Elsworth no tuvo explicación satisfactoria para la sobresaliente coincidencia de esos números si, como dijo, eran generados por la

herramienta de información de administración y simplemente se redondeaban al 1.000 más cercano. Un examen superficial revela que muchos de ellos deben haber sido redondeados de manera muy distinta.

64. En todas esas circunstancias concluyo que el informe de administración debió haber sido introducido como prueba de una manera distinta a referido por el Sr. Elsworth. En general, encuentro el informe muy poco convincente y me siento incapaz de darle algún peso a la explicación del Sr. de cómo fue generado o a su declaración en cuanto a lo aparenta mostrar. Además, no acepto la declaración del Sr. Elsworth en cuanto al uso del contenido de texto de Newzbin, basada como estaba en ese informe de administración.

Conocimiento de la Infracción

65. Debo ahora considerar el estado de ánimo de la demandada. La demanda que no tenía conocimiento de ningún material infractor que se hubiese puesto a la disposición a través del sitio web Newzbin, que removería información relacionada con material infractor si supiera de él, y que removería a cualquier editor responsable por publicar datos relacionados con material infractor y a cualquier miembro que use Newzbin con el fin de obtener acceso a dicho material. Todos estos asuntos fueron nuevamente confirmados por el Sr. Elsworth en su declaración.

66. Un panorama muy distinto surge en el curso de las repreguntas. El Sr. Elsworth fue llevado a una serie de publicaciones sobre lo que son descritos como "foros de intercambio" sobre los cuales la demandada no tiene control desde marzo de 2006, pero de los que evidentemente tiene conocimiento y con los cuales el Sr. Elsworth ha contribuido. Estoy completamente seguro de que una y otra vez muestran que los miembros premium han estado usando Newzbin para obtener acceso a material infractor. A continuación simples ilustraciones. Las trataré en orden cronológico.

67. En una serie de publicaciones de febrero de 2006, los miembros trataban una preocupación en cuanto a si Newzbin

registraba los NZB que los miembros habían descargado y si la Motion Picture Association of America o su equivalente europeo, la Motion Picture Association (con frecuencia denominados la MPAA y la MPA respectivamente), podrían usar tales datos para rastrear miembros. El Sr. Elsworth se vio obligado a aceptar que esas preocupaciones "podrían ser" relacionadas con infracción de derecho de autor.

68. En agosto de 2006, un editor escribió "Cuando tengamos la oportunidad, si no es mucho problema, ¿podrían agregar dos nuevos atributos para formato de video: Blu Ray y HD DVD? Porque ya comenzaron a estrenar películas en estos nuevos formatos". En las repreguntas, esta fue la explicación del Sr. Elsworth (Día 2, en 126 a 127):

"P. ¿Qué imagina usted que tiene por objeto ir en esas categorías?

R. Yo tendría que imaginarme que son datos de video que vienen de un disco Blu Ray o un medio HD DVD.

P. Es decir, las películas que ya comenzaron a estrenar que son mencionadas ahí, ¿es así?

R. Eso parece ser a lo que se refiere, sí.

P. Entonces qué tenía en mente al referirse a "nosotros", porque él es editor, lo que tenía en mente es tener categorías para hacer algo que podría ser infracción de derecho de autor, ¿no?

R. De esa publicación específica, parece que él puede haber tenido eso en mente. Yo agregaría cualquier atributo que me pida cualquier editor.

P. Bueno, de hecho ustedes han agregado estas categorías, ¿no es así?

R. Sí, creo que lo hicimos.

P. Y de hecho usted sabe que lo que se quiere incluir en éstas son películas que son estrenadas en esos formatos, ¿no?

R. Después de leer esta publicación, sí veo que parece que él tiene la intención de poner películas comerciales en esos formatos.

P. Ustedes siempre tuvieron esa intención, ¿no es así?

R. No, yo genero los atributos cuando los editores los piden. No sé lo que van a poner en ellos.

P. ¿Esa es su declaración? Entonces cuando usted agrega Blu Ray y HD DVD, usted no tiene idea, usted no tenía idea de que películas estaban siendo estrenadas en esos formatos y de que ese era el objeto de esas categorías, ¿es esa su declaración?

R. No es un absoluto que un disco Blu Ray contendrá una película protegida por derecho de autor. Estoy seguro de que hay muchos Blu Rays no protegidos que la gente querría poner ahí.

69. Estoy seguro de que el Sr. Elsworth sabía bien que esas categorías eran primordialmente para películas comerciales. La posición fue confirmada poco después cuando se le preguntó al Sr. Elsworth sobre una publicación en enero de 2007 en estos términos: "parece que vamos a necesitar atributos de Blu-Ray ya que Blu-Ray ha sido oficialmente descifrada". El Sr. Elsworth aceptó que sospechaba que significaba que se había desarrollado una forma de hacer una copia de un Blu-Ray, y entonces el siguiente intercambio tuvo lugar (Día 2 en 134):

"P. Sí. Y usted necesita una categoría para Blu Ray, o nosotros necesitamos una categoría para Blu Ray, porque Blu Ray ha sido descifrado y entonces ahora la gente estará copiando películas de Blu Ray y ustedes necesitan lidiar con éstas. Eso es lo que significa esa la publicación, ¿no es así?

R. Eso parece ser lo que significa la publicación, sí.

P. ¿Entonces esa persona tiene en mente una infracción de derecho de autor?

R. No, yo no diría que esa persona tiene en mente una infracción de derecho de autor. Diría que esa persona simplemente parece que quiere hacer informes de Blu Rays. Él cita como una razón para agregar la categoría Blu Ray que están siendo descifrados, pero no cita una intención específica de hacer informes de Blu Rays protegidos por derecho de autor.

P. Bueno, ¿qué más podría ser?

R. No sé.

P. ¿Por qué necesitarían descifrar los Blu Rays?

R. No sé.

P. No se le ocurre ninguna explicación distinta a una película comercial protegida por derecho de autor, ¿no?

R. No."

70. En resumen, el Sr. Elsworth no fue capaz de brindar ninguna explicación distinta a la infracción de derecho de autor.

71. En marzo de 2007, un miembro escribió con una pregunta en relación a lo que describió como "un grupo de búsquedas guardadas (principalmente shows de TV)" y continuó diciendo "son muy buenas ya que significa que cada semana, en vez de escribir en la computadora lo que quiero y buscar, sólo hago clic en el show relevante". El Sr. Elsworth respondió con asesoría específica y asistencia. Esto esa simple y llanamente material protegido por derecho de autor. Cuando se le preguntó sobre esto en las repreguntas, el Sr. Elsworth estaba renuente a aceptar la inevitable inferencia de que el miembro estaba guardando los shows porque quería verlos, como lo demuestra el siguiente extracto del Día 2, en 139 a 141:

"P. ¿Él quería poder encontrarlos para descargarlos?

R. Él no indica eso como una razón.

JUEZ KITCHIN: Quiero entender, en su primera oración él dice: "Tengo un grupo de búsquedas guardadas (principalmente shows de TV)." ¿Qué significa eso?

R. Una búsqueda guardada es una característica de Newzbin en la que una vez que usted busca algo una vez, usted puede guardarlo para que aparezca en una lista y luego pueda ejecutar nuevamente la misma búsqueda sin tener que escribir el mismo nombre otra vez y todos los parámetros, por lo que simplifica las búsquedas que usted pueda hacer con mucha frecuencia.

JUEZ KITCHIN: Entonces si él ha guardado búsquedas principalmente de shows de TV, ¿qué estaría haciendo con estos?

R. No lo sé. Esto sugiere que está buscando shows de TV con mucha frecuencia, pero no sugiere lo que hace con estos.

JUEZ KITCHIN: ¿No le sugeriría a usted que él quiere verlos?

R. Puede sugerir eso pero no dice efectivamente que él va a hacer eso.

JUEZ KITCHIN: ¿Qué entiende usted que significa?

R. Si fuera a leer esto, entendería que significa que quiere saber qué hay en Usenet en cuanto a shows de TV, probablemente de manera regular.

JUEZ KITCHIN: ¿Por qué?

R. (Pausa). ¿Puedo leer la segunda página de esta publicación?

JUEZ KITCHIN: Por supuesto, sí.

SR. SPECK: Vea, es usted respondiendo y ayudándolo.

R. Este usuario parece estar configurando una búsqueda guardada para que pueda encontrar un NZB para lo que sea que esté guardando la búsqueda semanalmente y luego

probablemente recuperar el NZB para las cosas que aparecen en su búsqueda probablemente de forma semanal o mensual.

P. Entonces, si por ejemplo, él es un fanático de Dr Who –

R. ¿Estamos en la página siguiente?

P. Solo estoy dándole un ejemplo. Si es un fanático de Dr Who, y quiere buscarlo cada semana para poder obtenerlo cuando ha aparecido en televisión y alguien lo ha copiado y colocado en Usenet, él puede hacer la misma búsqueda cada domingo en la mañana o lo que sea, ¿de esto es de lo que se trata, este tipo de cosas?

R. Esto no dice específicamente que es sobre Dr Who, pero como ejemplo esto es posible. Él podría hacer esto, sí.

P. Por supuesto que no dice "Dr Who" pero los que sean que puedan ser sus shows favoritos, esto es lo que él anda, ¿es así?

R. Sí.

P. Y usted está ayudándolo en sus respuestas, ¿no?

R. Nosotros brindamos las características para hacer una búsqueda tan simple como sea posible.

P. En efecto, ¿usted está prestándole asistencia sabiendo que él va a hacer exactamente lo que acabamos de discutir?

R. No, yo no se que él va a descargar estos shows de TV protegidos por derecho de autor.

P. Usted acaba de aceptar que parece que eso es lo que él trama leyendo su publicación

R. Leyendo su publicación, sí.

P. Usted leyó su publicación y usted respondió en la página siguiente prestándole ayuda.

R. Sí, yo mejoro el servicio de búsqueda para que usted pueda seleccionar una búsqueda guardada rápidamente, más rápidamente de lo que usted podía hacerlo antes.

72. Ese mismo mes, se le preguntó al Sr. Elsworth si había una forma de buscar dentro de los archivos NFO porque "en muchas películas el archivo NFO contiene quién protagoniza la película y una descripción completa de la misma". El Sr. Elsworth respondió que no existía una herramienta así por el momento, pero "podría haberla si hubiese suficiente demanda". La explicación que brindó en las repreguntas sobre este intercambio, a mi juicio, simplemente no fue creíble (Día 2 en 145):

"P. Entonces, ¿lo que esta persona se está imaginando es buscar una estrella de cine?

R. Se está imaginando buscar a cualquiera que pueda estar en un archivo de video, sí.

P. Bueno, una estrella de cine; quien la protagoniza, "quien protagoniza la película".

R. Esas son las palabras que él usa, sí.

P. ¿Está hablando sobre buscar a una estrella de cine?

R. Eso no es necesariamente verdad.

P. ¿Qué más significa?

R. Usted puede protagonizar un video casero.

P. Un archivo NFO contiene quién protagoniza la película. ¿Está usted sugiriendo que lo que él podría tener en mente es algún niño desconocido de diez años, digamos protagonizando una película que ha sido filmada por sus padres con una videocámara?

R. Estoy sugiriendo que "película" es una definición muy amplia para un video, y "protagonizar", usted puede protagonizar cualquier tipo de video, no solo un video estrenado comercialmente.

P. Por supuesto, lo que nos estamos imaginando aquí son personas que son terceros en el video o la película y la están buscando. Entonces la persona desconocida que está protagonizando una película, al no ser conocidos, usted no sabrá el nombre para realizar la búsqueda, ¿no es así?

R. Depende de si usted es un amigo o familiar del protagonista del video casero.

P. Entonces ellos se lo darían a usted; usted no tendría que buscarlo en Newzbin, ¿no?

R. Quizás.

P. Está bastante claro que lo que esta persona tiene en mente es una herramienta que le permita, dado que tiene estrellas de cine favoritas, adquirir películas de esta forma, usando su sitio, ¿no es así?

R. No, no estoy de acuerdo con eso".

73. Sin embargo, no todos los miembros estaban satisfechos con el contenido del servicio, como se demuestra en una publicación de junio de 2007: "Me uní hace un tiempo y parecía que estaba funcionando bastante bien en ese entonces, obtenía películas de buena calidad muy temprano e incluso antes de su estreno... actualmente parece no estar funcionando bien. Parece que las buenas películas nunca llegan al sitio newzbin o a los servidores giganews hoy en día, O tienes que esperar por demasiado tiempo... y algunas veces demasiado tiempo por una copia realmente terrible....". En este sentido, el Sr. Elsworth también intentó explicar la referencia a películas antes de su estreno como tratándose de videos caseros, una sugerencia que rechazo como absolutamente inverosímil.

74. En el mismo mes, un miembro publicó una referencia a una pieza de software que haría descargar "desde Newzbin sus episodios favoritos más fácilmente". Cuando se le preguntó qué podrían ser los episodios, si no eran material protegido por derecho de autor, el Sr. Elsworth no fue capaz de dar una respuesta (Día 2 en 151 a 152):

"P. Esto es alguien haciendo algo para descargar desde Newzbin sus episodios favoritos más fácilmente?

R. Correcto.

P. ¿Usted ve esto?

R. Sí.

P. Primero que todo, esta persona considera que lo que está haciendo es descargar desde Newzbin, ¿no es así?

R. Parece tener esa idea equivocada, sí.

P. Entiendo que técnicamente podemos saber exactamente dónde está almacenado y cómo ocurre, pero en lo que respecta al usuario, él va a Newzbin y descarga sus episodios de TV favoritos desde Newzbin, ¿es así?

R. Él parece pensar eso, sí.

P. Y no hay duda de que lo que se plantea aquí es ilegal.

R. No hay evidencia que sugiera lo que está descargando más allá de episodios. No hay evidencia que sugiera lo que pudiesen ser.

P. ¿Qué episodios podrían no tener protección de derecho de autor?

R. No lo sé. No se me ocurre nada ahora".

75. En mayo de 2008, el Sr. Elsworth publicó el siguiente mensaje para asegurar a los usuarios que los detalles del contenido binario que habían descargado no eran registrados:

"He dicho múltiples veces que exigiríamos una orden judicial para entregar cualquier información que poseemos.

En cuanto a lo que registramos:

Su nombre de usuario y su dirección de correo electrónico, obviamente.

Un mes de registros que comprende:

- El IP desde el que usó el sitio (para que podamos excluir a piratas informáticos - hammering, DoSing, etc)

- Cuando usted inicia la sesión o sale de la sesión (para rastrear usuarios abusivos del sitio, esto incluye errores de inicio)

- Pagos con tarjeta [cuánto compra, cuándo, y el estatus de la transacción, fallas, etc – NO el número de tarjeta, eso sería ilegal ya que no estamos calificados para almacenar esta información]

- Cuando usted cambia una preferencia, para que cuando un usuario diga "¡no puedo ver nada!" podamos descubrir lo que cambió y cambiar por él de nuevo a la configuración anterior.

- Cuando usted descarga un NZB, incrementamos un contador se que muestra en algunas de sus estadísticas. La identificación del NZB no es registrada.

Estamos considerando bajar el tiempo de almacenamiento de registros a 7 días.

También podemos sacar los registros de los servidores de Newzbin a servidores completamente no relacionados en otra parte completamente no relacionada de la Internet, y luego conectarse con ellos vía SSL (así, ningún registro puede tomarse sin nuestro consentimiento – pero considero que las posibilidades de embargo del servidor son insignificantes, como me ha insistido nuestro abogado con absoluta tranquilidad)."

76. En junio de 2008, un miembro preguntó si los miembros que compartían archivos podrían ser susceptibles a procedimientos penales. El Sr. Elsworth respondió que si estaba así de paranoico, quizás no debería estar compartiendo ningún archivo. Se le preguntó al Sr. Elsworth sobre esto en el curso de sus repreguntas y su explicación, la cual no acepto, fue que al usuario probablemente le preocupaba ser arrestado por compartir archivos "perfectamente inocentes".

77. Las demandantes también notificaron a la demandada que Newzbin ha sido y está siendo usada por sus miembros para violar el derecho de autor de las demandantes sobre sus películas, todavía copias de esas películas se mantienen disponibles en Newzbin y no se ha tomado ninguna acción contra los editores responsables por hacer los informes relacionados con ellas o contra los miembros que han descargado las copias infractoras. En una carta antes de la acción de fecha 21 de mayo de 2008, se notificó a la demandada que Newzbin estaba siendo usada para violar el derecho de autor de los miembros de la MPR. La carta anexaba una lista de las películas de las demandantes. Posteriormente se iniciaron estas actuaciones y en los hechos del escrito de demanda de fecha 25 de noviembre de 2008 se identificaron seis películas particulares mencionadas en el párrafo [80] de esta sentencia y que la FACT había descargado usando Newzbin. El Sr. Jenkins explicó en una declaración testimonial de fecha 17 de agosto de 2009 que él era el responsable de descargar esas copias en julio y agosto de 2008 y que era para ese momento un investigador empleado por la FACT. Esta declaración fue notificada a la demandada el 8 de septiembre de 2009. La Srta. Sidhu, a quien mencioné anteriormente en esta sentencia, relató en su primera declaración testimonial de fecha 3 de septiembre de 2009, declaración que también fue notificada a la demandada el 8 de septiembre de 2009, cómo ella descargó copias adicionales de cada una de esas seis películas en mayo de 2009. En una segunda declaración testimonial de fecha 8 de enero de 2010 y notificada a la demandada el 8 de enero de 2010, la Srta. Sidhu explicó que todavía estaban disponibles copias de esas seis películas en Newzbin en diciembre de 2009. En el juicio, tanto la Srta. Sidhu como el Sr. Jenkins confirmaron en el curso de sus testimonios que los contenidos de sus declaraciones eran verdaderos y esa prueba no fue controvertida.

78. A la luz de todo lo anterior, la estructura de Newzbin, la clasificación de contenido y el aliciente a sus editores de hacer informes sobre películas, no tengo dudas de que la demandada está y ha estado consciente por muchos años de que la gran mayoría de las

películas en la categoría Películas de Newzbin son comerciales y por lo tanto muy posiblemente protegidas por derecho de autor, y que los miembros de Newzbin que usan su herramienta NZB para descargar esos materiales, incluyendo las películas de las demandantes, están violando ese derecho de autor.

Viabilidad de filtrar el contenido de Newzbin

79. El Sr. Clark presentó evidencia no controvertida de que sería simple para la demandada restringir el acceso a las categorías Películas y TV de contenido binario. También explicó que otra opción de la demandada sería buscar contra una base de datos de películas proporcionada por las demandantes. Los programadores de Newzbin tienen experiencia y son muy competentes en el desarrollo de códigos y él cree, y yo acepto, que ellos podrían utilizar sus destrezas, experiencia y biblioteca de códigos existentes para implementar un sistema efectivo de filtrado de contenidos.

Existencia y titularidad de derecho de autor

80. La demandada admitió que las demandantes eran las titulares o titulares conjuntos de derecho de autor existente sobre las siguientes películas:

i) primera demandante: "27 Dresses";

ii) segunda demandante: "Atonement";

iii) tercera demandante: "300";

iv) cuarta demandante: "Cloverfield";

v) quinta demandante: "National Treasure: Book of Secrets";

vi) sexta demandante: "Spiderman 3".

81. Como he relatado, la FACT pudo descargar copias no autorizadas de cada una de estas películas usando el sitio Newzbin y su herramienta NZB.

82. Las demandantes también notificaron declaraciones testimoniales de varios empleados que explicaron que las demandantes eran responsables por la producción y distribución de un repertorio de películas, que la reproducción o distribución de estas películas está prohibida en ausencia de una licencia específica y que no se había otorgado ninguna licencia a Newzbin. Sus testimonios fueron aceptados en todos los casos.

Las pretensiones

83. Contra estos antecedentes, las demandantes sostienen que la demandada ha violado su derecho de autor directamente o a través de sus editores, al:

i) autorizar actos de infracción por parte de sus miembros;

ii) instigar, fomentar e involucrarse en intención común con sus miembros para cometer infracción;

iii) comunicar al público, es decir, a los miembros de la demandada, las obras de las demandantes protegidas por derecho de autor.

84. Alternativamente, las demandantes dicen que la demandada es un proveedor de servicios con conocimiento efectivo de que otras personas usan su servicio para violar derecho de autor y en consecuencia las demandantes solicitan medidas cautelares de conformidad con la sección 97A de la Ley de Derecho de Autor, Diseños y Patentes (Copyright, Designs and Patents Act) de 1988 ("la Ley").

Autorización

85. La Sección 16 de la Ley confiere al titular de derecho de autor sobre una película el derecho exclusivo a llevar a cabo varios actos, incluyendo, en la medida relevante para esta acción, la copia de la película. Además establece que el derecho de autor sobre una película es violado por una persona que sin licencia del titular de derecho de autor, haga o

autorice a otro a hacer cualquier acto restringido por ese derecho de autor.

86. El significado de autorización en el contexto de violación de derecho de autor fue considerado por la Cámara de los Lores en *C.B.S. Songs Ltd and ors v Amstrad Consumer Electronics Plc* [1988] 1 R.C. 1013. Las demandantes, actuando en nombre propio y en nombre de otros titulares de derecho de autor de la industria musical, se quejaron de la fabricación y venta por las demandadas de un equipo que hacía posible que fonogramas fuesen copiados en cintas magnetofónicas. El modelo particular del equipo incorporaba una pletina de doble cassette que permitía copiado de alta velocidad de una grabación de una cinta a otra. Las demandadas anunciaban que el modelo:

"Ahora presenta "grabación de alta velocidad" que le permite duplicar grabaciones de un cassette a otro, grabar directamente de cualquier fuente y luego hacer una copia e incluso usted puede hacer una copia de su cassette favorito".

87. Un asterisco llamaba la atención a la siguiente nota al pie:

"La grabación y reproducción de cierto material puede ser solo posible con permiso. Favor remítase a la Ley de Derecho de Autor (Copyright Act) de 1956, y las Leyes de Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes (Performers Protection Acts) de 1958 y 1972".

88. Se alegó que vendiendo un modelo que incorporaba un grabador de cinta doble de alta velocidad, y anunciando el modelo de la manera que he descrito, las demandadas autorizaban a los compradores del modelo a copias grabaciones sobre las cuales existía derecho de autor. La Cámara de los Lores rechazó estos alegatos. Las cintas vírgenes eran susceptibles a emplearse para grabación o copiado, pero ese copiado podía ser ilegal o no. La decisión de copiar ilegalmente era tomada por el comprador u operador. En consecuencia, vendiendo el equipo, las demandadas podían facilitar el copiado pero no

lo autorizaban. En cuanto al anuncio publicitario, este no autorizada el copiado ilegal; por el contrario, la nota al pie advertía que algún copiado requería permiso y dejaba claro que las demandadas no tenían ninguna autoridad para otorgar ese permiso. Ningún comprador podría razonablemente deducir a partir del equipo o a partir del anuncio publicitario que las demandadas poseían o aparentaban poseer autoridad para otorgar cualquier permiso requerido para que una grabación fuese copiada.

89. Lord Templeman (con quien Lord Keith de Kinkel, Lord Griffiths, Lord Oliver de Aylmerton, y Lord Tullichettle coincidieron) explicó los principios relevantes en su discurso desde la página 1053 en F a 1055 en D:

"En *Monckton v. Pathe Freres Pathephone Ltd.* [1914] 1 K.B. 395, L.J. Buckley dijo, en la p. 403: "El vendedor de un disco autoriza, considero, el uso del disco, y dicho uso será una ejecución de la obra musical". En ese caso una ejecución de la obra musical mediante el uso del disco estaba destinada a ser un uso infractor y el disco fue vendido con esos fines. En *Evans v. Hulton* (1924) 131 L.T. 534, 535, el magistrado Tomlin dijo que:

"cuando un hombre vende los derechos en relación a un manuscrito a otro con miras a su producción, y de hecho fue producido, tanto el idioma inglés como el sentido común le exigen sostener que este hombre habría 'autorizado' la impresión y publicación".

El objeto de la venta, es decir su publicación, tenía que ser infractor. En *Falcon v. Famous Players Film Co.* [1926] 2 K.B. 474, los demandados alquilaron para una sala de cine una película basada en la pieza teatral del demandante. Se sostuvo que los demandados violaron el derecho exclusivo del demandante conferido por la Ley de Derecho de Autor (Copyright Act) de 1911 de autorizar una ejecución de la pieza teatral. Aquí nuevamente el arrendador vendió un uso que solo podía ser infractor. *Bankes L.J.*, en la p. 491, siguiendo a *Monckton v. Pathe Freres Pathephone Ltd.* Y *Evans v. Hulton*, aceptó que para los fines de la Ley de 1911 la expresión "autorizar" significaba

"permitir, consentir y aprobar" Atkin L.J. dijo, en la p. 499:

"'autorizar' significa otorgar o aparentar otorgar a un tercero el derecho a hacer el acto denunciado, si la intención es que el autorizado haga el acto por su propia cuenta, o solo por cuenta del otorgante; . . ."

En este caso, Amstrad no permitió, consintió o aprobó un uso infractor de su modelo y yo respetuosamente coincido con L.J. Atkin y con L.J. Lawton en la presente causa [1986] F.5.R. 159, 207 que en el contexto de la Ley de Derecho de Autor (Copyright Act) de 1956, una autorización significa un otorgamiento o aparente otorgamiento, que puede ser expreso o tácito, del derecho a hacer el acto denunciado. Amstrad confirió al comprador la facultad de copiar pero no otorgó o aparentó otorgar el derecho a copiar.

En *Moorhouse v. University of New South Wales* [1976] R.P.C. 151 en el Máximo Tribunal (High Court) de Australia donde las facilidades de una biblioteca incluían una máquina fotocopidora, el Juez Gibbs dijo, en la p. 159:

"una persona que tiene bajo su control los medios por los cuales pueda cometerse una infracción –como una máquina fotocopidora– y que los pone a la disposición de otras personas, sabiendo o teniendo razones para sospechar que es posible que sean usados con el fin de cometer una infracción, y omite tomar medidas razonables para limitar su uso a fines legítimos, estaría autorizando cualquier infracción que resulta de su uso".

Dígase lo que pueda decirse sobre esta proposición, Amstrad no tiene control sobre el uso de sus modelos una vez que se han vendido. En este país los deberes de algunas bibliotecas son definidos por los Reglamentos sobre Derecho de Autor (Bibliotecas) (Copyright (Libraries) Regulations) de 1957 (S.I. 1957 No. 868) promulgados de conformidad con la sección 15 de la Ley de 1956.

En *C.B.S. Inc. v. Ames Records & Tapes Ltd.* [1982] Ch. 91, el magistrado Whitford sostuvo

que una biblioteca de discos que prestaba discos y simultáneamente ofrecía para la venta cintas vírgenes en descuento no autorizaba la violación de derecho de autor sobre los discos. Dijo en la p. 106:

"Pienso que cualquier persona ordinaria asumiría que una autorización solo puede venir de alguien que tenga o aparente tener autoridad y que un acto no es autorizado por alguien que simplemente permita o posiblemente asista o incluso fomente la realización de ese acto, pero no aparente tener ninguna autoridad que pueda otorgar para justificar la realización del acto".

Esto precisamente describe a Amstrad.

En *RCA Corporation v. John Fairfax & Sons Ltd.* [1982] R.P.C. 91 en el Máximo Tribunal (High Court) de Australia, el magistrado Kearney, en la p. 100, aprobó un texto de Laddie, Prescott & Vitoria, *The Modern Law of Copyright* (1980), parágrafo 12.9, p. 403, en estos términos:

"se puede decir que una persona autoriza a otra a cometer una infracción si la primera tiene alguna forma de control sobre la otra para el momento de la infracción, o si no tiene tal control, es responsable por poner en manos de la otra materiales que por su naturaleza es casi inevitable que se usen con el propósito de una infracción".

Me parece que esta proposición ha sido hecha de manera demasiado amplia.

Como lo indicó el magistrado Whitford en el caso *Ames*, en la p. 107:

"usted puede hacer cintas caseras a partir de discos comprados, discos prestados, prestados por amigos o bibliotecas públicas, a partir de discos reproducidos en la radio, y sin dudas, sin ningún gasto, a partir de discos que pueden obtenerse por períodos de prueba u ofertas introductorias de muchos clubs de discos que publican anuncios en los periódicos, que están preparados para dejarle tener hasta tres o cuatro discos por un período de prueba

limitado, sin absolutamente ningún tipo de cargo".

Podría decirse que estos discos prestados junto con todas máquinas de grabación y cintas vírgenes son "materiales que por su naturaleza es casi inevitable que se usen con el propósito de una infracción". Pero los prestamistas y vendedores no autorizan el uso infractor.

Por estas razones, que también se concluyen en la sentencia de la Corte de Apelaciones en las pp. 207, 210 y 217, estoy seguro de que Amstrad no autorizó la infracción".

90. A mi juicio es claro que de este extracto se desprende que "autorizar" significa el otorgamiento o aparente otorgamiento del derecho a hacer el acto denunciado. No se extiende a la simple habilitación, asistencia o incluso fomento. El otorgamiento o aparente otorgamiento de autorización para hacer el acto relevante puede ser expreso o tácito a partir de todas las circunstancias relevantes. En un caso que involucre un alegato de autorización por suministro, estas circunstancias pueden incluir la naturaleza de la relación entre quien presuntamente autoriza y el infractor primario, si el equipo u otro material suministrado constituye el medio usado para cometer la infracción, si es inevitable que sea usado para cometer infracción, el grado de control que el proveedor mantenga y si él ha tomado alguna medida para evitar la infracción. Estos son asuntos a tomarse en cuenta y pueden ser determinantes o no dependiendo de todas las demás circunstancias.

91. Las partes también me remitieron a un número de decisiones de tribunales en otras jurisdicciones. Dos tienen particular relevancia para los asuntos que tengo de decidir. Ambas son decisiones bajo la Ley de Derecho de Autor Australiana (Australian Copyright Act) de 1968. La sección 101 de la Ley australiana establece como infracción la autorización de un acto comprendido en el derecho de autor. Pero, a diferencia de nuestra Ley, establece en la sección 101(1) diversos asuntos que deben tomarse en cuenta para determinar si ha ocurrido una autorización:

"... los asuntos que deben ser tomados en cuenta incluyen los siguientes:

(a) la medida (si la hubiere) del poder de la persona de evitar el acto involucrado;

(b) la naturaleza de cualquier relación existente entre la persona y las personas que cometieron el acto involucrado;

(c) si la persona tomó cualquier otra medida razonable para impedir o evitar la realización del acto, incluyendo si la persona cumplió con cualquier código de práctico relevante en la industria".

92. La aplicación de esta sección ha sido considerada por la Corte Federal de Australia en apelación (magistrados French, Branson y Kenny) en *Cooper v Universal Music Australia Pty Ltd* [2006] FCAFC 187 y más recientemente por el magistrado Cowdroy en *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Ltd* (No3) [2010] FCA 24.

93. Cooper involucraba un sitio web manejado por el Sr. Cooper que en sí no contenía ningún archivo de música pero estaba estructurado para permitir a los usuarios de la Internet acceso fácil a archivos de música no autorizados de numerosos fonogramas populares a través de hipervínculos. El juez de juicio concluyó que el Sr. Cooper había violado el derecho de autor de las demandantes autorizando la realización de las copias de sus fonogramas. Esta conclusión fue confirmada en la apelación. El tribunal consideró esencial que el contenido principal del sitio web comprendía vínculos a otros sitios web y archivos contenidos en otros servidores y que la abrumadora mayoría de los archivos listados en el sitio web eran protegidos por derecho de autor. Además, el sitio web estaba estructurado de tal forma que cuando un usuario seleccionaba un vínculo específico a un archivo de música específico, una copia de ese archivo era transmitida directamente a la computadora del usuario. El sitio web era fácil de usar, altamente estructurado y organizado y permitía a los usuarios seleccionar fácilmente una variedad de populares fonogramas, y el Sr. Cooper tenía un interés comercial de atraer a

esos usuarios. El Sr. Cooper no tomó medidas razonables para impedir o evitar el uso de su sitio web para copiar fonogramas protegidos por derecho de autor, en efecto diseñó deliberadamente su sitio web para facilitar dicho uso, y la inclusión de varias limitaciones de responsabilidad era completamente cosmética.

94. Roadshow involucraba principalmente la cuestión de si iiNet, uno de los mayores PSI en Australia, autorizaba actos de infracción de sus suscriptores si esos suscriptores, sin la licencia de los titulares de derecho de autor, descargaban películas protegidas por derecho de autor. Los demandantes representaban los principales estudios cinematográficos en los EE.UU y Australia e incoaron este procedimiento con el objeto de impedir la infracción de derecho de autor por medio de un sistema peer-to-peer conocido como BitTorrent que estaba siendo usado por algunos de los suscriptores de iiNet. El sistema BitTorrent es una herramienta extremadamente poderosa para la realización de copias ilícitas porque permite al usuario ensamblar una copia de una película adquiriendo de otros usuarios del sistema todas sus partes constituyentes. El juez reconoció que la infracción de las obras de los demandantes estaba ocurriendo a gran escala pero declaró sin lugar la demanda por tres razones: primero, porque las infracciones de derecho de autor ocurrían directamente como resultado del uso del sistema BitTorrent y iiNet no controlaba y no era responsable por la operación de ese sistema; segundo, porque iiNet no tenía un poder relevante para impedir la ocurrencia de esas infracciones; y tercero, porque iiNet no permitió, consintió o aprobó la infracción de derecho de autor; no había hecho más que suministrar un servicio de Internet a sus usuarios.

95. A mi juicio, estas decisiones son completamente consistentes con los principios que he resumido y que creo que debo aplicar. Su aplicación produjo en Cooper un resultado diferente que el Roadshow sólo porque los hechos de los casos eran muy diferentes.

96. En el contexto de la presente causa la demandada alegó y las demandantes

acordaron, por lo menos para los fines de este procedimiento, que debo primero considerar si las demandantes habían establecido que su derecho de autor había sido violado por los miembros premium de la demandada.

97. Estoy preparado para proseguir en este respecto porque estoy seguro de que efectivamente el derecho de autor de las demandadas ha sido violado por los miembros premium de la demandada. El número de miembros premium activos es bastante sustancial, como lo evidencian las ganancias de la demandada, y esos miembros están principalmente interesados en películas, como lo deja claro el sitio web de Newzbin. A la luz de estos asuntos, la naturaleza de Newzbin, como la he descrito y la interacción entre la demandada y sus miembros según se demuestra en los foros de intercambio, considero abrumadoramente posible que los miembros premium de la demandada han hecho uso de las herramientas a las que se han suscrito y que al hacerlo, un grupo de ellos ha descargado copias de las películas de las demandantes protegidas por derecho de autor, incluyendo aquellas específicamente identificadas en este procedimiento, todas las cuales son títulos populares. Las demandantes no pueden identificar qué películas particulares han descargado miembros premium particulares solo porque la demandada ha elegido no registrar detalles de los archivos NZB que estos han descargado, como lo demuestran tan gráficamente las publicaciones del Sr. Elsworth.

98. Volviendo a la cuestión de la autorización, considero que los siguientes puntos son fundamentales. Comienzo con la naturaleza de la relación entre la demandada y sus miembros. Los miembros premium celebran un contrato con la demandada que les permite acceder a Newzbin como contraprestación a un pago semanal. Posteriormente estos miembros son introducidos a Newzbin como un sistema que proporciona una herramienta de búsqueda e indexación y una guía de los materiales disponibles en Usenet. Son invitados a explorar los diversos índices a nivel de informes en el índice Newzbin o a nivel de archivos en los índices RAW y Condensado. En cada caso

tienen la opción de ver las bases de datos directamente o usando las diversas categorías de materias de Newzbin. Concentrándonos en la categoría Películas, los miembros premium ven que esta categoría está desglosada en dos subcategorías que les permiten buscar y ver o solo con referencia a los nombres de películas particulares sino también, por ejemplo, con referencia a género. Claramente se trata de una herramienta sofisticada.

99. Esto me lleva a un número de aspectos de Newzbin que considero de particular importancia. Con relación al contenido binario, Newzbin proporciona a los miembros premium una herramienta que va considerablemente más allá de indexación y categorización. Esta identifica todos (o en el caso del índice RAW, muchos) de los quizás varios miles de mensajes que conforman un mensaje binario particular, y al hacerlo, le ahorran a esos miembros la muy sustancial tarea de localizar e identificar manualmente cada uno de ellos separadamente. Además, los informes en el índice Newzbin proporcionan un cuerpo considerable de información muy útil en relación a cada título. Estos incluyen información descriptiva, el URL y un archivo NFO que identifica al usuario individual que publicó el contenido en Usenet, la dirección de correo electrónico de ese usuario, información por la que puede deducirse la fecha en la que el contenido fue publicado en Usenet y el número de archivos que compone la obra particular.

100. El siguiente aspecto de gran importancia es la herramienta NZB. Presionando un botón, el sistema crea un archivo NZB que es entregado en la computadora del miembro donde puede almacenarse. Cuando el miembro la ejecuta, hace que el cliente de noticias busque todos los mensajes de Usenet y reensamble la obra binaria original a partir de sus partes componentes y por lo tanto, en caso de una obra protegida por derecho de autor, inevitablemente haga una copia infractora. Una vez que una obra es incluida en el índice Newzbin de la demandada, el uso de la herramienta NZB tiene que traer como consecuencia que esa obra sea copiada. En el

contexto de otras características de Newzbin, la herramienta NZB brinda medios para la infracción, fue creada por la demandada y está completamente bajo el control de la demandada.

101. También considero significativo que una gran proporción del contenido de la categoría Películas es comercial y por lo tanto muy posiblemente protegido por derecho de autor. Esto no ha llevado a la demandada a instalar algún tipo de sistema de filtro que, como se ha evidenciado, podría haberse hecho fácilmente. Por el contrario, ha alentado activamente a sus editores a hacer informes sobre películas, los ha recompensado por hacerlo y les ha dado la instrucción y directriz de incluir los URL en sus informes y también conoce bien la práctica común de usar los NFO. Por las razones que he dado, considero que las restricciones contractuales sobre los editores y miembros en relación con infracciones de derecho de autor son una fachada. En resumen, son inconsistentes con la estructura y operación del sistema Newzbin y la asesoría dada a los editores tanto general como específicamente. Además, la demandada no ha tomado ninguna medida para remover editores que, a saber de la demandada, han publicado informes sobre materiales infractores. En lo que respecta a los miembros premium, se les da acceso a todas las películas y programas en las categorías Películas y TV, información detallada sobre las películas y programas disponibles y la facilidad de descargarlos.

102. Por todas estas razones estoy completamente seguro de que un miembro razonable deduciría a partir de las actividades de la demandada que aparenta tener la autoridad para otorgar cualquier permiso requerido para copiar cualquier película que el miembro pueda escoger en la categoría Películas de Newzbin y que la demandada ha permitido, consentido y aprobado el copiado de las películas de las demandantes, incluyendo cada una de las películas específicamente indicadas en estas actuaciones.

Instigación y participación con intención común de cometer infracción

103. Está bien establecido que una persona que instiga una infracción de derecho de autor es responsable conjunta y separadamente con el infractor. Asimismo, dos o más personas pueden participar con la intención común de cometer una infracción, incurriendo conjuntamente en responsabilidad. Hay una considerable yuxtaposición entre los dos en que muchas circunstancias calificarán bajo los dos extremos. En *Amstrad*, Lord Templeman trató un alegato de intención común en la página 1057 de A a C:

"Señores, los infractores conjuntos son dos o más personas que actúan de común acuerdo con la intención común de cometer la infracción. En el presente caso, no había una intención común, *Amstrad* vendió una máquina y el comprador o el operador de la máquina decidieron el fin con el que la máquina debía usarse de vez en cuando. La máquina podía usarse era capaz de usarse con fines legales o ilegales. Todas las máquinas grabadoras y muchas otras máquinas pueden ser usadas con fines legales pero los fabricantes y vendedores no son infractores conjuntos si los compradores deciden violar la ley. Dado que *Amstrad* no hizo o autorizó a otros a hacer un disco que incorporara una grabación sobre la cual existía un derecho de autor, *Amstrad* no violó los derechos exclusivos otorgados por la Ley de 1956 a los titulares de derecho de autor y *Amstrad* no incumplió los deberes impuestos por la Ley".

104. Lord Templeman también trató un alegato de instigación más adelante en la página 1058 D a H:

"Señores, acepto que un demandado que instigue una violación de derecho de autor es responsable conjunta y separadamente con el infractor por los daños sufridos por el demandante como resultado de la infracción. El demandado es un infractor conjunto; quiere, instiga y comparte la intención común de que la infracción tenga lugar. Un demandado puede instigar una infracción por inducción, incitación o persuasión. Pero en el presente caso

Amstrad no instigó la infracción ofreciendo en venta una máquina que podía ser usada para copiado legal o ilegal anunciando las bondades de su máquina a cualquier comprador que podía decidir copiar ilegalmente. *Amstrad* no pone mucho interés en instigar y no puede instigar el copiado ilegal. El comprador no hará copias ilegales porque *Amstrad* lo haya inducido o incitado o persuadido a hacerlo. El comprador hará copias ilegales para su propio uso porque decide hacerlo. Los anuncios publicitarios de *Amstrad* pueden persuadir al comprador de comprar una máquina *Amstrad* pero no influenciarán su decisión posterior de cometer infracción de derecho de autor. L.J. Buckley observó en *Belegging-en Exploitiemaatschappij Lavender B.V. v. Witten Industrial Diamonds Ltd.*, p. 65, que "facilitar la realización de un acto es obviamente diferente a instigar la realización de un acto". No puede decirse que la venta y anuncios publicitarios al público de manera general de una máquina que puede usarse para fines legales o ilegales, incluyendo la infracción de derecho de autor, sea "instigar" todas las infracciones de derecho de autor posteriores por parte de personal del público que usen la máquina. Hablando de manera general, la inducción, incitación o persuasión para cometer infracción debe ser por un demandado a un infractor individual y debe instigar identificablemente una infracción en particular para hacer al demandado responsable como infractor conjunto".

105. La Corte de Apelación ha brindado orientación en cuanto a los elementos necesarios para establecer una intención común en varias causas recientes. En *Unilever plc v Gillette (UK) Ltd* [1989] RPC 583, L.J. Mustill (con quien coincidieron los otros miembros de la corte) dijo en la página 608:

"Uso las palabras 'intención común' porque están muy a la mano, pero hay otras expresiones como 'acción concertada' o 'acordada en acción común' que también servirán. Las palabras no deben interpretarse como si formaran parte de una ley. Todas transmiten la misma idea. Según me parece, esta idea no exige la conclusión de que la parte secundaria ha trazado explícitamente un plan

con el infractor primario. Su acuerdo tácito será suficiente. Tampoco me parece que haya necesidad de una intención común para cometer una infracción. Es suficiente que las partes se unan para conseguir la realización de actos que en el caso se demuestre sean infracciones".

106. En *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Export Credits Guarantee Dept* [1998] 1 Lloyd's Rep 19, L.J. Hobhouse explicó en la página 46:

"La simple asistencia no es suficiente para hacer a la parte 'secundaria' responsable como agravante conjunto con la parte primaria. Lo que hace debe ir más allá. Debe haber conspirado con la parte primaria o instigado o inducido la comisión del agravio ...; o debe haberse unido en la intención común con la que se cometió el agravio..."

107. En *Sabaf SpA v MFI Furniture Centres Ltd* [2002] EWCA Civ 976, [2003] RPC 264, el tribunal sostuvo en [59]:

"El concepto subyacente del agravio conjunto debe ser que el agravante conjunto haya estado tan involucrado en la comisión del agravio que lo convierta en responsable por el mismo. Salvo que haya realizado el acto de infracción él mismo, él no ha cometido el agravio. Nos parece que esa es la noción de fondo de todas las decisiones que se nos remitieron. Si hay una intención común o acción concertada o de otra forma una combinación para conseguir la realización de los actos infractores, entonces cada una de las partes que se combinan ha hecho propios los actos y será responsable. Como el juez, no pensamos que lo que Meneghetti hizo fue suficiente. Estaba simplemente actuando como proveedor de bienes para un comprador que era libre de hacer lo que quisiera con los bienes. Por lo tanto Meneghetti no hizo propios los actos infractores de MFI".

108. De estos extractos concluyo que la simple asistencia o facilitación (incluso con conocimiento) de la infracción primaria no es suficiente. El agravante conjunto debe haberse involucrado tanto en el agravio como para

hacerlo propio. Este será el caso si ha inducido, incitado o persuadido al infractor primario a cometer el acto infractor o hay una intención común o acción concertada para conseguir la realización del acto infractor.

109. Todas estas causas fueron citadas en la reciente decisión del magistrado Arnold en *L'Oréal v eBay* [2009] EWHC 1094, [2009] RPC 21. En esta acción L'Oréal presentó un número de demandas que surgían de la venta a través del mercado en línea eBay de bienes que portaban marcas comerciales de L'Oréal. Uno de los asuntos que surgió fue si eBay era responsable por infracción marcaría como agravante conjunto con los vendedores de tales productos. El magistrado Arnold negó esta demanda por cuestiones de hecho, esencialmente porque eBay no tenía el deber legal de impedir la infracción y la simple facilitación de la infracción con conocimiento y una intención de lucro no era suficiente para hacerlo responsable.

110. Ahora debo aplicar estos principios a los hechos en esta causa. Al hacerlo reconozco desde el principio que las demandantes no pueden señalar actos de infracción específicos por infractores particulares que pueda decirse que la demandante ha instigado. Sin embargo, no entiendo el discurso de Lord Templeman en *Amstrad* al excluir una conclusión de responsabilidad en ese caso. Claramente este es uno de los asuntos a tomarse en cuenta y a falta de la identificación de tales actos específicos una conclusión de instigación en general no sería apropiada. No obstante la cuestión a responderse permanece igual, es decir, si el demandado se ha establecido una intención común involucrándose tanto en la infracción como para hacerla propia; o si el demandado ha instigado una infracción por inducción, incitación o persuasión.

111. Para contestar esa pregunta, considero que todos los hechos y asuntos a los que me he referido al considerar la cuestión de la autorización son altamente relevantes. Además, he concluido que la demandada sabe bien que está poniendo a la disposición de sus miembros premium copias infractoras de películas, incluyendo las películas de las

demandantes. En resumen, la demandante opera un sitio que está diseñado y tiene la finalidad de hacer copias infractoras de películas fácilmente disponibles para sus miembros premium; el sitio está estructurado de tal forma de promover dicha infracción guiando a los miembros premium a copias infractoras de su escogencia y luego brindándoles los medios para descargar esas copias infractoras usando la herramienta NZB; la activación de la herramienta NZB en relación con una de las películas de las demandantes inevitablemente resultará en la producción de una copia infractora; la demandada ha alentado e inducido a sus editores a hacer informes de películas protegidas por derecho de autor, incluyendo aquellas de las demandadas; adicionalmente la demandada ha asistido a sus miembros premium a cometer infracciones al darles asesoría a través de los foros de intercambio; la demandada se ha lucrado a partir de la infracción; y finalmente, las demandantes no pueden identificar infracciones por miembros particulares sólo porque la demandada no mantiene ningún registro de los archivos NZB que ellos han descargado.

112. En todas estas circunstancias, creo que la pregunta que he identificado admite solo una respuesta. La demandada efectivamente ha instigado y establecido una intención común con sus miembros premium para violar el derecho de autor de las demandantes.

Infracción por comunicación al público

113. La sección 20 de la Ley establece:

"20. Infracción por comunicación al público

"(1) La comunicación al público de la obra es un acto restringido por el derecho de autor sobre-

- (a) una obra literaria, dramática, musical o artística,
- (b) un fonograma o película, y
- (c) una transmisión radial o televisiva (broadcast).

(2) Las referencias en esta Parte a comunicación al público son a la comunicación al público por transmisión electrónica, y con relación a una obra incluyen

- (a) la transmisión radial o televisiva de la obra;
- (b) la puesta a la disposición del público de la obra por transmisión electrónica de tal forma que las personas de público puedan acceder a ella desde un lugar y en un momento individualmente escogido por ellas".

114. Esta sección pone en práctica el Artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de mayo de 2001. Esta establece, en lo que nos concierne:

"1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

2. Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que elija:

- a) a los artistas, intérpretes o ejecutantes, de las fijaciones de sus actuaciones;
- b) a los productores de fonogramas, de sus fonogramas;
- c) a los productores de las primeras fijaciones de películas, del original y las copias de sus películas;
- d) a los organismos de radiodifusión, de las fijaciones de sus emisiones, con independencia de que éstas se transmitan por procedimientos alámbricos o inalámbricos, inclusive por cable o satélite.

3. Ningún acto de comunicación al público o de puesta a disposición del público con arreglo al presente artículo podrá dar lugar al agotamiento de los derechos a que se refieren los apartados 1 y 2".

115. La finalidad amplia de este y otros derechos contemplados en la Directiva se evidencia en los considerandos (9) y (10):

"(9) Toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual. Su protección contribuye a preservar y desarrollar la creatividad en interés de los autores, los intérpretes, los productores, los consumidores, la cultura, la industria y el público en general. Por lo tanto, la propiedad intelectual ha sido reconocida como una parte integrante del derecho de propiedad.

(10) Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor. La inversión necesaria para elaborar productos tales como fonogramas, películas o productos multimedia, y servicios tales como los servicios "a la carta", es considerable. Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión".

116. Además, la intención era que el derecho de comunicación al público fuese entendido en sentido amplio, como se evidencia en los considerandos (23) y (24):

"(23) La presente Directiva debe armonizar en mayor medida el derecho de autor de la comunicación al público. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio que incluya todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación. Este derecho debe abarcar cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos,

incluida la radiodifusión. Este derecho no debe abarcar ningún otro tipo de actos.

(24) El derecho de poner a disposición del público las prestaciones contempladas en el apartado 2 del artículo 3 se entiende que abarca todo acto por el cual tales prestaciones se pongan a disposición del público no presente en el lugar en el que se generó dicho acto, y ningún otro acto distinto del mismo".

117. Las demandantes presentaron sus argumentos bajo la sección 20(2)(b) de la Ley. Afirman que la demandada había puesto a la disposición del público sus películas por transmisión electrónica de tal forma que cualquiera por día tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento individualmente escogido.

118. La demandada objeta que esté poniendo a la disposición las películas de las de mandantes. Dice que su servicio es pasivo y que simplemente actúa como intermediaria al proporcionar un vínculo a sitios desde los cuales pueden descargarse las películas de las demandantes.

119. El alcance del Artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE fue considerado por la Corte Europea de Justicia (la "CEJ") en el juicio C-306/05 Sociedad General de Autores v Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA [2006] ECR I-11519. SGAE, el organismo responsable por la gestión de los derechos de propiedad intelectual en España, se quejó de que la instalación y uso de televisores en el Rafael Hotel involucraba la comunicación al público de obras que caían dentro del repertorio que esta administraba. En la apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona remitió a la CEJ una serie de interrogantes, una de las cuales preguntaba, esencialmente, de si la transmisión de una señal radiodifundida a través de televisores a los clientes en habitaciones de hotel constituía comunicación al público en el sentido del Artículo 3(1); otra preguntaba, esencialmente, si la simple instalación de televisores en habitaciones de hotel constituía dicho acto. al considerar estas interrogantes, la CEJ reiteró en [36] que la comunicación al público debía ser interpretada ampliamente:

"36. Del vigésimo tercer considerando de la Directiva 2001/29 se desprende que el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio. Esta interpretación resulta, además, indispensable para la consecución del objetivo principal de dicha Directiva, que, como se deriva de sus considerandos noveno y décimo, se concreta en lograr un elevado nivel de protección en favor, entre otros, de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada por el uso de su obra y, concretamente, en el caso de su comunicación al público".

120. Luego la CEJ explicó en [40] que la transmisión de la señal a ocupantes de las habitaciones era una transmisión a un nuevo público:

"40. Asimismo, procede considerar que las comunicaciones que se efectúan en circunstancias como las del asunto principal son comunicaciones realizadas por un organismo de retransmisión distinto al de origen, en el sentido del artículo 11 bis, apartado 1, inciso ii), del Convenio de Berna. Por lo tanto, estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra, es decir, a un público nuevo".

121. Y también la transmisión de la señal a los ocupantes de las habitaciones constituía una nueva comunicación, como lo sostuvo la CEJ en [42] a [44]:

"42. A este respecto, la clientela de un establecimiento hotelero es efectivamente un público nuevo. La distribución de la obra radiodifundida a esta clientela a través de aparatos de televisión no constituye un simple medio técnico para garantizar o mejorar la recepción de la emisión de origen en su zona de cobertura. Por el contrario, el establecimiento hotelero interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus huéspedes la posibilidad de acceder a la obra protegida. Si no tuviera lugar esta intervención, los clientes, aun cuando se encontraran dentro de la

mencionada zona, no podrían, en principio, disfrutar de la obra difundida.

43. Además, se desprende de los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y 8 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor que para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella. Por consiguiente, no es decisivo a este respecto, en contra de lo afirmado por Rafael Hoteles e Irlanda, el hecho de que los clientes que no hayan encendido el televisor no hayan tenido acceso efectivo a las obras.

44. Por otro lado, como se deriva de los datos que constan en los autos transmitidos al Tribunal de Justicia, debe considerarse que la intervención del establecimiento hotelero para dar acceso a sus clientes a la obra radiodifundida es una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio. No puede negarse que la inclusión de este servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones. En consecuencia, se estime o no que, como alega la Comisión de las Comunidades Europeas, la existencia de un fin lucrativo no es una condición necesaria para que se dé una comunicación al público, ha quedado acreditado en cualquier caso que en circunstancias como las que son objeto del asunto principal la comunicación se orienta por un fin lucrativo".

122. Muy importante, Rafael Hotel había intervenido para proporcionar a sus clientes acceso a las obras protegidas; en ausencia de esa intervención, los clientes no hubiesen podido disfrutar de esas obras; y el hotel había obtenido un beneficio al proporcionar este servicio.

123. Por otra parte, la instalación de televisores en sí misma no era suficiente, como lo sostuvo la CEJ en [46]:

"46. Sin embargo, si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones materiales en la que generalmente participan, además del establecimiento hotelero, empresas

especializadas en la venta o el alquiler de televisores no equivale en sí misma a una comunicación en el sentido de la Directiva 2001/29, tales instalaciones posibilitan técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas. Por tal motivo, la distribución de la señal por el establecimiento hotelero a los clientes alojados en sus habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye una comunicación al público, sin que tenga relevancia alguna la técnica que se haya utilizado para la transmisión de la señal".

124. He observado que los miembros premium de la demandada efectivamente habían descargado las películas de las demandadas y claramente lo hicieron desde el lugar y en el momento individualmente escogido por ellos. La pregunta más difícil es si la demandada ha puesto esas películas a su disposición.

125. A la luz de la Directiva 2001/29/CE y la orientación proporcionada por la CEJ en *Rafael Hoteles*, creo que los siguientes aspectos son fundamentales para esta pregunta. La demandada ha prestado un servicio que, mediante el pago de una suscripción, permite a sus miembros premium identificar las películas de su preferencia usando el sistema de categorización e indexación Newzbin y luego descargar esas películas usando la herramienta NZB, todo en la forma que expliqué anteriormente en detalle en esta sentencia. Este servicio no es remotamente pasivo. Ni simplemente proporciona un vínculo a una película de interés que es puesta a la disposición por un tercero. Por el contrario, la demandada ha intervenido de una forma muy importante para poner a la disposición las películas de las demandantes a una nueva audiencia, es decir, a sus miembros premium. Además lo ha hecho brindando un sistema técnico y editorial sofisticado que permite a sus miembros premium descargar todos los mensajes componentes de la película de su escogencia presionando un botón, y así evita días de esfuerzo (potencialmente infructuoso) en buscar reunir todos esos mensajes por ellos mismos. En consecuencia, no tengo dudas de que los miembros premium de la demandada consideran que Newzbin está poniendo a su

disposición las películas en el índice Newzbin. Además, la demandada ha prestado su servicio con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos. A mi juicio se desprende de lo anterior que la demandada efectivamente puso a la disposición de sus miembros premium las películas protegidas por derecho de autor de las demandadas y de esa forma las comunicó al público.

Conclusión sobre la responsabilidad

126. La demandada es responsable ante las demandantes por la violación de su derecho de autor porque autorizó la copia de las películas de las demandantes; instigó y se involucró con sus miembros premium con la intención común de copiar las películas de las demandantes; y comunicó al público las películas de las demandantes.

Flagrancia

127. Las demandantes sostienen que tienen derecho a reparación adicional por daños y perjuicios de conformidad con la Sección 97 de la Ley. Esta sección establece que el tribunal podrá, teniendo en consideración todas las circunstancias, y en particular la flagrancia de la infracción y cualquier beneficio percibido por la infracción, conceder tal reparación adicional por daños y perjuicios, según pueda exigirlo la justicia del caso.

128. He observado que la demandada ha llevado a cabo una deliberada línea de conducta sabiendo bien que la amplia mayoría de los materiales en la categoría Películas de Newzbin son comerciales y por lo tanto posiblemente protegidas por derecho de autor, y que los usuarios de Newzbin que descargaron esos materiales están violando ese derecho de autor. El tribunal que conoce una solicitud de reparación por daños debería considerar esas observaciones al considerar si la justicia del caso exige el otorgamiento de una reparación adicional por daños y perjuicios.

Alcance de la medida cautelar con respecto a la infracción

129. La intención de la demandada es poner a la disposición a través de Newzbin todas las películas publicadas en Usenet, incluyendo inevitablemente las películas protegidas por derecho de autor del repertorio de las demandantes tanto en el presente como en el futuro. Esto simplemente constituye una amenaza general de violación del derecho de autor presente y futuro de las demandantes. También tengo en mente que la declaración no controvertida del Sr. Clark de que sería un ejercicio simple para la demandada filtrar el contenido de Newzbin con referencia a la base de datos proporcionada por las demandantes. En estas circunstancias, he llegado a la conclusión de que sería apropiado acordar una medida cautelar con referencia al repertorio de las demandantes, y que tal medida cautelar es necesaria para brindar un resarcimiento efectivo a las demandantes. Consideraré los términos precisos de la medida cautelar incluyendo cualesquiera adecuadas y necesarias a la luz de argumentos adicionales.

Medidas cautelares contra proveedores de servicios

130. A la luz de mis observaciones, puedo tratar este alegato muy brevemente. La Sección 97A de la Ley da al tribunal la facultad de otorgar una medida cautelar contra un proveedor de servicios que tenga conocimiento real de otra persona que use el servicio para violar el derecho de autor. Establece:

"97A Medidas cautelares contra proveedores de servicios

(1) El Tribunal Superior (High Court), y en Escocia, el Tribunal Superior de Justicia (Court of Session) tendrán la facultad de otorgar una medida cautelar contra un proveedor de servicios, cuando el proveedor de servicios tenga conocimiento real de otra persona que use sus servicios para violar derecho de autor.

(2) Para determinar si un proveedor de servicios tiene conocimiento real para los fines de esta sección, un tribunal tomará en cuenta

todos los asuntos que le parezcan relevantes en las circunstancias particulares y, entre otras cosas, considerará -

(a) si un proveedor de servicios ha recibido una notificación a través de un medio de contacto puesto a la disposición de conformidad con la disposición 6(1)(c) del Reglamento sobre Comercio Electrónico (Directiva CE) de 2002 (Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002) (SI 2001/2013); y

(b) el grado en el que cualquier notificación incluya-

(i) el nombre completo y dirección del remitente de la notificación;

(ii) detalles de la infracción en cuestión.

(3) en esta sección, "proveedor de servicios" tiene el significado que le asigna la disposición 2 del Reglamento sobre Comercio Electrónico (Directiva CE) de 2002".

131. Esto pone en práctica el Artículo 8(3) de la Directiva 2001/29/CE:

"Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor".

132. La adopción de esta disposición refleja un reconocimiento de que los servicios de intermediarios están siendo usados cada vez más por terceros para actividades infractoras y que, en muchos casos, los intermediarios están en la mejor posición para poner fin a tales actividades, como se explica en el Considerando (59):

"Sobre todo en el entorno digital, es posible que terceros utilicen cada vez con mayor frecuencia los servicios de intermediarios para llevar a cabo actividades ilícitas. En muchos casos, estos intermediarios son quienes están en mejor situación de poner fin a dichas actividades ilícitas. Así pues, y sin perjuicio de otras sanciones o recursos contemplados, los

titulares de los derechos deben tener la posibilidad de solicitar medidas cautelares contra el intermediario que transmita por la red la infracción contra la obra o prestación protegidas cometida por un tercero. Esta posibilidad debe estar abierta aun cuando los actos realizados por el intermediario estén exentos en virtud del artículo 5. Debe corresponder a la legislación nacional de los Estados miembros regular las condiciones y modalidades de dichas medidas cautelares"

133. *Las demandantes afirman que la demandada es un proveedor de servicios relevante y que tiene conocimiento real de que sus miembros premium están violando el derecho de autor de las demandantes, y sin duda, el derecho de autor de otros titulares de derechos sobre el contenido puesto a la disposición en Newzbin. En consecuencia me invitan a otorgar una medida cautelar para impedir a la demandada incluir en sus índices o bases de datos entradas que identifiquen cualquier material publicado o distribuido a través de cualquier grupo de Usenet en violación al derecho de autor.*

134. *La demandada acepta que es un proveedor de servicios relevante pero niega tener conocimiento real de cualquier persona que use su servicio con fines de infracción porque nunca se le ha entregado una notificación del tipo referido en la sección 97A(2).*

135. *No acepto que la entrega de dicha notificación sea una condición previa para la*

conclusión de que un proveedor de servicios tenga conocimiento real de otra persona que use su servicio para violar el derecho de autor. Esto se evidencia en la sección, que establece que este es simplemente uno de los asuntos que el tribunal debe considerar. Sin embargo, no creo que sea apropiado otorgar una medida cautelar de la amplitud solicitada por las demandantes por algunas razones. Primero, se evidencia en los términos de la Directiva 2001/29/CE que contempla el otorgamiento de una medida cautelar por solicitud de los titulares de derechos, sin embargo las demandantes solicitan una medida cautelar para restringir actividades en relación con todos los materiales binarios y todos los materiales de texto con respecto a los cuales no son titulares de ningún derecho y sobre los cuales se presentó muy poca o ninguna prueba. Segundo, no acepto que la demandada tenga conocimiento real de otras personas que usen su servicio para violar todos esos derechos. Por lo tanto, no estoy convencido de que tengo competencia para otorgar una medida cautelar de este tipo en cualquier caso. Tercero, los derechos de todos los demás titulares de derechos están completamente indefinidos y en consecuencia el alcance de la medida cautelar sería muy incierto. A mi juicio, el alcance de cualquier medida cautelar de conformidad con la sección 97A(2) no debería extenderse más allá de lo que ya he concluido que las demandantes tienen derecho, es decir, una medida cautelar para impedir a la demandada violar el derecho de autor de las demandantes en relación con su repertorio de películas