

Vzgr Rb Den Haag, 11 mei 2010, Eyeworks v FTD



AUTEURSRECHT - EX PARTE

Ex Parte bevel tegen verspreiding illegale content

- [De voorzieningenrechter heeft kennis genomen van het verweer dat FTD mogelijk zou willen voeren via haar website ftd.nu en de aldaar gepubliceerde dagvaarding in de zaak van FTD tegen Stichting Brein. Een sleutelargument dat FTD hanteert is dat downloaden ook uit illegale bron legaal is. Daargelaten dat dit argument onjuist is, kan dit argument in deze procedure ook niet worden ingeroepen omdat Eyeworks in dit ex parte geding haar pijlen niet richt op de downloader, maar op de verspreider van auteursrechtelijk beschermde content.](#)

Eyeworks heeft voldoende inzichtelijk gemaakt dat FTD is aan te merken als de partij die het werk "Komt een Vrouw bij de Dokter" openbaar maakt.
2.2. Gelet op hetgeen in het verzoekschrift is aangevoerd, is voldoende aannemelijk dat uitstel onherstelbare schade voor Eyeworks zal veroorzaken.

Vindplaatsen:

Vzgr Rb Den Haag, 11 mei 2010

(Chr.A.J.F.M. Hensen)

Sector civiel recht

rekestnummer: KG RK 10-1250

Beschikking van 11 mei 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid EYEWORKS FILM & TV DRAMA, gevestigd te Amsterdam, verzoekster, advocaat: mr. P.J.M. van Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage, tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid F.T.D. B.V., gevestigd te Hilversum, gerkwestreerde.

Verzoekster wordt hierna aangeduid als Eyeworks en gerkwestreerde als FTD. Voor Eyeworks wordt de zaak inhoudelijk behandeld door mr. D.J.G. Visser, advocaat te Amsterdam.

1. Het verzoek

1.1. Op 10 mei 2010 is bij het bureau algemene zaken van deze rechtbank ingekomen een verzoekschrift tot

het geven van een onmiddellijke voorziening bij voorraad, met daaraan gehecht tien bijlagen. Het verzoekschrift is, voor zover van belang, hieronder opgenomen.

VERZOEKSCHRIFT TOT HET GEVEN VAN EEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENING BIJ VOORRAAD EX ART. 1 JO. 12 AW JO. 1019^E RV, ALTHANS EX ART. 26D AW JO. ART. 1019^E RV:

Verzoekster is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid EYEWORKS FILM TV DRAMA statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende aan de Anthony Fokkeiweg 61 te (1059CP) Amsterdam (hierna: "Eyeworks Film & TV Drama"); te dezer zake domicilie kiezende te 0017 SG) Amsterdam aan de Weteringschans 24, ten kantore van de maatschap van advocaten Klos Morel Vos & Schaap, van welke mr. D.J.G. Visser deze zaak inhoudelijk behandelt, alsmede te 's-Gravenhage aan het Noordeinde 33 ten kantore van advocaat mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, die te dezer zake tot procesadvocaat wordt gesteld en als zodanig de proceshandelingen voor verzoekster zal verrichten;

Verweerster is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid F.T.D. B.V., statutair gevestigd te Hilversum en kantoorhoudende te (1217HG) Hilversum aan de Javalaan 54 (hierna: "FTD").

Inhoud

- A. Kern van de zaak: ernstige en zeer schadelijke inbreuk
- B. Eyeworks Film & TV Drama
- C. FTD B.V.
- Het Usenet
- Rol FTD
- Bemoeienis FTD bij FTD Applicatie
- D. Inbreuk op auteursrechten
- E. Primair: FTD pleegt zelf auteursrechtinbreuken (art. 1 jo. 12 Aw)
- F. Subsidiair: FTD faciliteert auteursrechtinbreuk (art. 26d Aw)
- G. Spoedeisend Belang en Onherstelbare Schade
- H. Bevoegdheid
- I. Bevel

A. Kern van de zaak: ernstige en zeer schadelijke inbreuk

- 1. Verweerster, FTD (bijlage 1), exploiteert een populaire interactieve computer applicatie gericht op het uitwisselen van ongeautoriseerde entertainment content (hierna: de "FTD Applicatie").
- 2. Verzoekster, Eyeworks Film & TV Drama (bijlage 2), heeft onlangs ontdekt dat de film Komt een Vrouw bij de Dokter (hierna: "Komt een Vrouw bij de Dokter"), waarvan zij de producent en auteursrechthebbende is via de FTD Applicatie wordt verspreid, zonder dat zij daarvoor toestemming heeft gegeven. Deze verspreiding door FTD is bijzonder schadelijk voor Verzoekster nu zij zeer recent, te weten op donderdag 27 april 2010, Komt een Vrouw bij de Dokter heeft vrijgegeven voor verkoop en verhuur op DVD en BluRay.



Afbeelding 1-DVD hoes van Komt een Vrouw bij de Dokter.

3. De ongeautoriseerde verspreiding van Komt een Vrouw bij de Dokter via FITD gaat in bijzonder hoog tempo; Komt een Vrouw bij de Dokter staat nota bene op dit moment al 9 keer vermeld in FTD's top 25 van Meest Gewaardeerde Aanmeldingen, op de nummers 1, 3, 4, 5, 7, 12, 15, 21 en 24. (bijlage 7).

4. Dit verzoek tot een ex parte verbod is bedoeld om een onmiddellijk einde te maken aan deze ernstige en zeer schadelijke inbreuk.

B. Eyeworks Film & TV Drama

5. Verzoekster, Eyeworks Film & TV Drama, is een gerenommeerde en succesvolle Nederlandse producent van films en televisie programma's, die inmiddels ook internationaal grote bekendheid geniet.

6. Bekende producties van Eyeworks Film & TV Drama zijn onder meer de succesvolle TV series Van Speijk en Koppels, de film De Brief voor de Koning en de film Antonia die met een Oscar werd bekroond.

7. Eyeworks Film & TV Drama is tevens de producent en auteursrechthebbende van de best bezochte Nederlandse film van het afgelopen jaar, Komt een Vrouw bij de Dokter, met in de hoofdrollen Carice van Houten en Barry Atsma (bijlagen 3 en 10).

8. De film Komt een Vrouw bij de Dokter was tot voor kort in de bioscoop te zien en de release datum voor de verkoop en verhuur stond gepland op donderdag 27 april 2010 (bijlage 4). De DVD's en BluRay's zijn al op 22 april 2010 geleverd aan winkels. Op diezelfde dag zijn de eerste ongeautoriseerde kopieën van het filmwerk Komt een Vrouw bij de Dokter naar het Usenet geupload.

C. FTD B.V.

Het Usenet

9. Voor een goede uitleg van de rol die FTD vervult bij de illegale verspreiding van entertainment content, waaronder in dit geval Komt een Vrouw bij de Dokter, is het noodzakelijk eerst een uitleg te geven van het Usenet.

10. Het Usenet is kort gezegd een protocol waarmee via het internet bestanden kunnen worden verspreid. Het protocol is oorspronkelijk ontwikkeld als een discussieplatform over allerlei onderwerpen (bijvoorbeeld nieuws en wetenschappelijke informatie) waar men via het plaatsen van tekstbestanden participeerde in de discussies. Tegenwoordig wordt het Usenet vooral gebruikt als middel om speelfilms, televisiepro-

gramma's, muziek, games en andere software te verspreiden en te downloaden. De rechthebbenden op deze werken hebben in de regel geen toestemming gegeven voor deze verspreiding via Usenet.

11. Om bestanden via Usenet te kunnen uploaden en downloaden, moet men zijn geregistreerd bij een Usenet provider. Dit kan de ISP zijn waar men een internetaansluiting heeft, maar het kan ook een provider zijn die Usenet als een zelfstandige dienst aanbiedt. De providers verlenen toegang tot hun zogenaamde "news-server"; dit zijn in feite een (aantal) grote harddisk(s) waarop gebruikers tekstberichten en film-, muziek- en gamebestanden kunnen plaatsen. De voornoemde bestanden worden op die newsservers in zogenaamde nieuwsgroepen geplaatst

12. De kern van het Usenet protocol is dat de newsservers de actuele inhoud van de nieuwsgroepen naar newsservers van andere providers sturen en vice versa. Dit wordt synchronisatie genoemd. Als de news-server dit inkomend verkeer toelaat en opslaat wordt daarmee het eigen aanbod uitgebreid. Het aanbod op de newsservers kan door deze synchronisatie exponentieel toenemen.

13. Om Usenet te kunnen gebruiken en toegang te krijgen tot de inhoud die zich op deze newsservers bevindt, is speciale software nodig, een zogenaamde "newsreader". Dit is een programma dat verbinding maakt met de news-server en het mogelijk maakt daarop geplaatste bestanden downloaden. Dit soort programma's zoals NewsLeecher en Grubt zijn gratis van het internet te downloaden.

14. Bestanden die via het Usenet protocol worden verspreid worden "binaries" genoemd. In de praktijk zijn binaries vrijwel altijd audio, audiovisuele en softwarebestanden. Nieuwsgroepen waarin entertainmentbestanden zijn geplaatst zijn dan ook te herkennen aan het woord "binaries", meestal gevolgd door een extensie die betrekking heeft op het soort bestanden dat in de betreffende binaries nieuwsgroep staat opgeslagen zoals: altbinaries.mp3; alt.binaries.dvd en alt.binaries.playstation.

15. Omdat Usenet oorspronkelijk alleen gebruikt werd om kleine tekstbestandjes op te zetten is het niet mogelijk om grote bestanden als films en games in één bestand naar Usenet te uploaden. Bestanden die als binaries op het Usenet worden gepost moeten eerst worden omgezet in een groot aantal tekstbestanden, "articles" genoemd. Bovendien is het niet mogelijk bestanden groter dan 50Mb in één keer in een nieuwsgroep te posten. Grote bestanden - die dus zijn omgezet in "articles" waaronder dus films, muziekalbums, games etc. moeten daartoe eerst softwarematig - met het van internet te downloaden compressieprogramma WinRAR. - "opgeknippt" worden in een verzameling van tientallen zo niet honderden kleine bestanden (deze kleine bestanden worden ook wel ".rar bestanden" genoemd). Elk .rar bestand bevat ongeveer 150 articles. Deze kleine .rar bestanden kunnen vervolgens worden geupload naar de door de uploader uitgekozen nieuwsgroep. Na het downloaden moet de hele reeks .rar bestanden waaruit een film, muzikale-

bum etc. bestaat door de newsreader, aan elkaar worden geplakt en omgezet in het betreffende entertainmentbestand. Dit gebeurt tegenwoordig volautomatisch.

16. De articles van ieder entertainmentbestand hebben een uniek nummer (een zogenaamd "message id"). Om het downloaden van het gezochte bestand (speelfilm, televisieserie, muziekalbum of game) te vergemakkelijken kan men gebruik maken van zogenaamde NZB-bestanden. Een "NZB-bestand" bevat alle informatie die een newsreader nodig heeft om het beoogde bestand te downloaden, zoals de naam van het bestand, waar het bestand op het Usenet staat en het message id. Een NZB-bestand is dus een verzameling van die message id's samengevoegd in het tekstbestand (met de extensie .nzb). Wanneer je weet welk bestandje precies wilt downloaden is het eenvoudig om hiervoor een NZB-bestand te maken op websites zoals bijvoorbeeld www.binsearch.net (een Usenet zoekmachine). Het op deze website aangemaakte NZB-bestand wordt dan vervolgens automatisch geïmporteerd in de newsreader die meteen de download start. De NZB-bestanden dragen dan ook bij aan het gebruiksgemak om bestanden te downloaden van het Usenet.

17. Usenet is voor de verspreiding van entertainmentbestanden - met name zeer grote entertainmentbestanden - aantrekkelijker dan andere uitwisseltechnologieën zoals LimeWire, e-Donkey en BitTorrent. Doordat de bestanden rechtstreeks gedownload worden van de newsservers met doorgaans extreem snelle internetverbindingen is de downloadsnelheid slechts afhankelijk van de snelheid van de internetverbinding van de gebruiker: door te kiezen voor een newsserver met een goede breedbandverbinding kan de Usenet gebruiker de downloadsnelheid dus zelf beïnvloeden. Bij peer-to-peer netwerken is men met name afhankelijk van de bandbreedte van alle computers waarvan stukjes van het gewenste bestand worden gedownload. Het aanbod op Usenet is dan ook wat betreft muziek, film, televisie en games zeer veelomvattend en bijzonder actueel.

18. Gelet op de massaliteit van het aanbod is het nadeel van Usenet de onoverzichtelijkheid van de zoekresultaten via een Usenet zoekmachine zoals binsearch.net of via de zoekfunctie van een newsreader zoals GrabIt. De voornoemde zoekgereedschappen zoeken namelijk alleen op bestandsnamen. Aangezien er op het Usenet veel films worden aangeboden onder vreemde bestandsnamen die niet tot de film die het bestand bevat te herleiden zijn - dit om opsporing door rechthebbenden te bemoeilijken en/of bestanden alleen ter beschikking te stellen aan een bepaalde incrowd - is het niet eenvoudig om snel een bepaalde film te vinden.

Rol FTD

19. Dit is waar FTD in beeld komt. FTD zorgt dat het aanbod op Usenet daadwerkelijk gevonden kan worden (bijlage 5) en dat men weet wat men precies krijgt. FTD exploiteert daarvoor de voornoemde interactieve Nederlandstalige FTD Applicatie, die vanaf haar website www.ftd.nu kan worden gedownload.

20. Gebruikers van de FTD Applicatie kunnen op de interactieve FTD Applicatie zogenaamde spots plaatsen

voor bepaalde bestanden - het gaat hierbij voornamelijk om ongeautoriseerde entertainment bestanden - die op het Usenet zijn geplaatst. Een spot ziet er als volgt uit (zie ook pagina 2 van bijlage 8):

Afbeelding 2 - Voorbeeld van een spot op FTD (Afbeelding 2 wordt ook overgelegd als p.2 van bijlage 8)

De spot bevat informatie over het bepaalde bestand, zoals bijvoorbeeld het formaat, het filmgenre, in hoeveel .rar bestanden de film is opgeknipt en het allerbelangrijkste: de bestandsnaam, waaronder het bestand is te vinden op het Usenet (zie de groene letters in Afbeelding 2).

21. Door deze bestandsnaam te kopiëren en in een Usenet zoekmachine te plakken is heel eenvoudig het gewenste bestand te vinden en vervolgens uiteraard - na het maken van een NZBbestand als hiervoor omschreven sub 16 - te downloaden (zie 3).

Afbeelding 3 - Voorbeeld van zoekresultaten op de Usenet zoekmachine binsearch.net wanneer wordt gezocht op de bestandsnaam als opgenomen in de FTD spot van Afbeelding 2 (Afbeelding 3 wordt ook overgelegd als p.3 van bijlage 8).

Als bijlage 8 worden ter illustratie screenshots van het hele downloadproces van een bestand met behulp van FTD overgelegd. Het verdient opmerking dat deze screenshots niet gelijk staan aan het aantal stappen (muiskliks) dat moet worden gemaakt om het downloadproces te doorlopen. Het grootste deel van deze stappen gaat volautomatisch.

22. FTD gebruikers op zoek naar content kunnen rustig *browse*n door alle spots of *browse*n in de door FTD gecreëerde categorieën als DVD, HD, Divx, Playstation, Xbox en Nintendo (met groen omlind in Afbeelding 4 hieronder). De FTD Applicatie bevat een zoekfunctie (met rood omlind in Afbeelding 4 hieronder), zodat de FTD-gebruiker eenvoudig kan zoeken of er al een spot voor een bepaalde film is geplaatst op FTD. De database van spots wordt iedere dag aangevuld, het gaat daarbij om zeker honderden nieuwe spots. De FTD Applicatie bevat een "update"-functie zodat de FTD gebruikers de meest recente inhoud van deze database kunnen doorzoeken.

Afbeelding 4 - Screenshot van de FTD Applicatie (Afbeelding 4 wordt ook overgelegd als bijlage 5B)

Bemoeienis FTD bij FTD Applicatie

23. De FTD Applicatie is enorm populair onder Nederlandse Usenet-gebruikers. Op dit moment telt de FTD Applicatie al meer dan 530.000 gebruikers (met blauw omlind in Afbeelding 4 hierboven). Die populariteit vloeit met name voort uit het feit dat FTD zich actief bemoeit met de spots die worden geplaatst op FTD. FTD, althans haar moderators, controleren actief of de spots ook daadwerkelijk verwijzen naar de titels genoemd in de spots en verwijderen deze spots indien dit niet het geval is. Zo controleren zij de eerste vijf spots van nieuwe FTD gebruikers. Nadat een FTD gebruikers vijf spots hebben geplaatst, wordt niet meer proactief gecontroleerd, maar indien er klachten komen van andere FTD gebruikers dat een bepaalde spot bijvoorbeeld geen toegang geeft tot de gewenste film, de kwaliteit van het achterliggende bestand op Usenet

bijzonder slecht is of niet voldoende informatie in de spot is opgenomen worden deze spots alsnog verwijderd (bijlage 9D).

24. De voornoemde FTD moderators fungeren ook als aanspreekpunt voor de FTD gebruikers; mochten zij problemen ondervinden bij het gebruik van de FTD Applicatie dan kunnen zij hiervoor dag en nacht contact opnemen met een FTD moderator (bijlage 9C).

25. Vervolgens is nog noemenswaardig dat FTD gebruikers van de FTD Applicatie stimuleert om zo veel mogelijk spots te plaatsen op de FTD Applicatie; wanneer een spot wordt geplaatst door een FTD gebruiker kan hij hiervoor zogenaamde "kudos" ten blijke van waardering voor het plaatsen van de spot ontvangen van zijn mede-FTD-gebruikers. FTD houdt een Top 25 lijst waarin de FTD gebruikers met de meeste kudos worden vermeld. Een dergelijk beloningssysteem werkt inbreukmakend handelen (te weten het plaatsen van zo veel mogelijk spots) in de hand. FTD zegt hierover nota bene zelf op haar Forum (bijlage 9A):

"Wat moet ik dan doen om meer kudos te krijgen? Meld iets aan waar mensen interesse in tonen."

26. Ten slotte noemt Verzoekster hier nog dat FTD een aanzienlijk geldelijk belang (winstoogmerk) heeft bij de exploitatie van de FTD Applicatie. Op de FTD Applicatie wordt reclame van derden getoond waarmee FTD inkomsten verwerft. Aangezien de aantrekkingskracht van de FTD Applicatie is gelegen in het aanbod van overwegend (kennelijk) ongeautoriseerde entertainment content zijn de inkomsten die FTD verwerft met de exploitatie van zijn website voor een belangrijk deel gebaseerd op de beschikbaarheid van deze ongeautoriseerde content (bijlage 9H).

D. Inbreuk op auteursrechten

27. Vlak nadat de distributeur van Komt een Vrouw bij de Dokter de film aan wederverkopers en videotheken uitleverde constateerde zij dat deze wordt verspreid via de FTD Applicatie. De spots op de FTD Applicatie geven toegang tot ongeautoriseerde kopieën op het Usenet van het filmwerk Komt een Vrouw bij de Dokter waarvan Verzoekster auteursrechthebbende is. Verzoekster, de producent van Komt een Vrouw bij de Dokter, heeft geen toestemming gegeven voor deze verspreiding van dit filmwerk.

28. Inmiddels staan er meer dan 40 spots van inbreukmakende kopieën van Komt een Vrouw bij de Dokter op de FTD Applicatie (bijlage 6). Zoals al gezegd sub 3 zijn de Komt een Vrouw bij de Dokter-spots ongekend populair bij de FTD gebruikers; 9 van de voornoemd 40 spots prijken op de plaatsen 1, 3, 4, 5, 7, 12, 15, 21 en 24 in FTD's top 25 van Meest Gewaardeerde Aanmeldingen (bijlage 7).

29. Het hierboven omschreven beschikbaar stellen door FTD via haar FTD Applicatie van het filmwerk Komt een Vrouw bij de Dokter zonder toestemming van Verzoekster geldt als een openbaarmaking in de zin van art. 1 jo. 12 Aw, althans kan worden verboden op grond van art. 26d Aw, jo. 101ge Rv. Dit zal in het navolgende worden toegelicht.

E. Primair: FTD pleegt zelf auteursrechtinbreuken (art. 1 jo. 12 Aw)

30. Er is sprake van openbaarmakingen door FTD in de zin van art. 1 jo. 12 AW (vergelijk ook art. 3 Europese Richtlijn 2001/29/EG (Auteursrechtlijn)).

31. FTD pleegt door haar hierboven sub 19 tot en met sub 25 beschreven handelingen inbreuk op de auteursrechten van (onder meer) Verzoekster. FTD neemt het initiatief om de spots met betrekking tot inbreukmakende kopieën van Komt een Vrouw bij de Dokter openbaar te maken. De FTD Applicatie is daar speciaal voor ingericht en heeft ook geen ander doel. Vervolgens moedigt FTD het openbaar maken van illegale bestanden aan en is FTD daarbij behulpzaam. Volledigheidshalve merkt Verzoekster hierbij op dat de handelingen van de moderatoren van FTD aan FTD dienen te worden toegeschreven (vergelijk ook Rechtsbank Amsterdam, 12 maart 2009, B9 7674 r.o. 4.5).

32. Met aanbieden van de spots is een zelfstandige openbaarmakingshandeling in de zin van artikel 12 Auteurswet (Aw). Openbaar maken in de zin van artikel 12 Aw betekent kort gezegd dat een auteursrechtelijk beschermd werk aan het publiek ter beschikking wordt gesteld.

33. Het begrip "openbaar maken" (artikel 12 Aw) dient te worden uitgelegd aan de hand van de Auteursrechtlijn (artikel 3 lid 1 Richtlijn 2001/29). Openbaar maken betekent dus het 'beschikbaarstellen van werken voor het publiek' (*making available for the public*). Onder meer uit het Hoteles-arrest van het Hof van Justitie blijkt dat het om een ruim begrip gaat (I IV JEG 7 december 2006, zaak C-306/05 (SG.AE/Rafael Hoteles)):

"36. Uit de drieëntwintigste overweging van de considerans van richtlijn 2001/29 blijkt dat aan het begrip "mededeling aan het publiek" een ruime betekenis moet worden gegeven. Een dergelijke uitlegging lijkt overigens onontbeerlijk om de belangrijkste doelstelling van de tiende overweging van de considerans ervan blijkt, erin bestaat een hoog beschermingsniveau voor onder meer de auteurs te verwezenlijken, zodat dezen met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen."

34. Men kan dan ook stellen dat de Komt een Vrouw bij de Dokter-spot vereenzelvigd dient te worden met het beoogde inbreukmakende bestand. Nu deze spot geen enkele andere functie heeft dan direct en met veel gebruiksgemak het beoogde bestand te downloaden. De Komt een Vrouw bij de Dokter-spot is uitsluitend geschikt voor, en bedoeld om de illegale content mee te verkrijgen.

35. Ook al moet de illegale kopie van Komt een Vrouw bij de Dokter nog wel door de newsreader - op basis van de informatie uit de spot - (volautomatisch) bij elkaar worden gezocht, het resultaat blijft dat gebruikers via een centrale, daarvoor speciaal gemaakte en ingerichte plaats op het internet, illegale content uitwisselen.

36. Dat FTD niet zelf alle spots, waaronder de Komt een Vrouw bij de Dokter-spots plaatste doet daaraan niets af, nu het wel de (enige!) intentie is van FTD der-

gelijke spots op de FTD Applicatie website aan te bieden. De FTD Applicatie is de plaats waar de illegale kopieën van Komt een Vrouw bij de Dokter feitelijk ter beschikking worden besteld. en de FTD applicatie wordt dan ook door de gebruiker gezien als de openbaarmaker van de bestanden.

31. FTD bereikt met haar handelingen bovendien een heel nieuw publiek voor de illegale bestanden op het Usenet; zonder deze spots zouden de gebruikers van de FTD Applicatie deze bestanden in de regel niet hebben kunnen vinden, zeker niet de spots die toegang geven tot films (etc.) op het Usenet die niet als bestandsnaam de titel dragen van de gewenste film. In die zin kan FTD dan ook gelijk worden gesteld aan het hotel in het voornoemde SGAE/Rafael Hoteles-arrest dat door het Hof van justitie als openbaarmaker werd aangemerkt; Verzoekster verwijst hier naar de volgende overweging van het Hof van Justitie:

"40. Tevens moet erop worden gewezen dat een mededeling die in omstandigheden als die in het hoofdgeding wordt verricht, volgens artikel 11 bis, eerste alinea, sub ii, van de Berner Conventie moet worden gezien als een mededeling die door een andere organisatie van wederdoorgifte dan de oorspronkelijke organisatie wordt gedaan. Een dergelijke doorgifte geschiedt dus ten behoeve van een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek."

38. Ten slotte wordt hier nog gewezen op de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 16 oktober 2008, *B9 7181* (Bruno Press/IMT), die het geven van gelegenheid tot het publiceren van onrechtmatige content op een website als auteursrechtinbreuk bestempelde:

"4.7. Door gelegenheid te geven tot publicatie van foto's op- haar website waarop auteursrecht van derden rust, wat bij de thans besproken foto's het geval was zoals IMT heeft erkend, heeft ook IMT inbreuk gemaakt op het auteursrecht en is zij in beginsel aansprakelijk voor schade die uit haar onrechtmatig handelen voortvloeit (onderstreping advocaat)."

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam overwoog met betrekking tot de mate van bemoeienis van IMT met het plaatsen van de onrechtmatige content door gebruikers:

"4.4. (...) door de opzet van haar website nodigt zij bezoekers uit tot het plaatsen van foto's van zogenoemde sterren. Zij neemt aldus het initiatief tot het doorgeven van informatie door haar bezoekers. Door de indeling van haar website maken de door haar bezoekers daarop geplaatste foto's deel uit van het geheel van die website. Het is onmiskenbaar dat IMT de aantrekkelijkheid van haar website tracht te bevorderen door haar bezoekers daarop foto's als thans in het geding te laten plaatsen (onderstreping advocaat)."

39. Zoals hiervoor besproken, is de bemoeienis van FTD met de illegale content die via de FTD Applicatie openbaar wordt gemaakt bijzonder groot. Dit maakt dat het handelen van FTD met betrekking tot het filmwerk Komt een Vrouw bij de Dokter kwalificeert als een zelfstandige openbaarmaking.

40. In ieder geval creëert FTD door het ter beschikking stellen van spots die toegang geven tot de Komt een Vrouw bij de Dokter-bestanden aanwezig op het Usenet via haar FTD Applicatie een geheel nieuw distributiekanaal voor deze bestanden, waardoor zij als mede-openbaarmaker, althans mede-verantwoordelijke voor de openbaarmaking moet worden gezien, ongeacht wie de bestanden nu precies verzendt.

41. Een verbod tegen FTD op grond van schending van auteursrechten van Verzoekster in het filmwerk Komt een Vrouw bij de Dokter is dan ook zonder meer op zijn plaats.

F. Subsidiar: FTD faciliteert auteursrechtinbreuk (art. 26d Aw)

42. Voor zover U Edelachtbare Heer/Vrouwe Voorzieningenrechter van oordeel zou zijn dat FTD niet zelf auteursrechtinbreuk zou plegen, geldt dat FTD in elk geval die inbreuken faciliteert.

FTD is aldus een tussenpersoon jegens wie een verbod in de zin van artikel 1019e Rv. jo. Artikel 26d Aw. kan worden uitgesproken.

43. Een verbod jegens FTD is in dit geval bij uitstek geëigend nu FTD niet zomaar een tussenpersoon is, maar een bijzonder soort tussenpersoon, namelijk een tussenpersoon die een zeer actieve rol speelt bij de inbreuk en actief inbreukmakend handelen uitlokt (zie hierboven sub 19 tot en met sub 25). FTD heeft een grote bemoeienis met de inhoud van de spots en gebruikers worden nota bene via het hierboven sub 25 omschreven kudos-systeem beloond als ze veel spotten, wat inbreuk in de hand werkt.

44. Artikel 26d Aw is in de wet opgenomen als gevolg van art. 8 lid 3 van de Auteursrechtrichtlijn en art. 11 van de Europese Richtlijn 2004/48/EG (I handhavingsrichtlijn). Die artikelen bepalen respectievelijk:

"Artikel 8

Sancties en rechtsmiddelen

(...)

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten."

"Artikel 11

Rechterlijk bevel

De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van Richtlijn 2001/29/EG."

45. Ten aanzien van artikel 8 lid 3 van de Auteursrecht-richtlijn werd destijds gezegd dat dit niet in de wet hoefde te worden geïmplementeerd, nu dit in Nederland reeds geldend recht was.

46. Artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn, dat hetzelfde bepaalt, is wel uitdrukkelijk in de Nederlandse wet geïmplementeerd, en wel in artikel 26d Aw.

47. Aanvankelijk is beoogd deze bepaling zeer eng te interpreteren (Kamerstukken II, vergaderjaar 2005-2006, nr. 3, p. 26). Na het verschijnen van de memorie

is vanuit verschillende hoeken stevige kritiek geuit op deze restrictieve interpretatie.¹

48. Uiteindelijk heeft de wetgever deze interpretatie dan ook laten varen. In de Nota naar aanleiding van het Verslag (Kamerstukken II, vergaderjaar 2005-2006, nr. 6, p. 10) wordt op dit punt meer helderheid verschaft. De volgende voorwaarden gelden ten aanzien van het verbod jegens een tussenpersoon:

- a) de verlangde maatregel moet evenredig zijn t.o.v. de inbreuk;
- b) het moet voor de tussenpersoon mogelijk zijn om tegen aanvaardbare kosten en met personele en technische maatregelen op te treden; en
- c) er mogen geen andere, minder verstrekkende mogelijkheden openstaan om een einde te maken aan de onrechtmatige situatie en de gevorderde maatregelen mogen niet verder strekken dan strikt noodzakelijk.

49. In de Nota wordt daarbij nog het volgende opgemerkt:

"De suggestie in de toelichting op de artikelen 26d en 26e Auteurswet, dat aan de voorwaarden voor toewijzing door de rechter van een vordering tegen een tussenpersoon zwaardere eisen worden gesteld dan de hiervoor genoemde, is ten onrechte."

50. Als wordt aangenomen dat FTD een "tussenpersoon" is, dan geldt dat aan de genoemde voorwaarden is voldaan. Immers er is sprake van zeer ernstige en zeer schadelijke inbreuk op auteursrechten door FTD, en in ieder geval door degenen die van haar dienst gebruik maken. De handelingen van FTD gaan - zo is hierboven in het hoofdstuk over FTD genoegzaam uiteengezet - veel verder dan die van een neutrale tussenpersoon (zie ook bijlage 9).

FTD:

- biedt een applicatie aan die speciaal is ingericht en uitsluitend geschikt is voor het vindbaar maken van zich op Usenet bevindende ongeautoriseerde entertainment content;
- biedt daarmee haar gebruikers veel gemak bij het zoeken van zich op Usenet bevindende ongeautoriseerde entertainment content, bijvoorbeeld door een verfijnde onderverdeling van (sub) categorieën entertainment bestanden en een geavanceerd filtersysteem waardoor gebruikers hun zoekresultaten kunnen verfijnen;
- helpt haar gebruikers betrouwbare bestanden van goede kwaliteit te downloaden;
- heeft daartoe een team van moderators aangesteld (met .ftd e-mailadres) die zeer actief controleren of de spots voldoende informatie bevatten om het beoogde bestand te kunnen downloaden en of het beoogde bestand wel van voldoende kwaliteit is;
- verschaft de moderators daarbij de bevoegdheid om spots op inhoudelijke gronden te verwijderen;
- zet aan tot en belooft het spotten van interessante (lees: inbreukmakende) bestanden;
- heeft een 'klachterservice' waar gebruikers terecht kunnen met klachten over een bepaalde post.

¹ Zie bijvoorbeeld R. Brouwer en O. Delfos Visser in het AMI-artikel "Nous ne maintiendrons pas" (<http://boek9.nl/getobject.php?title=ami2003handhaving.pdf>): CDA- en SP-fractie stellen hierover nadere vragen (Zie kamerstukken II, vergaderjaar 2005-2006, nr. 5 p. 3 en 4)

Het door Verzoekster gevraagde verbod tot het staken en gestaakt houden van iedere (hulp bij) inbreuk op haar intellectuele eigendomsrechten in het filmwerk Komt een Vrouw bij de Dokter is daarom proportioneel.

51. Voor FTD zijn hier geen of nauwelijks kosten aan verbonden, omdat zij slechts de spots dient te verwijderen die toegang geven tot Komt een Vrouw bij de Dokter. Het verwijderen van deze spots door FTD is dan ook net zo eenvoudig, zo niet eenvoudiger, voor FTD als de dagelijkse praktijk van het verwijderen van spots die bijvoorbeeld geen toegang geven tot de film, het muziekalbum of de game genoemd in de spot (zie sub 23).

52. Andere, minder verstrekkende mogelijkheden om een einde te maken aan de onrechtmatige situatie staan op dit moment niet open voor Verzoekster. Aan Verzoekster is de identiteit van de personen die de spots op de FTD Applicatie onbekend en leert dat het vrijwel onmogelijk is om deze identiteit te achterhalen. Ook is Verzoekster niet bekend met de personen die de film uploaden naar het Usenet. Deze uploaders zijn met regelmaat dezelfde personen die de spots van de ongeautoriseerde kopieën van Komt een Vrouw bij de Dokter plaatsen op FTD. Dit valt af te leiden uit de FTD gebruikersnaam die vaak overeenstemt met de gebruikersnaam van de uploader op het Usenet, zoals te zien op websites als binsearch.net. Verzoekster heeft overwogen om FTD te sommeren de spots naar Komt een Vrouw bij de Dokter te verwijderen van de FTD Applicatie, echter gezien de houding die FTD aanneemt in de media in soortgelijke situaties biedt ook deze mogelijkheid geen soelaas; FTD is van oordeel dat downloaden uit illegale bron is toegestaan (hetgeen Verzoekster overigens betwist).

"Downloaden is in Nederland legaal, ook wanneer het werk zonder toestemming van de maker geupload is." (bijlage 9 I)

Evident is derhalve dat FTD niet genegen is spots van haar FTD Applicatie naar ongeautoriseerde kopieën van Komt een Vrouw bij de Dokter te verwijderen.

53. Voor de goede orde zij vervolgens nog opgemerkt dat een verbod ex art. 26d Aw in de vorm van een ex parte maatregel in de zin van art. 1019e Rv. kan worden opgelegd. Dat volgt expliciet uit de artikelen 9 en 11 van de Handhavingsrichtlijn, die zijn geïmplementeerd in art. 1019e Rv.

54. Al eerder zijn ex parte maatregelen uit hoofde van art. 1019e Rv. opgelegd aan tussenpersonen door de Nederlandse rechter. Als voorbeeld worden hier de volgende beschikkingen genoemd: [Vzr. Rechtbank Rotterdam, 12 december 2008, B9 7413 \(Kamer van Koophandel/Kantoor voor Klanten en Sandd\)](#); en [Vzr. Rechtbank 's-Gravenhage, 22 januari 2009, B9 7507 \(Eredivisie N.V. & Eredivisie clubs / Myp2p\)](#).

55. In het voorgaande is al opgemerkt dat de handelingen van FTD aanzienlijk veel verder gaan dan die van tussenpersonen als bedoeld in artikel 6: 196c BW. Echter zelfs als zij gelijkgesteld zou worden met een ISP geldt dat een verbod jegens haar kan worden uitgesproken (vgl. artikel 6: 196c lid 5 BW).

G. Spoedeisend Belang en Onherstelbare Schade

56. De spots op de FTD Applicatie van de ongeautoriseerde kopieën van Komt een Vrouw bij de Dokter zijn sinds het moment van verschijnen op het Usenet op 22 april 2010 ongekend populair. Op dit moment bezetten de Komt een Vrouw bij de Dokter spots 9 plaatsen in de Top 25 Meest Gewaardeerde Aanmeldingen (bijlage 7). Dagelijks verschijnen er nieuwe Komt een Vrouw bij de Dokter-spots op de TD Applicatie. Daarbij komt nog dat de FTD Applicatie meer dan een half miljoen gebruikers kent. De ongeautoriseerde verspreiding van Komt een Vrouw bij de Dokter via de FTD Applicatie gaat dan ook in bijzonder hoog tempo.

57. Deze ongekend snelle en thans voor Verzoekster oncontroleerbare ongeautoriseerde verspreiding is bijzonder schadelijk nu de verkoop en verhuur van het filmwerk Komt een Vrouw bij de Dokter pas onlangs is gestart. Iedere minuut dat de Komt een Vrouw bij de Dokter-spots langer beschikbaar blijven op de FTD Applicatie berokkent dit aanzienlijke en onherstelbare schade. Niet alleen bij Verzoekster maar ook bij haar exclusieve distributeur Video Film Express B.V. die in de distributie geïnvesteerd heeft - waaronder in de promotiecampagne van de film Komt een Vrouw bij de Dokter en nota bene in DR1\1 beveiliging van de DVD's en BluRay's - en derhalve ook een risico genomen heeft. Zowel Verzoekster als Video Film Express B.V. zijn als gevolg van de grootschalige gratis verspreiding van Komt een Vrouw bij de Dokter via Usenet met behulp van FTD mogelijk niet in staat de door hen gedane investeringen terug te verdienen. Dit geldt temeer nu het een Nederlandse productie betreft die het vrijwel geheel zal moeten hebben van exploitatie op de Nederlandse markt. Voor de distributeur en Verzoekster is het bovendien bijzonder zuur dat de vruchten van de kostbare voor de film Komt een Vrouw bij de Dokter die ervoor heeft gezorgd dat deze film zo gewild is bij het Nederlandse publiek nu mede - om niet te stellen grotendeels - worden geplukt door de ongeautoriseerde verspreider van deze film, te weten FTD.

58. Verzoekster heeft dan ook een zwaarwegend en spoedeisend belang bij de hierna op te nemen vorderingen.

H. Bevoegdheid

59. De FTD Applicatie, via welke de inbreukmakende kopieën van de film Komt een Vrouw bij de Dokter worden verspreid, wordt door FTD aangeboden in heel Nederland en wordt ook gebruikt in heel Nederland, waaronder derhalve in het arrondissement 's-Gravenhage. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage is dan ook op grond van art. 102 Rv. bevoegd van dit verzoekschrift kennis te nemen, nu de inbreuk mede in het arrondissement 's-Gravenhage plaatsvindt.

I. Bevel

60. Gelet op al hetgeen hierboven gesteld heeft Eyeworks Film & TV Drama recht op en een zwaarwegend belang bij het opleggen van een bevel aan FTD tot het staken van elke (dreigende) inbreuk en eik faciliteren van inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van

Eyeworks Film & TV Drama in het filmwerk: Komt een Vrouw bij de Dokter op grond van art. 1019e Rv.

WESHALVE:

Verzoekster zich tot U Edelachtbare heer/vrouwe wendt met het eerbiedig verzoek

1. Verweerster te bevelen - bij beschikking uit te geven voor grosse - het (faciliteren van het) plegen van inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten van Verzoekster zoals in het lichaam van dit verzoekschrift omschreven te staken en gestaakt te houden;
2. Verweerster te veroordelen tot het verbeuren van een dwangsom van EUR 10.000,- (zegge: tienduizend Euro) voor iedere dag (een gedeelte van een dag daaronder begrepen) dat een (gedeelte van) de inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten van Verzoekster zoals in het lichaam van dit verzoekschrift omschreven of -zulks naar keuze van Verzoekster - voor ieder handelen of nalaten waarmee Verweerster dit verzochte bevel geheel of gedeeltelijk overtreedt, waaronder begrepen- doch niet uitsluitend - in ieder geval het mogelijk maken van de situatie dat in de FTD Applicatie spots aanwezig zijn die de locatie of andere identificerende gegevens van Komt een Vrouw bij de Dokter op Usenet bevatten;
3. de termijn waarbinnen Verzoekster de eis in hoofdzaak dient in te stellen tegen Verweerster als bedoeld in artikel 1019i Rv. te bepalen op 6 (zes) maanden na het in deze zaak te wijzen bevel, althans een zodanige termijn als u E.A. Voorzieningenrechter in redelijkheid voorkomt.
4. de hierbij verzochte beschikking zonder zekerheidsstelling uitvoerbaar bij voorraad op de minuut en op alle dagen en uren te verklaren.

2. De beoordeling

2.1. De voorzieningenrechter heeft kennis genomen van het verweer dat FTD mogelijk zou willen voeren via haar website www.ftd.nu en de aldaar gepubliceerde dagvaarding in de zaak van FTD tegen Stichting Brein. Een sleutelargument dat FTD hanteert is dat downloaden ook uit illegale bron legaal is. Daargelaten dat dit argument onjuist is, kan dit argument in deze procedure ook niet worden ingeroepen omdat Eyeworks in dit ex parte geding haar pijlen niet richt op de downloader, maar op de verspreider van auteursrechtelijk beschermde content. Eyeworks heeft voldoende inzichtelijk gemaakt dat FTD is aan te merken als de partij die het werk "Komt een Vrouw bij de Dokter" openbaar maakt.

2.2. Gelet op hetgeen in het verzoekschrift is aangevoerd, is voldoende aannemelijk dat uitstel onherstelbare schade voor Eyeworks zal veroorzaken.

2.3. Op grond van het voorgaande kan het verzochte verbod worden toegewezen als hierna vermeld, met dien verstande dat het verzoek om uitvoerbaarverklaring op de minuut wordt afgewezen nu zij daarbij geen belang heeft, aangezien zij zal beschikken over een uitvoerbare grosse, en het verzoek om uitvoerbaarverklaring op alle dagen en uren wordt afgewezen nu dit onvoldoende is gemotiveerd.

3. De beslissing

De voorzieningenrechter:

3.1. beveelt FTD binnen 6 uur na betekening van deze beschikking het plegen van inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten van Eyeworks zoals in het lichaam van dit verzoekschrift omschreven te staken en gestaakt te houden;

3.2. veroordeelt FTD tot betaling van een dwangsom aan Eyeworks van €10.000,= voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat door FTD in strijd met het bevel onder 3.1. wordt gehandeld;

3.3. bepaalt dat de dwangsom vatbaar zal zijn voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan de beschikking is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;

3.4. bepaalt de termijn bedoeld in artikel 1019i Rv op zes maanden na dagtekening van deze beschikking;

3.5. verstaat dat Eyeworks dit bevel, alsmede de bij het verzoekschrift behorende producties, aan gerekwestreerde zal doen betekenen uiterlijk 12 mei 2010 om 12.00 uur;

3.6. bepaalt dat voor het geval FTD de opheffing van het verbod wil vorderen, de voorzieningenrechter daartoe tijd heeft gereserveerd op woensdag 19 mei 2010, 14:00 uur, en

bepaalt voorts dat FTD, indien zij van de gereserveerde dag en uur gebruik wil maken, zij dat zo spoedig mogelijk doch uiterlijk op 17 mei uur, melden aan de griffier van de Afdeling Kort Geding van deze rechtbank en dat de dagvaarding voor het aflopen van die termijn zal doen betekenen;

3.7. weigert hetgeen meer of anders is verzocht;

3.8. verklaart de beschikking uitvoerbaar bij voorraad. Deze beschikking is gegeven door mr. Chr.A.J.F.M. Hensen op 11 mei 2010.
