

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 363011 / HA ZA 10-1233

Vonnis van 2 november 2011

in de zaak van

de vennootschap naar vreemd recht

REAL NETWORKS INC.,

gevestigd te Seattle, Verenigde Staten van Amerika,

eiseres,

advocaat mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage,

tegen

[X],

wonende te [Y],

gedaagde,

advocaat mr. D.J. Mensink te Groningen, voorheen mr. K. Konings te Groningen.

Partijen zullen hierna Real Networks en [X] genoemd worden. Voor Real Networks is de zaak behandeld door mrs. P.N.A.M. Claassen en E.F. Vaal, beiden advocaat te Breda en voor [X] door mr. Mensink voornoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 16 maart 2011 met de producties 1 tot en met 5;
- de akte overlegging producties van 31 maart 2010 van Real Networks met producties 1 tot en met 15;
- de conclusie van antwoord van 12 mei 2010 met producties 1 tot en met 14;
- het tussenvonnis van 26 mei 2010 waarbij een comparitie van partijen is bevolen;
- de beschikking van 15 december 2010 waarbij de comparitie van partijen is bepaald op 22 februari 2011;
- het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 22 februari 2011 en de daarin genoemde stukken.

1.2. Een brief van 3 maart 2011 van mr. Claassen met aanvullingen op het proces-verbaal van de comparitie van partijen.

1.3. Een brief van 30 mei 2011 van mr. Mensink waarin wordt verzocht om toestemming tot het indienen van een nadere akte waarin [X] in staat wordt gesteld het proces-verbaal van 22 februari 2011 aan te vullen.

-
- 1.4. Een brief van 7 juni 2011 van mr. Claassen waarin Real Networks zich verzet tegen het verzoek van [X] een nadere akte te mogen nemen.
- 1.5. Een brief van 1 juli 2011 van mr. Mensink met aanvullingen op het proces-verbaal van de comparitie van partijen.
- 1.6. Een brief van 6 juli 2011 van mr. Claassen in reactie op de brief van 1 juli 2011 van mr. Mensink.
- 1.3 Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Real Networks biedt internetmediasoftware en internetmediadiensten aan. In 1995 heeft Real Networks de zogenaamde RealPlayer software ontworpen (verder: 'RealPlayer'). Met deze software ook wel aangeduid als 'mediaplayer' kunnen audio-, video- en andere mediabestanden worden afgespeeld.
- 2.2. RealPlayer bestaat uit zogenaamde 'player' software, 'codec' software en overige programmacode. De codec software in RealPlayer bestaat uit verschillende programma codes waarmee audio-, video- en mediabestanden worden gecodeerd en gedecodeerd of te wel gecomprimeerd (ingepakt) of gedecomprimeerd (uitgepakt). Door middel van de codecs kunnen bepaalde bestandsformaten in RealPlayer worden afgespeeld ook indien RealPlayer dat bestandsformaat eerder nog niet kende. Dankzij de codecs kan de player het bestandsformaat wel lezen. Deze codec programma codes worden verder gezamenlijk aangeduid als de 'RealPlayer Codecs'. Daarnaast bevat Real Player ook zogenaamde 'rpplugins' software. Rpplugins zijn software programma's die een uitbreiding vormen op een bepaalde applicatie en die in RealPlayer samenwerken met de RealPlayer Codecs om bestanden af te spelen. Deze rpplugins in RealPlayer worden verder gezamenlijk aangeduid als de 'RealPlayer Plugins'. Na het installeren van RealPlayer op de computer kan de gebruiker bestanden van diverse bestandsformaten (waaronder Real, Windows, QuickTime en MP3) afspelen.
- 2.3. Real Networks biedt RealPlayer en andere producten wereldwijd aan voornamelijk via internet. De basisvariant 'Basic Real Player' is gratis te downloaden van de website van Real Networks. De uitgebreidere variant 'RealPlayer Plus with RealMusic' wordt voor €11,99 per maand aangeboden en de meest uitgebreide variant 'RealPlayer Plus' voor €29,99 per maand.
- 2.4. Real Networks is houdster van de volgende merkrechten:
- het Gemeenschapswoord/beeldmerk geregistreerd onder nummer 2004943 op 21 januari 2009 in klasse 9, 41 en 42:



- het Gemeenschapswoord/beeldmerk geregistreerd onder nummer 5472956 op 27 maart 2008 in klasse 9, 38 en 41:



- het Gemeenschapswoord/beeldmerk geregistreerd onder nummer 5188354 op 21 juni 2007 in klasse 9, 38, 41 en 42:

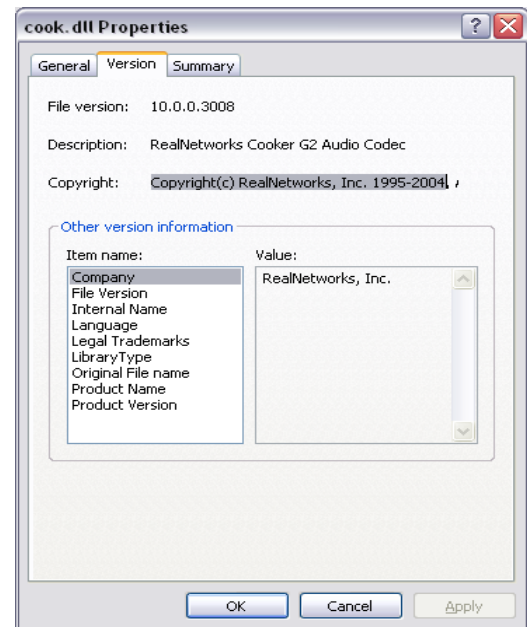
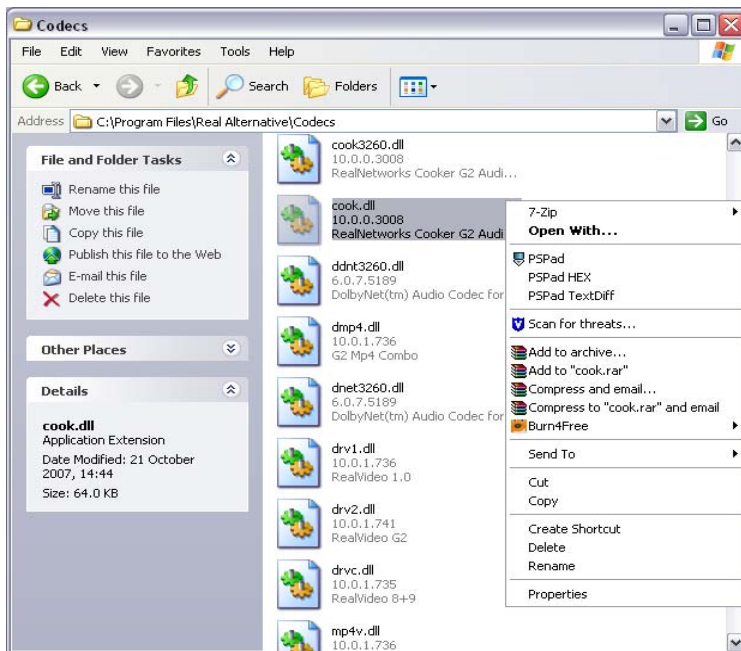
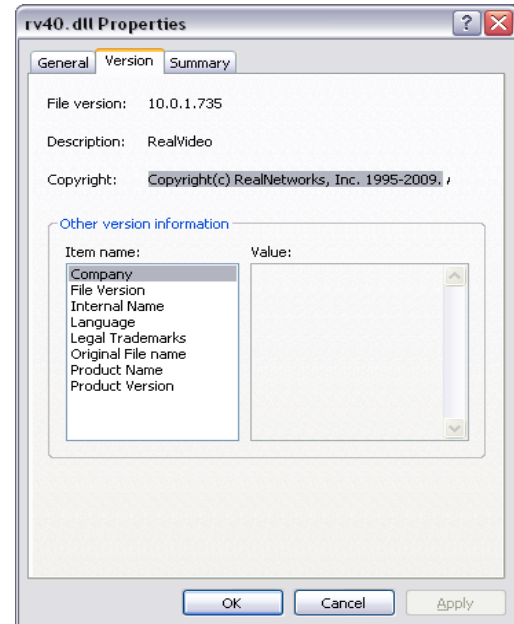
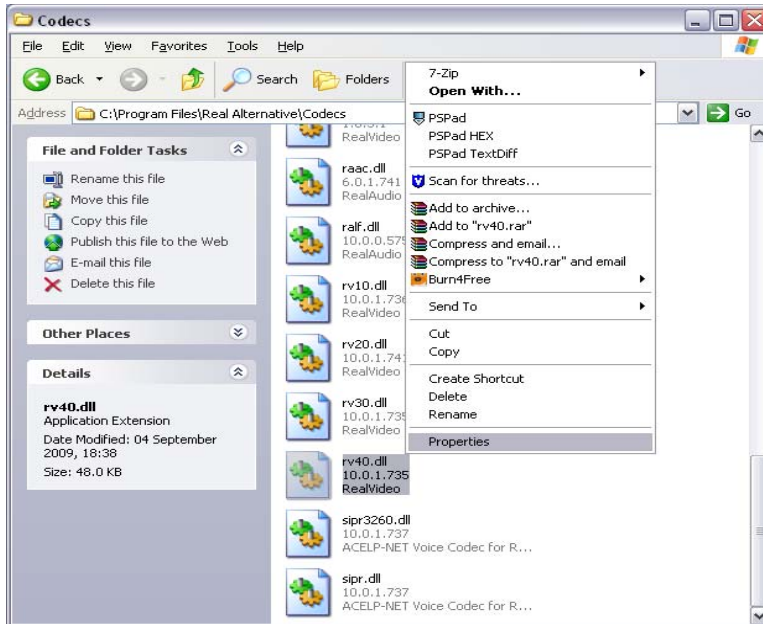


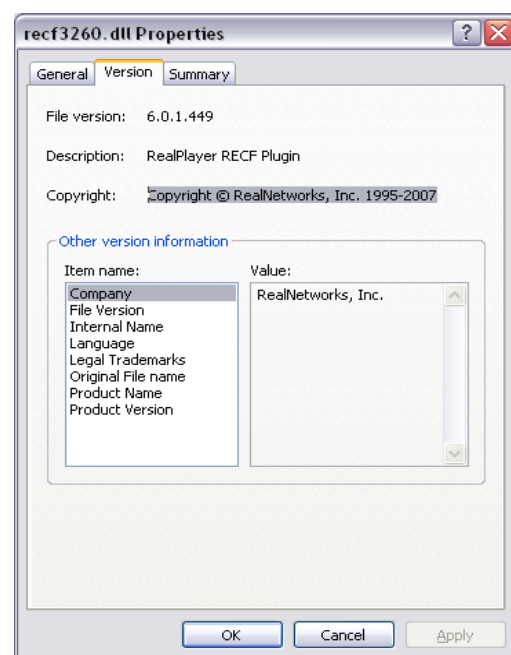
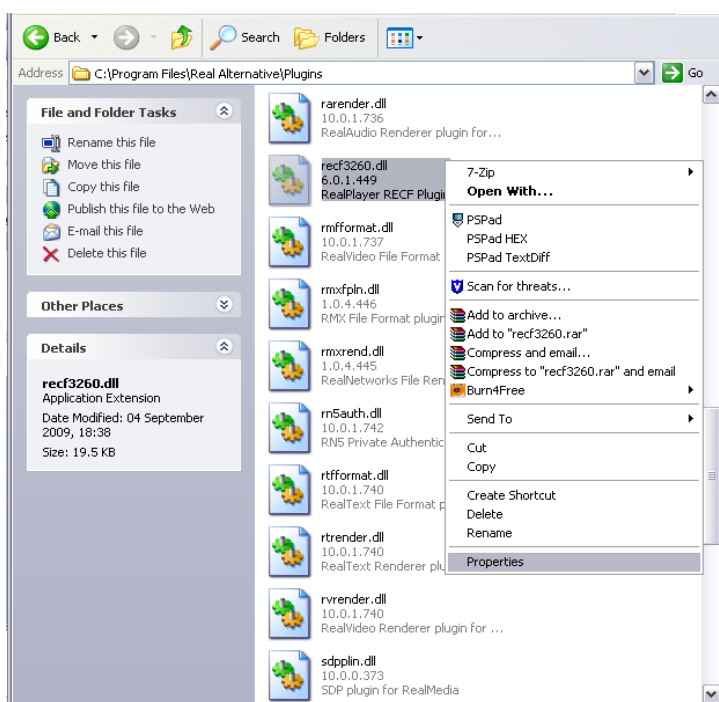
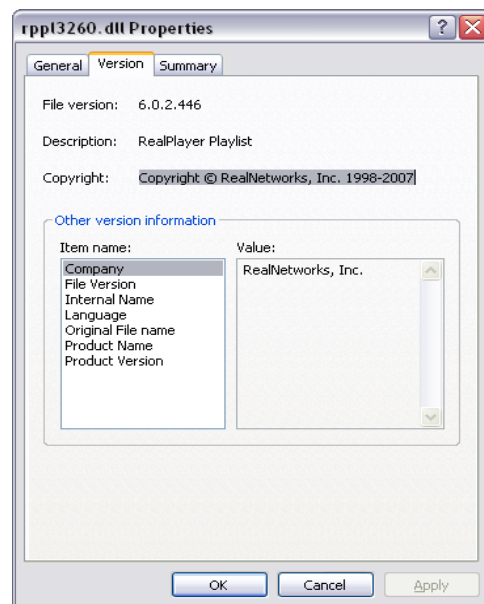
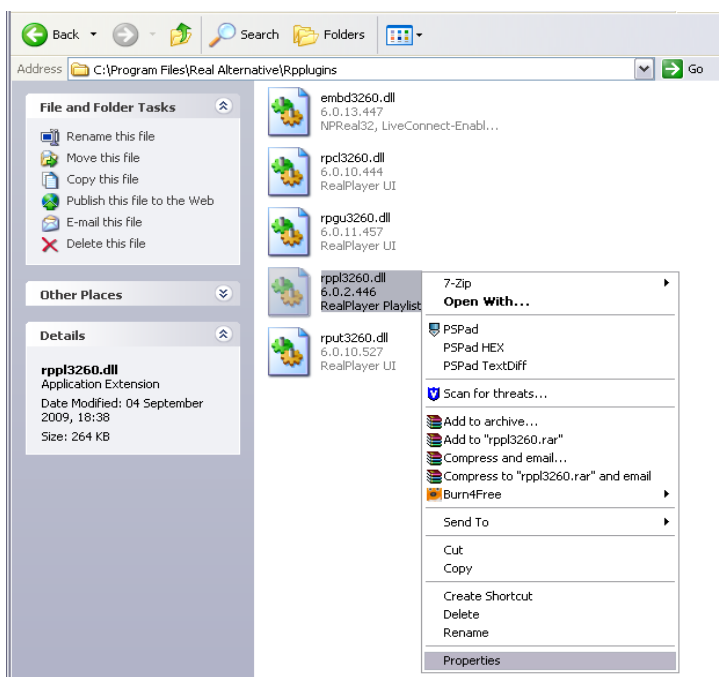
- het Gemeenschapswoordmerk REALPLAYER geregistreerd onder nummer 854281 op 1 oktober 2004 in klasse 9, 35, 41;
- het Gemeenschapswoordmerk REALMEDIA geregistreerd onder nummer 315937 op 7 juli 1999 in klasse 9;
- het Gemeenschapswoordmerk REALVIDEO geregistreerd onder nummer 253724 op 29 oktober 1998 in klasse 9;
- het Gemeenschapswoordmerk REALAUDIO geregistreerd onder nummer 116475 op 18 juni 1998 in klasse 9 en 42;
- het Gemeenschapswoordmerk REALARCADE geregistreerd onder nummer 5118591 op 27 september 2007 in klasse 9, 38, 41 en 42;
- het Gemeenschapswoordmerk REALSYSTEM geregistreerd onder nummer 1999234 op 4 februari 2002 in klasse 9;
- het Gemeenschapswoordmerk REALNETWORKS geregistreerd onder nummer 645754 op 4 november 1998 in klasse 9, 35, 41 en 42;

De hiervoor beschreven merkrechten zullen hierna tezamen worden aangeduid als 'de merken' en afzonderlijk respectievelijk als het merk REAL1, REAL2, REALMUSIC, REALPLAYER, REALMEDIA, REALVIDEO, REALAUDIO, REALARCADE, REALSYSTEM en REALNETWORKS.

2.5. De software applicatie Real Alternative stelt de gebruiker in staat softwarebestanden te downloaden en te installeren op de eigen computer waarna de gebruiker RealVideo, RealAudio en RealMedia bestanden kan afspelen zonder dat RealPlayer geïnstalleerd hoeft te zijn (verder: 'Real Alternative').

2.6. Bij het installeren van Real Alternative worden op de computer bestanden geïnstalleerd waaronder de bestanden hierna op iedere afbeelding ter linkerzijde, die bij de eigenschappen van dat bestand, op iedere afbeelding ter rechterzijde, een zogenaamde 'copyright notice' van Real Networks bevatten:





2.7. [X] is de eigenaar van een aantal websites waaronder [http://\[X\].com](http://[X].com), [http://\[X\].net](http://[X].net) en <http://codecpack.nl> (verder: de 'websites'). Op de website <http://codecpack.nl> stond een link genaamd 'Real Alternative 2.0.1' (verder: de 'link').

2.8. Op 15 februari 2010 heeft deze rechtbank een ex parte beschikking afgegeven waarin de voorzieningenrechter oordeelt dat voorshands voldoende aannemelijk is

geworden dat [X] Real Alternative aanbiedt en dat Real Alternative verveelvoudigingen bevat van software waarop auteursrechten van Real Networks rusten en dat [X] door het aanbieden van Real Alternative inbreuk maakt op de auteursrechten van Real Networks. Voorts heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de gestelde merkinbreuk niet voldoet aan de hoge eisen die ten aanzien van een ex parte bevel moeten worden gesteld aan de aannemelijkheid van de inbreuk. De voorzieningenrechter heeft [X] bevolen de openbaarmaking van Real Alternative te staken onder verbeurte van een dwangsom en heeft Real Networks verlot verleend om conservatoir beslag te leggen onder [X] op alle gegevensdragers waarop Real Alternative zich bevindt en om conservatoir bewijsbeslag tot afgifte te leggen op alle schriftelijke en elektronische documenten waaruit de omvang van de inbreuk blijkt. Voorts heeft de voorzieningenrechter [Z] aangewezen als gerechtelijk bewaarder van de in beslag te nemen gegevensdragers en documenten.

2.9. Op 17 februari 2010 is de ex parte beschikking aan [X] betekend en heeft Real Networks tevens beslag onder [X] gelegd als hiervoor vermeld. Op enig moment na betekening van de ex parte beschikking heeft [X] de link van de website <http://codecpack.nl> verwijderd.

3. Het geschil

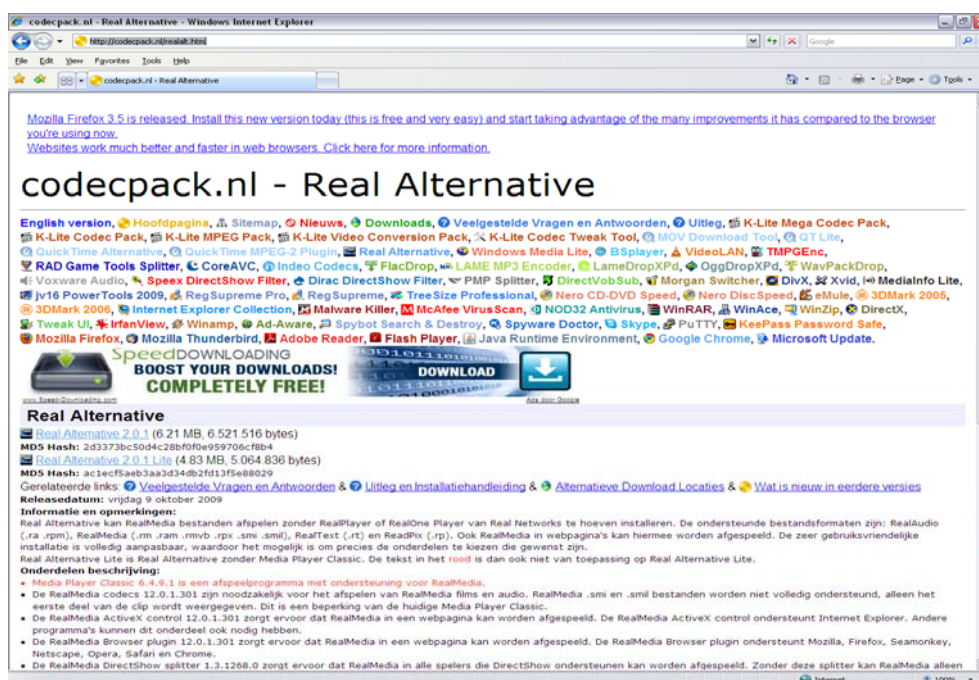
3.1. Real Networks vordert - samengevat - na eisvermeerdering en voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
in de hoofdzaak

- 1) primair [X] te bevelen iedere inbreuk op het auteursrecht van Real Networks waaronder de openbaarmaking en verveelvoudiging van de Real Alternative software te staken en gestaakt te houden;
althans subsidiair [X] te bevelen zich te onthouden van het publiek in staat stellen om (delen van) de Real Alternative software te downloaden;
- 2) [X] te veroordelen om iedere inbreuk op de merken te staken en gestaakt te houden;
- 3) primair afgifte door de deurwaarder van afschriften van hetgeen ingevolge het bewijsbeslag door de deurwaarder is gekopieerd;
althans subsidiair inzage in het beslagene teneinde Real Networks in staat te stellen de vragen vermeld in alinea 75, 76 en 88 van de inleidende dagvaarding te beantwoorden, waarbij onder sub 1 in de alinea's 75 en 88 voor 'websites' moet worden gelezen 'servers';
althans meer subsidiair inzage te verlenen aan een deskundige voor het opstellen van een rapport met onderliggende bescheiden voor Real Networks ter beantwoording van de vragen vermeld in alinea 75, 76 en 88 van de inleidende dagvaarding, waarbij onder sub 1 in de alinea's 75 en 88 voor 'websites' moet worden gelezen 'servers';
althans meest subsidiair dat afschrift, inzage of uittreksel wordt verschaft in of van door de rechtbank te bepalen beslagen bescheiden;
- 4) [X] te veroordelen tot het afleggen van rekening en verantwoording aangaande de merk- en auteursrechtinbreuken, voor zover dat middels afschrift van het beslagene nog niet volledig heeft plaatsgevonden;
- 5) de bevelen onder 1 tot en met 4 na te leven op straffe van een dwangsom van €5.000,-- per dag;
- 6) [X] te veroordelen tot betaling van volledige schadevergoeding nader op te maken bij staat; en
- 7) [X] te veroordelen in de proceskosten overeenkomstig artikel 1019h Rv;

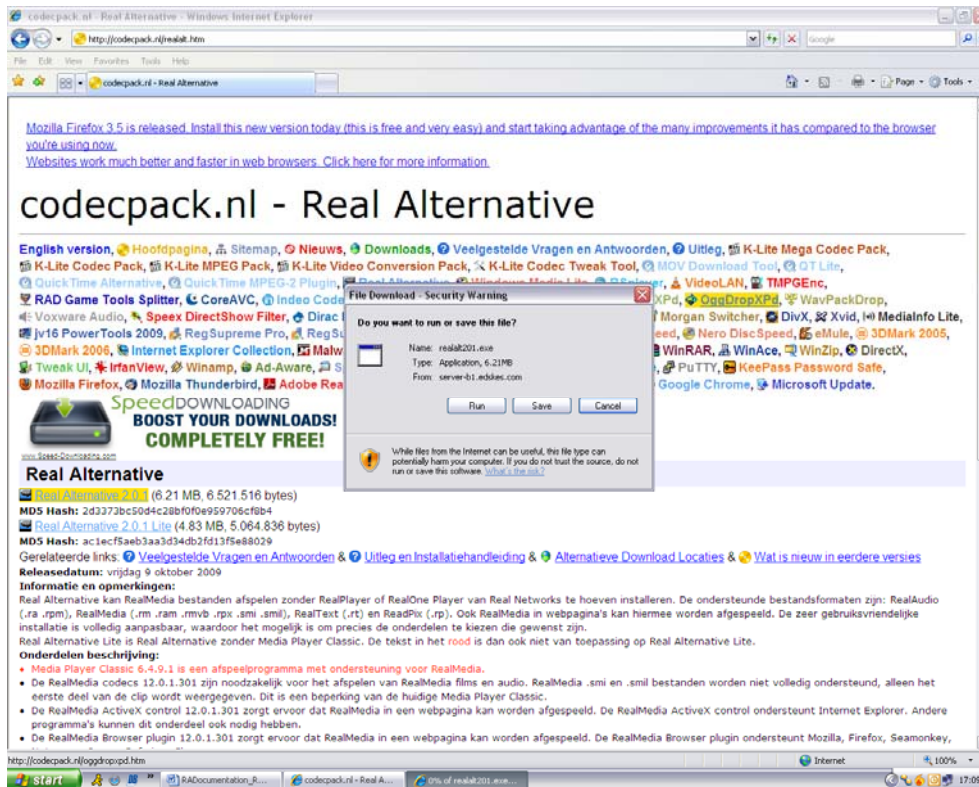
en voorts provisioneel
hetgeen hiervoor onder 3) wordt gevorderd in de hoofdzaak met veroordeling van [X] in de proceskosten in het incident overeenkomstig artikel 1019h Rv.

3.2. Aan haar vorderingen legt Real Networks ten grondslag dat zij auteursrechthebbende is op de RealPlayer software en op de daarin vervatte RealPlayer Codecs en RealPlayer Plugins en dat deze RealPlayer Codecs en RealPlayer Plugins één op één zijn gekopieerd in Real Alternative. Op anonieme blogs wordt [X] aangeduid als de maker van Real Alternative. [X] bood op de websites de mogelijkheid om Real Alternative te downloaden waarvoor de bezoeker van de website werd doorgelinkt naar een andere website of FTP-server. Real Networks vermoedt dat [X] zelf één of meerdere FTP-servers beheerde en de bestanden ook daadwerkelijk aanbood aan derden. In dit verband heeft Real Networks de volgende screen shots overgelegd van de website <http://codecpack.nl> en van de verschillende stappen als op de link naar Real Alternative werd geklikt:

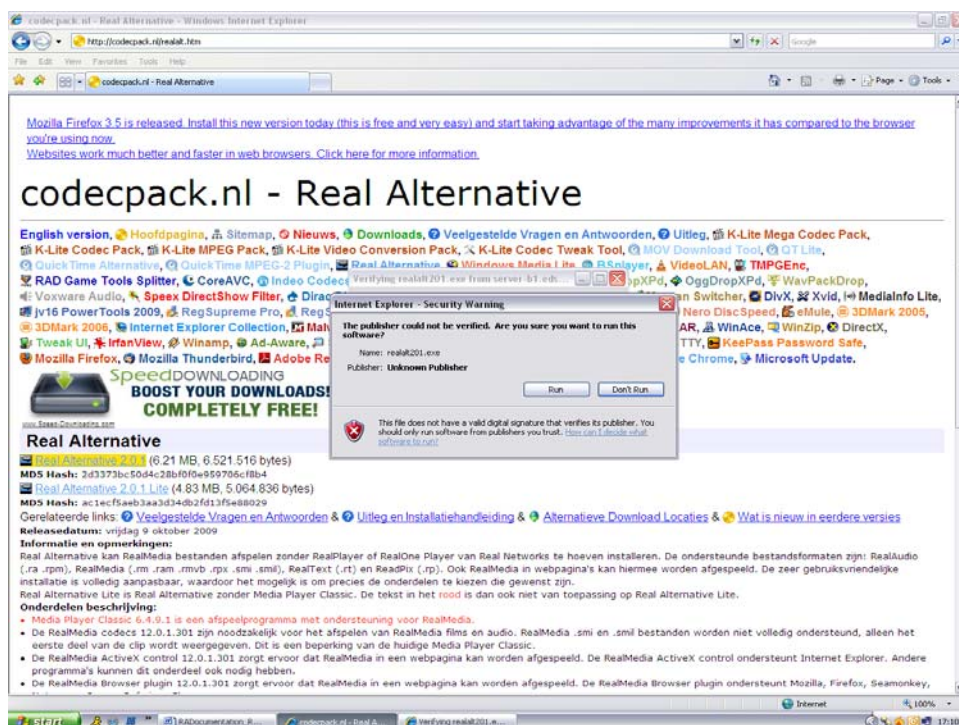
Stap 1:



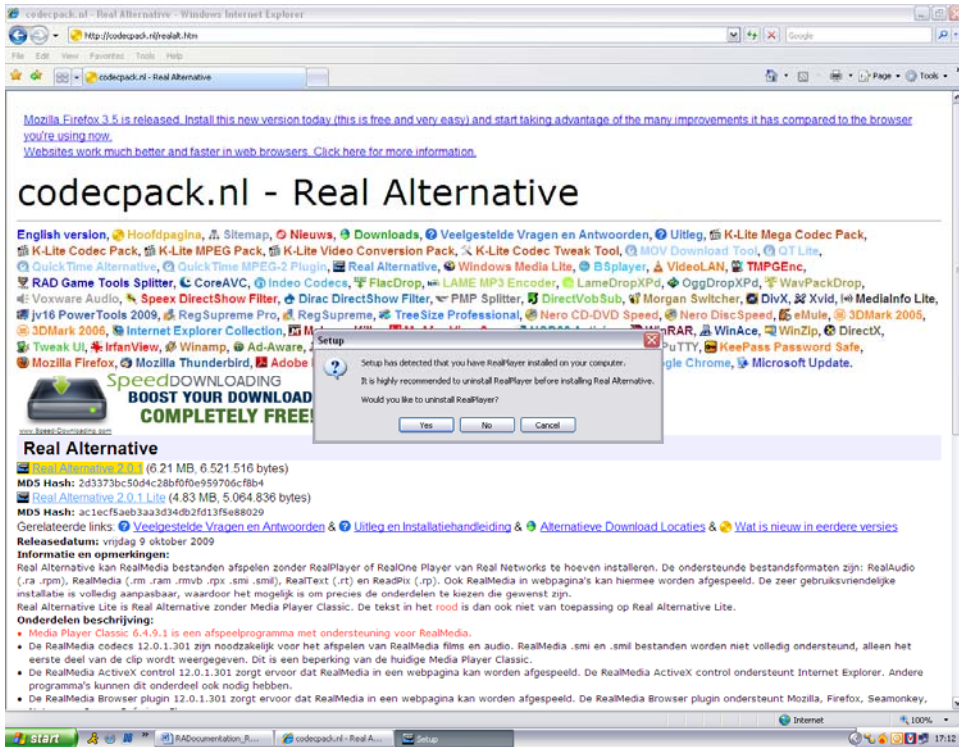
Stap 2:



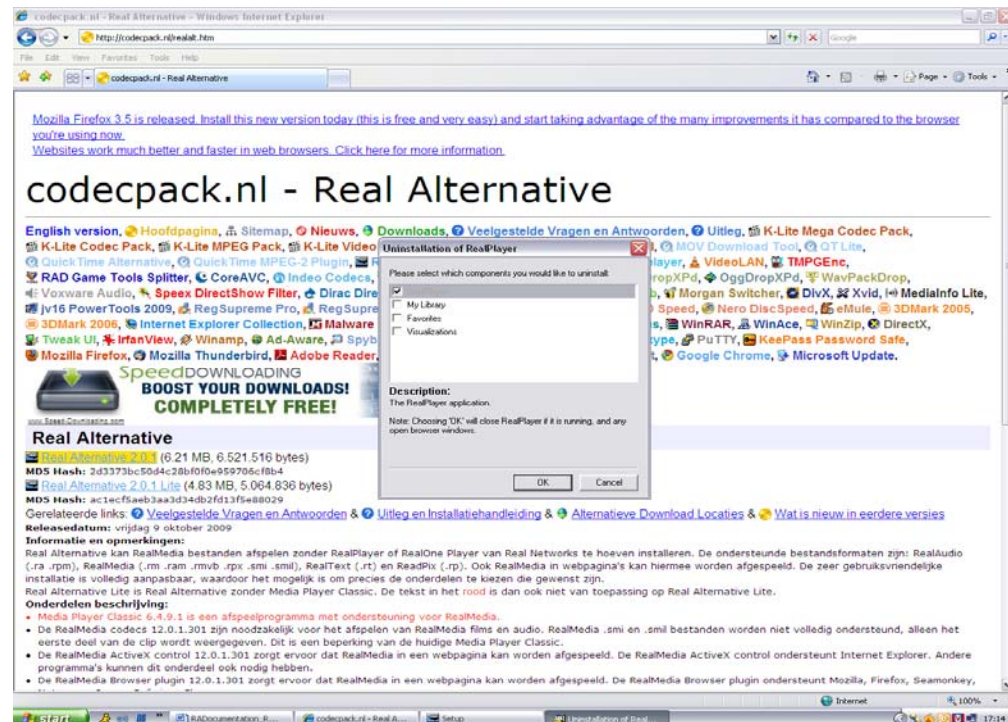
Stap 3:



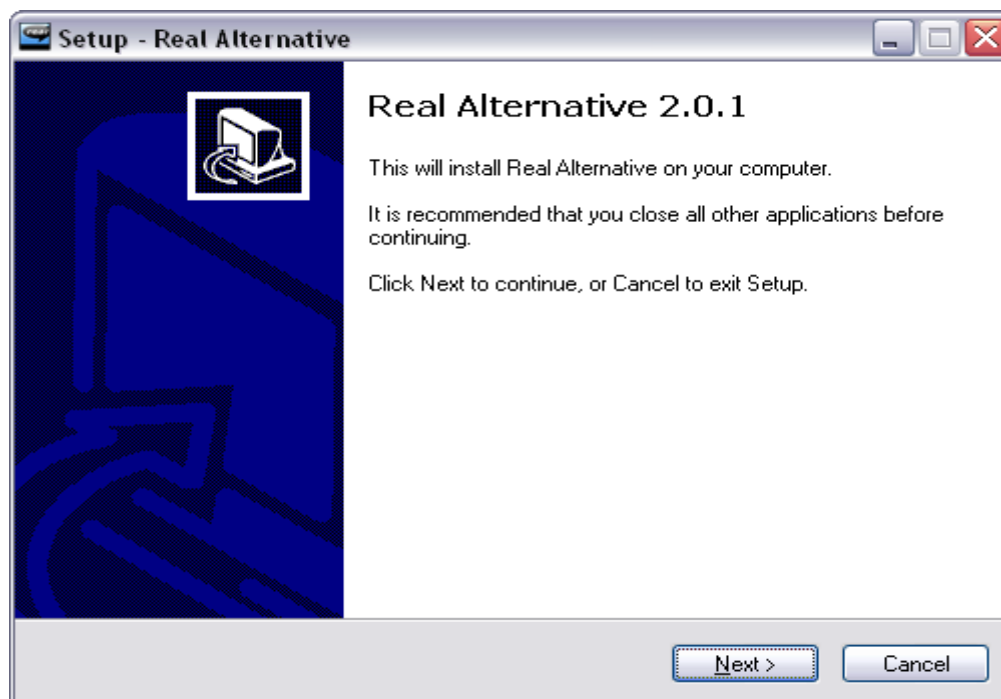
Stap 4:



Stap 5:



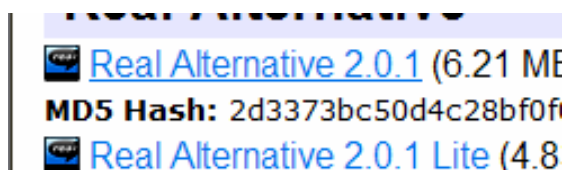
Stap 6:



3.3. Iedere keer dat de RealPlayer Codecs en/of RealPlayer Plugins worden gedownload en geïnstalleerd door een gebruiker, vindt volgens Real Networks verveelvoudiging en openbaarmaking plaats. Dit levert even zovele inbreuken op het auteursrecht van Real Networks op.

[X] heeft (bewust) het publiek structureel in staat gesteld en geënthousiasmeerd om inbreukmakende software te downloaden en te gebruiken. Daarbij wordt bij de installatie van Real Alternative aangeraden dat de gebruiker eerst RealPlayer deïnstalleert. [X] handelt aldus onrechtmatig jegens Real Networks.

3.4. Aan haar vorderingen legt Real Networks voorts ten grondslag dat de merken bekende merken zijn en dat Real Networks beschikt over een seriemerk waarbij het element 'Real' als herkenningspunt werkt voor het relevante publiek. [X] gebruikt op de website <http://codecpack.nl> het merk REAL1 als volgt:



Dit is volgens Real Networks gebruik ter onderscheiding van diensten, te weten het beschikbaar stellen van software vanaf de website van [X], in strijd met artikel 9 van de Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het

Gemeenschapsmerk (verder: 'GMVo'). Verder is sprake van inbreukmakend gebruik van de merken REALPLAYER, REALAUDIO en REALMEDIA in de zin van artikel 9 lid 1 onder a GMVo. Deze merken zijn 'embedded' of te wel geïntegreerd in Real Alternative en het publiek ziet deze merken na enkele klikken met de muis. De merken worden dan binnen Real Alternative gebruikt om de uit RealPlayer gekopieerde bestanden te onderscheiden. Real Networks heeft voor dat gebruik geen toestemming gegeven. Ook worden de merken REALPLAYER, REALAUDIO en REALMEDIA gebruikt op de websites van [X]. Voorts gebruikt [X] het teken Real Alternative hetgeen in strijd is met artikel 9 lid 1 sub b en c GMVo.

3.5. Real Networks stelt door het handelen van [X] schade te lijden. Real Networks lijdt inkomstenserving omdat het publiek in plaats van RealPlayer van Real Networks aan te schaffen, de mogelijkheid heeft om gratis het gekopieerde Real Alternative te downloaden. Ook is sprake van reputatieschade. [X] maakt onderdeel uit van een netwerk waarbinnen Real Alternative aan het publiek beschikbaar wordt gesteld. Real Networks heeft er belang bij om de identiteit van andere aanbieders van Real Alternative te kennen. Real Networks heeft spoedeisend belang bij afschrift van althans inzage in de beslagen gegevensbestanden te krijgen.

3.6. [X] voert verweer.

3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Bevoegdheid en toepasselijk recht

4.1. Gelet op de woonplaats van gedaagde heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht om kennis te nemen van de vorderingen. Voor zover de vorderingen van Real Networks zijn gebaseerd op haar Gemeenschapsmerken vloeit dat voort uit artikel 97 lid 1 GMVo. Voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op auteursrechten volgt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter uit artikel 2 van de EEX-Verordening (Verordening (EG) 44/2001). De relatieve bevoegdheid van de rechtbank 's-Gravenhage ten aanzien van de vorderingen vloeit voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op Gemeenschapsmerken voort uit artikel 95 GMVo jo artikel 3 van de Uitvoeringswet EG-verordening inzake het Gemeenschapsmerk, en, voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op auteursrechten dan wel onrechtmatige daad, uit artikel 102 Rv aangezien de inbreuk dan wel het onrechtmatig handelen via internet en dus mede in het arrondissement 's-Gravenhage plaatsvindt. De overige vorderingen zijn hieraan verknocht te achten zodat de rechtbank ook uit dien hoofde bevoegdheid toekomt.

Proces-verbaal

4.2. Het proces-verbaal van de comparitie van partijen is met toestemming van partijen buiten hun aanwezigheid opgemaakt. Mr. Claassen heeft bij brief van 3 maart 2011 verzocht het proces-verbaal op een aantal punten te wijzigen. Mr. Mensink heeft hier niet op gereageerd. Naar het oordeel van de rechtbank zijn de correcties juist en wordt de brief van 3 maart 2011 geacht tot de gedingstukken te behoren en de tekst van het proces-verbaal op bedoelde onderdelen aan te vullen.

4.3. Mr. Mensink heeft op 30 mei 2011 verzocht om een nadere akte te mogen nemen ter aanvulling op het proces-verbaal van de comparitie van partijen. Mr. Claassen heeft zich tegen dit verzoek verzet. Het verzoek is door de rechtbank afgewezen waarbij aan mr. Mensink telefonisch is medegedeeld dat voor zover [X] meent dat het proces-verbaal onvolledig is, hij zulks in een brief aan de rechtbank kan melden. Per brief van 1 juli 2011 heeft mr. Mensink inhoudelijk gereageerd op het proces-verbaal. Mr. Claassen heeft op 6 juli 2011 op deze brief van mr. Mensink gereageerd en zich op het standpunt gesteld dat de aanvullingen op het proces-verbaal niet tijdig zijn gedaan en voorts naast summiere feitelijke aanvullingen een nadere onderbouwing van de stellingen van [X] bevat hetgeen niet is toegestaan.

4.4. De rechtbank overweegt als volgt ten aanzien van de door mr. Mensink in de brief van 1 juli 2011 verzochte aanvullingen van het proces-verbaal. De correcties en aanvullingen ten aanzien van de vermelding van de heren [A] en [B] (pagina 1), de zinsnede '*[X] heeft met derden contact gezocht en informatie gekregen*' (eind van de tweede alinea op pagina 4), en hetgeen staat vermeld onder de kop '*wat verder niet in het proces-verbaal staat, maar wel is gezegd*', zijn naar het oordeel van de rechtbank juist. De brief van 1 juli 2011 wordt geacht tot de gedingstukken te behoren en de tekst van het proces-verbaal aan te vullen op de hiervoor bedoelde onderdelen. Voor het overige wordt de inhoud van de brief van 1 juli 2011 niet geacht tot de gedingstukken te behoren omdat de rechtbank daarin geen aanleiding ziet de zakelijke weergave in het proces-verbaal aan te passen.

Auteursrechtinbreuk

4.5. Tijdens de zitting heeft Real Networks verklaard dat zij niet (langer) stelt dat [X] de maker is van Real Alternative. Deze stelling behoeft dan ook geen verdere bespreking.

4.6. De rechtbank gaat er in het navolgende veronderstellenderwijs vanuit dat, hetgeen [X] betwist, de RealPlayer Codecs en RealPlayer Plugins auteursrechtelijk beschermde werken zijn, dat Real Networks auteursrechthebbende is en dat de RealPlayer Codecs en RealPlayer Plugins zonder toestemming van Real Networks zijn gekopieerd in Real Alternative. Tenzij hierna anders vermeld, wordt met Real Alternative bedoeld Real Alternative versie 2.0.1.

4.7. Vervolgens komt de rechtbank toe aan de beoordeling van de vraag of [X] Real Alternative openbaar heeft gemaakt of heeft verveelvoudigd en aldus inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten van Real Networks.

4.8. Zoals blijkt uit de hiervoor onder 3.2 onder stap 1 opgenomen screen shot, stond op de website <http://codecpack.nl> een link genaamd Real Alternative 2.0.1. Real Networks stelt dat na het klikken op de link bij het onder stap 2 opgenomen screen shot een scherm in beeld kwam met daarop de volgende tekst: '*Do you want to run or save this file? (...) From: server - BI.[X].com*'. Vervolgens werd Real Alternative gedownload en geïnstalleerd op de computer van de gebruiker, zie de screen shots van de stappen 3 t/m 6.

4.9. [X] heeft gemotiveerd betwist dat hij Real Alternative vanaf zijn computer of vanaf een eigen server zou verspreiden en stelt dat hij op zijn website met een hyperlink verwees naar het bestand Real Alternative dat op de server 'ftp2-freenet.de' stond. Dit is de server

met IP-adres 194.97.2.69 van een groot Duits mediabedrijf genaamd Freenet.de GmbH (verder: 'Freenet'). [X] gebruikte, naar hij stelt, geen gewone directe link naar die server maar een indirecte link. Een indirecte link bestaat uit twee delen die om technische reden worden gescheiden door een punt. Het eerste deel, de subdomeinnaam 'server-b1', dat wil zeggen server buitenland 1 is de daadwerkelijk link en verwijst naar een server van Freenet. Het tweede deel, de domeinnaam [X].com, geeft (enkel) aan op welke website de link staat, in dit geval [http://\[X\].com](http://[X].com). Dat de verwijzing 'server-b1.[X].com' daadwerkelijk verwijst naar server 'ftp2.freenet.de', is bijvoorbeeld te zien door 'server-b1.[X].com' in een willekeurige browser in te voeren en te kijken waarnaar deze verwijst, aldus nog steeds [X].

4.10. Real Networks heeft de door [X] gegeven toelichting op de naam 'server-b1.[X].com' niet weersproken en heeft zelf tijdens de zitting toegelicht op welke locatie van de server van Freenet Real Alternative stond, zoals hierna in 4.18 vermeld. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank vast komen te staan dat de link op de website <http://codecpack.nl> verwees naar het bestand Real Alternative op de server van Freenet. De rechtbank verwerpt dan ook de stelling van Real Networks dat [X] Real Alternative vanaf één of meerdere door hem beheerde FTP-servers heeft verspreid nu dit niet is gebleken.

4.11. Aldus dient de rechtbank te beoordelen of [X] met het aanbieden op zijn website <http://codecpack.nl> van een link naar Real Alternative op de server van Freenet, het bestand Real Alternative heeft openbaar gemaakt dan wel heeft verveelvoudigd.

4.12. Real Networks heeft ter onderbouwing van haar standpunt dat van openbaarmaking sprake is, aangevoerd dat (i) het begrip openbaar maken ruim dient te worden uitgelegd en mede omvat het beschikbaarstellingsrecht van artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG, verder: 'Auteursrechtlijn') en het distributierecht van artikel 4 lid 1 sub c van de Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (verder: de 'Softwarerichtlijn') en dat (ii) [X] door het ter beschikking stellen van de link op zijn website Real Alternative voor het publiek toegankelijk maakte omdat Real Alternative op de server van Freenet voor 99% van het publiek niet te vinden was en de facto dus niet beschikbaar was voor het publiek, en dat (iii) [X] Real Alternative heeft gedistribueerd omdat bij het klikken op de link in beeld verscheen '*from: server - B1.[X].com*' zodat [X] richting het publiek claimde dat hij Real Alternative verzond.

4.13. Volgens [X] was van openbaarmaking in auteursrechtelijke zin geen sprake omdat hij op zijn website uitsluitend een link naar het bestand Real Alternative op de server van Freenet aanbood, die niet in zijn eigendom of beheer was, zodat van terbeschikkingstelling of distributie door hemzelf geen sprake was.

4.14. De rechtbank stelt voorop dat het begrip 'openbaarmaking' van artikel 12 van de Auteurswet (verder: 'Aw') tenminste moet beantwoorden aan het begrip 'mededeling aan het publiek' van artikel 3 van de Auteursrechtlijn.¹ Artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn luidt als volgt:

¹ Hoge Raad 19 juni 2009, NJ 2009, 290 (Buma/Chello Media).

“De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats of tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.”

4.15. In paragraaf 23 van de considerans van de Auteursrechtlijn is toegelicht dat aan dit recht een ruime betekenis moet worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling. In paragraaf 27 van de considerans staat voorts dat de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten op zichzelf geen mededeling in de zin van deze richtlijn is.

4.16. Het begrip ‘openbaarmaking’ van artikel 12 Aw dient voorts te beantwoorden aan het begrip ‘distributie onder het publiek’ van artikel 4 lid 1 van de Auteursrechtlijn en artikel 4 lid 1 sub c van de Softwarerichtlijn welke bepalingen overigens nagenoeg gelijkkluidend zijn. De Nederlandse wetgever heeft het, evenals het geval is bij artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn, niet nodig gevonden om artikel 12 Aw aan te passen aan deze begrippen.² Artikel 4 lid 1 van de Auteursrechtlijn luidt als volgt:

“De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, elke vorm van distributie onder het publiek van het origineel van hun werken of kopieën daarvan, door verkoop of anderszins, toe te staan of te verbeteren.”

Artikel 4 lid 1 sub c van de Softwarerichtlijn luidt als volgt:

*“Onverminderd de artikelen 5 en 6 omvatten de exclusieve rechten van de rechthebbende in de zin van artikel 2 het recht de volgende handelingen te verrichten of het verrichten daarvan toe te staan: (...)
c) elke vorm van distributie, met inbegrip van het verhuren van een oorspronkelijk computerprogramma of kopieën daarvan onder het publiek.”*

4.17. Onder openbaarmaking van een werk in de zin van artikel 12 Aw moet dan ook worden verstaan een handeling waardoor het werk voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt dan wel een handeling waardoor het werk onder het publiek wordt gedistribueerd.

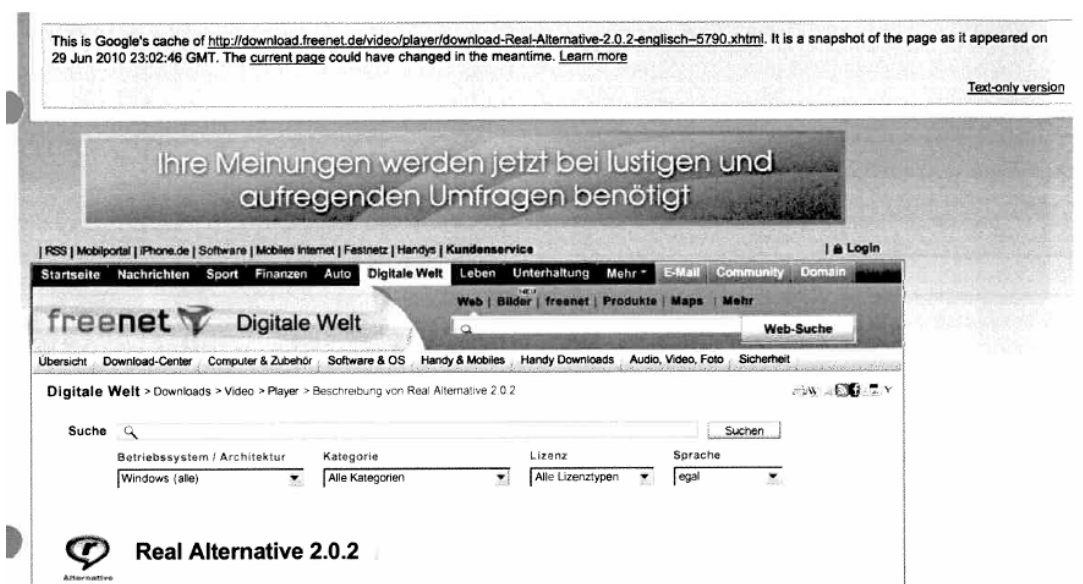
4.18. Real Networks heeft gesteld dat Real Alternative de facto op de server van Freenet niet toegankelijk was voor het publiek maar pas door de link van [X] voor het publiek toegankelijk is geworden, omdat Real Alternative op de server van Freenet slechts te vinden was indien de volgende stappen werden doorlopen:

*1. Surf naar [FTP://FTP2.FREENET.DE/](ftp://ftp2.freenet.de/)
2. Surf naar GNU
3. Surf naar File Pilot*

² Kamerstukken II 2001-2002, 28 482, nr. 3, p. 13. en Kamerstukken II 1991-1992, 22 531, nr. 3, p. 4 en 10 e.v.

4. Surf naar *FTP*
5. Surf naar *Video*
6. Surf naar *Player*
7. Surf naar *Real Alternative*”

4.19. [X] heeft gemotiveerd betwist dat het publiek noodzakelijkerwijs de hiervoor vermelde stappen diende te doorlopen en heeft gemotiveerd gesteld dat het publiek Real Alternative ook op de website www.freenet.de kon vinden door het invoeren van de zoekterm ‘Real Alternative’ en vervolgens de gevonden software eenvoudig kon downloaden door op ‘download’ te klikken. [X] heeft de volgende pagina overgelegd van de website van Freenet (in het Duits) met informatie over Real Alternative versie 2.0.2:



(...)

Software Infos	Real Alternative 2.0.2
Kategorie:	Player
Sprache:	
Dateigröße:	6,6 MB
Architektur:	32bit
Lizenz:	Freeware
Downloads:	63.916
Bewertung:	☆☆☆☆☆
Letztes Update:	22. Feb. 2010
Entwickler:	http://www.codecguide.com/
Systeme:	2000/NT, XP, Vista
Empfehlen:	  

 **Jetzt downloaden**

Bewertung 10 Stimmen

Jetzt bewerten: ☆☆☆☆☆

4.20. Uit de hiervoor opgenomen pagina van de website van Freenet blijkt naar het oordeel van de rechtbank dat Real Alternative versie 2.0.2 op de website van Freenet aan het publiek werd aangeboden en daarmee voor het publiek toegankelijk was. Weliswaar betreft dit Real Alternative versie 2.0.2 terwijl [X] linkte naar Real Alternative versie 2.0.1, maar vast staat wel dat Real Alternative versie 2.0.1 op de server van Freenet stond en kon worden gedownload. In die omstandigheden had het op de weg van Real Networks gelegen om haar stelling dat Real Alternative versie 2.0.1 alleen via de hiervoor genoemde stappen te downloaden was van de server en niet via de website van Freenet, nader te onderbouwen hetgeen zij niet heeft gedaan. De rechtbank verwerpt aldus de stelling van Real Networks dat Real Alternative op de server van Freenet niet voor het publiek toegankelijk was en pas door de link voor het publiek toegankelijk is geworden.

4.21. Real Networks heeft nog verwezen naar het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage inzake FTD/Eyeworks³ en gesteld dat anders dan het Hof oordeelde in dat arrest ten aanzien van de faciliteiten die FTD bood, i.c. wel sprake is van het ter beschikking stellen van een werk aan het publiek omdat gebruikers bij FTD uitgebreide stappen dienden te doorlopen alvorens zij over een verveelvoudiging van de software beschikten terwijl gebruikers i.c. slechts de downloadknop behoeften aan te klikken.

4.22. De rechtbank volgt Real Networks niet in haar stelling. Hoewel [X] op zijn website een link naar Real Alternative op de server van Freenet aanbood en de gebruiker na het aanklikken van de link op de 'download' knop kon drukken, kan niet worden gezegd dat [X]

³ Gerechtshof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN: BO3980.

daarmee Real Alternative voor het publiek toegankelijk maakte. Het beschikbaar stellen van Real Alternative aan het publiek gebeurde niet binnen de website van [X], althans onder zijn zeggenschap of controle, maar op een andere server namelijk die van Freenet. Na het aanklikken van de link werd een ander frame geopend waarbinnen de gebruiker diende in te stemmen met het downloaden van Real Alternative naar zijn eigen computer. [X] stelde met zijn link dan ook slechts een ‘bewegwijzering’ ter beschikking naar de locatie waar het bestand Real Alternative voor het publiek toegankelijk was.

4.23. Voorts heeft Real Networks gesteld dat [X] Real Alternative distribueerde omdat bij het klikken op de link in beeld verscheen ‘*from: server – B1.[X].com*’ zodat [X] richting het publiek claimde dat hij Real Alternative verzond.

4.24. De rechtbank is met Real Networks van oordeel dat het publiek dat op de website van [X] op de link Real Alternative klikte en in het volgende frame te zien kreeg ‘*Do you want to run this file? (...) from: server – B1.[X].com*’ (zie hiervoor in 3.2 bij stap 2) in de veronderstelling zou kunnen (zijn komen te) verkeren dat Real Alternative van een server van [X] werd gedownload. Dat neemt echter niet weg dat Real Alternative feitelijk niet werd gedownload van een server van [X] maar van een server van Freenet. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [X] daarmee geen distributiehandelingen verricht in de zin van artikel 4 lid 1 van de Auteursrechtlijn of van artikel 4 lid 1 sub c van de Softwarerichtlijn. Bovendien heeft [X] gemotiveerd gesteld, hetgeen niet is weersproken door Real Networks, dat deze vermelding ‘*from: server – B1.[X].com*’ slechts in beeld kwam bij gebruikers die een bepaalde oudere versie van Internet Explorer gebruikten maar dat gebruikers van meer recente versies van Internet Explorer of van andere webbrowsers zoals Mozilla Firefox, Opera of Apple Safari de vermelding ‘*van:ftp2.freenet.de*’ te zien kregen. Bij gebruikers die deze vermelding in beeld kregen bij stap 2 in het downloadproces, kan naar het oordeel van de rechtbank zelfs niet de indruk zijn ontstaan dat zij Real Alternative aan het downloaden waren van een server van [X].

4.25. Gelet op het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat in de onderhavige omstandigheden geen sprake is van openbaarmaking in auteursrechtelijke zin door [X].

4.26. De rechtbank zal hierna beoordelen of [X] Real Alternative heeft verveelvoudigd.

4.27. Real Networks heeft aangevoerd dat sprake was van verveelvoudiging in de zin van artikel 45i Aw omdat de transmissie van software geschiedde door of met de link van [X] waarbij de transmissie een handeling was van [X] die noodzakelijk was voor de verveelvoudiging omdat de downloader zonder de link geen kopie van Real Alternative kon verkrijgen. [X] heeft betwist dat van verveelvoudiging sprake was.

4.28. Het verveelvoudigingsrecht of te wel het recht van reproductie vervat in artikel 1 jo 13 Aw is ten aanzien van computerprogramma’s nader gespecificeerd in artikel 45i Aw dat luidt als volgt:

“Onverminderd het bepaalde in artikel 13 wordt onder het verveelvoudigen van een werk als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder 12, mede verstaan het laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de opslag, voor zover voor deze handelingen het verveelvoudigen van dat werk noodzakelijk is.”

4.29. Naar het oordeel van de rechtbank is van veeleenvoudigen door [X] van Real Alternative als bedoeld in artikel 45i Aw geen sprake. Anders dan Real Networks stelt, vond de transmissie van Real Alternative niet plaats door of met de link van [X]. De link van [X] wees de gebruiker de weg naar de server van Freenet waarop Real Alternative stond. De transmissie van Real Alternative vond plaats van de server van Freenet naar de computer van de gebruiker. In die omstandigheden verrichtte [X] geen veeleenvoudigingshandelingen.

4.30. Gelet op het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat [X] geen openbaarmakings- of veeleenvoudigingshandelingen heeft gepleegd. Van inbreuk op auteursrechten van Real Networks kan dan ook geen sprake zijn. Het primair onder 1) gevorderde bevel wordt dan ook afgewezen.

Subsidiair: artikel 26d Aw

4.31. De rechtbank komt vervolgens toe aan beoordeling van het subsidiair onder 1) gevorderde bevel dat [X] zich dient te onthouden van het publiek in staat stellen om (delen van) Real Alternative te downloaden.

4.32. Tijdens de zitting heeft Real Networks een beroep gedaan op artikel 26d Aw en aangevoerd dat het gevorderde verbod kan worden toegewezen omdat [X] is te beschouwen als een tussenpersoon en dat het publiek gebruik maakte van de diensten van [X] te weten het plaatsen van links en verstrekken van informatie over codecs, om door middel van het downloaden zonder toestemming van Real Networks over een inbreukmakend werk te beschikken.

4.33. De rechtbank vat het beroep op artikel 26d Aw op als onderbouwing voor het subsidiair onder 1) gevorderde bevel aangezien een tussenpersoon in de zin van dit artikel zelf geen inbreuk maakt op de rechten van de auteursrechthebbende zodat artikel 26d Aw niet van toepassing kan zijn op het primair onder 1) gevorderde bevel.

4.34. Naar het oordeel van de rechtbank faalt het beroep op artikel 26d Aw alleen al omdat [X] niet kan worden beschouwd als een tussenpersoon wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht te maken. [X] bood op zijn website <http://codecpack.nl> een link aan naar Real Alternative op de server van Freenet. Voor zover het uploaden van Real Alternative op de server van Freenet en het vervolgens downloaden van Real Alternative door derden van de server van Freenet kwalificeert als inbreuk op de auteursrechten van Real Networks, gebeurde dit zonder tussenkomst van de link van [X]. Dat gebruikers het bestand Real Alternative via de link konden vinden, betekent nog niet dat (het aanbieden van) de link in de hiervoor bedoelde zin wordt gebruikt om Real Alternative van de server van Freenet te downloaden. Hoe het verstrekken van informatie over codecs er toe kan leiden dat [X] dient te worden beschouwd als een tussenpersoon in de zin van artikel 26d Aw vermag de rechtbank niet in te zien.

Subsidiair: onrechtmatige daad

4.35. Real Networks heeft ter onderbouwing van haar standpunt dat [X] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, aangevoerd dat [X] in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen heeft gehandeld door structureel, stelselmatig en doelbewust het

downloaden door het publiek van auteursrechtelijk beschermd werk te faciliteren. [X] heeft hiertoe meerdere websites ingericht die kunnen worden gebruikt voor het downloaden van Real Alternative en andere software, en [X] enthousiasmeert het publiek in blogs om Real Alternative te gebruiken in plaats van RealPlayer en [X] raadt gebruikers aan bij de installatie van Real Alternative eerst RealPlayer te deinstalleren, aldus nog steeds Real Networks. [X] heeft dit gemotiveerd betwist.

4.36. De rechtbank stelt voorop dat bij computerprogramma's, anders dan bij andere auteursrechtelijk beschermde werken, downloaden voor eigen gebruik niet is toegestaan nu artikel 45n Aw bepaalt dat bij computerprogramma's de thuishopieregeling van artikel 16c Aw niet van toepassing is. Dit betekent dat zowel het structureel faciliteren van downloaden als van uploaden van inbreukmakende computerprogramma's onrechtmatig kan zijn.

4.37. Naar het oordeel van de rechtbank slaagt het verweer van [X]. Daartoe overweegt de rechtbank als volgt. [X] heeft gesteld dat hij het linken op zijn websites belangeloos, gratis en puur als hobby doet. Van enig financieel gewin is geen sprake. [X] heeft voorts gesteld dat zijn websites diverse links bevatten naar software op als legaal bekend staande websites van derden. [X] heeft diverse webpagina's overgelegd van derden, waaronder Adobe, Microsoft, AOL en PCWorld, die Real Alternative aanduiden als 'freeware', 'open source' en 'legal'. [X] heeft de gedeeltelijke inhoud van vier boeken overgelegd waarin wordt verwezen naar Real Alternative als een legaal en gratis alternatief voor RealPlayer. Voorts heeft [X] gesteld en met producties onderbouwd dat naast Freenet tientallen websites Real Alternative (gratis) te downloaden aanboden en nog steeds aanbieden. Uit de door [X] overgelegde producties blijkt voorts dat Real Alternative in ieder geval al sinds 2005 door derden wordt aangeboden in steeds geupdate versies. Real Networks heeft dit alles niet bestreden.

4.38. Hoewel uitlatingen van derden niet bepalend zijn voor de vraag of al dan niet sprake is van inbreukmakend materiaal, betekent het feit dat Real Alternative door vele derden werd en wordt aangeboden en tevens werd en wordt aangeduid als legale software naar het oordeel van de rechtbank wel dat [X] niet kan worden verweten dat hij bewust linkte naar inbreukmakend materiaal. Dit geldt temeer nu de link naar Real Alternative die hij op zijn website beschikbaar stelde, linkte naar de server van Freenet, dat, zoals [X] onweersproken heeft gesteld, een groot gerenommeerd Duits mediabedrijf is dat op grote schaal legale software aanbiedt. De rechtbank volgt [X] dan ook in zijn verweer dat het voor hem niet (zonder meer) duidelijk behoefde te zijn dat Real Alternative inbreuk zou maken op de auteursrechten van Real Networks.

4.39. Weliswaar bood [X] op zijn websites structureel links aan naar diverse software waaronder Real Alternative, daarmee is van onzorgvuldig handelen nog geen sprake. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking het zeer grote aanbod van websites waarvan Real Alternative kon en kan worden gedownload en het feit dat [X] niet kan worden verweten dat hij bewust linkte naar inbreukmakend materiaal.

4.40. Real Networks heeft nog gesteld dat [X] het publiek enthousiasmeerde om Real Alternative te gebruiken in plaats van RealPlayer en dat hij het publiek aanraade om eerst RealPlayer te de-installeren. Daargelaten of dit juist is, doet het niet ter zake als [X] niet wist, althans niet behoefde te weten, dat Real Alternative inbreuk maakt op de auteursrechten van Real Networks.

4.41. Gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat [X] niet structureel doelbewust het downloaden van het inbreukmakende Real Alternative heeft gefaciliteerd en dat [X] niet onrechtmatig jegens Real Networks heeft gehandeld.

Merkinbreuk

4.42. Tijdens de zitting heeft Real Networks verklaard dat het gestelde inbreuk makende gebruik op de website van [X] ziet op het gebruik van het (teken dat identiek is aan het) merk REAL1 (het REAL icoon) en niet op gebruik van het teken REAL ALTERNATIVE. Voor het overige handhaaft Real Networks haar stelling dat gebruik van de tekens REALPLAYER, REALAUDIO en REALMEDIA ‘embedded’ in Real Alternative en op de homepage van de website in strijd is met artikel 9 GMVo.

4.43. [X] betwist dat sprake is van merkinbreuk omdat hij Real Alternative niet heeft gemaakt en als zodanig ook niet de merken van Real Networks heeft gebruikt. Op de website gebruikte [X] het teken REAL alleen ter verduidelijking bij de link naar Real Alternative, hij bood geen waren of diensten aan op zijn website, aldus nog steeds [X].

4.44. De merkenrechtelijke grondslag van de vorderingen is door Real Networks onvoldoende gesubstantieerd. Real Networks heeft gesteld noch onderbouwd dat sprake is van gebruik door [X] van de tekens REAL, REALPLAYER, REALAUDIO en REALMEDIA in het economisch verkeer hetgeen ingevolge artikel 9 lid 1 GMVo wel is vereist. De vorderingen stranden reeds om die reden.

4.45. Hetgeen partijen overigens nog hebben gesteld en aangevoerd, behoeft gelet op het voorgaande geen bespreking meer.

Conclusie

4.46. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zullen de vorderingen van Real Networks in de hoofdzaak derhalve worden afgewezen.

Ten aanzien van de provisionele vordering

4.47. Nu uitspraak wordt gedaan in de hoofdzaak, behoeft de provisionele vordering geen verdere behandeling.

Proceskosten

4.48. Real Networks zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding. Partijen hebben ter zitting een afspraak gemaakt inhoudend dat, voor zover de rechtbank een proceskostenveroordeling ex artikel 1019h Rv op zijn plaats acht, de proceskosten aan beide zijden €48.000,-- bedragen. De rechtbank begrijpt de afspraak van partijen aldus dat het bedrag van €48.000,-- tevens omvat de volgens het liquidatietarief berekende proceskosten ten aanzien van de subsidiair gestelde onrechtmatige daad. Dit betekent dat Real Networks aan [X] een bedrag van €48.000,-- zal dienen te voldoen.

5. De beslissing

De rechtbank

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Real Networks in de kosten van de procedure, tot zover aan de zijde van [X] begroot op €48.000,-;
- 5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.P.M. Loos en in het openbaar uitgesproken op 2 november 2011.