

RECHTBANK AMSTERDAM

sector civiel recht

Postadres postbus 84500, 1080 BN Amsterdam

mr. J.M.B. Seignette  
Postbus 74654  
1070 BR Amsterdam

Bezoekadres  
Parnassusweg 220  
Amsterdam  
Telefoon (020) 541 2111  
Fax (020) 541 3150  
Royal Bank of Scotland.  
56.99.90491 ten name van  
Arrondissement 521 Amsterdam

*Faxnr 020-6719710*

Mevr. J.A.L. Bartels-Wapperom  
020 - 5412808  
4 november 2011  
501915 / KG ZA 11-1641 inzake: News-Service Europe  
B.V. cs/Stichting Bescherming Rechten.

Bij beantwoording de  
datum en ons kenmerk  
vermelden.  
Wilt u slechts één zaak  
in uw brief behandelen.

Contactpersoon  
Doorkiesnummer(s)  
Datum  
Ons kenmerk  
Uw kenmerk  
Bijlage(n)  
Onderwerp

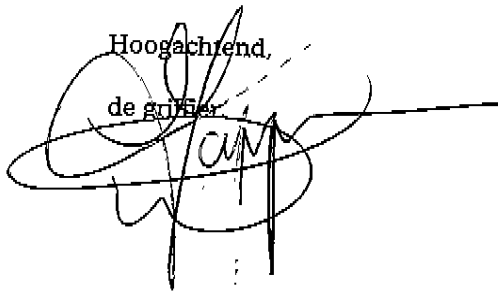
1  
Uitspraak

Geachte heer, mevrouw,

In bovengenoemde zaak heeft de rechtbank uitspraak gedaan, die u hierbij  
aantreft.

Hoogachtend,

de griffier



SCR01

# IN NAAM DER KONINGIN ! vonnis



**RECHTBANK AMSTERDAM**

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 501915 / KG ZA 11-1641

**Vonnis in kort geding van 4 november 2011 (bij vervroeging)**

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **NEWS-SERVICE EUROPE B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **NEWS-SERVICE CONSUMERS B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
eiseressen bij dagvaarding van 19 oktober 2011,  
advocaat mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam,

tegen

de stichting  
**STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND**,  
 gevestigd te Amsterdam,  
 gedaagde,  
 advocaat mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

Eiseres sub 1 zal NSE worden genoemd, gedaagde Stichting Brein.

## 1. De verloop van de procedure

- 1.1. Ter terechtzitting van 28 oktober 2011 heeft NSE gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding, waarbij de vordering van eiseres sub 2 is ingetrokken. Stichting Brein heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. Ter zitting is partijen medegedeeld dat het vonnis uiterlijk 11 november 2011 zal worden uitgesproken. Op 3 november 2011 zijn de advocaten telefonisch ingelicht dat de uitspraak heden is. Ter zitting waren aanwezig:  
 Aan de zijde van NSE: W. Bonthuis en P. Schreurs, bestuurders, mr. Alberdingk Thijm voornoemd, en mr. V.A. Zwaan, advocate te Amsterdam,

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

2

Aan de zijde van Stichting Brein: T.J. Kuik, voorzitter, J.J.W. van Vooren, hoofd handhaving, B. van Ramshorst, juridisch medewerker, mr. Seignette, voornoemd, en mr. B.I. Kraaijpoel, advocaat te Amsterdam.

## 2. De feiten

2.1. Bij vonnis van 28 september 2011 van deze rechtbank (verder: het vonnis) is onder meer voor recht verklaard dat NSE inbreuk maakt op de auteursrechten van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden door binaire bestanden op haar spoolservers op te slaan en door die bestanden vanaf die spoolservers aan de abonnees van haar resellers ter beschikking te stellen. Verder is in het vonnis (voor zover van belang) overwogen en beslist:

“(…)

### 2. De feiten

2.1. Brein is een stichting die zich blijkens de artikelen 3.1 en 3.2 van haar statuten ten doel stelt de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie te bestrijden en te dien einde de belangen te behartigen van de rechthebbenden op de informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan. Zij doet dit in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en het verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten. Brein tracht dit doel onder meer te bereiken door het voeren en doen voeren van rechtsgedingen ter bescherming van de rechten en belangen van haar aangeslotenen en de leden van die aangeslotenen, waarbij Brein zowel ter verwezenlijking en bescherming van haar doel als ten behoeve van haar aangeslotenen en de leden van die aangeslotenen op eigen naam in rechte kan optreden.

(…)

2.3. NSE is een exploitant van een platform voor Usenet diensten. Op haar site (www.news-service.com) profileert, althans profileerde, zij zich als de grootste Europese Usenet Service Provider (USP). Op 27 juli 2010 vermeldt NSE op haar website dat “News-Service.com takes the #1 position as largest Usenet distributor worldwide”. Als USP biedt zij tegen betaling toegang tot Usenet. Om artikelen via het Usenet te kunnen ‘uploaden’ of ‘downloaden’ moet de gebruiker geregistreerd zijn bij een Usenet provider zoals NSE of één van haar resellers. Tegen betaling wordt dan toegang verkregen tot de (spool)servers van NSE.

2.4. Het Usenet is (...) een wereldwijd technologisch platform voor (...) uitwisseling van berichten. Het Usenet bestaat uit een reeks discussiegroepen (newsgroups) met namen die van oudsher hiërarchisch zijn geënclassificeerd naar onderwerp. De berichten, zogenaamde articles (artikelen) of posts (samen news genoemd), zijn voorzien van een eigen unieke message-ID. Deze ID wordt automatisch gegenereerd bij het middels uploaden plaatsen van het bericht door een gebruiker (in dat geval ook wel “poster” genoemd) op een server. Wordt door een server van NSE een bericht ontvangen, dan wordt dit eenmalig uitgewisseld met de servers van andere USP's waarmee de server van NSE wereldwijd in verbinding staat. Dit wordt synchronisatie genoemd. Middels synchronisatie ontvangt NSE ook berichten van andere servers. Deze berichten worden net als de berichten die door gebruikers van NSE worden geplaatst, op de servers van NSE opgeslagen. (...) Usenet wordt (inmiddels) gebruikt voor verschillende doeleinden, zoals het met behulp van teksten discussiëren over onderwerpen, maar ook (steeds meer) voor het verspreiden van berichten die afbeeldingen, beelden, geluid en/of software bevatten. Films en muziek zijn via het Usenet op eenvoudige wijze te downloaden. Er is een protocol ontwikkeld (RFC 1154) waarbij binaire bestanden (waarin een speelfilm, muziektrack of bijvoorbeeld een game is vervat) op de computer van de gebruiker met behulp van software worden opgesplitst en gecodeerd in een groot aantal alfanumerieke artikelen, die

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

3

vervolgens (middels uploaden) op het Usenet worden gezet. (...) De alfanumerieke artikelen kunnen door een andere gebruiker worden verzameld en kunnen vervolgens softwarematig aan elkaar worden geplakt en gedecodeerd, ten einde het oorspronkelijke binaire bestand te verkrijgen. De betreffende software is gratis voorhanden op het internet. Er zijn diverse zoekmachines en softwareapplicaties die het de gebruiker (consument) gemakkelijk maken (aan de hand van het Message ID) de muziek of de speelfilm van hun keuze (ofwel de verzameling alfanumerieke artikelen die de muziek of speelfilm belichamen) op het Usenet te vinden.

2.5. Het hangt van het business model van de klant van NSE af hoe deze de toegang tot de Usenet nieuwsgroepen aanbiedt. Die klant kan een internet service provider (ISP) zijn die de toegang opneemt in het pakket van diensten dat de consument voor het reguliere internet abonnement krijgt, dan wel de door NSE verzorgde Usenet dienst als aanvullend product tegen bijbetaling aanbiedt. (...) In klant kan ook een zogenoemde reseller zijn, die de toegang als primair product aanbiedt. (...) In beide gevallen wordt de consument in staat gesteld om met behulp van een zogenoemde newsreader (bijvoorbeeld de gratis beschikbare applicatie Grabit) content van de servers van NSE te downloaden. (...) De artikelen die middels uploaden en synchronisatie bij NSE worden aangeboden komen binnen op zogenoemde feederservers en worden van daaruit direct overgezet naar de spoolservers. Via een wiskundig algoritme worden de artikelen over de spoolservers verdeeld. De artikelen komen op die manier op de spoolservers terecht in een soort wachtrij (de queue), waarbij de laatste artikelen, bij het vollopen van de queue, de oudste artikelen als het ware wegduwen. Op die spoolservers staan derhalve alle artikelen (zowel tekstbestanden als binaire bestanden) die NSE middels uploaden en middels synchronisatie binnenkrijgt. De tijd dat een artikel op de spoolservers van NSE staat wordt de retentietijd genoemd. Deze bedroeg bij NSE ten tijde van de laatste zitting in deze zaak 400 dagen. (...)

(...)

#### 4. De beoordeling

(...)

*Alfanumerieke bestanden geen werk?*

4.3. De rechtbank stelt voorop dat zij, anders dan NSE, van oordeel is dat het enkele feit dat op de servers van NSE enkel alfanumerieke artikelen staan (en zij in het kader van het synchronisatieproces alfanumerieke artikelen aanbiedt) er niet aan in de weg staat dat van een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging of openbaarmaking sprake kan zijn. Het gaat er bij het verveelvoudigingsbegrip - voor zover hier van belang - om of er een stoffelijk exemplaar is vervaardigd waarin het werk is vastgelegd. Hieraan moet blijkens artikel 2 van "Richtlijn 2001/29 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij" (hierna de auteursrechtlijn, AuRI) een ruime uitleg worden gegeven. Onder het verveelvoudigingsrecht van de auteursrechthebbende is te verstaan het uitsluitend recht de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van het werk, met welke middelen en in welke vorm ook, toe te staan of te verbieden. Het toegepaste technische procedé is hierbij niet relevant. Om die reden kan er niet van worden uitgegaan dat van een verveelvoudiging van het werk geen sprake is omdat er slechts sprake is van alfanumerieke bestanden en het werk over meerdere artikelen is verspreid. (...)

*Verveelvoudiging?*

4.4. De onder 1 gevorderde verklaring voor recht ziet op het (doen) vastleggen van artikelen op servers met het oog op het ter beschikking stellen daarvan aan derden. (...)

4.5. Het verweer van NSE komt er (afgezien van het onder 4.3 weerlegde verweer dat zij enkel alfanumerieke bestanden op haar servers heeft staan) op neer dat de reproducties die zij maakt "tijdelijke reproducties" betreffen van voorbijgaande aard als bedoeld in artikel 13a Aw. (...)

(...)

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

4

4.10. Bij de uitleg van het begrip 'tijdelijke reproducties van voorbijgaande aard' is van belang dat deze reproducties een technisch procedé, waarvan zij een integraal en essentieel onderdeel vormen, mogelijk moeten maken. (...) Het Hof van Justitie komt in het arrest Infopaq [*HvJEU 16 juli 2009, C-5/08, v.zr.*] op grond van de hiervoor genoemde 'uitgangspunten' tot het oordeel dat een reproductie slechts van voorbijgaande aard is als bedoeld in artikel 5 lid 1 AuRI wanneer de levensduur ervan is beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de goede werking van het betrokken technisch procedé. Het moet gaan om een geautomatiseerd, technisch procedé, zodat een bestand zonder menselijke interventie en binnen een korte tijdspanne wordt gewist, zodra het zijn functie om dit procedé mogelijk te maken heeft vervuld. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. De reproducties op de spoolserver blijven daarop (op dit moment) 400 dagen staan. Daar komt bij dat dit het geval is ongeacht of (en hoeveel) gebruikers de betreffende reproductie opvragen, terwijl NSE de retentietijd bij middels het uitbreiden van haar serverpark kan verhogen (en verhoogt). Waar de retentietijd bij aanvang van deze procedure nog 220 dagen was, bedroeg deze ten tijde van het laatste pleidooi zoals gezegd 400 dagen. De opslag van artikelen op de spoolservers van NSE is derhalve niet van voorbijgaande aard.

(...)

4.12. De verklaring voor recht kan ook worden toegewezen voor zover deze ziet op een gedeeltelijke vastlegging (van enkele artikelen). Ook delen van een auteursrechtelijk werk kunnen een gedeeltelijke reproductie vormen indien een dergelijk fragment (het artikel) een bestanddeel van het werk omvat dat als dusdanig uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping van de auteur.

(...)

*Openbaarmaking?*

(...)

4.27. De conclusie (...) is dat de onder 2 gevorderde verklaring voor recht kan worden toegewezen in die zin NSE inbreuk maakt op de auteursrechten op werken en de naburige rechten op uitvoeringen, fonogrammen en eerste vastleggingen van films van de bij Brein aangesloten, indien NSE binaries waarin de betreffende werken, uitvoeringen, fonogrammen of eerste vastleggingen van films zijn belichaamd geheel of gedeeltelijk vanaf haar spoolservers aan gebruikers (van haar resellers) ter beschikking stelt.

**Aansprakelijkheid NSE**

4.28. Onder punt 3 van het petitum vordert Brein een verklaring voor recht dat NSE – kort gezegd – aansprakelijk is voor inbreukmakende handelingen en in verband met die aansprakelijkheid vordert Brein onder punt 6 van haar petitum gecertificeerde opgavenverplichtingen.

4.29. NSE heeft in dit verband het verweer gevoerd dat Brein niet gerechtigd is om in een collectieve actie schadevergoeding voor de bij haar aangesloten rechthebbenden te vorderen.

4.30. Dit verweer van NSE slaagt. (...)

(...)

4.32. De conclusie van het voorgaande is dat de vordering onder 3 (...) en ook onder 6 (...) moeten worden afgewezen. De rechtbank komt gelet hierop niet toe aan de beoordeling van de vraag of en in hoeverre NSE een beroep toekomt op artikel 6:196c BW. De in dit artikel genoemde situaties waarin de aansprakelijkheid van bedoelde dienstverleners wordt beperkt, laten de mogelijkheid een verbod op te leggen onverlet. Ook vanuit dat oogpunt (onder punt 4 van het petitum wordt tevens een verbod gevorderd) kan de (gestelde beperking van de) aansprakelijkheid van NSE buiten beschouwing blijven.

**Verbod**

(...)

4.39. Gelet op een en ander (en gelet ook op de samenhang met de inbreukmakende verveelvoudigings- en openbaarmakingshandelingen van NSE) acht de rechtbank het handelen van NSE in strijd met de jegens de bij Brein aangesloten in acht te nemen zorgvuldigheid. NSE

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

5

faciliteert welbewust de openbaarmaking van illegale content door andere USP's door de door gebruikers op haar servers geposte binaries vanaf haar servers ter beschikking te stellen aan bedoelde andere USP's, opdat zij de betreffende binaries ter beschikking van de bij hen aangesloten abonnees kunnen stellen. Dit is onrechtmatig jegens de rechthebbenden op de in die binaries vervatte werken, zodat een verbod ook in zoverre op zijn plaats is. De rechtbank houdt er daarbij rekening mee dat het toe te wijzen verbod enkel ziet op artikelen die binaries bevatten, die (delen van) beschermde werken en/of uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films van bij Brein aangeslotenen belichamen. De tekstartikelen, die NSE eenvoudig van de binaries kan onderscheiden, vallen niet onder het verbod. In zoverre kan NSE haar rol binnen het Usenet blijven vervullen.

4.40. Het feit dat NSE stelt dat zij de binaries niet kan filteren op ongeautoriseerde content (hetgeen als zodanig wordt betwist), staat niet aan het verbod in de weg. De rechtbank acht het gelet op hetgeen zij hiervoor heeft overwogen gerechtvaardigd het nader in het dictum verwoorde tot binaries beperkte verbod (dat is gevorderd als gebod) op te leggen. De grootschalige inbreuk op auteursrechtelijk beschermde werken maakt een dergelijk verbod noodzakelijk, terwijl de beperking tot binaries de maatregel proportioneel doet zijn in het kader van het beoogde doel, de bescherming van de vele auteursrechthebbenden.

(...)

### 5. De beslissing

De rechtbank

(...)

3. gebiedt NSE binnen vier weken na betekening van dit vonnis, te staken en gestaakt te houden:
  - het vastleggen op haar spoolservers van binaries die (delen van) beschermde werken en/of uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films van bij Brein aangeslotenen belichamen, met het oog op het ter beschikking stellen van die binaries aan derden en zonder dat daarvoor toestemming is verkregen van de betreffende bij Brein aangesloten rechthebbenden;
  - het ter beschikking stellen aan derden in het kader van Usenet diensten van binaries die (delen van) beschermde werken en/of uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films van bij Brein aangeslotenen belichamen, zonder dat daarvoor toestemming is verkregen van de betreffende bij Brein aangesloten rechthebbenden;
4. veroordeelt NSE aan Brein een direct opeisbare dwangsom te voldoen van € 50.000,00 per dag of gedeelte van de dag na afloop van de onder 3. genoemde termijn van 4 weken, dat zij niet volledig aan het onder 3 bedoelde gebod voldoet, dit met een maximum van € 1.000.000,00;
5. verklaart het gebod en de daaraan gekoppelde dwangsom uitvoerbaar bij voorraad; (...)"

2.2. Het vonnis is op 3 oktober 2011 betekend aan NSE die op 17 oktober 2011 hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis.

### 3. Het geschil

3.1. NSE vordert - samengevat - primair Stichting Brein te gebieden de tenuitvoerlegging van het vonnis te staken en gestaakt te houden. Subsidiair vordert zij de executie van het vonnis te schorsen totdat bij in kracht van gewijsde gegaan arrest van het gerechtshof Amsterdam in het hoger beroep van voormeld vonnis is beslist, alsmede schorsing van eventueel verbeurd raken van toekomstige dwangsommen, en matiging dan wel (meer subsidiair) maximering, van de verbeurd geraakte of te raken dwangsommen. Dit alles op straffe van een dwangsom en met veroordeling van Stichting Brein in de proceskosten.

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

6

3.2. NSE stelt daartoe - kort gezegd - dat het voormelde vonnis evident in strijd is met recente uitspraken van het Hof van Justitie van de EU (verder: HvJEU) en dus berust op juridische mislagen. De alfanumerieke bestanden op de servers van NSE zijn geen werken in de zin van de Auteurswet (HvJEU, 4 oktober 2011, C-403/08 en C429/08; verder: het Premier League arrest). Verder kan NSE slechts voldoen aan het vonnis door haar bedrijfsvoering stil te leggen. Uit het arrest van 12 juli 2011 (HvJEU, C-324/09; verder: het L'Oréal/eBay arrest) volgt dat de in het vonnis getroffen maatregel niet evenredig en billijk is en dat deze in strijd is met artikel 3 van de Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (verder: de Handhavingsrichtlijn).

3.3. Stichting Brein voert verweer, waarop - voor zover van belang - hierna nader zal worden ingegaan.

#### 4. De beoordeling

4.1. Omdat in dit geval sprake is van een procedure waarin een voorlopige voorziening wordt gevorderd, zal de voorzieningenrechter artikel 127a lid 1 en lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) - waarin is bepaald dat aan het niet binnen vier weken betalen van het griffierecht consequenties worden verbonden - buiten beschouwing laten. Toepassing van deze bepaling zou immers, gelet op het belang van één of beide partijen bij de toegang tot de rechter, leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

4.2. In een executiegeschil kan de voorzieningenrechter de tenuitvoerlegging van een vonnis slechts schorsen, indien hij van oordeel is dat de executant - mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de executie zullen worden geschaad - geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke mislag berust.

4.3. Daarbij geldt dat een executiegeschil niet als een verkapt hoger beroep mag worden aangewend en dat de voorzieningenrechter dus alleen in zeer uitzonderlijke gevallen de executie van een vonnis mag schorsen. Het moet dan gaan om voor eenieder aanstonds kenbare fouten. Terecht is door Stichting Brein aangevoerd dat zo'n uitzonderlijk geval zich hier niet voordoet.

4.4. NSE heeft zich allereerst beroepen op het na het vonnis door het HvJEU uitgesproken Premier League arrest. Daarin is, voor zover in dit geval van belang, overwogen:

"153 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, sub a, van de richtlijn auteursrecht aldus moet worden uitgelegd dat het reproductierecht ook geldt voor het creëren

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

7

van opeenvolgende fragmenten van voorbijgaande aard van de werken in het geheugen van een satellietdecoder en op een televisiescherm die meteen worden gewist en vervangen door de volgende fragmenten. In die context wenst hij met name te vernemen of zijn beoordeling moet plaatsvinden ten aanzien van alle fragmenten als een geheel dan wel slechts ten aanzien van de op een bepaald moment bestaande fragmenten.

(...)

155 Met betrekking tot de inhoud van dat begrip is er in punt 97 van het onderhavige arrest reeds op gewezen dat het auteursrecht in de zin van artikel 2, sub a, slechts kan gelden met betrekking tot materiaal dat een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan is (arrest Infopaq (...)).

156 Het Hof heeft aldus gepreciseerd dat de verschillende delen van een werk op grond van die bepaling worden beschermd, op voorwaarde dat zij bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de auteur van het werk (arrest Infopaq (...)).

157 Dit houdt in dat moet worden gekeken naar het samengestelde geheel van de gelijktijdig gereproduceerde – en dus op een bepaald moment bestaande – fragmenten om na te gaan of het dergelijke bestanddelen bevat. Indien dat het geval is, moet dat geheel worden aangemerkt als gedeeltelijke reproductie in de zin van artikel 2, sub a, van de richtlijn auteursrecht (zie in die zin arrest Infopaq (...)). In dat verband doet het niet ter zake of een werk wordt gereproduceerd via lineaire fragmenten die mogelijk slechts een kortstondig bestaan hebben aangezien zij in het kader van een technisch procedé meteen worden gewist.

158 Tegen die achtergrond dient de verwijzende rechter te beoordelen of het creëren van fragmenten van voorbijgaande aard van de werken in het geheugen van een satellietdecoder en op een televisiescherm leidt tot reproducties in de zin van artikel 2, sub a, van de richtlijn auteursrecht.

159 Op de gestelde vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 2, sub a, van de richtlijn auteursrecht aldus moet worden uitgelegd dat het reproductierecht ook geldt voor fragmenten van voorbijgaande aard van de werken in het geheugen van een satellietdecoder en op een televisiescherm, op voorwaarde dat die fragmenten bestanddelen bevatten die de uitdrukking vormen van de eigen intellectuele schepping van de betrokken auteurs, zodat het samengestelde geheel van de gelijktijdig gereproduceerde fragmenten moet worden onderzocht om na te gaan of het dergelijke bestanddelen bevat.

(...)"

4.5. De verwijzende procedure van het Premier League arrest betreft, aldus rechtsoverweging 153, het creëren van opeenvolgende fragmenten van voorbijgaande aard in het geheugen van een satellietdecoder en op de televisie die meteen worden gewist en vervangen door volgende fragmenten. Dit is een andere feitelijke situatie dan in het geschil tussen Stichting Brein en NSE. De rechtbank heeft immers in het vonnis overwogen dat NSE alfanumerieke bestanden voor langere tijd opslaat op haar servers en vandaar beschikbaar stelt aan de gebruikers van Usenet en in rechtsoverweging 4.10 geoordeeld dat de opslag van de alfanumerieke bestanden niet van voorbijgaande aard is. NSE heeft dit niet ter discussie gesteld in deze procedure. NSE heeft zich ook niet uitgelaten waarom, en zo ja op welke wijze, de feitelijke situatie van haar werkwijze overeenkomsten vertoont met die in het Premier League arrest. De feitelijke verschillen in beide zaken zijn relevant voor de juridische beoordeling. Daarom kan niet zonder meer worden geconcludeerd dat uit dat arrest volgt dat de beoordeling in het vonnis over de inbreukmakende activiteiten van NSE klaarblijkelijk op een misslag berust in de zin dat het in strijd met het bedoelde arrest zou zijn. De schorsing van de



501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

8

tenuitvoerlegging van het vonnis kan dus niet worden toegewezen op grond van het beroep van NSE op het Premier League arrest.

4.6. Het L'Oréal/eBay arrest is ruim vóór de beslissing van het vonnis uitgesproken. In dat arrest is - onder meer - overwogen:  
 "137 Gelet bovendien op de in de verwijzingsbeslissing uiteengezette omstandigheid (...) dat er voor artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 in het Verenigd Koninkrijk geen specifieke omzettingsmaatregelen zijn getroffen, moet eraan worden herinnerd dat de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht gehouden zal zijn om dit zo veel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van genoemd artikel 11, derde volzin, te doen (...).  
 138 De door de lidstaten ingevoerde regels, alsook de toepassing ervan door de nationale rechters, moeten eveneens de beperkingen die uit richtlijn 2004/48 voortvloeien eerbiedigen, evenals de rechtsbronnen waarnaar deze richtlijn verwijst.  
 139 In de eerste plaats volgt uit artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelezen in samenhang met artikel 2, lid 3, van richtlijn 2004/48, dat de maatregelen die van de verlener van de online-dienst worden verlangd niet kunnen bestaan in het actief surveilleren van alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten via de site van die dienstverlener te voorkomen. Een dergelijke algemene surveillanceplicht zou bovendien onverenigbaar zijn met artikel 3 van richtlijn 2004/48, krachtens welk de bij die richtlijn bedoelde maatregelen billijk en evenredig moeten zijn en niet overdreven kostbaar mogen zijn.  
 140 In de tweede plaats volgt uit artikel 3 van richtlijn 2004/48 tevens dat de rechter die de bevelen oplegt ervoor moet zorgen dat de daarin omschreven maatregelen geen belemmeringen voor legitiem handelsverkeer scheppen. Dit houdt in dat in een zaak zoals die in het hoofdgeding, die betrekking heeft op mogelijke inbreuken op merken die in het kader van de door de beheerder van een elektronische marktplaats verleende dienst worden gepleegd, het bevel aan die beheerder niet tot doel of gevolg kan hebben dat een algemeen en permanent verbod wordt opgelegd om op die marktplaats producten van dat merk te koop aan te bieden.  
 (...)"

4.7. Stichting Brein heeft onweersproken aangevoerd dat partijen in de procedure die heeft geleid tot het vonnis hebben gedebatteerd over de vragen en de conclusie van de advocaat-generaal die aan het HvJEU in de L'Oréal/eBay zaak zijn voorgelegd. Anders dan NSE heeft betoogd heeft de rechtbank dan ook tijdig kennis kunnen nemen van dat arrest. Overigens houdt ook de verdere stelling van NSE, dat het vonnis evident in strijd is met het arrest en dat daarom sprake is van een juridische misslag, geen stand.

4.8. De wijze waarop de rechtbank de vorderingen van Stichting Brein heeft beoordeeld is immers een toepassing van regelgeving, waaronder de Handhavingsrichtlijn en de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("richtlijn inzake elektronische handel"), die beide zijn omgezet in Nederlandse wetgeving. De rechtbank heeft hierbij gemotiveerd overwogen dat zij aan toetsing van artikel 6:196c Burgerlijk Wetboek (BW) niet is toegekomen (overweging 4.32). Voor het overige heeft zij, uitgaande van de vastgestelde feiten, de regelgeving toegepast waarbij zij in overweging 4.40 van het vonnis de door NSE aangevoerde

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

9

belangen bij het niet treffen van de door Stichting Brein gevorderde maatregelen ondergeschikt heeft bevonden aan de belangen van Stichting Brein bij het opleggen van die maatregelen. Dat NSE een andere mening is toegedaan over de toepasselijkheid van artikel 6:196c BW en ten aanzien van deze belangenafweging en de uitkomst daarvan, kan niet leiden tot toewijzing van de gevorderde schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis. De door NSE geuite bezwaren tegen het vonnis zijn voor discussie vatbaar, zoals ook uit het verweer van Stichting Brein blijkt, en daarover kan in een executiegeschil niet worden beslist.

4.9. Overigens heeft NSE onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat Stichting Brein geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij de tenuitvoerlegging van het vonnis. Dat NSE niet in staat zou zijn om eventuele inbreukmakende alfanumerieke bestanden te filteren van andere bestanden is niet zo'n omstandigheid. Bovendien is dit niet anders dan wat NSE heeft aangevoerd in de procedure die tot het vonnis heeft geleid (overweging 4.40).

4.10. Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van NSE niet worden toegewezen.

4.11. NSE zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Stichting Brein heeft daarbij (gemotiveerd) verzocht om vergoeding van de advocaatkosten (ter hoogte van € 8.667,50) op grond van artikel 1019h Rv. In de "*Indicatie tarieven in IE Zaken (versie 11 oktober 2010)*" als geplaatst op de website van de rechtspraak ([www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)) is bepaald dat daarvoor ook ruimte bestaat in een executiegeschil over een vonnis waarin aan het gevorderde de in artikel 1019 Rv genoemde regelgeving ten grondslag is gelegd. Stichting Brein heeft haar vorderingen in de procedure die heeft geleid tot het vonnis gegrond op de Auteurswet. Dit maakt deze zaak een executiegeschil als bedoeld in de hierboven aangehaalde indicatie tarieven. NSE heeft tegen de hoogte van de door Stichting Brein aangevoerde kosten geen verweer gevoerd. De kosten aan de zijde van Stichting Brein worden daarom begroot op:

- vast recht	€	560,00
- salaris advocaat		8.667,50
Totaal	€	<u>9.227,50</u>

501915 / KG ZA 11-1641  
4 november 2011

10

---

## 5. De beslissing

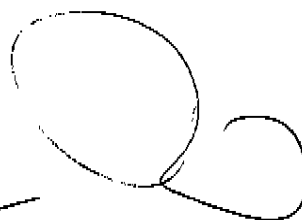
De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt NSE in de proceskosten aan de zijde van Stichting Brein tot op heden begroot op € 9.227,50,

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. M. van Walraven, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. R. Verloo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 4 november 2011.



UITGEGEVEN VOOR GROSE  
De griffier van de  
rechtbank Amsterdam

type: RERV

coll:

