

Hof Amsterdam 19 augustus 2014, IEF 14126 (News-service tegen Stichting BREIN)

www.IE-Forum.nl

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team II

zaaknummer : 200.097.924/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : 434569/HA ZA 09-2443

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 19 augustus 2014

inzake

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

NEWS-SERVICE EUROPE B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

appellante,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen:

de stichting

STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE
NEDERLAND (BREIN),

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

I. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna NSE en Brein genoemd.

NSE is bij dagvaarding van 17 oktober 2011 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 28 september 2011, gewezen tussen Brein als eiseres en (onder meer) NSE als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 18 maart 2014 doen bepleiten, NSE door mrs. Chr.A. Alberdingk Thijm en C.F.M. de Vries, advocaten te Amsterdam, en Brein door haar voornoemde advocaat en mr. M.E. Kingma, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

zaaknummer: 200.097.924/01

2

NSE heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog de vorderingen van Brein zal afwijzen, met beslissing over de proceskosten op de voet van art. 1019h Rv.

Brein heeft geconcludeerd tot ongegrondverklaring van de grieven van NSE, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten op de voet van art. 1019h Rv.

Partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.7 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn, behoudens een aantal van de feiten die zijn vermeld onder 2.3 tot en met 2.5, in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt.

De grieven 1 tot en met 7 zijn gericht tegen de vaststelling van een aantal van de onder 2.3 tot en met 2.5 alsmede onder 4.1 in het vonnis vermelde feiten. Het hof zal met deze grieven rekening houden in die zin dat het in het navolgende een enkele onjuistheid in de feitenvaststelling zal corrigeren. In zoverre zijn deze grieven terecht voorgesteld.

3. Beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

3.1.1. 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 die 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. Bij Brein aangesloten recht- en belanghebbenden zijn onder andere Buma, Stemra, de leden van de International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), de leden van de Motion Picture Association of American (MPA), de leden van de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van beeld- en geluidsdragers (NVPI, afdelingen audio, video en interactief), de Nederlandse Uitgeversbond (NUB) en de Nederlandse Vereniging van Filmverhuurders (NVF).

zaaknummer: 200.097.924/01

3

3.1.2. Het Usenet bestaat sinds 1979 en is een onderdeel van het internet. Het is een wereldwijd platform voor het uitwisselen van berichten. Het Usenet bestaat uit een reeks discussiegroepen, ook wel nieuwsgroepen, met namen die van oudsher hiërarchisch zijn geënclassificeerd naar onderwerp. De meest bekende nieuwsgroepen, ook wel de 'Big-8', zijn comp (over computers), humanities (literatuur, filosofie), news (over het Usenet), rec (recreatie, spellen e.d.), sci (wetenschap), soc (sociale zaken), talk (geloof en politiek) en misc (diverse onderwerpen). Verder is er de alt-hiërarchie waarin Usenet gebruikers zelf nieuwe nieuwsgroepen kunnen aanmaken en die als gevolg daarvan tamelijk chaotisch van structuur is. Gebruikers van het Usenet kunnen berichten plaatsen (uploaden of posten) in een door hen te bepalen nieuwsgroep. De kop (header) van het geplaatste bericht wordt opgenomen in het overzicht (overview) van de nieuwsgroep en aan de hand daarvan kunnen andere gebruikers het bericht in de nieuwsgroep terugvinden. De berichten, ook wel artikelen of posts genoemd, zijn tevens voorzien van een eigen unieke message-id die automatisch wordt gegenereerd bij het plaatsen van het bericht door een gebruiker. De berichten kunnen ook aan de hand van deze message-id worden teruggevonden. Usenetgebruikers kunnen berichten dus opvragen door in het overzicht (overview) van de nieuwsgroep te kijken en daaruit een bericht te selecteren, of rechtstreeks aan de hand van de unieke message-id. Zij kunnen de door hen gevonden berichten desgewenst downloaden.

3.1.3. Het Usenet wordt ondersteund door een groot aantal providers. Indien een bericht wordt geplaatst door een gebruiker van een bepaalde Usenetprovider, dan wordt dit eenmalig uitgewisseld met alle andere Usenetproviders. Dit proces wordt synchronisatie of peering genoemd. De Usenetproviders slaan zowel de door herzelf van hun eigen gebruikers ontvangen berichten op hun servers op, als de berichten die zij door synchronisatie van andere Usenetproviders ontvangen. De oudste berichten worden automatisch verwijderd om ruimte te maken voor nieuwe berichten. De periode dat berichten blijven opgeslagen wordt de retentietijd genoemd. Het aanbod aan artikelen van Usenetproviders is door de synchronisatie of peering in beginsel hetzelfde. Het aanbod kan slechts verschillen door het verschil in retentietijd (en eventueel door storingen of door verwijdering als gevolg van een Notice and Takedown-procedure, zie hierna).

3.1.4. Het 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 uploaden en te downloaden. Een binair bestand (waarin een speelfilm, muziektrack of bijvoorbeeld een game is vervat) op de computer van de gebruiker wordt met behulp van software opgesplitst en gecodeerd in een groot aantal alfanumerieke berichten, die vervolgens (middels uploaden) op het Usenet worden gezet. De berichten die tot stand komen door de codering en opsplitsing van een binair bestand worden binaries genoemd. De alfanumerieke artikelen (binaries) kunnen door een andere gebruiker worden verzameld en kunnen vervolgens softwarematig aan elkaar worden geplakt en gedecodeerd, teneinde het oorspronkelijke binaire bestand te verkrijgen. De betreffende software is gratis voorhanden op het internet. Deze software wordt niet

zaaknummer: 200.097.924/01

4

door NSE ontwikkeld, aangeboden of geleverd. Er zijn diverse zoekmachines en software-applicaties die het de gebruiker (consument) gemakkelijk maken (aan de hand van de message-id's) de muziek of de speelfilm van hun keuze (ofwel de verzameling alfanumerieke artikelen die de muziek of speelfilm belichamen) op het Usenet te vinden. Binaire berichten worden doorgaans geplaatst in nieuwsgroepen die het woord binaries bevatten, bijvoorbeeld alt.binaries.pictures.gardens. Deze binaire nieuwsgroepen zijn ontstaan naast de nieuwsgroepen bedoeld voor tekstberichten.

3.1.5. NSE, die naar aanleiding van het bestreden vonnis haar activiteiten heeft gestaakt, was een exploitant van een platform voor Usenetdiensten. Op haar site profileerde zij zich als de grootste Europese Usenet serviceprovider (USP). Klanten van NSE waren bijvoorbeeld internetserviceproviders (ISP's) die de toegang tot het Usenet opnamen in het pakket van diensten dat de consument voor het reguliere internetabonnement kreeg dan wel de door NSE verzorgde Usenetdienst als aanvullend product tegen bijbetaling aanboden. De klant kon ook een zogenaamde reseller zijn, die de toegang als primair product aanbood. De reseller verkocht aan consumenten abonnementen die toegang gaven tot de berichten op de servers van NSE. In beide gevallen werd de consument in staat gesteld om met behulp van een zogenoemde newsreaders (bijvoorbeeld de gratis beschikbare applicatie Grabit) content van de servers van NSE te downloaden. De consument die een abonnement afsloot bij een reseller van NSE, kreeg als gebruiker rechtstreeks toegang tot de servers van NSE. NSE deed niet rechtstreeks zaken met consumenten.

3.1.6. De artikelen die middels uploaden en synchronisatie bij NSE werden aangeboden, kwamen binnen op zogenaamde feederservers en werden van daaruit direct overgezet naar de spoolservers. De artikelen kwamen 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 wegduwden. Op de spoolservers stonden alle artikelen (zowel tekstberichten als binaire berichten) die NSE middels uploaden en middels synchronisatie binnenkreeg. De retentietijd, dat is de tijd dat een artikel op de spoolservers staat, bedroeg bij NSE ten tijde van de laatste zitting in eerste aanleg 400 dagen. Ongeveer 5% van de content die de gebruikers van NSE (de klanten van haar resellers) downloadden was afkomstig van gebruikers van NSE zelf. Omstreeks 95% van de artikelen op haar servers heeft NSE in het kader van synchronisatie ofwel peering ontvangen van andere USP's.

3.1.7. NSE gebruikte een spamfilter, genaamd Cleanfeed, dat binnenkomende tekstberichten controleerde op herhaalde patronen en dubbele berichten en dat bekende spamningsites en domeinen herkende aan de hand van de zogenoemde Breidbart index. Het spamfilter zorgde er op geautomatiseerde wijze voor dat tekstberichten die herkenbaar spam bevatten, niet terecht kwamen in de inhoudsopgave van de nieuwsgroepen.

3.1.8. NSE heeft op enig moment na 6 april 2009 een zogenaamde Notice and Takedown-procedure (hierna: NTD of NTD-procedure) ingevoerd. Ook heeft zij met andere Usenetproviders overleg gevoerd en hen aangeboden om de NTD van NSE te gebruiken of om deze als inspiratie voor het opstellen van een eigen NTD te

zaaknummer: 200.097.924/01

5

gebruiken. Op enig moment voorafgaand aan de zitting in eerste aanleg van 24 mei 2011 heeft NSE ook een zogenoemde Fast Track-procedure geïntroduceerd. Deze procedure geeft bepaalde partijen het recht om direct - zonder tussenkomst van NSE - onrechtmatige artikelen van de servers van NSE te verwijderen.

3.2. Brein heeft in eerste aanleg gevorderd, zakelijk weergegeven en voor zover in hoger beroep van belang:

- a. een verklaring voor recht dat NSE inbreuk maakt op auteursrechten en naburige rechten van bij Brein aangeslotenen indien zij reproducties geheel of gedeeltelijk (doet) vastleggen op servers met het oog op het ter beschikking stellen daarvan aan derden in het kader van Usenet diensten, zonder dat daartoe toestemming van de rechthebbende(n) is verkregen;
 - b. een verklaring voor recht dat NSE inbreuk maakt op auteursrechten en naburige rechten van bij Brein aangeslotenen indien zij reproducties geheel of gedeeltelijk ter beschikking stelt aan derden in het kader van Usenet diensten, zonder dat daartoe toestemming van de rechthebbende(n) is verkregen;
 - c. een verklaring voor recht dat NSE aansprakelijk is jegens Brein en de rechthebbenden, waaronder de aangeslotenen, voor de ten gevolge van de inbreukmakende handelingen geleden schade en gehouden is tot afdracht van de ingevolge die handelingen genoten winst;
 - d. een tot binaries beperkt (inbreuk) verbod, versterkt met een dwangsom;
 - e. een opgavenverplichting op straffe van een dwangsom;
 - f. veroordeling in de volledige proceskosten op de voet van artikel 1019h Rv.
- Brein had daartoe aangevoerd, kort gezegd, dat NSE zelf inbreuk maakt op de auteursrechten en naburige rechten van bij haar aangeslotenen, en ook overigens onrechtmatig handelt door voor commercieel gewin een download systeem in stand te houden waarbij grote hoeveelheden beschermde content worden vastgelegd en verspreid zonder dat daarvoor toestemming is verkregen.

3.2.1. De rechtbank heeft, in navolging van het partijdebat en, zoals zij het formuleert, omdat het verveelvoudigingsrecht en het openbaarmakingsbegrip in de Auteurswet en in de Wet naburige rechten - voor zover van belang - niet van elkaar verschillen, slechts gesproken over de Auteurswet en auteursrechthebbenden. Het hof zal dit eveneens doen. Voor zover hierna ter zake van naburige rechten wordt gesproken van uitvoeringen worden daaronder tevens fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films begrepen. Het hof zal voorts in het navolgende de diensten die NSE in het verleden leverde, hoewel NSE haar activiteiten inmiddels heeft beëindigd, voor het leesgemak beschrijven in de tegenwoordige tijd.

3.2.2. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis overwogen, zakelijk weergegeven, dat het feit dat de binaire bestanden worden opgesplitst en gecodeerd in alfanumerieke artikelen (berichten) voordat zij op de servers van NSE worden gezet, niet eraan in de weg staat dat sprake kan zijn van auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging of openbaarmaking (rechtsoverweging 4.3). Het gaat erom of een stoffelijk exemplaar is vervaardigd waarin het auteursrechtelijke beschermde werk, volledig of gedeeltelijk, is vastgelegd. De rechtbank heeft voorts, zo begrijpt het hof, beslist dat het vastleggen van de artikelen op de servers van NSE is aan te merken als een verveelvoudiging. Het

zaaknummer: 200.097.924/01

6

verweer van NSE dat sprake is van tijdelijke reproducties van voorbijgaande aard als bedoeld in artikel 13a Auteurswet (verder: Aw) wordt gehonoreerd voor zover de artikelen worden vastgelegd op de feederservers, maar wordt verworpen voor zover de artikelen worden opgeslagen op de spoolservers (rechtsoverwegingen 4.4 tot en met 4.13). De rechtbank heeft voorts overwogen dat NSE, voor zover zij artikelen in het kader van de synchronisatie aan andere USP's ter beschikking stelt, niet openbaar maakt, omdat geen sprake is van een nieuw publiek. NSE maakt wel openbaar voor zover zij de artikelen vanaf haar servers aan gebruikers ter beschikking stelt, op de grond dat zij daarmee meer doet dan het louter ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten teneinde mededelingen mogelijk te maken. Dit geldt voor zowel de artikelen die door de gebruikers van NSE op haar servers worden geplaatst als voor de artikelen die zij middels synchronisatie van andere USP's ontvangt (rechtsoverwegingen 4.14 tot en met 4.26). De rechtbank heeft op grond van dit een en ander naar aanleiding van de vordering onder a voor recht verklaard dat NSE inbreuk maakt op auteursrechten en naburige rechten indien zij binaries waarin, kort gezegd, werken of uitvoeringen zijn belichaamd, geheel of gedeeltelijk vastlegt op haar spoolservers met het oog op het ter beschikking stellen van die binaries aan derden zonder de vereiste toestemming, en naar aanleiding van de vordering onder b dat NSE inbreuk maakt op auteursrechten en naburige rechten indien zij binaries waarin, kort gezegd, werken of uitvoeringen zijn belichaamd, geheel of gedeeltelijk vanaf haar spoolservers aan gebruikers (van haar resellers) ter beschikking stelt.

3.2.3. De rechtbank heeft de vorderingen onder c en e afgewezen op de grond dat Brein niet gerechtigd is om in een collectieve actie schadevergoeding voor de bij haar aangesloten rechthebbenden te vorderen. Deze vorderingen zijn - zo merkt het hof op - wegens het ontbreken van appel van de zijde van Brein in hoger beroep niet meer aan de orde. De rechtbank heeft bij voormelde beslissing overwogen dat zij gelet daarop niet meer toekomt aan de beoordeling van het beroep van NSE op artikel 6:196c BW, terwijl de in dat artikel genoemde situaties waarin de aansprakelijkheid wordt beperkt de mogelijkheid tot het opleggen van een verbod onverlet laten (rechtsoverwegingen 4.28 tot en met 4.31). Uit het voorgaande vloeit voort, zo overweegt de rechtbank, dat het onder d gevorderde verbod toewijsbaar is voor zover NSE binaries waarin auteursrechtelijk beschermde werken of uitvoeringen zijn belichaamd, op haar spoolservers opslaat en aan haar gebruikers ter beschikking stelt (rechtsoverweging 4.32).

3.2.4. De rechtbank heeft voorts overwogen dat onder het gevorderde gebod ook valt het verzenden van binaries aan andere USP's in het kader van het synchronisatieproces en dat derhalve de vraag resteert of dit onderdeel van de door NSE geleverde diensten onrechtmatig handelen van NSE oplevert jegens de bij Brein aangesloten rechthebbenden in die zin dat NSE daarmee handelt in strijd met de jegens deze rechthebbenden in acht te nemen zorgvuldigheid. De rechtbank stelt vast dat een zeer groot deel van de binaries illegale content bevat en dat aannemelijk is dat NSE daarvan op de hoogte is. NSE verdient geld met de door haar aangeboden diensten en betwist niet dat een abonnement bij haar resellers juist interessant is vanwege de beschikbaarheid van beschermde content. Van een NTD procedure valt in dit geval niet veel te verwachten omdat de artikelen al aan andere USP's zijn aangeboden

zaaknummer: 200.097.924/01

7

voordat deze procedure in gang is gezet. De grootschalige inbreuk maakt een verbod noodzakelijk, terwijl de beperking tot een verbod op binaries de maatregel proportioneel doet zijn, zo overweegt de rechtbank (rechtsoverwegingen 4.34. tot en met 4.40). De rechtbank heeft NSE op deze gronden geboden 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, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom indien zij niet volledig aan bedoelde geboden voldoet.

3.2.5. De rechtbank heeft tot slot de proceskosten tussen partijen gecompenseerd nu deze over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld.

3.2.6. Brein heeft haar vorderingen primair gegrond op de stelling dat NSE door haar handelen zelfstandig inbreuk maakt op de auteursrechten en naburige rechten van de bij haar, Brein, aangesloten rechthebbenden. De rechtbank heeft, zoals hiervoor beschreven, de door Brein gevorderde verklaringen voor recht en het door Brein gevorderde gebod (deels) op deze grond toegewezen. Het verbod is tevens (deels) opgelegd op grond van handelen in strijd met zorgvuldigheidsnormen. NSE bestrijdt met haar grieven 16 tot en met 22 dat zij zelfstandig inbreuk maakt op genoemde rechten. Zij doet bij haar grieven 8 tot en met 15 een beroep op de uitsluiting van haar aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:196c BW. De grieven 23 tot en met 30 zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat NSE jegens de rechthebbenden heeft gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Het hof zal allereerst de grieven 16 tot en met 22 behandelen.

Inbreuk auteursrecht

3.3.1. NSE voert bij grief 16 aan dat de rechtbank (in rechtsoverweging 4.3) eerst de vraag had moeten beantwoorden of sprake is van een werk in de zin van de Auteurswet, en voorts dat daarvan geen sprake is omdat zij slechts alfanumerieke berichten met fragmenten van werken opslaat en doorgeeft en geen handelingen verricht om deze fragmenten om te vormen tot een volledig werk. Het hof overweegt naar aanleiding van deze grief het volgende. Vast staat dat NSE op haar servers alfanumerieke berichten opslaat, en deze ook aan andere Usenet providers doorgeeft, waarin op gecodeerde wijze fragmenten zijn vastgelegd van auteursrechtelijk beschermde werken. NSE heeft niet bestreden dat zij, anders dan in de door haar aangehaalde jurisprudentie, telkens een verzameling fragmenten die een volledig werk bevatten opslaat en niet enkel losstaande fragmenten. Tevens staat vast dat er via internet en voor het algemene publiek toegankelijk gratis informatie en software

zaaknummer: 200.097.924/01

8

beschikbaar is waarmee een Usenetgebruiker de juiste verzameling van opgeslagen alfanumerieke berichten kan vinden en deze kan omvormen tot een werk. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat gelet op deze omstandigheden dient te worden gesproken van het opslaan en doorgeven van werken door NSE. Daaraan doet niet af dat de gebruikers deze werken slechts met behulp van externe - niet door NSE beschikbaar gestelde - gegevens en software kunnen reproduceren, nu deze gegevens en software immers algemeen toegankelijk zijn. De grief faalt.

3.3.2. NSE stelt met haar grieven 17 en 18 aan de orde haar door de rechtbank verworpen verweer dat zij niet in auteursrechtelijk relevante zin openbaar maakt omdat zij enkel de fysieke faciliteiten ter beschikking stelt om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten. NSE voert bij deze grieven het volgende aan. Er moet volgens Europese jurisprudentie bij openbaarmaking sprake zijn van een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt. Daarvan is in dit geval geen sprake. Zij bevordert op geen enkele wijze dat berichten worden geplaatst, laat staan dat zij bevordert dat de geplaatste berichten een nieuw publiek bereiken. De techniek en software die nodig zijn om de bestanden te coderen en te splitsen en vervolgens te decoderen en samen te voegen en te downloaden wordt niet door haar aangeboden. NSE voert in dit verband tevens aan dat zij zelf geen relatie met Usenetgebruikers heeft maar slechts met een beperkte kring van resellers. Volgens NSE is in dit verband niet van belang, zoals de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen, dat zij een onderscheid maakt tussen tekstartikelen en binaries, van de tekstartikelen een kopie op een aparte server plaatst en langer dan de retentietijd bewaart, dat zij de retentietijd beïnvloedt en dat zij de headers van de artikelen op een aparte server plaatst.

3.3.3. De rechtbank heeft beslist dat NSE, voor zover zij artikelen in het kader van de synchronisatie aan andere USP's ter beschikking stelt, niet openbaar maakt omdat geen sprake is van een nieuw publiek en dat NSE wel openbaar maakt voor zover zij de artikelen vanaf haar servers aan gebruikers ter beschikking stelt. Alleen de laatste beslissing is naar aanleiding van de onderhavige grieven aan het oordeel van het hof onderworpen. Het hof overweegt daaromtrent als volgt. NSE slaat de berichten op die de door gebruikers van het Usenet, dat zijn de abonnees van haar resellers en de gebruikers die bij andere Usenetproviders zijn aangesloten, op het Usenet worden geplaatst en zij zorgt ook ervoor dat de abonnees van haar resellers de op haar servers geplaatste berichten kunnen bereiken. In deze zin bevordert NSE wel degelijk dat de op haar servers geplaatste berichten een nieuw publiek bereiken, namelijk de abonnees van haar resellers. De door NSE geleverde dienst bestaat immers juist eruit deze abonnees toegang te bieden tot de op haar servers opgeslagen artikelen. Zonder de door NSE geleverde dienst hadden haar gebruikers - het nieuwe publiek - deze toegang niet. Dit is niet anders doordat slechts de resellers (waaronder ISP's) abonnementen verkopen die toegang bieden tot de servers van NSE en niet NSE zelf. Het is immers NSE die de abonnees van haar resellers toegang biedt tot de op haar servers opgeslagen artikelen; uit de stellingen van NSE blijkt niet dat de resellers daaraan meer bijdragen dan de verkoop van abonnementen. Het hof komt evenmin tot een andere conclusie op de - door NSE aangevoerde - grond dat deze gebruikers nog externe software nodig hebben om de binaries te decoderen en samen te voegen tot een

zaaknummer: 200.097.924/01

9

bruikbaar bestand, of dat zij nog software nodig hebben om artikelen te downloaden. NSE heeft immers niet weersproken dat de voor deze doeleinden benodigde software algemeen beschikbaar is. Dat maakt dat dit onderdeel van het technische procedé - het downloaden en het omzetten van de binaries in een voor gebruikelijke afspeelapparatuur verwerkbaar bestand - in het kader van deze beoordeling van onvoldoende gewicht is. De door NSE bestreden gronden waarop de rechtbank haar verweer heeft verworpen kunnen verder onbesproken blijven. Het verweer van NSE dat zij geen nieuw publiek bereikt strandt immers reeds op bovenvermelde gronden. De grieven falen in zoverre dat in dit geval wel sprake is van een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt. Voor zover NSE bij deze grieven een beroep doet op de bescherming van artikel 6:196c BW, zal dit bij de bespreking van de grieven 8 tot en met 15 worden betrokken.

3.3.4. Bij grief 19 betoogt NSE dat met betrekking tot de middels synchronisatie of peering van andere USP's ontvangen berichten geen sprake is van een nieuw publiek omdat dit volautomatisch geschiedt en inherent is aan en noodzakelijk is voor de werking van het Usenet. NSE voert daarbij aan dat de berichten op het Usenet door de werking daarvan voor alle Usenet gebruikers toegankelijk zijn. Ook deze grief faalt. NSE biedt de abonnees van haar resellers, en daarmee een nieuw (Usenet) publiek, immers toegang tot alle berichten op haar servers en daarmee ook tot deze berichten. Dat de berichten ook op de servers van andere Usenetproviders staan en voor de gebruikers van deze providers toegankelijk zijn, maakt dit niet anders.

3.3.5. Grief 20 houdt in dat de rechtbank ten onrechte overweegt dat NSE inbreuk maakt op de auteursrechten van de bij Brein aangeslotenen indien zij binaries waarin beschermde werken zijn belichaamd, geheel of gedeeltelijk vanaf haar spoolservers aan gebruikers ter beschikking stelt. NSE stelt dat geen sprake is van auteursrechtelijke relevante openbaarmakingen en verwijst daartoe naar haar voorgaande grieven. Voor zover NSE bedoelt te verwijzen naar de grieven 16 tot en met 19 faalt deze grief eveneens. Het hof komt bij de bespreking van de grieven 8 tot en met 15 terug op de vraag of NSE op auteursrechtelijke relevante wijze openbaar maakt.

3.3.6. NSE beroept zich bij haar grieven 21 en 22 op het bepaalde in artikel 13a Aw. Zij stelt dat de opslag van de berichten op haar servers van voorbijgaande aard is en dat deze nodig is om een technisch procedé mogelijk te maken. De retentietijd van 400 dagen maakt dit volgens haar niet anders. Het gaat er niet om of een reproductie binnen een korte tijdspanne wordt gewist maar of de gebruiker invloed heeft op de duur van de opslag, zo betoogt NSE. Het hof verwerpt het beroep van NSE op artikel 13a Aw. Het opslaan van de berichten (op de spoolservers) vormt geen onderdeel van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel, zoals artikel 13a Aw vereist, het mogelijk maken van de doorgifte in een netwerk tussen derden of het rechtmatig gebruik van een werk. Het opslaan van de artikelen gedurende de retentietijd dient immers een zelfstandig doel, namelijk het gedurende deze tijd beschikbaar houden van de artikelen voor toegang ten behoeve van de abonnees van de resellers van NSE. Dat is te ver verwijderd van de in artikel 13a Aw genoemde doelen. NSE heeft voorts - ook in hoger beroep - niet althans onvoldoende betwist dat,

zaaknummer: 200.097.924/01

10

zoals Brein aanvoert, een abonnement bij haar resellers juist interessant is vanwege de beschikbaarheid van een grote hoeveelheid content. Daaruit is af te leiden dat het gedurende langere tijd - in het geval van NSE 400 dagen - opslaan van binaries een zelfstandige economische waarde bezit. Ook dit staat in de weg aan het beroep van NSE op artikel 13a Aw. De grieven 21 en 22 falen.

Uitsluiting van aansprakelijkheid

3.4.1. Het hof komt thans toe aan het bespreken van het beroep van NSE op artikel 6:196c BW, zoals toegelicht in het inleidende deel van haar memorie van grieven en bij haar grieven 8 tot en met 15. NSE beroept zich in de eerste plaats erop (memorie van grieven 178 tot en met 183) dat zij diensten van de informatiemaatschappij verricht die kunnen worden gezien als 'mere conduit' zodat haar aansprakelijkheid is uitgesloten op grond van artikel 6:196c lid 1 BW. NSE voert daartoe aan dat zij toegang verschaft tot een communicatienetwerk, het Usenet, en automatisch informatie doorgeeft die afkomstig is van anderen (peering). Brein heeft niet bestreden dat NSE diensten van de informatiemaatschappij verricht maar wel dat de door NSE verleende diensten vallen onder het bedoelde artikellid en dat NSE aldus een beroep toekomt op de bescherming als in dat lid bedoeld (memorie van antwoord 270 tot en met 282). In de tweede plaats, zo voert NSE aan, zijn haar diensten aan te merken als 'hosting' en valt zij daarmee onder de bescherming van artikel 6:196c lid 4 BW (memorie van grieven 184 tot en met 196). NSE voert in dit verband aan dat zij op geen enkele manier een actieve rol speelt ten aanzien van de informatie die zij voor haar gebruikers opslaat en dat zij een goed werkende NTD-procedure heeft geïmplementeerd. Brein heeft een en ander bestreden zoals hierna te melden (memorie van antwoord 283 tot en met 300).

3.4.2. Bij de beoordeling van het beroep op uitsluiting van aansprakelijkheid neemt het hof tot uitgangspunt dat NSE, kort gezegd, de volgende diensten verricht. Zij biedt de bij haar resellers aangesloten gebruikers de gelegenheid berichten op het Usenet te plaatsen (uploaden). Indien een van deze gebruikers een bericht plaatst, dan slaat NSE dit bericht op haar eigen servers op en geeft dit eenmalig door aan (een of meer) andere Usenet providers die dit bericht vervolgens zelf ook opslaan en doorgeven aan weer andere Usenet providers (peering). Indien een gebruiker van een andere Usenet provider een bericht plaatst, dan ontvangt NSE dit bericht van een Usenet provider en slaat dit eveneens op haar eigen server op (eveneens peering). De bij de resellers van NSE aangesloten gebruikers kunnen alle berichten die NSE op de hiervoor beschreven wijze heeft ontvangen en op haar servers heeft opgeslagen opzoeken en vervolgens downloaden.

3.4.3. Voor zover NSE de berichten op haar servers opslaat, valt haar dienstverlening niet onder de definitie van artikel 6:196c lid 1 BW. Er is immers sprake van het opslaan van informatie en niet van de enkele doorgifte daarvan. Evenmin kan worden gezegd dat deze opslag uitsluitend geschiedt ten behoeve van het enkele doorgeven van informatie of het enkele verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk als bedoeld in het tweede lid van artikel 6:196c BW. Het opslaan van de berichten gedurende de retentietijd heeft immers tot gevolg, en dient daar ook toe, dat de bij de

zaaknummer: 200.097.924/01

11

resellers van NSE aangesloten gebruikers in een veelheid aan berichten kunnen opzoeken wat van hun gading is en desgewenst op een door hen te kiezen moment kunnen downloaden wat zij willen. Dat is van een andere orde dan het enkele doorgeven van informatie of het enkel toegang verschaffen tot een communicatienetwerk. Kenmerk daarvan is immers dat de informatie na doorgifte of communicatie zijn nut verloren heeft en daarom verwijderd kan worden en meestal ook daadwerkelijk verwijderd zal worden. Dat is hier niet het geval, mede gelet op de duur van de retentietijd van 400 dagen. Voor zover sprake is van opslag van berichten op haar eigen servers komt NSE dan ook niet de bescherming van artikel 6:196c lid 1 BW toe. Dit geldt eveneens voor de berichten die NSE gedurende de retentietijd op haar servers opslaat voor zover deze afkomstig zijn van andere Usenetproviders. Ook de opslag van deze berichten gaat op dezelfde gronden als hiervoor genoemd, verder dan is bedoeld in artikel 6:196c lid 2 BW.

3.4.4. Het komt erop neer dat de diensten die NSE verricht, voor zover deze bestaan uit het bieden van toegang tot de op haar servers opgeslagen artikelen en de daarmee gegeven mogelijkheid deze berichten te downloaden, diensten die NSE rechtstreeks aan de bij haar resellers aangesloten gebruikers levert, niet onder de bescherming van artikel 6:196c lid 1 BW vallen. Bij het leveren van deze diensten is immers doorslaggevend de opslag van de berichten die door haar gebruikers en door de gebruikers van andere Usenet providers zijn aangeleverd, welke opslag - zoals hiervoor overwogen - niet onder bedoelde bescherming valt.

3.4.5. Het hof is van oordeel dat het doorgeven van door haar eigen gebruikers geplaatste berichten aan andere Usenet providers wel een dienst is die bestaat uit het doorgeven van van een ander afkomstige informatie als bedoeld in artikel 196c lid 1 BW. Het zijn de gebruikers die het initiatief nemen tot het uploaden van berichten op het Usenet. Dat NSE de berichten vervolgens doorgeeft aan een of meer andere Usenet providers is onderdeel van de door haar verrichte dienst - het plaatsen van een bericht op het Usenet - en kan niet, zoals Brein betoogt, tot de conclusie leiden dat NSE het initiatief daartoe neemt. Ook is NSE niet degene die bepaalt aan wie de informatie (uiteindelijk) wordt doorgegeven. Dat is immers aan de andere Usenetproviders aan wie NSE de informatie heeft doorgegeven. Evenmin kan worden gezegd dat NSE de doorgegeven informatie selecteert of wijzigt. De enkele omstandigheid dat NSE de binnenkomende berichten op spam controleert, zoals Brein aanvoert, is daartoe onvoldoende. NSE stelt in dit verband overigens onbestreden dat dit een geautomatiseerd proces is waarbij herhaalde patronen worden geïdentificeerd en dat zij de berichten die duidelijk herkenbaar spam bevatten niet verwijdert maar slechts opname ervan in de overviews van de nieuwsgroepen tegengaat. Uit het voorgaande volgt dat het doorgeven van berichten aan andere Usenet providers een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft en dat NSE noch kennis heeft van noch controle heeft over de doorgegeven gegevens. Voor zover NSE de door haar gebruikers geplaatste berichten doorgeeft aan andere Usenet providers, komt haar dan ook de bescherming van artikel 6:196c lid 1 BW toe.

3.4.6. Het hof is voorts van oordeel dat, voor zover NSE berichten afkomstig van haar eigen gebruikers dan wel van (gebruikers van) andere Usenetproviders gedurende de

zaaknummer: 200.097.924/01

12

retentietijd op haar servers opslaat, zij diensten verricht bestaande uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie en dus in beginsel, indien zij aan de onder a en b genoemde voorwaarden van dit artikellid voldoet, wat deze diensten betreft onder de bescherming van artikel 6:196c lid 4 BW valt. Brein heeft dit bestreden door te stellen dat NSE op eigen initiatief heeft besloten om Usenetbestanden langdurig op te slaan, dat NSE de retentietijd bepaalt en aldus niet de gebruiker maar NSE bepaalt wanneer de informatie wordt verwijderd en voorts dat sprake is van anonieme gebruikers. Brein heeft, zo overweegt het hof, met deze stellingen onvoldoende betwist dat de opslag van de berichten plaatsvindt op verzoek van derden. Daaraan doet niet af dat deze derden anoniem blijven - wat daar verder van zij: NSE heeft aangevoerd dat zij wel degelijk in staat is om de identiteit van de poster van een bericht te achterhalen - of dat de gebruiker de door hem geplaatste berichten kennelijk niet zelf kan verwijderen. Brein heeft evenmin voldoende aangevoerd om te concluderen dat NSE een actieve rol heeft met betrekking tot de berichten in die zin dat zij daardoor kennis heeft van of controle heeft over de door haar opgeslagen gegevens. Daartoe is onvoldoende dat NSE zelf de retentietijd bepaalt en dat de gebruiker niet zelf de door hem geplaatste berichten kan verwijderen. Evenmin is voldoende dat NSE kennelijk onderscheid maakt in de retentietijd voor tekstnieuwsgroepen en nieuwsgroepen bestemd voor binaries of dat zij de overzichten van de nieuwsgroepen op aparte servers opslaat. Het verwijderen van de berichten na de retentietijd, ook al wordt kennelijk een onderscheid gemaakt naar de aard van de nieuwsgroep waarin de berichten zijn geplaatst, heeft immers naar uit de stellingen van partijen blijkt een technisch, automatisch en passief karakter. Hetzelfde geldt voor het plaatsen van de overzichten op aparte servers of, zoals reeds besproken, het controleren van de berichten op de aanwezigheid van spam. Voor een andere conclusie is evenmin afdoende dat NSE een zoekfunctie aanbiedt waarmee men (op namen van) nieuwsgroepen kan zoeken. Brein heeft niet aangevoerd dat en toegelicht waarom met betrekking tot enige van deze handelingen kan worden geconcludeerd dat NSE daardoor kennis heeft van of controle heeft over de door haar opgeslagen gegevens. Het hof houdt het ervoor dat - het voorgaande ook in samenhang bezien - de onderhavige door NSE verrichte diensten een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben.

3.4.7. NSE wijst overigens terecht erop dat uit de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk blijkt dat het de bedoeling is dat de diensten zoals door NSE verricht, gericht op het gebruik van het Usenet, in beginsel onder de bescherming van artikel 6:196c BW vallen. In de Memorie van Toelichting (Kamersstukken II 2001/02, 28197, nr. 3) wordt immers erop gewezen dat de doorgifte of opslag moet strekken tot openbare informatie-uitwisseling, bijvoorbeeld via websites en nieuwsgroepen, waarbij het hof ervan uitgaat dat met dit laatste het Usenet wordt bedoeld.

3.4.8. Brein heeft in verband met het beroep van NSE op artikel 6:196c lid 4 BW niet aangevoerd dat dit haar niet toekomt omdat zij niet voldoet aan de in dit artikellid sub a gestelde voorwaarde dat zij niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatige karakter. Voor zover Brein in een ander verband (met name in verband met het door Brein gestelde handelen van NSE in strijd met zorgvuldigheidsnormen) heeft aangevoerd dat een overwegend, althans substantieel deel van de door NSE

zaaknummer: 200.097.924/01

13

opgeslagen artikelen inbreukmakend materiaal bevat (partijen twisten overigens over het aandeel daarvan in het geheel aan opgeslagen informatie, waarover hierna meer) en dat NSE daarvan weet, is dit van een te algemene strekking om als wetenschap in de zin van de hiervoor bedoelde voorwaarde aan te merken. Brein voert in dit verband immers niet aan dat NSE wetenschap heeft van specifieke artikelen met een onrechtmatig karakter of specifieke nieuwsgroepen die alleen inbreukmakend materiaal bevatten. In dit hoger beroep is niet van belang of NSE redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter; de vordering tot vergoeding van schade is immers niet meer aan de orde.

3.4.9. Brein heeft wel bestreden dat NSE voldoet aan de in hetzelfde artikellid onder b gestelde voorwaarde dat zij, zodra zij weet of redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, prompt de informatie dient te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk dient te maken. NSE heeft gesteld dat zij wel aan deze voorwaarden voldoet omdat zij gebruik maakt van een geautomatiseerde NTD-procedure, en per 26 oktober 2010 tevens een Fast Track-procedure waarbij betrokken partijen, waaronder Brein, zonder haar tussenkomst inbreukmakende berichten van haar servers kunnen verwijderen. NSE heeft Brein uitgenodigd om met deze Fast Track-procedure mee te doen maar Brein heeft de onderhandelingen daarover afgebroken (memorie van grieven 76 tot en met 96, pleitnotities NSE 84 tot en met 90). Brein betwist dat sprake is van een effectieve NTD-procedure. Zij voert daartoe aan dat de NTD-procedure van NSE niet voorkomt dat het inbreukmakende materiaal opnieuw wordt ge-upload, dat het inbreukmakende materiaal voor verwijdering al in verband met peering aan andere Usenetproviders is doorgegeven en dat het aantal te verwerken meldingen is gemaximeerd tot 25 per uur. Zij heeft per e-mail van haar advocaat van 28 april 2011 aan NSE gemeld dat zij niet verder wil onderhandelen met NSE omdat er geen vooruitzicht is op een reële en effectieve procedure. Partijen hebben daarna, zo stelt Brein, geen contact meer gehad. Brein betwist in dit verband dat zij de door NSE als productie 54 overgelegde e-mail gedateerd 29 april 2011 heeft ontvangen (memorie van antwoord 111 tot en met 132 en pleitnota 38 tot en met 44).

3.4.10. Het hof overweegt dat het beschikbaar stellen van een efficiënte NTD-procedure in beginsel voldoende is om de voorwaarde van artikel 6:196c lid 4 onder b BW te vervullen. Een dergelijke procedure komt immers erop neer dat de host na een melding van (een vertegenwoordiger van) een rechthebbende dat inbreukmakend materiaal aanwezig is, dit materiaal onmiddellijk verwijdert. Voor zover Brein beroept dat de door NSE gehanteerde procedure niet effectief is omdat deze niet voorkomt dat het inbreukmakend materiaal opnieuw wordt ge-upload, volgt het hof haar daarin niet. NSE heeft onbetwist gesteld dat eenmaal ontoegankelijk gemaakte berichten niet wederom beschikbaar kunnen komen door verlate peering, door een back-up-voorziening of doordat berichten met dezelfde message-id op andere wijze opnieuw worden geplaatst. Dat is in dit verband voldoende. De voor een beroep op uitsluiting van aansprakelijkheid gestelde voorwaarde houdt niet in dat de host na een melding van inbreuk dient te voorkomen dat hetzelfde inbreukmakende materiaal te allen tijde door een willekeurige gebruiker opnieuw wordt ge-upload. De in lid 4 van artikel 6:196c BW gestelde voorwaarde kan evenmin zo worden uitgelegd dat NSE dient te

zaaknummer: 200.097.924/01

14

voorkomen dat door haar gebruikers geposte berichten aan andere Usenetproviders worden doorgegeven. Dit deel van de door NSE geleverde diensten bestaat immers uit de enkele doorgifte van informatie en valt daarmee, zoals reeds hiervoor onder 3.4.5 overwogen, onder de bescherming van het eerste lid van artikel 6:196c BW en niet het vierde.

3.4.11. Dat NSE slechts een maximum aantal meldingen van 25 per uur zou verwerken is in dit verband, gelet op de gang van zaken, niet doorslaggevend. Brein heeft niet gesteld dat zij op enig moment daadwerkelijk meer meldingen per uur aan NSE heeft aangeboden en dat NSE heeft geweigerd deze meldingen te verwerken. Zij heeft evenmin (voldoende concreet) gesteld dat zij aan NSE heeft laten weten meer meldingen per uur te willen aanbieden en dat NSE daarop zodanig heeft gereageerd dat zij daaruit kon afleiden dat NSE dit aantal meldingen niet, ook niet binnen een daaraan in redelijkheid te stellen termijn, zou gaan verwerken. In dit verband is van belang dat Brein erkent dat zij in de e-mail van haar zijde van 28 april 2011 heeft geklaagd over een maximum aantal meldingen van 25 per dag terwijl NSE had aangeboden 25 meldingen per uur te verwerken en dat partijen daarna volgens haar geen contact meer hebben gehad. Brein komt gelet op deze omstandigheden geen beroep toe op het ontbreken van een efficiënte NTD- procedure wegens het destijds door NSE genoemde maximum aantal te verwerken meldingen, waarbij het hof ervan uitgaat dat NSE dit aantal heeft genoemd in het kader van het opstarten van de Fast Track-procedure en dus kennelijk niet als een ook op langere termijn definitief te hanteren maximum dat niet verder onderhandelbaar zou zijn. De conclusie van een en ander is dat NSE voor wat betreft de opslag van artikelen op haar servers een beroep toekomt op de uitsluiting van haar aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:196c lid 4 BW. Het hof volgt Brein aldus niet in haar stelling dat NSE het vonnis dat haar dwingt te filteren aan zichzelf heeft te wijten omdat zij niet de kans heeft gegrepen om gepaste maatregelen te nemen (memorie van antwoord 96).

Gevolgen voor de verklaringen voor recht

3.5.1. Het hof komt thans toe aan de vraag hoe ver de uitsluiting van de aansprakelijkheid van NSE voor de door haar doorgegeven en door haar opgeslagen informatie ingevolge artikel 6:196c BW strekt. Deze vraag dient te worden beantwoord zowel in verband met de door Brein gevorderde en door de rechtbank gegeven verklaringen voor recht als in verband met het door Brein gevorderde en door de rechtbank opgelegde bevel. Het hof zal eerst ingaan op de verklaringen voor recht.

3.5.2. Tussen partijen staat vast dat een deel van de door NSE doorgegeven en door haar opgeslagen artikelen inbreukmakend materiaal bevat. Het uitgangspunt is dan ook dat vaststaat dat NSE diensten verleent aan derden die inbreuk maken op de rechten van anderen, ook, naar mag worden aangenomen, op de rechten van bij Brein aangeslotenen, in die zin dat deze derden zonder toestemming beschermde werken verveelvoudigen en openbaar maken door deze met behulp van de door NSE geleverde diensten op het Usenet te plaatsen. De vraag in verband met de verklaringen voor recht is of NSE naast deze derden mede als inbreukmaker heeft te gelden.

zaaknummer: 200.097.924/01

15

3.5.3. Het hof stelt in verband met de beantwoording van deze vraag vast dat de wetgever ervoor gekozen heeft om 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 (verder: Richtlijn inzake elektronische handel) in het Nederlandse rechtssysteem te implementeren door (onder meer) artikel 6:196c BW op te nemen in de afdeling betreffende aansprakelijkheid bij elektronisch rechtsverkeer, die onderdeel uitmaakt van de in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen titel over de onrechtmatige daad, welke titel de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad min of meer uitputtend regelt. Daaruit volgt dat met de uitsluiting van aansprakelijkheid ingevolge artikel 6:196c BW mede is bedoeld dat degene die een beroep op dit artikel toekomt niet aansprakelijk is als pleger van een onrechtmatige daad op de grond dat hij zelfstandig inbreuk maakt op de rechten van anderen alleen omdat hij door derden gemaakte inbreuken faciliteert.

3.5.4. Deze uitleg strookt met doel en strekking van de richtlijn 2001/29/EG 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 (verder: Auteursrichtlijn) waar in de considerans onder 16 is vermeld dat deze richtlijn - die tot doel heeft te komen tot harmonisatie van het auteursrecht binnen de Europese Unie - geen afbreuk doet aan de voorschriften inzake aansprakelijkheid in de Richtlijn inzake elektronische handel, en 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) waar in de considerans onder 15 is opgenomen dat deze richtlijn geen afbreuk doet aan de Richtlijn inzake elektronische handel. Deze verwijzingen maken immers duidelijk dat de nationale regels voortvloeiend uit de Richtlijn inzake elektronische handel grenzen kunnen stellen aan de nationale regels betreffende de bescherming van auteursrechten, zelfs indien de noodzaak deze rechten te beschermen in aanmerking wordt genomen. Dat neemt overigens niet weg dat de Richtlijn inzake elektronische handel en daarmee artikel 6:196c BW ruimte openlaat voor het nemen van maatregelen ter bescherming van bedoelde rechten. Het hof zal daarop terugkomen bij de beoordeling van de grondslag van het door Brein gevorderde bevel.

3.5.5. Het voorgaande betekent dat er geen grond is voor toewijzing van de door Brein gevorderde verklaringen voor recht. Deze gaan immers ervan uit dat NSE mede aansprakelijk is als inbreukmaker. Het bestreden vonnis zal in zoverre worden vernietigd en de vorderingen inzake de verklaringen voor recht zullen alsnog worden afgewezen. De grieven 8 tot en met 15, en de grieven 17 en 20 voor zover daarbij een beroep op het onderhavige wetsartikel is gedaan, slagen in zoverre.

Gevolgen voor het bevel

3.6.1. Uit een en ander kan tevens worden geconcludeerd dat een in dezen op te leggen rechterlijk verbod of bevel niet kan zijn gegrond op de aansprakelijkheid van NSE als pleger van een onrechtmatige daad bestaande uit het maken van inbreuken op rechten van bij Brein aangesloten. Dit betekent echter niet dat in een geval als het

zaaknummer: 200.097.924/01

16

onderhavige geen verbod of bevel kan worden gegeven. Het vijfde lid van artikel 6:196c BW houdt immers in dat het in de voorgaande leden bepaalde niet in de weg staat aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel. Dat betekent dat ook in het geval dat NSE op grond van deze voorgaande artikelliden niet aansprakelijk is voor de inbreuken op de rechten van anderen, zoals het hof heeft geoordeeld, in beginsel toch een verbod of bevel kan worden opgelegd. Het hof is echter, anders dan de rechtbank, van oordeel dat dit niet ertoe kan leiden dat het bevel zoals door Brein in haar vordering geformuleerd - en door de rechtbank, op enkele onderdelen aangepast, toegewezen - daarom zonder meer toewijsbaar is. Het in artikel 6:196c lid 5 BW bepaalde wordt immers ingekleurd door het volgende.

3.6.2. Artikel 26d Aw, door Brein uitdrukkelijk genoemd in verband met het beroep van NSE op artikel 6:196c BW (memorie van antwoord 301), geeft de rechter de bevoegdheid om, op vordering van de rechthebbende, tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht te maken, te bevelen de diensten die worden gebruikt om die inbreuk te maken te staken. Dit artikel vormt de implementatie van de derde volzin van artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn. Het HvJEU heeft in zijn arrest van 12 juli 2011 inzake l'Oreal/eBay (C-324/09) over deze derde volzin van artikel 11 overwogen dat de daarin opgenomen woorden 'rechterlijk bevel' zich wezenlijk onderscheiden van de woorden 'bevel tot staking van de inbreuk', welk bevel volgens de eerste volzin van dit artikel aan de inbreukmakers op een intellectueel eigendomsrecht kan worden gericht. Het bevel dat aan een inbreukmaker wordt gericht, bestaat er logischerwijze in dat het hem wordt verboden om de inbreuk voort te zetten, terwijl de situatie van de verlener van de dienst met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd complexer is en zich leent voor andere soorten van bevel. De bevoegdheid die overeenkomstig de derde volzin van artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn aan de rechter wordt verleend, moet hem de mogelijkheid bieden de tussenpersoon te gelasten doeltreffende maatregelen te treffen om niet alleen inbreuken die met behulp van de diensten van de tussenpersoon worden gepleegd te beëindigen, maar ook om nieuwe inbreuken te voorkomen. Het nationale recht moet zo worden ingericht dat het door de Handhavingsrichtlijn nagestreefde doel kan worden bereikt. De betrokken maatregelen moeten doeltreffend en afschrikkend zijn. Toepassing van de regels moet eveneens de beperkingen eerbiedigen die voortvloeien uit de richtlijn en uit de rechtsbronnen waarnaar deze verwijst. Het HvJEU wijst in dit verband in de eerste plaats - hof: zie daarvoor de considerans van de Handhavingsrichtlijn onder 15 - op artikel 15 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel waaruit volgt dat de maatregelen die van de verlener van diensten van de informatiemaatschappij worden verlangd niet kunnen bestaan in het actief surveilleren van alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele eigendomsrechten te voorkomen. Een dergelijke algemene surveillanceplicht zou bovendien onvereenigbaar zijn met artikel 3 van de handhavingsrichtlijn krachtens welk de bij die richtlijn bedoelde maatregelen billijk en evenredig moeten zijn en niet overdreven kostbaar mogen zijn. De bevelen mogen, zo sluit het HvJEU in genoemd arrest af, geen belemmering voor het legitiem handelsverkeer scheppen.

zaaknummer: 200.097.924/01

17

3.6.3. Met artikel 6:196c lid 5 BW is, zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt, bedoeld te implementeren telkens het derde lid van de artikelen 12, 13 en 14 van de richtlijn inzake elektronische handel, welke artikelen de vrijstelling van aansprakelijkheid van respectievelijk 'mere conduit', 'caching' en 'hosting' dienstverleners regelen. Dit derde lid luidt telkens, voor zover van belang, dat het desbetreffende artikel geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een rechtbank te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Artikel 15 van dezelfde richtlijn luidt dat met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting opleggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Dit artikel is bij de implementatie van de Richtlijn inzake elektronische handel in Nederland niet uitdrukkelijk gecodificeerd. Het hof is van oordeel, mede in het licht van de hier voor reeds geciteerde uitspraak l'Oreal/eBay en de daarop gevolgde SABAM-arresten (C-70/10 en C-360/10), dat dit niet wegneemt dat het in artikel 6:196c lid 5 BW bedoelde verbod of bevel door de in artikel 15 van de richtlijn geformuleerde regel wordt beperkt. De artikelen 12, 13 en 14 van de Richtlijn inzake elektronische handel, en daarmee evenzo artikel 6:196c BW dat is bedoeld ter implementatie van deze artikelen, kunnen immers niet los worden gezien van de in artikel 15 van dezelfde richtlijn gegeven beperking.

3.6.4. NSE beroept zich bij haar grieven (nog steeds de grieven 8 tot en met 15) erop dat het door de rechtbank toegewezen bevel een algemene toezichtverplichting inhoudt en niet aan haar kan worden opgelegd omdat het de grenzen overschrijdt van de Richtlijn inzake elektronische handel en de rechtspraak van het HvJEU. Slechts in specifieke omstandigheden en bij wet voorzien kan daarvan worden afgeweken, zo blijkt volgens haar uit de considerans bij deze richtlijn onder 49. NSE voert tevens aan dat zij slechts aan het gebod kan voldoen door alle binnenkomende binaries te filteren op ongeautoriseerde content, hetgeen onmogelijk, althans geen billijke en evenredige maatregel is (zie onder meer de grieven 9, 14 en ook grief 23).

3.6.5. Brein stelt daar tegenover dat in specifieke, duidelijk omschreven gevallen wel een toezichtverplichting kan worden opgelegd (memorie van antwoord 319). Zij geeft echter niet aan waarom in dezen sprake is van een specifiek, duidelijk omschreven geval waarin een algemene toezichtverplichting bij wet is voorzien, zodat het hof hieraan zal voorbijgaan. Brein bestrijdt verder niet, althans niet uitdrukkelijk, dat NSE alleen aan het door de rechtbank gegeven bevel kan voldoen door alle door haar eigen gebruikers geposte en middels peering binnenkomende binaries te filteren op de aanwezigheid van inbreukmakend materiaal. Brein voert daarbij aan dat het filteren wel mogelijk is maar dat NSE dit niet wil. NSE heeft met haar nooit willen prater over welke vorm van filteren dan ook, zo stelt Brein.

3.6.6. Het door de rechtbank gegeven bevel is, zo overweegt het hof, naar zijn bewoordingen gericht op het staken en gestaakt houden van inbreuken op de rechten van bij Brein aangesloten rechthebbenden en sluit dus niet aan bij de rol van NSE als verlener van de dienst met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd, welke situatie complexer is en zich leent voor andere soorten van bevel. Het standpunt van zowel

zaaknummer: 200.097.924/01

18

NSE als Brein is dat NSE alleen aan het door de rechtbank gegeven bevel kan voldoen als zij alle binnenkomende binaries filtert op ongeoorloofde inhoud. Dit houdt naar het oordeel van het hof in dat de rechtbank aan NSE een algemene verplichting heeft opgelegd om toe te zien op de informatie die zij doorgeeft en opslaat. Het door de rechtbank gegeven bevel is aldus in strijd met de beperking van de bevoegdheid tot het opleggen van een verbod of bevel die voortvloeit uit artikel 15 van de Richtlijn inzake elektronische handel. Het bestreden vonnis kan dan ook niet in stand blijven, voor zover de rechtbank daarbij het gewraakte bevel heeft gegeven. In zoverre slagen de grieven 8 tot en met 15 eveneens.

3.6.7. Aan het voorgaande doet niet af dat de rechtbank het gegeven gebod heeft beperkt tot binaries en daarmee, zo begrijpt het hof, de tekstbestanden buiten de verplichting van NSE tot algemeen toezicht heeft gehouden. NSE heeft onbetwist aangevoerd dat ook tekstberichten gecodeerde inhoud kunnen bevatten en daarmee eveneens een - mogelijk inbreukmakend - binair bericht worden, bijvoorbeeld berichten met een plaatje zoals een bedrijfslogo of een elektronisch visitekaartje, met een toegevoegd document zoals een powerpoint of word- of txt-document en berichten waaraan screenshots, logfiles, foto's of video's zijn toegevoegd. Daarbij komt dat het de gebruikers vrij staat binaire berichten te plaatsen in de nieuwsgroepen die bedoeld zijn voor tekstberichten (memorie van grieven 143 tot en met 145). NSE dient dan ook, naar het hof op grond van een en ander begrijpt, om aan de haar door de rechtbank opgelegde verplichting te voldoen alle binnenkomende artikelen te filteren op de aanwezigheid van binaire informatie en vervolgens bij dat deel van de artikelen dat binaire informatie bevat - hetgeen bij een aanzienlijk deel het geval zal zijn - te bezien of sprake is van beschermde binaire informatie. De beperking van het bevel is gelet op een en ander van onvoldoende betekenis om te concluderen dat het door de rechtbank gegeven gebod anders is te kwalificeren dan dat dit aan NSE een algemene verplichting oplegt om toe te zien op de informatie die zij doorgeeft of opslaat. Ook grief 31 slaagt.

3.6.8. Tussen partijen staat vast dat in elk geval een substantieel deel van de binaire artikelen inbreukmakend materiaal bevat. Partijen debatteren over het exacte percentage aan inbreukmakend materiaal en over de relevantie van de diverse methoden van onderzoek om tot een percentage te komen. Brein gaat uit van 80-90% aan inbreukmakend materiaal. NSE beroept zich in dit verband op een door haar als productie 49 overgelegd rapport van TNO gedateerd 13 januari 2013. Uit dit rapport zou volgens haar blijken dat in een willekeurig gekozen week 6% van de in die week geposte berichten vaststaat dat het inbreukmakend materiaal bevat. Het hof is van oordeel dat, ook indien wordt uitgegaan van het door NSE genoemde percentage aan inbreukmakende postings in een willekeurige week, er voldoende aanleiding is te onderzoeken welke passende maatregel aan NSE als tussenpersoon dient te worden opgelegd, in aanmerking nemend dat het door de rechtbank gegeven gebod te verstrekt. Het hof merkt op dat daartoe grond bestaat omdat NSE tussenpersoon is wier diensten door derden worden gebruikt voor het maken van inbreuken en dat daarvoor niet is vereist, anders dan NSE betoogt, dat sprake is van een additionele normschending die onrechtmatig handelen van de zijde van NSE met zich meebrengt.

zaaknummer: 200.097.924/01

19

3.6.9. Het hof zal, nu ervan kan worden uitgegaan dat Brein met het door haar in haar vordering geformuleerde en als te ver strekkend beoordeelde bevel tevens impliceert een minder verstrekkende maar mogelijk wel effectieve maatregel te vorderen, in het hierna volgende onderzoeken wat de mogelijkheden zijn tot het opleggen van een minder ver strekkend bevel.

Het op te leggen bevel: NTD-procedure

3.7.1. Een in elk geval passende maatregel, mede in verband met het vereiste van artikel 6:196c lid 4 onder b BW, is het bevel tot het invoeren van een effectieve NTD-procedure. De effectiviteit van een dergelijke maatregel is af te meten aan de omvang waarin en de snelheid waarmee inbreukmakend materiaal kan worden verwijderd. Dat betekent dat NSE in beginsel geen limiet mag stellen aan het aantal per tijdseenheid aan te leveren en te verwerken meldingen die het effectief verwijderen van onrechtmatig materiaal in de weg staat. De verwerkingscapaciteit moet dan ook minstens groter zijn dan het aantal nieuwe postings van inbreukmakend materiaal. Ook dient het mogelijk te zijn met een zekere voortvarendheid de hoeveelheid reeds aanwezig inbreukmakend materiaal te verminderen. De snelheid tussen melding en verwijdering moet voorts voldoen aan datgene wat in de markt redelijk is te noemen.

3.7.2. Het hof ziet aanleiding NSE te bevelen een dergelijke procedure in te voeren op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het is immers aan NSE om te faciliteren dat alle door Brein te melden inbreukmakende artikelen prompt van haar servers worden verwijderd. Niet is gebleken dat NSE reeds maatregelen heeft genomen die haar daartoe in staat stellen. Uit de stellingen van partijen blijkt dat zij met elkaar hebben onderhandeld over door NSE tegen inbreuk op de rechten van de bij Brein aangesloten rechthebbenden te nemen maatregelen, waaronder het invoeren van een effectieve NTD-procedure. Deze onderhandelingen zijn - zo staat tussen partijen vast - door Brein afgebroken, volgens Brein omdat NSE niet aan haar redelijke eisen wilde voldoen en volgens NSE zonder goede gronden. De achtergrond van het afbreken van de onderhandelingen is in dit verband echter niet van belang: ook zonder voortgang in die onderhandelingen kan van NSE worden gevergd dat zij een procedure in het leven roept waardoor zij in staat is de door Brein te melden inbreukmakende artikelen efficiënt te verwijderen. NSE heeft niet gesteld dat zij na het afbreken van de onderhandelingen de ontwikkeling van een dergelijke procedure heeft voortgezet. Dat NSE haar activiteiten inmiddels heeft gestaakt, staat niet in de weg aan het opleggen van genoemde maatregel en evenmin aan de versterking daarvan met een dwangsom. NSE heeft immers niet aangevoerd dat zij haar activiteiten nimmer gaat hervatten.

3.7.3. De NTD-procedure betreft uit haar aard de door NSE opgeslagen gegevens en niet het doorgeven van artikelen aan andere Usenetproviders in het kader van peering. Het toepassen van de procedure op de enkele doorgifte van artikelen aan andere Usenetproviders is slechts zinvol als NSE alle door haar gebruikers geposte en door te sturen artikelen eerst aan Brein aanbiedt om haar de gelegenheid te geven de NTD-procedure in werking te doen treden waarna NSE de gemelde artikelen verwijdert voordat deze worden doorgegeven. Een dergelijke procedure is zeer verstrekkend en vertoont door de vereiste medewerking van NSE voorafgaand aan mogelijke

zaaknummer: 200.097.924/01

20

meldingen trekken van een algemeen toezicht. Er is bovendien te minder aanleiding tot het opleggen van een dergelijke maatregel omdat dit onderdeel van de door NSE geleverde diensten als 'mere conduit' valt onder het beschermingsregime van artikel 6:196c lid 1 BW waarop NSE zich kan beroepen zonder het vereiste van prompte verwijdering van aan haar bekend geworden inbreukmakend materiaal. NSE heeft bovendien onbetwist gesteld dat het eenvoudig - en effectief - is om een melding van de aanwezigheid van (opgeslagen) inbreukmakend materiaal aan meerdere Usenetproviders tegelijk te sturen (memorie van grieven 90) zodat een effectief werkend alternatief voorhanden is. Het toepassen van een NTD-procedure op de doorgifte van artikelen aan andere Usenetproviders raakt bovendien niet de kern van het verwijt dat Brein NSE maakt, namelijk dat NSE haar bedrijfsvoering zodanig heeft ingericht - lange retentietijd, snelle servers - dat zij illegale downloaders (hof: onder haar eigen gebruikers) optimaal faciliteert. NSE zou daarmee haar verdienmodel hebben ingericht op het trekken van klanten door het vergaren en aanbieden van zoveel mogelijk inbreukmakend materiaal. De kern van dit verwijt ligt dus in de opslag en het langdurig bewaren van inbreukmakend materiaal en het daarvan economisch profijt trekken en niet in het doorgeven daarvan aan andere providers. Het verwijderen van het materiaal van de eigen servers terwijl het materiaal wel aan andere providers wordt doorgegeven, is juist in strijd met dit door Brein veronderstelde verdienmodel: de gebruikers van NSE zouden immers snel naar een andere provider omzien.

3.7.4. NSE voert bij haar grieven 8 tot en met 15 nog aan dat het door de rechtbank opgelegde bevel niet voldoet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, dat de rechtbank daarmee de fundamentele rechten van de Usenetgebruikers (informatievrijheid) heeft geschonden, dat de rechtbank het bevel ten onrechte niet heeft getoetst aan het grondrecht op ondernemerschap van NSE, dat dit bevel resulteert in een ernstige belemmering van het handelsverkeer, dat de onmogelijkheid om te filteren daaraan in de weg staat en dat het bevel in strijd komt met de beginselen van netneutraliteit. Hetgeen NSE daarbij heeft aangevoerd, voor zover niet reeds in het voorgaande meegewogen en wat overigens daarvan verder zij, leidt niet tot andere oordelen dan hiervoor gegeven en hoeft dus niet te worden besproken.

3.7.5. Ook voert NSE nog aan dat het door de rechtbank gegeven bevel niet effectief is omdat het Usenet nog steeds bestaat en het inbreukmakend materiaal onverminderd beschikbaar blijft. Voor zover NSE daarmee bedoelt te stellen dat ook een NTD-procedure, al dan niet met aanvullende maatregelen, niet effectief is, overweegt het hof dat deze stelling alleen al strandt op grond van de stelling van NSE zelf dat het eenvoudig en effectief is om een melding van inbreukmakend materiaal naar meerdere Usenetproviders tegelijk te verzenden.

Het op te leggen bevel: andere maatregelen

3.7.6 Brein heeft aangevoerd dat er (kennelijk ten opzichte van filteren of NTD) grovere methoden zijn die, zo begrijpt het hof, minder effectief zijn in het bestrijden van inbreuk maar die de grootschalige inbreuk wel substantieel kunnen beperken. Brein geeft voorbeelden van dergelijke grovere methoden die naar haar zeggen voor

zaaknummer: 200.097.924/01

21

NSE weinig moeite en geld zouden kosten (memorie van antwoord onder 94 en 95) en noemt daarbij onder meer - het hof geeft slechts de eerste twee voorbeelden weer terwijl daaraan geen verdere betekenis dient te worden gehecht - het blokkeren van hiërarchieën of nieuwsgroepen waarbinnen (bijna alleen maar) beschermd materiaal wordt uitgewisseld en het filteren op namen van nieuwsgroepen die evident zijn gericht op het uitwisselen van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Brein heeft deze voorbeelden overigens niet, althans niet op duidelijke wijze, geconcretiseerd.

3.7.7. NSE heeft niet uitdrukkelijk gereageerd op deze door Brein weergegeven grovere methoden, mogelijk omdat Brein daaraan geen duidelijke consequenties heeft verbonden voor of in verband met (de concrete formulering van) haar vordering. Wel heeft NSE opgemerkt dat er Usenetproviders zijn die gebruikers die herhaaldelijk auteursrechtelijk beschermd materiaal uploaden een reeks waarschuwingen geven en uiteindelijk, als deze gebruikers niet stoppen met inbreuk maken, hen afsluiten van hun diensten (memorie van grieven 97). Brein is op deze methode op haar beurt weer niet uitdrukkelijk ingegaan.

3.7.8. Partijen hebben aldus niet althans niet uitputtend gedebatteerd over specifieke maatregelen die NSE zou kunnen nemen ter bestrijding van misbruik van haar diensten, aanvullend aan een effectieve NTD-procedure. Wel valt uit een en ander te concluderen dat er - naast de NTD-procedure - maatregelen te bedenken zijn die op effectieve wijze tot vermindering van de aanwezigheid van inbreukmakend materiaal leiden. NSE heeft dit door Brein - in het algemeen - gestelde uitgangspunt niet betwist. Integendeel, zij beschrijft zelf een volgens haar kennelijk effectieve procedure: het afsluiten van recidiverende gebruikers. NSE heeft bovendien niet aangevoerd - in het algemeen - dat aanvullende maatregelen niet van haar gevegd kunnen worden. Ook heeft NSE niet aangevoerd dat zij reeds uitputtende effectieve maatregelen heeft genomen: zij meldt immers alleen - bij wijze van voorbeeld - dat *andere* Usenetproviders de door haar genoemde methode gebruiken.

3.7.9. Op 27 maart 2014 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie arrest gewezen in de zaak UPC Telekabel Wien GmbH tegen Constantin Film Verleih GmbH c.s. (C-314/12). De inhoud van dit arrest, met name de beantwoording van de derde vraag, kan van belang zijn voor de omvang, inhoud en omschrijving van andere aan NSE op te leggen maatregelen. Omdat partijen, zoals gezegd, niet uitputtend hebben gedebatteerd over aan NSE op te leggen maatregelen aanvullend aan de NTD-procedure én in dit geding nog geen rekening hebben kunnen houden met de inhoud van voornoemd arrest, zal het hof hen in de gelegenheid stellen zich bij akte uit te laten over de aan NSE aanvullend aan een effectieve NTD-procedure op te leggen maatregelen. Daarbij zal Brein als oorspronkelijk eiseres als eerste een akte mogen nemen waarna NSE bij antwoordakte mag reageren. Het hof geeft partijen uitdrukkelijk in overweging in overleg te treden over de aard en effectiviteit van de op te leggen maatregelen.

Handelen in strijd met zorgvuldigheid

zaaknummer: 200.097.924/01

22

3.8.1. Brein heeft haar vordering inzake het op te leggen bevel subsidiair gegrond op de stelling dat NSE onrechtmatig handelt door voor commercieel gewin een download systeem in stand te houden waarbij grote hoeveelheden beschermd materiaal wordt vastgelegd en verspreid zonder dat daarvoor toestemming van de rechthebbenden is verkregen. De rechtbank heeft het door haar gegeven bevel, voor zover betrekking hebbend op het ter beschikking stellen van binaries aan andere Usenet providers in het kader van het synchronisatieproces, toegewezen op deze subsidiaire grondslag. De grieven 23 tot en met 30 richten zich tegen dat oordeel en tegen de overwegingen die daartoe hebben geleid. NSE voert daarbij aan dat geen sprake is van handelen in strijd met de jegens de rechthebbenden in acht te nemen zorgvuldigheid, en dat de rechtbank zich heeft laten leiden door onjuiste aannames over onder meer het Usenet en het percentage aan illegaal materiaal.

3.8.2. Het slagen van de grieven 8 tot en met 15 en 31 in de hiervoor omschreven zin, de subsidiair door Brein aangevoerde grondslag en de strekking van de grieven 23 tot en met 30 brengen met zich mee dat het hof dient te bezien of de stellingen van Brein kunnen leiden tot het oordeel dat NSE handelt in strijd met de jegens bij Brein aangesloten rechthebbenden in acht te nemen zorgvuldigheid en zo ja, of daarin aanleiding kan worden gevonden tot een verdergaand bevel dan als aan NSE als tussenpersoon wier diensten door derden worden gebruikt voor het maken van inbreuken is op te leggen zonder dat sprake is van een additionele normschending (zie ook rechtsoverweging 3.6.8).

3.8.3. Het hof overweegt dat, voor zover NSE handelt als verlener van een dienst van de informatiemaatschappij, haar ook in verband met de door Brein aangevoerde subsidiaire grondslag een beroep toekomt op de bescherming van artikel 6:196c BW. De - in algemene termen geformuleerde - stelling dat NSE voor commercieel gewin een download systeem in stand houdt, is dan ook onvoldoende om te concluderen dat NSE in strijd handelt met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid. NSE is immers in beginsel niet aansprakelijk voor de door de gebruikers van haar diensten gepleegde inbreuken op de rechten van derden. Brein heeft geen omstandigheden aangevoerd die ertoe nopen om van dit uitgangspunt af te wijken. De diensten die NSE verricht zijn niet in het leven geroepen om, of van zichzelf gericht op het faciliteren van inbreukmakende handelingen, zoals in de door Brein uit bestaande jurisprudentie aangehaalde gevallen. Dat de diensten van NSE daarvoor thans door derden wel in substantiële mate worden gebruikt, maakt dit op zichzelf niet anders. Deze ontwikkeling kan immers bestreden worden door het beroep dat Brein en de bij haar aangesloten rechthebbenden kunnen doen en thans ook hebben gedaan op artikel 26d Aw, terwijl NSE, zoals gezegd, een beroep toekomt op de bescherming van artikel 6:196c BW binnen de daar gestelde grenzen. Brein heeft niet aan haar vordering ten grondslag gelegd dat dit afgewogen systeem (uiteindelijk) niet effectief zal zijn door de wijze waarop NSE haar diensten verleent en/of dat NSE een specifiek verwijt treft - anders dan hiervoor reeds besproken en verworpen - betreffende het nalaten van het nemen van afdoende maatregelen. Zij stelt in feite slechts dat het misbruik van de door NSE verleende diensten een substantiële omvang heeft aangenomen en dat NSE nog steeds haar diensten verleent. Dat is onvoldoende

zaaknummer: 200.097.924/01

23

om te concluderen dat NSE alsnog aansprakelijk is voor het misbruik van haar diensten door derden.

3.8.4. De door Brein in haar conclusie van repliek onder 146 aangevoerde omstandigheden zijn, ook in samenhang gezien, evenmin voldoende om te concluderen dat NSE ondanks de uitsluiting van haar aansprakelijkheid voor de inbreuk door derden op grond van artikel 6:196c BW, onzorgvuldig heeft gehandeld. Dat NSE haar diensten verricht voor commercieel gewin, dat zij de grootste Usenetprovider ter wereld is, dat zij een lange retentietijd hanteert en snelle servers heeft maakt alles bij elkaar nog niet dat het verrichten van haar diensten onrechtmatig is. Daarbij is van belang dat niet is gebleken dat de marketing van NSE (thans) is gericht op het al dan niet illegaal downloaden van entertainment content, zoals Brein in eerste aanleg nog had gesteld en door NSE was betwist.

3.8.5. Brein stelt nog dat de binaries 'voor een belangrijk deel' beschermd materiaal bevatten en dat dit grote schade toebrengt aan de rechthebbenden. Zij gaat uit, zo begrijpt het hof, van een percentage van 80 tot 90 %. In de door Brein overgelegde onderzoeken worden diverse percentages aan inbreukmakend materiaal genoemd. NSE heeft de resultaten van deze door Brein geproduceerde onderzoeken gemotiveerd betwist en heeft daarbij onder meer aangevoerd dat de onderzochte gegevens niet representatief zijn. Zij komt bovendien met een eigen onderzoek waarin wordt geconcludeerd dat 6% van het materiaal inbreukmakend is. Aldus is niet vast komen te staan dat het door Brein genoemde percentage juist is. Brein heeft bewijs aangeboden van het feit dat 'de binaries substantieel inbreukmakend zijn'. Bewijslevering (door een of meer deskundigen) is echter slechts zinvol indien in de te bewijzen feiten aanleiding kan worden gevonden tot een verdergaand bevel dan reeds kan worden gegeven op de grond dat NSE tussenpersoon is wier diensten door derden worden gebruikt voor het maken van inbreuken. Brein zal in de gelegenheid worden gesteld zich bij akte hierover uit te laten. Zij zal daarbij rekening dienen te houden met hetgeen hiervoor onder 3.8.3 en 3.8.4 is overwogen. Brein zal in elk geval dienen in te gaan op (a) wat - in concrete termen - het object van onderzoek zou moeten zijn, te meer daar NSE thans geen Usenet diensten verleend, (b) op welke wijze rekening dient te worden gehouden met reeds aan NSE als tussenpersoon op te leggen maatregelen en (c) welke uitkomst tot welke conclusie dient te leiden. NSE zal in de gelegenheid worden gesteld bij antwoordakte te reageren.

3.8.6. Het hof zal de beslissing op de grieven 23 tot en met 30 aanhouden.

Voorlopige slotsom

3.9.2. Partijen hebben, daargelaten hetgeen in rechtsoverweging 3.8.5 reeds is besproken, geen bewijs aangeboden van voldoende concrete feiten die, indien bewezen, tot andere beslissingen zouden leiden dan hiervoor genomen. Het hof zal de bewijsaanbiedingen dan ook in zoverre passeren.

3.9.3. De grieven 8 tot en met 15 en 31 slagen, terwijl de grieven 17 en 20 deels slagen. Op de grieven 23 tot en met 30, 32 en 33 zal nog worden beslist. Voor het

zaaknummer: 200.097.924/01

24

overige falen de grieven dan wel behoeven deze geen bespreking. Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen zich bij akte uit te laten zoals hiervoor overwogen en de zaak daartoe naar de rol verwijzen. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

3.9.4. Het hof ziet aanleiding te bepalen dat van dit tussenarrest beroep in cassatie kan worden ingesteld.

4. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 30 september voor een akte aan de zijde van Brein met het hiervoor onder 3.7.9 en 3.8.5 omschreven doel, waarna NSE na een termijn van zes weken een antwoordakte kan nemen;

houdt iedere verdere beslissing aan;

bepaalt op de voet van art. 401a lid 2 Rv dat van dit tussenarrest beroep in cassatie kan worden ingesteld.

Dit arrest is op 27 mei 2014 gewezen door mrs. D. Kingma, J.H. Huijzer en N. van Lingen en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 19 augustus 2014.


