



vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Afdeling Civiel recht
handelskamer

locatie Lelystad

zaaknummer / rolnummer: C/16/372666 / HL ZA 14-204

Vonnis van 10 juni 2015

in de zaak van

de stichting
STICHTING BREIN,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaten mrs. D.J.G. Visser en P. de Leeuwe te Amsterdam

tegen

FILMSPELER,

gedaagde,
advocaten mrs. J.G.J. van Groenendaal en F.F. Blokhuis te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Brein en ; genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 1 juli 2014 met producties 1 t/m 6
- de conclusie van antwoord met producties 1 t/m 5
- de conclusie van repliek met producties 7 t/m 14
- de conclusie van dupliek met producties 6 t/m 13
- de akte van Brein van 13 april 2015 met producties 15 t/m 17
- het proces-verbaal van de zitting van 13 april 2015 en de daaraan gehechte pleitnotities van de advocaten van partijen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Brein is opgericht door de stichting Stemra, de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers, de Motion Picture Association en de Nederlandse Vereniging van Filmdistributeurs. Onder andere het Platform Multimediaproductenten en het Nederlands Uitgeversverbond zijn eveneens aangesloten bij Brein.

2.2. Blijkens haar statuten betreft de doelstelling van Brein:

“het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van haar aangeslotenen, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin.”

2.3. heeft via de website www.filmspeler.nl en op andere plaatsen op het internet een mediaspeler aangeboden. Een mediaspeler is een apparaat dat fungeert als een medium tussen een bron van beeld en/of geluidsignalen en een televisie. Wullems heeft zijn mediaspeler aangeboden onder de naam “filmspeler”.

2.4. heeft verschillende modellen van de filmspeler verkocht onder de volgende namen: Filmspeler X5 fully loaded, Filmspeler Compleet (Raspberry pi), Minix Neo X7, Filmspeler X90 fully loaded en Turbo Sd/usb configuratie (verder alle aan te duiden als de “filmspeler”). De verschillen tussen deze modellen zijn technisch van aard. De werking is in wezen gelijk: als de filmspeler wordt aangesloten op het internet en op de televisie, is het mogelijk om door middel van streaming beeld en geluid van het internet op een televisie af te spelen.

2.5. De hardware van de filmspeler is bij verschillende leveranciers in te kopen.

2.6. heeft op de filmspeler de open source software XBMC geïnstalleerd. De XBMC software maakt het mogelijk om in een eenvoudig bedienbare grafische schil (user interface) via menustructuren bestanden op te starten. De XBMC software is tot stand gebracht door de XBMC Foundation en is - met inachtneming van bepaalde licentievoorwaarden - door een ieder te gebruiken en te bewerken.

2.7. Op de filmspeler heeft ook add-ons geïnstalleerd. Add-ons zijn losse software bestanden, die door derden worden gemaakt en vrijelijk te verkrijgen zijn op het internet.

2.8. heeft add-ons op de filmspeler geplaatst waarin zich hyperlinks bevinden, die, indien aangeklikt, linken naar websites die door derden worden beheerd (verder ook te noemen “streamingwebsites”). Op deze streamingwebsites zijn films, series en (live)sportwedstrijden vrij toegankelijk gemaakt, al dan niet met toestemming van de rechthebbenden. De add-ons zorgen er voor dat de benodigde afspeelinformatie wordt opgehaald van de streamingwebsites en dat de films, series en (live)sportwedstrijden automatisch beginnen te spelen zodra deze worden aangeklikt.

2.9. De add-ons die op de filmspeler heeft geïnstalleerd zijn niet door Wullems beïnvloed of veranderd. De add-ons zijn door Wullems wel geïntegreerd in de user interface van de XBMC software.

2.10. heeft zowel add-ons uit officiële als onofficiële repositories op de filmspeler geïnstalleerd. Veertien add-ons die in de filmspeler heeft opgenomen linken naar websites waarop films, series en (live)sportwedstrijden toegankelijk zijn

gemaakt, zonder toestemming van de rechthebbenden. Het betreft hier de add-ons IChannel, Glow movies HD, Go Movies, Icefilms, Mashup, Much Movies, Much Movies HD, Istream, Simply Movies, Simply Player, Yify Movies HD, Ororo.tv, Teledunet.com en Go TV. Naast deze add-ons heeft Wullems ook diverse add-ons op de filmspeler geïnstalleerd, die verwijzen naar streamingwebsites waarop films, series en sportwedstrijden mét toestemming van de rechthebbenden toegankelijk zijn gemaakt, zoals Youtube, Sports illustrated, uitzending gemist, Music video box, Vimeo, ESPN 3, RTLXL, SkyFM en Soundcloud.

2.11. De gebruiker kan zelf ook add-ons op zijn filmspeler installeren.

2.12. heeft via zijn website www.filmspeler.nl en op andere plaatsen op het internet met de volgende aanprijzingen geadverteerd:

- Nooit meer betalen voor films, series, sport, direct te bekijken zonder reclame en wachttijd. (geen abonnementskosten, plug & play) **Netflix is hiermee verleden tijd!**
- Gratis films, series, sport kijken zonder te hoeven betalen? Wie wil dat nu niet?!
- **Nooit meer naar de bioscoop** dankzij onze ge-optimaliseerde XBMC software. Gratis HD films en series, inclusief films die recent in de bioscoop hebben gedraaid, dankzij XBMC.
- Op zoek naar een Media speler waarmee je GRATIS je favoriete films en series in HD Full HD of 3D op elke TV kan kijken? Dan is één van onze Android filmspelers (X5 X7 of X9) iets voor u!
- U hoeft alleen de Filmspeler aan te sluiten op uw tv/monitor. Plug en play, een kind kan echt de was doen.
- Alles is plug & play en easy to use. Alle instellingen zijn reeds optimaal ingesteld. Een greep uit de geïnstalleerde software: [...]
- NIEUW: NU MET EREDEVISIE WEDSTRIJDEN LIVE
- Sinds (10-4-2014) is downloaden illegaal, streamen is wel legaal. Nog een reden om een Filmspeler aan te schaffen!
- WIJ MAKEN ONZE EIGEN SOFTWARE, DEZE IS NIET TE VERGELIJKEN MET OVERIGE AANBIEDERS! (SNELLER & STABIELER)
- Binnenkort op onze configuraties > Torrent Sreaming.....Stream direct vanaf bekende Torrent sites de torrents via XBMC binnen...dus ook hier is downloaden verleden tijd.
- INSTRUCTIES OM TURKSE VOETBAL- EN SPORTKANALEN EN EREDIVISIE LIVE TE INSTALLEREN OP UW XBMC MEDIACENTER MET UNIEKE URL SERVICE.[...]*U kunt de unieke url welke u nodig heeft bestellen bij ons voor 24,95 stuur ons een prive bericht.

2.13. Op de website van : heeft verder het volgende vermeld gestaan:

“Gratis en onbeperkt de nieuwste actuele films, series op uw televisie!

live genieten van uw favoriete club in de Eredivisie of Premier League of andere Europese topcompetitie. Het kan allemaal, zónder abonnementskosten, met de eenmalige aanschaf van XBMC Mediaspeler bij Filmspeler.nl.

Met de nieuwe manier van tv-kijken kunt u kijken wat u maar wilt, wanneer u dat maar wilt. Ideaal in een tijd waarin iedereen druk is met werken, sporten, festivals en vrienden en tv wilt kijken op een moment dat het hem of haar het beste uitkomt. Zonder de dwang van

de programmagids. Bovendien kunt u live met uw vrienden naar de wedstrijden van uw favoriete club kijken, zonder dat u daar telkens opnieuw een stevig bedrag voor moet neerleggen. U kijkt gratis de nieuwste films in HD-kwaliteit. Of gaat lekker zitten voor het live-verslag van de Eredivisie-topper. Met een XBMC Mediaspeler van Filmspeler.nl kan dat legaal, zonder overtreding van het downloadverbod. Dit heeft namelijk alleen betrekking op het illegaal binnenhalen en opslaan van bestanden. Met een 'kastje' van Filmspeler.nl 'streamt' u namelijk de films, met ondertiteling. Het is dezelfde techniek als waar de muziekdienst Spotify en videokanaal YouTube van gebruikmaken.

Gebruiksvriendelijk

U heeft geen ruimtevreterende dvd's meer nodig. De kastjes van Filmspeler.nl zijn gebruiksvriendelijk te bedienen. Zodra u het kastje aanzet, kunt u verschillende menu's aanklikken. U kunt kijken wat u maar wilt, wanneer u maar wilt. U zoekt eenvoudig naar films of series op genre, datum of titel. Dagelijks worden nieuwe films en series toegevoegd aan het aanbod. Buitenlandse series zijn beschikbaar voordat ze op de Nederlandse televisie worden uitgezonden. Via de site van Filmspeler.nl krijgt u tips, zoals de weekend Top-20, en kunt u recensies en trailers bekijken. Het kastje maakt uw tv interactief. Uw kinderen kunnen er gewoon spelletjes op spelen, maar ook genieten van hun favoriete kinderfilms en kinderprogramma's".

2.14. Op 22 mei 2014 heeft Brein gesommeerd om de verkoop van de
filmspeler te staken.

2.15. In november 2014 heeft Brein een aantal eigenaren van streamingwebsites, waarop films, series en (live)sportwedstrijden gratis toegankelijk waren zonder toestemming van de rechthebbenden, aangeschreven en hen gesommeerd te staken met het beschikbaar stellen van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Daarnaast heeft Brein de hosting provider van de verschillende websites aangeschreven.

3. Het geschil

- 3.1. Brein vordert bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:
1. een verklaring voor recht dat het 'streamen' door internetgebruikers van auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde recente speelfilms, televisieseries en live-uitzendingen die evident illegaal beschikbaar worden gesteld via internet niet is aan te merken als 'een rechtmatig gebruik' in de zin van artikel 13a sub b Auteurswet (hierna ook: Aw), artikel 1 sub f Wet op de Naburige Rechten (hierna ook: WNR) en artikel 5 lid 1 sub b van de Richtlijn 2001/29/EG (hierna: Auteursrecht-richtlijn).
 2. een verklaring voor recht dat de tijdelijke vastlegging ('buffering') die plaatsvindt in het computergeheugen van het ontvangstapparaat tijdens het 'streamen' uit evident illegale bron als bedoeld onder 1 niet valt onder de beperkingen op het verveelvoudigings- en reproductierecht bedoeld in artikel 13a sub b Aw, artikel 1 sub f WNR en artikel 5 lid 1 sub b van de Auteursrecht-richtlijn.
 3. een verklaring voor recht dat de tijdelijke vastlegging als bedoeld onder 2 een schending oplevert van de auteursrechtelijke en nabuurrechtelijke verveelvoudigings- en reproductierechten als vastgelegd in artikel 13 Aw, artikel 2, 6 en 7a WNR en artikel 2 van de Auteursrecht-richtlijn.

4. een verklaring voor recht dat _____ misleidende reclame maakt, zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken en onrechtmatig handelt door op zijn website te adverteren met de mededeling dat downloaden uit illegale bron verboden is, maar 'streamen' uit illegale bron niet.
5. een verklaring voor recht dat _____ onrechtmatig handelt door gebruikers aan te zetten tot 'streamen' uit illegale bron, door zijn 'Filmspeler' die evident specifiek bedoeld en geprogrammeerd is om gebruikers toegang te bieden tot illegale (live)streams of ander illegaal aanbod van beschermde werken, uitvoeringen, vastleggingen en uitzendingen te programmeren met add-ons die verwijzen naar evident illegaal aanbod, ter verkoop aan te bieden en overigens door middels van reclame uitingen aan te zetten tot het 'streamen' van auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde recente speelfilms en televisieseries die evident illegaal beschikbaar worden gesteld via internet.
- 6.A primair een verklaring voor recht dat _____ met het aanbieden van al dan niet ingeprogrammeerde hyperlinks naar bronnen waar recente speelfilms, series en live-uitzendingen evident illegaal worden aangeboden, deze werken openbaar maakt, 'mededeelt aan het publiek' en 'beschikbaar stelt aan het publiek' in de zin van artikel 1 en 12 Aw, artikelen 2, 6, 7a en 8 WNR jo. artikel 3 Auteursrecht-richtlijn.
- 6.B subsidiair een verklaring voor recht dat _____ met het aanbieden van al dan niet ingeprogrammeerde hyperlinks naar bronnen waar recente speelfilms, series en live-uitzendingen evident illegaal worden aangeboden, als tussenpersoon diensten aanbiedt die worden gebruikt om auteursrechtinbreuk mogelijk te maken, in de zin van artikel 26d Aw en 15e WNR jo. artikel 8 Auteursrecht-richtlijn en artikel 11 van Richtlijn 2004/48/EG (hierna: Handhavingsrichtlijn).
7. _____ te gebieden binnen 24 uur na betekening van het te dezen te wijzen vonnis te staken en gestaakt te houden:

iedere verkoop of levering van de zogenaamde 'Filmspeler' of vergelijkbare apparaten die evident specifiek bedoeld en geprogrammeerd zijn om gebruikers toegang te bieden tot illegale (live)streams of ander illegaal aanbod van beschermde werken, uitvoeringen, vastleggingen en uitzendingen;

en

ieder aanbieden en aanbrengen van al dan niet in (reeds verkochte) apparaten voorgeprogrammeerde of in te programmeren hyperlinks, of anderszins te gebruiken hyperlinks, al dan niet via de website www.filmspeler.nl, die gebruikers toegang bieden tot illegale (live)streams of ander illegaal aanbod van beschermde werken, uitvoeringen, vastleggingen en uitzendingen.

8. _____ te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag (een gedeelte van de dag daaronder begrepen) waarop hij in strijd handelt met het gebod onder sub 7 of – zulks naar keuze van Brein – voor ieder apparaat (dat wil zeggen individuele verkoopenheid) dan wel per individueel aangeboden hyperlink waarmee Wullems dit verbod geheel of gedeeltelijk overtreedt.
9. _____ te bevelen om binnen 7 dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan al zijn afnemers die een Filmspeler met evident illegale add-ons

geleverd hebben gekregen, een brief of email te sturen met uitsluitend de volgende inhoud, dat wil zeggen zonder enige toevoeging in woord of beeld:

Geachte heer/mevrouw,

U heeft een filmspeler bij ons gekocht waarop een groot aantal add-ons was voorgeprogrammeerd die toegang geven tot evident illegaal aanbod van recente speelfilms en televisieseries.

Op [datum] heeft de rechtbank Lelystad bepaald dat ik met de verkoop en levering van de filmspeler en de reclame die ik daarvoor heb gemaakt onrechtmatig heb gehandeld ten opzichte van de rechthebbenden op films en series.

Voor en ten tijde van de verkoop heb ik geadverteerd met de mededeling dat downloaden uit illegale bron verboden is, maar streamen niet. Die mededeling was onjuist. Streamen uit evident illegale bron is in strijd met de rechten die rusten op recente speelfilms en televisieseries en schadelijk voor de rechthebbenden.

Hoogachtend,

Filmspeler

Dit onder gelijktijdige toezending aan de advocaten van Brein van kopieën van deze brief.

10. te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag (een gedeelte van een dag daaronder begrepen) waarop hij in gebreke blijft aan de bevelen onder 9 te voldoen.
11. te veroordelen in de kosten van dit geding.

3.2. Brein heeft ter onderbouwing van haar vordering – kort weergegeven - het volgende aangevoerd. Het streamen van films, series en (live)sportuitzendingen uit evident illegale bron door internetgebruikers is in strijd met het auteursrecht, omdat het streamen altijd gepaard gaat met een tijdelijke reproductie (bufferen) in het ontvangende apparaat en deze reproductie niet enkel tot doel heeft om rechtmatig gebruik van het werk mogelijk te maken. Met de door Wullems op de filmspeler geïnstalleerde add-ons kunnen gebruikers evident illegaal aanbod van de meest recente films en televisieseries gratis bekijken, waarvan iedere gebruiker kan en moet weten dat daarvoor geen toestemming is verleend door de rechthebbenden en geen vergoeding wordt betaald aan de rechthebbenden. Een dergelijk gebruik kan niet als 'rechtmatig gebruik' worden aangemerkt. Deze add-ons zorgen er voor dat de benodigde afspeelinformatie wordt opgehaald van verschillende, vaak moeilijk vindbare websites en dat de content automatisch begint te spelen, zodra hij wordt aangeklikt. De verbindingen die de add-ons leggen met de streamingwebsites zijn volledig geïntegreerd en worden automatisch geladen in de user interface van de filmspeler. Wullems maakt ook inbreuk op de Auteurswet door als tussenpersoon diensten aan te bieden die worden gebruikt om auteursrechtinbreuk mogelijk te maken. Hij verkoopt producten die tot doel hebben technische voorzieningen te omzeilen. Wullems stelt daarnaast met het installeren van add-ons op de filmspeler, alsmede het afzonderlijk aanbieden van directe hyperlinks naar evident illegale bronnen, waarvan Wullems weet dat langs die weg illegale toegang verkregen wordt tot (live-uitzendingen van) films, series en sportwedstrijden.

beschermde werken beschikbaar aan het publiek in de zin van artikel 1 en 12 Auteurswet jo. artikel 3 Auteursrecht-richtlijn. Verder zet Wullems gebruikers aan tot het streamen uit illegale bron door op zijn website misleidende reclame te maken. De handelwijze van Wullems is evident in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt en derhalve onrechtmatig, aldus Brein.

3.3. Wullems voert verweer. Wullems stelt zich op het standpunt dat Brein geen belang heeft bij de vorderingen 1 t/m 3, 5 en 9 jegens hem, nu de vorderingen zien op handelingen door internetgebruikers en niet door Wullems. Daarnaast is streamen volgens Wullems bij uitstek een technisch proces waarbij juist geen reproductie beoogd wordt te verkrijgen, en deze per definitie niet wordt opgeslagen anders dan ter vervulling van een technische noodzaak. De gemaakte tijdelijke kopie wordt meteen en automatisch gewist en heeft hierdoor geen enkele zelfstandige waarde. Indien er sprake zou zijn van auteursrechtelijk relevante handelingen door het streamen van films, series en sportuitzendingen van websites van derden door gebruikers van de filmspeler, dan zijn deze te kwalificeren als toegestane tijdelijke reproductiehandelingen. Het ter beschikking stellen van de filmspeler met al dan niet voorgeprogrammeerde links in add-ons is evenmin een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 Auteursrecht-richtlijn. Volgens Wullems hebben de add-ons geen enkele toegevoegde waarde ten opzichte van de ‘streamingwebsites’ zelf, die ook simpelweg bekeken kunnen worden in de webbrowser van iedere computer of ander apparaat met internetverbinding. Wullems betwist dat de add-ons technische beperkingsmaatregelen zouden omzeilen. Verder betwist Wullems dat hij als tussenpersoon kwalificeert in de zin van de Auteursrecht-richtlijn en dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Tot slot doet Wullems een beroep op artikel 10 EVRM en stelt Wullems dat de door Brein gevorderde maatregelen niet voldoen aan de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets.

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

4. De beoordeling

Mededeling aan het publiek

4.1. Allereerst zal de rechtbank de vraag bespreken of Wullems met het aanbieden en verkopen van de filmspeler in strijd handelt met de artikelen 1 en 12 Aw en de artikelen 2, 6, 7a en 8 WNR.

4.2. Brein stelt dat Wullems met de verkoop van de filmspeler een “mededeling doet aan het publiek” en derhalve in strijd handelt met de Auteursrecht-richtlijn op grond van de volgende argumenten: a) Wullems heeft add-ons in de filmspeler geïnstalleerd, b) tenminste 14 add-ons die Wullems in de filmspeler heeft geïnstalleerd bevatten hyperlinks naar websites waarop toegang wordt verkregen tot films, series en sportwedstrijden, die zonder toestemming van de rechthebbenden op die websites zijn geplaatst, c) door het installeren van de add-ons in de filmspeler is het voor de gebruiker gemakkelijk om toegang te krijgen tot deze streamingwebsites, d) alle kopers van de filmspeler hebben ook de daarop geïnstalleerde add-ons verkregen, e) iedereen heeft de filmspeler kunnen kopen, f) een vrij groot aantal personen heeft de filmspeler gekocht, g) de films, series en sportwedstrijden op de websites waarnaar de add-ons doorlinken, zijn slechts voor abonnees beschikbaar of nog helemaal niet met toestemming van de rechthebbenden via internet voor enig publiek

toegankelijk, h) Wullems weet dat de add-ons die hij op de filmspeler heeft geïnstalleerd doorlinken naar websites waarop films, series en sportwedstrijden worden aangeboden zonder toestemming van de rechthebbenden, i) er is sprake van winstoochmerk aan de kant van Wullems.

4.3. Tevens stelt Brein dat Wullems ook afzonderlijk hyperlinks naar websites aanbiedt waarop toegang wordt verkregen tot films, series en sportwedstrijden, die zonder toestemming van de rechthebbenden op die websites zijn geplaatst.

4.4. Wullems betwist dat de verkoop van de filmspeler gekwalificeerd moet worden als een "mededeling aan het publiek" in de zin van artikel 3 van de Auteursrecht-richtlijn. Hij voert daarvoor de volgende argumenten aan: a) hyperlinks kwalificeren niet als een auteursrechtelijke openbaarmaking, b) Wullems programmeert zelf geen hyperlinks of add-ons. De hyperlinks zijn opgenomen in add-ons die door derden worden gemaakt. Deze add-ons zijn op het internet beschikbaar, c) Wullems heeft geen invloed op de keuze van de hyperlinks die in de add-ons zijn opgenomen, d) de gebruiker zal de filmspeler met het internet moeten verbinden en dus een internet aansluiting moeten regelen, de filmspeler op de elektriciteit moeten aansluiten en de filmspeler met een beeldscherm moeten verbinden, e) Wullems brengt bestaande hardware en bestaande software samen. Beide zijn vrij te verkrijgen, f) de filmspeler speelt geen wezenlijke rol. Wullems stelt louter fysieke faciliteiten ter beschikking, g) Wullems betwist winstoochmerk te hebben, h) de websites waarnaar de add-ons doorlinken zijn vrij toegankelijk voor alle internetgebruikers.

4.5. De argumenten a tot en met h van Brein zoals opgesomd in 4.2, heeft Wullems niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd bestreden, zodat van de juistheid daarvan zal worden uitgegaan. Ook aan de betwisting door Wullems van het hebben van winstoochmerk, zal de rechtbank voorbij gaan, nu Wullems niet heeft betwist dat hij aan de verkoop van de filmspeler verdient.

4.6. Wullems betwist tot slot afzonderlijk hyperlinks naar websites aan te bieden waarop toegang wordt verkregen tot films, series en sportwedstrijden, die zonder toestemming van de rechthebbenden op die websites zijn geplaatst. Wel heeft Wullems tijdens het pleidooi bevestigd dat hij aan de kopers van (een van) zijn filmspelers e-mails stuurt waarin wordt gewezen op nieuwe of aangepaste add-ons. Nu Brein haar stelling dat Wullems ook e-mails heeft gestuurd met hyperlinks naar websites waarop films, series en sportuitzendingen worden aangeboden, niet nader heeft onderbouwd, zal de rechtbank die stelling verwerpen.

4.7. Met betrekking tot de argumenten die Wullems heeft aangevoerd en die zijn weergegeven in 4.4 a tot en met g overweegt de rechtbank als volgt. De argumenten b, c, d, e en h zoals opgesomd in 4.4 heeft Brein niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd bestreden, zodat van de juistheid daarvan zal worden uitgegaan. Het argument van Wullems dat er geen winstoochmerk bestaat, is hierboven reeds verworpen. De argumenten van Wullems dat hyperlinks geen auteursrechtelijke openbaarmakingen betreffen en dat de rol van Wullems geen wezenlijke is, zullen in de verdere beoordeling van deze zaak, voor zover relevant, betrokken worden.

4.8. Het voorgaande betekent dat in deze zaak van het volgende zal worden uitgegaan:
- Wullems heeft add-ons in de filmspeler geïnstalleerd,

-
- tenminste 14 add-ons bevatten hyperlinks naar websites waarop toegang wordt verkregen tot films, series en (live)sportwedstrijden, die zonder toestemming van de rechthebbenden op die websites zijn geplaatst (streamingwebsites),
 - door het installeren van de add-ons in de filmspeler is het voor de gebruiker gemakkelijk om toegang te krijgen tot deze streamingwebsites,
 - alle kopers van de filmspeler hebben ook de daarop geïnstalleerde add-ons verkregen,
 - iedereen heeft de filmspeler kunnen kopen,
 - een vrij groot aantal personen heeft de filmspeler gekocht,
 - de films, series en (live)sportwedstrijden op de websites waarnaar de add-ons doorlinken, zijn slechts voor abonnees beschikbaar of nog helemaal niet met toestemming van de rechthebbenden via internet voor enig publiek toegankelijk,
 - Wullems weet dat de add-ons die hij op de filmspeler heeft geïnstalleerd doorlinken naar websites waarop films, series en (live)sportwedstrijden worden aangeboden zonder toestemming van de rechthebbenden,
 - er is sprake van winst oogmerk aan de kant van Wullems,
 - Wullems programmeert zelf geen hyperlinks of add-ons. De hyperlinks zijn opgenomen in add-ons die door derden worden gemaakt. Deze add-ons zijn op het internet beschikbaar,
 - Wullems heeft geen invloed op de keuze van de hyperlinks die in de add-ons zijn opgenomen,
 - de gebruiker zal de filmspeler met het internet moeten verbinden en dus een internet aansluiting moeten regelen, de filmspeler op de elektriciteit moeten aansluiten en de filmspeler met een beeldscherm moeten verbinden,
 - Wullems brengt bestaande hardware en bestaande software samen. Beide zijn vrij te verkrijgen,
 - de websites waarnaar de add-ons doorlinken zijn vrij toegankelijk voor alle internetgebruikers,
 - Wullems heeft aan kopers van de filmspeler e-mails gestuurd waarin wordt gewezen op nieuwe of vernieuwde add-ons.

Juridisch kader

4.9. De artikelen 1 en 12 Aw en de artikelen 2, 6, 7a en 8 WNR moeten worden uitgelegd in het licht van artikel 3 van de Auteursrecht-richtlijn, omdat zij de implementatie daarvan vormen. Derhalve is de vraag relevant of Wullems met het aanbieden van de filmspeler een “mededeling doet aan het publiek” respectievelijk “beschikbaar stelt aan het publiek” in de zin van artikel 3 Auteursrecht-richtlijn.

4.10. De kern van de discussie tussen partijen gaat over de vraag of het aanbieden en verkopen van de filmspeler, waarop door Wullems add-ons zijn geïnstalleerd die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden toegankelijk zijn gemaakt, kwalificeert als een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van de Auteursrecht-richtlijn, al dan niet in samenhang met de omstandigheid dat:

- 1) de auteursrechtelijk beschermde werken in het geheel nog niet eerder of uitsluitend via een abonnement met toestemming van de rechthebbenden op internet openbaar zijn gemaakt;
- 2) de add-ons die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden toegankelijk zijn gemaakt op het

internet vrij beschikbaar zijn en ook door de gebruikers zelf in de filmspeler te installeren zijn;

3) de websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden toegankelijk zijn gemaakt, ook zonder de filmspeler vindbaar en te benaderen zijn.

4.11. In deze discussie verschillen partijen onder meer over de vraag of er sprake is van (het bereiken van) een "nieuw publiek".

4.12. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (verder: HvJ EU) moet, om te kunnen spreken van een mededeling aan het publiek, een interventie plaatsvinden waardoor een onbepaald publiek van vrij grote omvang wordt bereikt of kan worden bereikt, voor zover dat publiek nieuw is, dat wil zeggen niet is ingecalculeerd bij een eerdere voorafgaande mededeling aan het publiek.

4.13. Met betrekking tot het installeren in de filmspeler van add-ons met hyperlinks naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden toegankelijk zijn, zijn de volgende overwegingen van het HvJ EU in de zaak Svensson (HvJ EU 13 februari 2014, C-466/12) relevant:

"14 Met zijn eerste drie vragen, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat er sprake is van een handeling bestaande in een mededeling aan het publiek in de zin van die bepaling wanneer op een website aanklikbare links worden geplaatst naar beschermde werken die op een andere website beschikbaar zijn, met dien verstande dat de betrokken werken op die andere website vrij toegankelijk zijn.

15 Dienaangaande vloeit uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voort dat elke handeling bestaande in een mededeling van een werk aan het publiek moet worden toegestaan door de houder van het auteursrecht.

16 Aldus volgt uit deze bepaling dat het begrip mededeling aan het publiek twee cumulatieve elementen met elkaar verbindt, te weten een „handeling bestaande in een mededeling” van een werk en de mededeling ervan aan een „publiek” (zie in die zin arrest van 7 maart 2013, ITV Broadcasting e.a., C 607/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 21 en 31).

(...)

18 In casu dient erop te worden gewezen dat door het plaatsen op een website van aanklikbare links naar beschermde werken die zonder enige toegangsbeperking op een andere website zijn gepubliceerd, de gebruikers van eerstgenoemde website een directe toegang tot die werken wordt geboden.

19 Zoals volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 is er met name reeds van een „handeling bestaande in een mededeling” sprake wanneer een werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is, zonder dat van beslissend belang is of zij gebruik maken van die mogelijkheid (zie naar analogie arrest van 7 december 2006, SGAE, C 306/05, Jurispr. blz. I 11519, punt 43).

20 Hieruit volgt dat, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, het plaatsen van aanklikbare links naar beschermde werken moet worden aangemerkt als een „beschikbaarstelling” en derhalve als een „handeling bestaande in een mededeling” in de zin van die bepaling.

21 Wat het tweede van bovengenoemde elementen betreft, te weten dat het beschermde werk daadwerkelijk aan een „publiek” moet zijn medegedeeld, vloeit uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 voort dat het begrip „publiek” waarnaar deze bepaling verwijst, op een onbepaald aantal potentiële ontvangers ziet en overigens een vrij groot aantal personen impliceert (reeds aangehaalde arresten SGAE, punten 37 en 38, en ITV Broadcasting e.a., punt 32).

22 Een handeling bestaande in een mededeling zoals die welke door een websitebeheerder wordt verricht via aanklikbare links, ziet op alle potentiële gebruikers van de door deze persoon beheerde website, en dus op een onbepaald en vrij groot aantal ontvangers.

23 In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat die beheerder een mededeling aan een publiek verricht.

24 Evenwel blijkt uit vaste rechtspraak dat een mededeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die dezelfde werken als de oorspronkelijke mededeling betreft en net als de oorspronkelijke mededeling via internet en dus op dezelfde technische wijze werd verricht, slechts onder het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 valt wanneer deze mededeling gericht is tot een nieuw publiek, te weten een publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek (zie naar analogie, arrest SGAE, reeds aangehaald, punten 40 en 42; beschikking van 18 maart 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C 136/09, punt 38, en arrest ITV Broadcasting e.a., reeds aangehaald, punt 39).

25 In casu dient te worden vastgesteld dat de beschikbaarstelling van de betrokken werken via een aanklikbare link zoals in het hoofdgeding niet leidt tot een mededeling van de betrokken werken aan een nieuw publiek.

26 De doelgroep van de oorspronkelijke mededeling bestond immers uit alle potentiële bezoekers van de betrokken website. Gelet op het feit dat voor de toegang tot de werken op deze website geen enkele beperkende maatregel werd gehanteerd, was deze website immers vrij toegankelijk voor alle internetgebruikers.

27 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat, wanneer alle gebruikers van een andere website aan wie de betrokken werken werden medegedeeld via een aanklikbare link, rechtstreeks toegang hadden tot deze werken op de website waarop deze oorspronkelijk werden medegedeeld, zonder interventie van de beheerder van die andere website, de gebruikers van de door deze laatste beheerde website moeten worden beschouwd als mogelijke ontvangers van de oorspronkelijke mededeling en dus als een onderdeel van het publiek dat door de houders van het auteursrecht in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling.

28 *Daar er geen sprake is van een nieuw publiek, is derhalve geen toestemming van de houders van het auteursrecht vereist voor een mededeling aan het publiek als die in het hoofdgeding.*

(...)

31 *Indien daarentegen een aanklikbare link de gebruikers van de website waarop deze link zich bevindt, in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar het beschermde werk zich bevindt zijn getroffen teneinde de toegang van het publiek te beperken tot de abonnees ervan, en aldus een interventie vormt zonder welke die gebruikers niet zouden kunnen beschikken over de verspreide werken, dienen al deze gebruikers te worden beschouwd als een nieuw publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen deze toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling, zodat de toestemming van de houders vereist is voor een dergelijke mededeling aan het publiek. Dit is met name het geval wanneer het werk niet meer beschikbaar is voor het publiek op de website waarop het oorspronkelijk werd medegedeeld of wanneer het thans op die website enkel beschikbaar is voor een beperkt publiek, terwijl het op een andere website toegankelijk is zonder toestemming van de houders van het auteursrecht.*

32. *In deze omstandigheden dient op de eerste drie vragen te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het plaatsen op een website van aanklikbare links naar werken die op een andere website vrij beschikbaar zijn, geen handeling bestaande in een mededeling aan het publiek vormt. "*

4.14. Uit de hierboven geciteerde overwegingen uit de Svensson zaak, leidt de rechtbank af dat bij het vereiste van een "nieuw publiek" enerzijds van belang is dat daaronder moet worden verstaan een publiek dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling aan het publiek (rov. 24 en 31). Anderzijds heeft het HvJ EU het antwoord op de gestelde vraag aldus geformuleerd dat het erom gaat of het werk waarnaar wordt gelinkt op een andere website vrij beschikbaar is, zonder te preciseren of noodzakelijk is dat de rechthebbende toestemming heeft gegeven voor deze eerdere beschikbaarstelling. In dat verband is van belang dat de zaak Svensson zag op werken die eerder met toestemming van de rechthebbenden op een andere website waren gepubliceerd, zodat de vraag of sprake is van nieuw publiek wanneer die toestemming ontbreekt, niet aan de orde was.

4.15. De rechtbank verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 3 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:841) in de zaak GS Media B.V. tegen SANOMA Media Netherlands B.V. (verder te noemen GS Media/Sanoma), waarin prejudiciële vragen zijn gesteld over de uitleg van artikel 3 lid 1 Auteursrecht-richtlijn. In die zaak gaat het – onder meer - om de vraag of iemand die op zijn website een hyperlink plaatst, die verwijst naar een door een ander beheerde website waarop foto's zijn geplaatst zonder toestemming van de rechthebbende, een mededeling aan het publiek doet in de zin van artikel 3 lid 1 Auteursrecht-richtlijn.

4.16. In bovengenoemd arrest van de Hoge Raad wordt ook gewezen op de uitspraak van het HvJ EU in de BestWater zaak (C-348/13), waarin het ging om een volgens BestWater zonder toestemming door derden op YouTube geplaatst reclamefilmje van BestWater,

waarnaar vervolgens 'embedded' werd gelinkt door haar concurrenten. De toegang tot het filmpje op YouTube was niet beperkt. Vanwege dit laatste stelde het Bundesgerichtshof in zijn verwijzingsuitspraak voorop dat geen sprake was van een nieuw publiek. Het wilde weten of desalniettemin sprake is van een mededeling aan het publiek omdat gebruik werd gemaakt van 'embedded' linken. Anders dan bij een gewone hyperlink, wordt bij 'embedded' linken de informatie getoond binnen de website waar de link is geplaatst. Het Hof antwoordt vervolgens op de gestelde vraag dat het 'embedded' linken niet als mededeling aan het publiek is te beschouwen wanneer het werk waarnaar wordt gelinkt daardoor noch voor een nieuw publiek, noch door middel van een bijzondere techniek wordt weergegeven.

4.17. Hoewel het in de BestWater zaak ging om een zonder toestemming van de rechthebbende openbaar gemaakt werk, kan uit het antwoord op de gestelde vraag niet worden afgeleid dat (ook) geen sprake kan zijn van een mededeling aan het publiek indien de link het publiek doorgeleidt naar een website waarop het werk zonder toestemming van de rechthebbende is geplaatst. Daarop had de vraag van de verwijzende rechter ook geen betrekking. Bovendien refereert het Hof aan toestemming van de rechthebbende waar het in punt 16 overweegt dat geen sprake is van een nieuw publiek indien het werk met toestemming van de rechthebbende op een andere website is geplaatst. Daaruit kan echter evenmin met voldoende zekerheid worden afgeleid dat bij gebreke van zodanige toestemming wél sprake is van een mededeling aan het publiek.

4.18. Uit het voorgaande volgt dat de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek indien het werk weliswaar eerder is openbaar gemaakt, maar zonder toestemming van de rechthebbende, niet zonder redelijke twijfel kan worden beantwoord. Enerzijds ligt aan de rechtspraak van het HvJ EU over het begrip 'mededeling aan het publiek' ten grondslag dat moet worden nagegaan of met de desbetreffende interventie een publiek wordt bereikt dat niet in eerder door de rechthebbende gegeven toestemming begrepen moet worden geacht, hetgeen strookt met het exclusieve recht van de rechthebbende om het werk te exploiteren. Anderzijds wordt, indien een werk reeds vindbaar is op het internet voor het algemene publiek, met het plaatsen van een hyperlink naar die vindplaats feitelijk geen nieuw publiek bereikt. Daarnaast moet in aanmerking worden genomen dat via het internet zeer veel werk te vinden is dat zonder toestemming van de rechthebbende is openbaar gemaakt.

4.19. Zoals ook de Hoge Raad heeft overwogen in zijn hiervoor weergegeven arrest, kan het antwoord op voormelde vraag niet met voldoende zekerheid worden afgeleid uit de uitspraken van het HvJEU in de zaken Svensson en BestWater. De rechtbank zal hierover dan ook een prejudiciële vraag aan het HvJ EU stellen.

4.20. De rechtbank heeft overwogen om de uitspraak van het HvJ EU in de zaak GS Media/Sanoma af te wachten, maar toch besloten in deze zaak ook prejudiciële vragen te stellen. De rechtbank heeft daarbij in overweging genomen dat de feiten in deze zaak verschillen van de zaak GS Media/Sanoma. Het belangrijkste verschil betreft het feit dat in de onderhavige zaak geen hyperlinks worden geplaatst op een eigen website, maar add-ons met hyperlinks worden geïnstalleerd in de mediaspeler van Wullems, welke add-ons met hyperlinks niet door Wullems zijn gemaakt, maar vrijelijk beschikbaar zijn op het internet.

4.21. Op grond van bovenstaande overwegingen is de rechtbank van oordeel dat de vraag of het aanbieden en verkopen van de filmspeler waarop door Wullems add-ons zijn geïnstalleerd die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijke werken zonder toestemming van de rechthebbenden toegankelijk zijn gemaakt, kwalificeert als een mededeling aan het publiek in de zin van de Auteursrecht-richtlijn, zich leent voor een prejudiciële vraag aan het HvJ EU. Gelet op de onder punt 6A gevorderde verklaring voor recht is de beantwoording van deze vraag noodzakelijk ter beslechting van het geschil tussen Brein en Wullems. Zoals hierboven is toegelicht volgt het antwoord niet uit de bestaande rechtspraak van het HvJ EU en is de juiste uitleg van de Auteursrecht-richtlijn niet evident. De rechtbank acht het in dit geval ook aangewezen om de prejudiciële vraag al in eerste aanleg te stellen omdat de relevante feiten niet in geschil zijn, de te beantwoorden rechtsvraag een dermate principieel karakter heeft dat verwacht moet worden dat het geschil tussen partijen niet definitief kan worden beslecht zonder een uitspraak van de hoogste rechter en beide partijen in de processtukken hebben aangegeven het van belang te achten de prejudiciële vraag aan het HvJ EU voor te leggen.

Prejudiciële vragen

4.22. Op grond van het voorgaande overweegt de rechtbank de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het HvJ EU:

1) Moet artikel 3 lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn aldus worden uitgelegd dat er sprake is van “een mededeling aan het publiek” in de zin van die bepaling, wanneer iemand een product (mediaspeler) verkoopt waarin door hem add-ons zijn geïnstalleerd die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijke beschermde werken, zoals films, series en live-uitzendingen, zonder toestemming van de rechthebbenden, direct toegankelijk zijn gemaakt?

2) Maakt het daarbij verschil
- of de auteursrechtelijk beschermde werken in het geheel nog niet eerder of uitsluitend via een abonnement met toestemming van de rechthebbenden op internet openbaar zijn gemaakt?
- of de add-ons die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden direct toegankelijk zijn gemaakt, vrij beschikbaar zijn en ook door de gebruikers zelf in de mediaspeler te installeren zijn?
- of de websites en dus de daarop - zonder toestemming van de rechthebbenden - toegankelijk gemaakte auteursrechtelijk beschermde werken, ook zonder de mediaspeler door het publiek te benaderen zijn?

Streamen uit een ongeoorloofde bron

4.23. Vervolgens zal de rechtbank de vraag bespreken of het streamen van auteursrechtelijk beschermde werken uit een ongeoorloofde bron, valt onder de uitzondering van artikel 13a Aw en derhalve niet een relevante verveelvoudiging van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst betreft.

4.24. Artikel 1 van de Auteurswet kent aan de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst (verder “auteursrechtelijk beschermd werk”), of diens

rechtverkrijgenden, het uitsluitende recht toe om dit werk te verveelvoudigen (reproducieren), behoudens beperkingen bij de wet gesteld.

4.25. Artikel 13a Aw bepaalt dat een tijdelijke reproductie van een werk dat van voorbijgaande of incidentele aard is en dat een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé, niet als een relevante verveelvoudiging wordt aangemerkt, mits die tijdelijke reproductie als enig doel heeft de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of een rechtmatig gebruik van een werk mogelijk maken en die geen zelfstandige economische waarde bezit.

4.26. Artikel 13a Aw moet worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen van artikel 5 lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn, omdat artikel 13a Aw geldt als de uitvoering van de in deze richtlijn opgenomen verplichtingen.

4.27. Artikel 5 lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn bepaalt:

1. *Tijdelijke reproductiehandelingen, als bedoeld in artikel 2, die van voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procedé en die worden toegepast met als enig doel:*

- a) *de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon of*
- b) *een rechtmatig gebruik*

van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten, zijn van het in artikel 2 bedoelde reproductierecht uitgezonderd.

4.28. Uit de rechtspraak blijkt dat de hiervoor genoemde voorwaarden eng moeten worden uitgelegd, aangezien artikel 5, lid 1, van de Auteursrecht-richtlijn afwijkt van de bij die richtlijn vastgestelde algemene regel dat voor elke reproductie van beschermd werk toestemming van de auteursrechthebbende is vereist. Bij de uitlegging van die voorwaarden moet er evenwel voor worden gezorgd dat de nuttige werking van de vastgestelde uitzondering wordt beschermd en het doel ervan wordt geëerbiedigd, zoals dat met name voortvloeit uit punt 31 van de considerans van de Auteursrecht-richtlijn. Overeenkomstig het doel ervan moet die uitzondering de ontwikkeling en de werking van nieuwe technologieën mogelijk maken en waarborgen, alsook zorgen voor een rechtvaardig evenwicht tussen de rechten en de belangen van enerzijds rechthebbenden en anderzijds gebruikers van beschermde werken die gebruik willen maken van die nieuwe technologieën.

4.29. De rechtbank neemt in deze zaak tot uitgangspunt dat bij streamen sprake is van een website waarop auteursrechtelijk beschermde werken (zoals films en televisieseries) zijn geplaatst (de streamingwebsite), al dan niet met toestemming van de rechthebbenden, die door de bezoekers van die website zijn aan te klikken waardoor van die werken een tijdelijke kopie wordt gemaakt op een mediaspeler of op een ander apparaat zoals een computer, waaraan een beeldscherm is verbonden. Het maken van de voornoemde tijdelijke kopie is een reproductiehandeling (in de zin van artikel 2 van de Auteursrecht-richtlijn) die noodzakelijk is voor het weergeven van het werk op het beeldscherm van degene die de streamingwebsite bezoekt. Indien streamingwebsites auteursrechtelijk beschermde werken toegankelijk maken, die zonder toestemming van de rechthebbenden op de streamingwebsite zijn geplaatst, wordt een dergelijke website aangeduid als een ongeoorloofde bron.

4.30. In navolging van partijen neemt de rechtbank ook tot uitgangspunt dat bij streamen het maken van de tijdelijke kopie is gelijk te stellen aan “een tijdelijke reproductie van voorbijgaande aard” die een “integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé” als bedoeld in artikel 13a Aw (en artikel 5 lid 1 Auteursrecht-richtlijn). De betrokken reproductiehandelingen beogen niet de doorgifte in een netwerk tussen derden door een tussenpersoon mogelijk te maken. Als alternatieve mogelijkheid moet dus worden onderzocht of zij als enig doel hebben een rechtmatig gebruik van een werk of beschermd materiaal mogelijk te maken.

4.31. Partijen verschillen van mening over de beantwoording van deze vraag. Wullems stelt dat het streamen uit ongeoorloofde bron is toegestaan omdat dit streamen geschiedt om rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken, als bedoeld in artikel 13a Auteurswet.

4.32. In de zaak Premier League (HvJ EU 4 oktober 2011, C-429/08) heeft het HvJ EU geoordeeld dat het ontvangen van satelliet-uitzendingen als een rechtmatig gebruik moet worden gezien en derhalve onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 Auteursrecht-richtlijn valt. Het HvJ EU overweegt onder meer:

168 Zoals uit punt 33 van de considerans van de richtlijn auteursrecht blijkt, wordt het gebruik als geoorloofd beschouwd indien het door de betrokken rechthebbende is toegestaan of indien het niet in de toepasselijke regeling is beperkt.

169 Aangezien het gebruik van de betrokken werken in het hoofdgeding door de auteursrechthebbenden niet is toegestaan, moet worden beoordeeld of de betrokken handelingen beogen een gebruik van werken mogelijk te maken dat door de toepasselijke regeling niet is beperkt.

170 In dit verband staat vast dat door die kortstondige reproductiehandelingen de satellietdecoder en het televisiescherm correct werken. Vanuit het oogpunt van de televisiekijkers maken die handelingen de ontvangst van de uitzendingen met beschermde werken mogelijk.

171 De enkele ontvangst van die uitzendingen op zich, dat wil zeggen het opvangen van het signaal en het weergeven van de uitzendingen in privékring, is geen handeling die door de regeling van de Unie of die van het Verenigd Koninkrijk is beperkt, zoals overigens blijkt uit de bewoordingen van de vijfde prejudiciële vraag in zaak C-403/08, zodat die handeling rechtmatig is. Bovendien volgt uit de punten 77 tot en met 132 van het onderhavige arrest dat een dergelijke ontvangst van de uitzendingen als geoorloofd moet worden beschouwd in het geval van uitzendingen uit een andere lidstaat dan het Verenigd Koninkrijk wanneer die ontvangst wordt gerealiseerd met behulp van buitenlandse decodeerapparatuur.

172 Vastgesteld moet dus worden dat de reproductiehandelingen als enig doel hebben een „rechtmatig gebruik” van de werken in de zin van artikel 5, lid 1, sub b, van de richtlijn auteursrecht mogelijk te maken.

(...)

179 Deze conclusie en de conclusie in punt 172 van het onderhavige arrest vinden trouwens bevestiging in het doel van die bepaling om de ontwikkeling en de werking van nieuwe

technologieën te waarborgen. Mochten de betrokken handelingen niet worden beschouwd als handelingen die voldoen aan de in artikel 5, lid 1, van de richtlijn auteursrecht gestelde voorwaarden, dan zouden immers alle televisiekijkers die gebruikmaken van moderne apparatuur voor de werking waarvan die reproductiehandelingen noodzakelijk zijn, geen programma's met uitgezonden werken mogen ontvangen zonder toestemming van de auteursrechthebbenden. Dat zou de effectieve verspreiding en bijdrage van nieuwe technologieën evenwel belemmeren en zelfs blokkeren, en dit in strijd met de wil van de Uniewetgever als omschreven in punt 31 van de considerans van de richtlijn auteursrecht.

4.33. Een belangrijk verschil met de onderhavige casus betreft het feit dat in de Premier League-zaak de bewuste uitzendingen met toestemming van de rechthebbenden en onder betaling van een vergoeding aan de rechthebbende, werden aangeboden, in welk licht het HvJ EU het niet toelaatbaar achtte dat het gebruik van buitenlandse decodeerapparatuur waarmee toegang kan worden verkregen tot een gecodeerde satellietomroepdienst uit een andere lidstaat, werd verboden. Vanwege dit essentiële verschil acht de rechtbank deze uitspraak niet een-op-een toepasbaar op de onderhavige zaak.

4.34. Hetzelfde geldt voor de zaak PRCA/NLA (HvJ EU 5 juni 2014, C-360/13). Die zaak verschilt ook van de onderhavige zaak onder meer doordat door de rechthebbenden toestemming was gegeven voor het gebruik van de krantenartikelen en daarvoor ook een vergoeding was ontvangen. Bovendien heeft het HvJ EU in die zaak zich niet uitgesproken over het begrip "rechtmatig gebruik" van artikel 5 lid 1 Auteursrecht-richtlijn, omdat de verwijzende rechter daaromtrent geen vraag van uitleg had gesteld.

4.35. Vastgesteld moet worden dat het HvJ EU zich nog niet heeft uitgesproken over de betekenis van het vereiste van "rechtmatig gebruik" in artikel 5 lid 1 van de Auteursrecht-richtlijn (en in artikel 13a Auteurswet) in een context waarin auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden en zonder dat daarvoor een vergoeding wordt betaald, tijdelijk worden gereproduceerd. Het is noodzakelijk de juiste betekenis van dit vereiste te weten, alvorens in deze zaak uitspraak te kunnen doen.

4.36. De rechtbank refereert ook nog aan de uitspraak van het HvJ EU in de zaak ACI Adam (10 april 2014, C-435/12), waarin is uitgemaakt dat de uitzondering van artikel 5 lid 2, sub b Auteursrecht-richtlijn die het maken van privé kopieën van auteursrechtelijk beschermde werken toestaat, niet van toepassing is op privé kopieën uit ongeoorloofde bron. Het HvJ EU is van oordeel dat anders een goede werking van de interne markt in het gedrang komt: "*Indien het de lidstaten vrij zou staan al dan niet een wettelijke regeling vast te stellen op grond waarvan reproducties voor privégebruik ook mogen zijn vervaardigd uit een ongeoorloofde bron, dan zou dit duidelijk afbreuk doen aan de goede werking van de interne markt.*"

4.37. Bovengenoemd arrest, alhoewel betrekking hebbend op een andere uitzondering van artikel 5 van de Auteursrecht-richtlijn, roept desalniettemin de vraag op of in de lijn van deze uitspraak waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat het maken van privé kopieën uit ongeoorloofde bron niet toelaatbaar is, ook niet geoordeeld zou moeten worden dat het maken van tijdelijke reproducties bij streamen uit ongeoorloofde bron, evenmin toelaatbaar is.

4.38. Op grond van bovenstaande overwegingen is de rechtbank van oordeel dat de vraag of het streamen van auteursrechtelijk beschermde werken uit ongeoorloofde bron, is toegestaan, omdat dit streamen geschiedt om rechtmatig gebruik van een werk mogelijk te maken, als bedoeld in artikel 13a Aw, zich leent voor een prejudiciële vraag aan het HvJ EU. Gelet op de onder punt 1 t/m 4 gevorderde verklaringen voor recht is de beantwoording van deze vraag noodzakelijk ter beslechting van het geschil tussen Brein en Wullems. Zoals hierboven is toegelicht volgt het antwoord niet uit de bestaande rechtspraak van het HvJ EU en is de juiste uitleg van de Auteursrecht-richtlijn niet evident. De rechtbank acht het in dit geval ook aangewezen om de prejudiciële vraag al in eerste aanleg te stellen omdat de relevante feiten niet in geschil zijn, de te beantwoorden rechtsvraag een dermate principieel karakter heeft dat verwacht moet worden dat het geschil tussen partijen niet definitief kan worden beslecht zonder een uitspraak van de hoogste rechter en beide partijen in de processtukken hebben aangegeven het van belang te achten de prejudiciële vraag aan het HvJ EU voor te leggen.

Prejudiciële vragen

4.39. Op grond van het voorgaande overweegt de rechtbank de volgende prejudiciële vragen voor te leggen aan het HvJ EU:

- 1) Dient artikel 5 Auteursrecht-richtlijn (Richtlijn 2001/29/EG) aldus te worden uitgelegd dat geen sprake is van “rechtmatig gebruik” in de zin van het eerste lid sub b van die bepaling, indien een tijdelijke reproductie wordt gemaakt door een eindgebruiker bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk van een website waarop dit auteursrechtelijk beschermde werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) wordt aangeboden?
- 2) Indien het antwoord op vraag 1) ontkennend luidt, is het maken van een tijdelijke reproductie door een eindgebruiker bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk van een website waarop dit auteursrechtelijk beschermde werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) wordt aangeboden, dan strijdig met de “driestappentoets” bedoeld in artikel 5 lid 5 Auteursrecht-richtlijn (Richtlijn 2001/29/EG)?

Tussenpersoon

4.40. De rechtbank komt nu toe aan de vraag of Wullems kwalificeert als een “tussenpersoon” in de zin van artikel 26d Aw en 15e WNR. Brein heeft dit gesteld en daartoe aangevoerd dat Wullems door het aanbieden en verkopen van de filmspeler waarop door Wullems add-ons zijn geïnstalleerd die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijke werken zonder toestemming van de rechthebbenden toegankelijk zijn gemaakt, een dienst verleent die door de gebruikers van de filmspeler wordt gebruikt om inbreuk op die auteursrechten te maken. Daarmee faciliteert Wullems de auteursrechtinbreuk. Brein heeft de rechtbank in overweging gegeven om over het begrip “tussenpersoon” als bedoeld in artikel 26d Aw en 15e WNR prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.

4.41. Wullems betwist dat hij kwalificeert als “tussenpersoon” in de zin van artikel 26d Aw en 15e WNR en voert daarvoor onder meer aan dat hij geen signalen doorgeeft via een netwerk.

4.42. De rechtbank oordeelt als volgt. Artikel 26d Aw en 15e WNR vormen de implementatie van artikel 11, 3e volzin van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (“Handhavingsrichtlijn”) en artikel 8 lid 3 van de Auteursrecht-richtlijn. Over het begrip “tussenpersoon” als bedoeld in de Auteurswet en de Wet op de Naburige Rechten zou de rechtbank dus vragen van uitleg kunnen stellen aan het HvJ EU. Daartoe zal de rechtbank echter niet overgaan. De rechtbank acht zich door de rechtspraak van het HvJ EU voldoende ingelicht om zelf te beslissen wat de juiste uitleg is van het Unierecht en hoe dit moet worden toegepast op de feiten van de onderhavige zaak. In dit verband wordt met name gewezen op de zaak UPC Telekabel Wien/Constantin Film (C-314/12) waarin het HvJ EU in rechtsoverweging 30 van de beschikking oordeelt: *“In dit verband vloeit uit punt 59 van de considerans van richtlijn 2001/29 voort dat de in artikel 8, lid 3 van deze richtlijn gebruikte term “tussenpersoon” ziet op eenieder die een door een derde gemaakte inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal via een netwerk doorgeeft.”*

4.43. Nu de vraag of Wullems als tussenpersoon diensten aanbiedt als bedoeld in artikel 26d Aw en 15e WNR, pas aan de orde komt als het primair onder vordering 6 gevorderde wordt afgewezen, zal de rechtbank een beslissing hierover aanhouden. Afhankelijk van de antwoorden van het HvJ EU op de prejudiciële vragen en indien het primair onder 6 gevorderde zal worden afgewezen, zal zij over deze vraag oordelen.

Onrechtmatige daad

4.44. Vervolgens komt de rechtbank toe aan de vraag of Wullems onrechtmatig heeft gehandeld jegens de bij Brein aangesloten rechthebbenden. Hiervoor voert Brein vier redenen aan. Allereerst stelt Brein dat Wullems onrechtmatig heeft gehandeld door met de reclame voor en de verkoop van de filmspeler het inbreuk maken door consumenten op auteursrechtelijk beschermde werken, te faciliteren en aan te moedigen. Nu Brein dit onrechtmatig handelen baseert op het uitgangspunt dat het streamen uit evident illegale bron van auteursrechtelijk beschermde werken, inbreuk maakt op de auteursrechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden, en hieromtrent prejudiciële vragen zullen worden gesteld aan het HvJ EU, zal de rechtbank een beslissing over deze vorm van (gesteld) onrechtmatig handelen aanhouden tot na het moment waarop zij een beslissing zal nemen over de vraag of streamen uit illegale bron inbreukmakend is.

4.45. Voorts heeft Brein gesteld dat Wullems ook onrechtmatig heeft gehandeld tegen de bij haar aangesloten rechthebbenden door mededelingen te doen aan potentiële kopers van de filmspeler waarin wordt gezegd dat het streamen uit illegale bron legaal is. Nu Brein deze grondslag eveneens baseert op het uitgangspunt dat het streamen uit evident illegale bron van auteursrechtelijk beschermde werken, inbreuk maakt op de auteursrechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden, zal de rechtbank een beslissing over deze tweede vorm van gesteld onrechtmatig handelen, eveneens aanhouden.

4.46. Als derde reden voor het onrechtmatig handelen van Wullems heeft Brein het volgende aangevoerd. Indien wordt geoordeeld dat het streamen uit evident illegale bron niet in strijd is met het auteursrecht, dan is het door Wullems reclame maken voor en het aanmoedigen van het streamen uit evident illegale bron desalniettemin onrechtmatig omdat door dat streamen aan de auteursrechthebbenden ernstige schade wordt toegebracht. Nu

deze derde vorm van onrechtmatig handelen voorwaardelijk is aangevoerd, zal de rechtbank een beslissing hieromtrent eveneens aanhouden tot na het moment waarop zij een beslissing zal nemen over de vraag of streamen uit illegale bron inbreukmakend is.

4.47. Als vierde reden voor het onrechtmatig handelen van Wullems heeft Brein aangevoerd dat, als streamen uit evident illegale bron door consumenten inbreuk maakt op de auteursrechten van derden, Wullems eveneens in strijd heeft gehandeld met de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. Ook op dit punt zal de rechtbank haar beslissing aanhouden tot na het moment waarop zij heeft beslist over de vraag of streamen uit illegale bron inbreuk maakt op de auteursrechten van derden.

Overige stellingen en verweren

4.48. Op de overige stellingen en betwistingen van partijen en verweren van Wullems, waaronder de stelling van Brein dat de filmspeler het doel heeft technische voorzieningen te omzeilen en het beroep van Wullems op het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting en de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit, zal de rechtbank – indien nodig – eveneens pas ingaan, nadat de prejudiciële vragen door het HvJ EU zijn beantwoord. Pas dan zijn deze overige stellingen en betwistingen zinvol verder te bespreken.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verwijst de zaak naar de rol van 8 juli 2015 voor een akte van partijen, waarbij zij zich kunnen uitlaten over de formulering van de onder 4.22 en 4.39 voorgestelde prejudiciële vragen,

5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.C.P. de Ridder, mr. J.A. Schuman en mr. M.M.J. Schoenaker en in het openbaar uitgesproken op 10 juni 2015.

