

**ARREST VAN HET GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH,
sector civiel recht,
vierde kamer, van 12 januari 2010,
gewezen in de zaak van:**

De vennootschap naar Zweeds recht
C MORE ENTERTAINMENT AB,
gevestigd te Stockholm, Zweden,
hierna: C More,
appellante,
advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven,

tegen:

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MYP2P HOLDING B.V.,
2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MYP2P B.V.,
3. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MYP2P MANAGEMENT & BEHEER B.V.,
alle gevestigd te Beegden, gemeente Maasgouw,
4. BOB JURJUS,
wonende te Beegden, gemeente Maasgouw,
hierna (tenzij anders vermeld) in enkelvoud aan te
duiden als "MyP2P",
geïntimeerden,
advocaat: mr. E.H.H. Schelhaas,

op het bij dagvaarding van 19 maart 2009 ingestelde hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Roermond in kort geding gewezen vonnis van 19 februari 2009 tussen C More als eiseres en MyP2P als gedaagde.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 91304/KG ZA 09-7)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.
In eerste aanleg heeft C More producties in het geding gebracht, doorgenummerd 1 tot en met 25; sommige daarvan waren onderverdeeld.
MyP2P heeft producties in het geding gebracht, doorgenummerd 1 tot en met 11.

2. Het geding in hoger beroep

Bij memorie van grieven heeft C More zeven grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot toewijzing alsnog van

haar vorderingen, zoals deze bij dagvaarding in eerste aanleg waren ingesteld en bij nadere akte waren gewijzigd.

Bij memorie van antwoord heeft MyP2P de grieven bestreden.

In hoger beroep heeft C More ofwel bij de appeldagvaarding, ofwel bij afzonderlijke akte, ofwel bij gelegenheid van het pleidooi, nadere producties in het geding gebracht, doorgenummerd 26 tot en met 48. MyP2P heeft in het geding gebracht producties doorgenummerd 11 (nummer 11 komt aldus twee maal voor) tot en met 26.

Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten, C More door mr. S.M. Kaak en MyP2P door mr. D.M. Linders en mr. V.A. Zwaan. De pleitnota's zijn bij de stukken gevoegd.

Partijen hebben daarna de gedingstukken overgelegd en uitspraak gevraagd.

3. De gronden van het hoger beroep

Het hof verwijst naar de appeldagvaarding.

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in dit geval om auteursrechten op live uitzendingen van sportwedstrijden (voetbal en ijshockey). Onder auteursrechten worden, tenzij anders aangegeven, mede "naburige rechten" bedoeld.

C More stelt auteursrechthebbende te zijn en verwijst MyP2P dat deze inbreuk pleegt op die auteursrechten door die uitzendingen live door te geven, althans derden ertoe in staat te stellen deze door te geven.

Spoeedeisend belang

4.2. C More heeft een vordering ingesteld tegen MyP2P en deze is door de voorzieningenrechter afgewezen op de grond dat deze zich niet zou lenen voor een kort geding. Tegen dat oordeel is grief 1 gericht.

4.3. Indien er sprake is van inbreuk of onrechtmatig handelen, is aannemelijk dat C More enige schade lijdt. Hoe groot is niet aanstonds duidelijk, aangezien mogelijk slechts een fractie van de illegale kijkers zou willen betalen; als zij niet illegaal kunnen kijken zal het resultaat vermoedelijk zijn dat velen helemaal niet zullen kijken. Wordt daarentegen niet opgetreden, dan zal mogelijk een niet gering aantal betalende afnemers overstappen op illegaal en gratis bekijken van programma's.

In zoverre heeft C More er een spoedeisend belang bij dat die eventuele inbreuk/dat eventuele onrechtmatig handelen zo snel mogelijk stopt.

Niet ontkend kan worden dat de zaak complex van aard is, zowel feitelijk als juridisch. Dat staat evenwel aan een behandeling in kort geding niet in de weg. De aard van een kort geding brengt een belangenafweging met zich mee. Daarbij moeten onder meer tegen elkaar worden afgewogen de omvang van de schade welke voor C More dreigt indien niet wordt ingegrepen, en de mate waarin een verbod ingrijpt in de gerechtvaardigde belangen van MyP2P. Grief 1 slaagt. Grieven 2 en 3 zijn in feite nadere uitwerkingen en delen het lot van grief 1. Grief 5 komt vrijwel aan het einde van dit arrest aan de orde. Grief 4 is gericht tegen de overweging dat toewijzing tot executiegeschillen kan leiden; het hof sluit zich aan bij het oordeel van de voorzieningenrechter dat bij eventuele toewijzing van een of meer vorderingen ervoor gewaakt moet worden dat het gevaar voor executiegeschillen niet bij voorbaat in een verbod of de formulering daarvan besloten ligt. Grief 6 is een verzamelgrief en grief 7 betreft de proceskostenveroordeling.

4.4. Nu een deel van de grieven slaagt dient de zaak geheel opnieuw te worden behandeld; daarbij komen alle grondslagen en alle weren aan de orde.

4.5. De omstandigheid dat omtrent deze zaak in kort geding kan worden geoordeeld laat onverlet dat het zo kan uitkomen dat bepaalde vorderingen niet zullen kunnen worden toegewezen omdat de grondslagen daarvan zonder nader feitenonderzoek niet kunnen worden vastgesteld. Dat betekent dat, zeker bij een gecompliceerde zaak als deze, van eiseres (C More) verlangd mag worden dat deze voldoende concrete en waar mogelijk toetsbare feiten aandraagt, waarop haar eis eventueel kan worden toegewezen.

4.6. Voor het onderhavige geval betekent dit in het bijzonder dat vooraleer nader kan worden ingegaan op de aard en de kwalificatie van de eventuele gedragingen van MyP2P, bezien dient te worden of er (in aanmerking genomen dat het een kort geding betreft) voldoende aanwijzingen voorhanden zijn, c.q. door C More zijn aangedragen dat zij - uit welken hoofde dan ook - rechthebbende is op de uitzendingen/opnames welke zij aan haar vorderingen ten grondslag legt, en voorts of er (in aanmerking genomen dat het een kort geding betreft) voldoende aanwijzingen voorhanden zijn, c.q. door C More zijn aangedragen dat MyP2P betrokken is geweest bij handelingen welke enige vorm van inbreuk constitueren op die rechten waarvan C

More aannemelijk heeft gemaakt dat zij tot handhaving bevoegd is.

Aan te spreken partijen

4.7. C More heeft aangesproken: Jurjus, MyP2P Management en Beheer BV (M&B), MyP2P Holding BV (Holding), en MyP2P BV.

Jurjus is directeur/groot aandeelhouder van M&B, M&B op haar beurt van Holding, en Holding op haar beurt weer van MyP2P BV. Deze vormen één conglomeraat.

Er bestaan domeinnamen: myp2p.eu, myp2p.nl, myp2pforum.eu en myp2p.us. Deze domeinnamen worden gehouden door Holding, maar verhuurd aan MyP2P BV.

Daarnaast bestaat de domeinnaam myp2p.tv, waarvan MyP2P aanvankelijk stelde dat deze haar toebehoorde, maar later stelde dat zulks op een vergissing berustte. Volgens C More is die domeinnaam ook eigendom van MyP2P, maar daartoe heeft zij onvoldoende concrete gegevens aangedragen. Dat de website van myp2p.tv (vrijwel) hetzelfde uiterlijk heeft als de website van MyP2P is daarvoor onvoldoende bewijs, zoals reeds blijkt uit het algemeen bekende feit dat internetoplichters niet zelden bedrieglijk goed weten na te maken. In elk geval staat deze domeinnaam niet ten name van een van partijen in deze procedure. Uit de door C More overgelegde prod. 24 kan dan ook niet worden afgeleid dat MyP2P ook achter de domeinnaam myp2p.tv of de daarmee verbonden websites zit. Het hof laat deze dus buiten beschouwing.

4.8. C More heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan Jurjus en/of M&B voor inbreuken zijn aan te spreken.

Wat Jurjus betreft heeft C More gesuggereerd dat deze zelf ook als peer to peer netwerker zal uploaden en downloaden, maar concrete aanwijzingen daarvoor zijn niet aangedragen.

Ook is onvoldoende duidelijk gemaakt waarom Holding aanspreekbaar zou zijn. Zij verhuurt de domeinnamen en onweersproken is door MyP2P gesteld dat de websites in de lucht worden gehouden door de dochter.

In zoverre kan C More in haar vorderingen dus niet worden ontvangen. Enkel de vordering tegen MyP2P BV is dus aan de orde. Hierna wordt dus, tenzij anders aangeduid, met MyP2P uitsluitend MyP2P BV bedoeld.

4.9. *Tussenstand 1: enkel de vorderingen tegen MyP2P BV zijn aan de orde; het gaat alleen om de websites myp2p.eu, myp2p.nl, myp2p.us en myp2pforum.eu.*

Het geschil

4.10. C More stelt auteursrechten te hebben op opnamen/uitzendingen van ijshockey- en voetbalcompetities in Zweden (Allsvenskan, voetbal, en Elitserien, ijshockey), Finland (SM-Liiga, ijshockey), Engeland (Premier League, voetbal), Verenigde Staten (NHL, ijshockey), Italië (Serie A, voetbal) en Nederland (Eredivisie, voetbal). MyP2P betwist dit om uiteenlopende redenen.

4.11. C More stelt dat haar vorderingen vooral zijn gericht op het bestrijden van mogelijkheden welke ertoe leiden dat auteursrechtelijk beschermde uitzendingen van genoemde sportuitzendingen zonder betaling aan C More bekeken kunnen worden in Denemarken, Zweden, Noorwegen en Finland, hierna: de Scandinavische landen. Hierna zal ook blijken dat bij de feitelijke invulling door C More van haar standpunten het zwaartepunt is gelegen bij de Allsvenskan, Elitserien en SM-Liiga sportcompetities.

4.12. Sportwedstrijden als zodanig zijn niet auteursrechtelijk beschermd. Opnamen daarvan kunnen dat eventueel (zie verderop) wel zijn.

4.13. Opnamen van sportwedstrijden worden - legaal - uitgezonden via de televisie en via het internet. Dat kunnen live uitzendingen zijn; deze zijn het meest in trek. Het kunnen ook opgeslagen opnamen zijn van eerder gespeelde wedstrijden. Vaak zijn die uitzendingen gecodeerd. Om herkenbaar beeld te verkrijgen dient de gebruiker het signaal via een decoder af te spelen, waarna herkenbaar beeld wordt verkregen; hiervoor betaalt de gebruiker. Uit de toelichting van partijen begrijpt het hof dat het gedecodeerde beeld vaak nog is voorzien van aanvullende software (DRM-software) waarmee het signaal wordt versleuteld, zodat het beeld dat voor de directe afnemer herkenbaar is niet als herkenbaar beeld verder verspreid kan worden. Er bestaat software om die versleuteling ongedaan te maken of te omzeilen.

Scandinavische competities en overige competities

4.14. In navolging van C More maakt het hof onderscheid tussen de Scandinavische (in dit geval: Zweedse en Finse) competities en de overige competities (Engels, Italiaans, Amerikaans, Nederlands). Het hof heeft geconstateerd dat C More zowel op het onderdeel dat betrekking heeft op de vraag of en in hoeverre aan haar auteursrechten of naburige rechten toekomen, als op het onderdeel dat betrekking heeft op de vraag in welk opzicht feitelijk inbreuk op haar rechten heeft

plaatsgevonden, zich in vergaande mate op de Scandinavische competities heeft gebaseerd. Het hof besteedt eerst aandacht aan de overige competities.

Overige competities

4.15. C More heeft producties 19 en 20 overgelegd in verband met de Italiaanse Serie A en de Engelse Premier League. Het hof ziet af van uitgebreide bespreking daarvan en volstaat met de constatering dat daaruit onvoldoende blijkt dat aan C More auteursrechten toekomen (hooguit in verband met de commentaren). Met betrekking tot de Amerikaanse NHL en Nederlandse Eredivisie heeft C More in het geheel geen stukken overgelegd noch concrete inlichtingen verschaft waarop haar rechten, uit welken hoofde dat ook, op deze competities zouden kunnen worden afgeleid. Hooguit zou, zie hierna, geconcludeerd kunnen worden dat aan C More mogelijk als omroeporganisatie naburige rechten zouden toekomen.

4.16. Wat de eventuele feitelijke inbreuk betreft: Uit prod. 9 van C More blijkt dat op de website van MyP2P hyperlinks naar al deze "overige competities" zijn opgenomen.

4.17. C More heeft echter onvoldoende feiten aangedragen waaruit blijkt dat de hyperlinks - voor wat deze "overige competities" betreft - verwijzen naar hyperlinks die uiteindelijk zijn te herleiden tot van C More afkomstig materiaal. MyP2P heeft gemotiveerd gesteld (en met beelden toegelicht) dat de hyperlinks lang niet altijd verwijzen naar materiaal dat van C More afkomstig is. C More heeft als prod. 36 een voorbeeld gegeven van het via MyP2P te bekijken materiaal (het hof komt daarop terug), maar daarbij zit geen materiaal behorende tot deze "overige competities".

4.18. Dat betekent dat de vraag of en in hoeverre aan C More rechten op commentaren en dergelijke toekomen en in hoeverre haar naburige rechten als omroeporganisatie toekomen, voor deze "overige competities" onbesproken kan blijven, aangezien niet met een mate van zekerheid die voor toewijzing van een vordering in kort geding vereist is, vast is komen te staan dat op de website van MyP2P hyperlinks voorkomen die verwijzen naar deze "overige sportcompetities" en tot uitzendingen van C More te herleiden zijn.

Tussenstand 2: C More kan tegen MyP2P niet optreden - uit welke hoofde dan ook - tegen beweerde "inbreuken" op rechten welke samenhangen met de "overige sportcompetities."

Scandinavische sportcompetities

4.19. Alvorens in te gaan op de juridische aspecten dient nagegaan te worden van welke vaststaande feiten kan worden uitgegaan. In de opbouw van de inleidende dagvaarding komt het feitelijke verwijt van C More aan het adres van MyP2P in randnummer 2.2.4 aan de orde: MyP2P heeft links naar auteursrechtelijk beschermde wedstrijden van C More opgenomen.

4.20. C More heeft een groot aantal producties overgelegd. In het kader van een correcte procesvoering kan niet van de rechter verwacht worden dat deze in alle producties op zoek gaat naar aanwijzingen die het gelijk van de eiser zouden kunnen bevestigen: de eiser dient aan te geven waarop hij zijn vordering baseert. Onder randnummer 2.2.4 heeft C More verwezen naar prod. 9, bestaande uit meer dan 50 uitdraaien van webpagina's. Daarnaast is de als prod. 36 overgelegde DVD van belang. Het feitelijke bewijs van de verwijten aan het adres van MyP2P ligt voor een groot deel in deze beide producties besloten.

4.21. In prod. 9 worden - op een uitzondering na - competities genoemd die hiervoor in rov. 4.10 zijn aangeduid. In deze productie komen in elk geval ruimschoots verwijzingen voor naar de Elitserien en de SM-Liiga. De enige uitzondering betreft Allsvenskan. Deze komt in prod. 9 niet voor. MyP2P heeft echter niet betwist dat op haar websites ook links voorkomen welke verwijzen naar wedstrijden in de Allsvenskan. Bovendien heeft zij zich in haar productie 25 bij haar akte van 1 oktober 2009 expliciet bereid verklaard verwijzingen naar (onder meer) Allsvenskan te verwijderen.

4.22. MyP2P heeft erop gewezen dat sommige van de uitzendingen welke met behulp van de op haar website opgenomen hyperlinks bekeken konden worden helemaal niet van C More afkomstig zijn, maar van derden. C More heeft gesteld dat al haar uitzendingen herkenbaar zijn aan het Canal+ logo.

4.23. Op de als prod. 36 door C More overgelegde DVD zijn drie fragmenten te zien, alle betreffende ijshockeywedstrijden uit de Elitserien.

Op 36a en 36c is (met enige moeite) het logo "Canal + Sport 1 Live" te zien; op prod. 36b komt dit niet voor.

4.24. Op prod. 36 komen geen beelden voor van wedstrijden betreffende de Allsvenskan en de SM-Liiga. Nu in prod. 9 wel veelvuldig naar SM-Liiga werd verwezen en MyP2P met betrekking tot deze SM-Liiga wedstrijden niet gemotiveerd heeft gesteld dat de hyperlinks ook verwezen naar uitzendingen van SM-Liigawedstrijden uit andere bronnen, acht het hof voldoende aannemelijk dat die hyperlinks ook verwezen naar uitzendingen van SM-Liigawedstrijden welke afkomstig waren van C More. Ook voor Allsvenskan is voldoende aannemelijk te achten dat de hyperlinks welke voorkomen op de websites van MyP2P ook verwijzen naar uitzendingen van Allsvenskan wedstrijden welke afkomstig waren van C More.

Tussenstand 3:

Voldoende aannemelijk is geworden dat op de website van MyP2P hyperlinks voorkomen die verwijzen naar uitzendingen van Allsvenskan, Elitserien en SM-Liiga wedstrijden, waaronder ook Allsvenskan, Elitserien en SM-Liiga wedstrijden welke door C More zijn uitgezonden.

Toepasselijk recht

4.25. De onderhavige zaak heeft internationale aspecten, hetgeen de vraag oproept naar het toepasselijke recht.

4.26. Partijen zijn het erover eens dat in verband met het toepasselijke recht drie vragen van elkaar dienen te worden onderscheiden:

- a) is er sprake van een auteursrechtelijk te beschermen prestatie
- b) wie is rechthebbende
- c) is er sprake van inbreuk.

4.27. Met betrekking tot vraag c) zijn partijen het erover eens zijn dat deze wordt beheerst door de lex protectionis; Nederlands recht dus. Dit ligt ook besloten in art. 5 van de Berner Conventie (BC). Deze vraag komt verderop aan de orde.

4.28. Wat vraag a) betreft:

4.29. Ook met betrekking tot deze vraag zijn partijen het erover eens dat - mede gelet op art. 5 BC - deze vraag wordt beheerst door de lex protectionis en dus door Nederlands recht. Het hof sluit zich daarbij aan. Overigens dient opgemerkt te worden dat de reden dat MyP2P in

Nederland wordt aangesproken vooral daardoor lijkt te zijn ingegeven dat MyP2P in Nederland gevestigd is en vanuit Nederland haar activiteiten uitvoert. C More vraagt echter specifiek bescherming tegen uitzending of doorgifte naar de Scandinavische landen. Waar de stellingen van C More echter impliceren dat de openbaarmaking waarvan volgens C More sprake is in of vanuit Nederland plaats vindt, merkt het hof de Nederlandse wet als de *lex protectionis* aan.

4.30. C More stelt dat de uitzendingen en/of opnamen daarvan als filmwerken zijn aan te merken (en zij als producent daarvan). De Berner Conventie en de Nederlandse Auteurswet, (Aw.) artt. 45a-g, (en diverse andere nationale auteursrechtregelingen) kennen een tot op zekere hoogte apart regime voor filmwerken. Een en ander hangt onder meer samen met de specifieke problematiek welke maakt dat zonder zo'n apart regime verschillende medewerkers aanspraak op auteursrechten zouden kunnen maken: de producent, de regisseur, de scenarioschrijver, mogelijk camera- en belichtingslieden en zo meer.

4.31. Bij een opname van sportwedstrijden komen sommige aspecten van wat gebruikelijk als "film" wordt beschouwd minder sterk aan de orde - een vastgesteld scenario is er meestal niet, en de spelers volgen als het goed is niet de aanwijzingen van de regisseur van de opname, doch van hun trainer - doch desondanks voldoet een opname van een sportwedstrijd aan de definitie van "filmwerk". Een wedstrijd zelf is geen auteursrechtelijk beschermd werk, maar de opname daarvan berust (in elk geval heden ten dage, meestentijds) op een keuze van de (camera-)regisseur. De opname vindt plaats met een groot aantal camera's, op diverse vaste of beweegbare posities, die kunnen in- en uitzoomen, en allemaal tegelijk in werking zijn. In de regiekamer beslist de regisseur die alle beelden van alle camera's ziet, welke beelden op welk moment worden uitgezonden. Aldus berust elke opname op een selectie van de regisseur, ingegeven door wat hij belangrijk vindt. Het resultaat van dit alles vormt een eigen intellectuele schepping van de maker, waarin diens persoonlijk stempel tot uitdrukking komt. De opname dient dus te worden aangemerkt als een auteursrechtelijk te beschermen werk, ongeacht of het gaat om een directe uitzending, dan wel om een opname die wordt vastgelegd op een gegevensdrager. Dit geldt in elk geval naar Nederlands recht. Aan wie het auteursrecht dan toekomt komt verderop aan de orde.

4.32. Voor zoveel nodig wijst het hof erop dat C More onder overlegging (als producties 41 en 42) van adviezen

van een Zweedse en een Finse advocaat met kracht van argumenten heeft betoogd dat naar Zweeds recht en naar Fins recht op de wedstrijdopnamen auteursrechten verkregen kunnen worden. Dit komt het hof niet onaannemelijk voor nu dit aansluit bij wat volgens het Nederlandse auteursrecht heeft te gelden. Door MyP2P is ook niet gemotiveerd weersproken dat naar Zweeds en Fins recht op wedstrijdopnamen auteursrecht verkregen kan worden. Nu het een kort geding betreft kan het hof bij deze stand van zaken afzien van een diepgaander onderzoek naar de inhoud van het toepasselijke Zweedse en Finse recht op dit onderdeel. Het hof gaat er dus van uit dat op opnamen van sportwedstrijden auteursrecht verkregen kan worden, ook als die niet eerst op een gegevensdrager worden opgenomen maar meteen rechtstreeks worden uitgezonden.

4.33. Voor het onderhavige geval gaat het hof er dus van uit dat op de uitzendingen en/of opnamen van de sportwedstrijden zoals C More die uitzendt, auteursrecht rust, daargelaten aan wie dat auteursrecht toekomt.

4.34. Wat vraag b) betreft:

4.35. Partijen hebben art. 14bis lid 2 BC aan de orde gesteld, krachtens welk artikel het aan de wetgeving van het land waar de bescherming wordt ingeroepen voorbehouden is om te bepalen wie rechthebbenden op het auteursrecht op het cinematografisch werk zijn. Genoemde bepaling dient naar 's hofs oordeel primair aldus te worden opgevat dat deze betrekking heeft op de bijzondere facetten welke kleven aan het karakter van een film als auteursrechtelijk te beschermen werk (zie hiervoor). Voor het overige hoeft de vraag naar welk recht beoordeeld dient te worden of iemand rechthebbende is, niet anders te worden beantwoord dan bij andere auteursrechtelijk beschermde werken het geval is. Een en ander komt hierna in verband met het beroep op art. 8 Aw. nader aan de orde.

4.36. Volgens MyP2P (mva, nr. 65) wordt "algemeen aangenomen" dat de vraag wie als rechthebbende moet worden aangemerkt wordt beantwoord aan de hand van de lex originis. C More stelt (appeldagvaarding 8.2 en 8.3) dat deze vraag primair aan de hand van de lex protectionis, subsidiair aan de hand van de lex originis moet worden beantwoord.

C More komt tot deze conclusie op basis van (onder meer) art. 14bis BC. Dat artikel is echter vooral van toepassing als het erom gaat om bij de specifieke problemen welke zich bij films voordoen bij het vaststellen wie als maker moet worden aangemerkt, duidelijk te maken naar welk recht die vragen moeten worden beantwoord, doch laat

onverlet dat vragen welke daar los van staan niet door dat artikel worden beheerst.

Naar 's hofs voorlopig oordeel ligt het in de rede om de vraag wie rechthebbende is in de eerste plaats te beantwoorden aan de hand van de *lex originis*, althans voor wat betreft de aspecten die los staan van het feit dat het om een filmwerk gaat. Bij de rechtsoverwegingen 4.41 tot en met 4.65 wordt dan ook geabstraheerd van het feit dat het om een filmwerk gaat.

Rechten van C More

4.37. Als eerste komt het bestaan en de omvang van de eventuele rechten van C More aan de orde.

C More stelt auteursrechthebbende te zijn op de live opnamen van de diverse wedstrijden.

MyP2P betwist zulks, ten eerste op de grond dat er op die opnamen in het geheel geen auteursrecht rust, ten tweede op de grond dat in elk geval een eventueel auteursrecht niet aan C More toekomt, en ten derde op de grond dat de andere grondslagen van de vordering van C More (licentiehouder, gevolmachtigde) onvoldoende basis vormen voor C More om tegen inbreuk te kunnen optreden.

4.38. C More maakt aanspraak op auteursrechten:

- als maakster
- als werkgeefster van de feitelijke makers
- als degene aan wie het auteursrecht is overgedragen
- als degene die op het werk als filmproducent c.q. als maakster is aangeduid
- als degene die het werk als van haar afkomstig openbaar heeft gemaakt zonder daarbij een natuurlijk persoon als maker te vermelden
- als filmproducent (in welke hoedanigheid zij tevens aanspraak maakt op een naburig recht)
- als maakster (c.q. werkgeefster van de makers) van commentaren, voor- en nabeschouwingen.

4.39. Aangezien C More een rechtspersoon is, gaan in dit geval de eerste twee gronden (C More als maakster dan wel C More als werkgeefster van de feitelijke makers) in elkaar op. Indien hierna wordt gesproken over C More als maakster, wordt daarmee feitelijk telkens bedoeld C More als werkgeefster van de feitelijke makers, aan wie het auteursrecht toekomt.

4.40. C More maakt aanspraak op naburige rechten:

- als omroeporganisatie

Is C More rechthebbende als maakster/werkgeefster van de makers c.q. als degene aan wie het auteursrecht is overgedragen

4.41. C More heeft als producties 38, 39 en 40 een aantal stukken overgelegd, alle gesteld in de Engelse taal. Zij betitelt deze stukken als volmachten. Het hof constateert dat de status en herkomst van deze stukken - het zijn fotokopieën van blanco A4-tjes waarop tekst is afgedrukt - onduidelijk blijven: er bestaat geen enkele zekerheid omtrent de herkomst, het bestaan van de personen die daarin worden genoemd, hun functies en bevoegdheden, en omtrent de bedrijven welke daarin figureren. MyP2P heeft echter het bestaan van de bedrijven die hierin worden genoemd en van de personen die hierin optreden, de functies van die personen, en de echtheid van hun handtekeningen niet betwist. Dat betekent dat ten behoeve van dit kort geding van de echtheid van die stukken en de juistheid van de inhoud kan worden uitgegaan.

Allsvenskan

4.42. C More heeft de volgende stukken overgelegd:

- Prod. 16B: een overeenkomst tussen C More Entertainment AB en Dream Team Production AB van 26 februari 2007;
- Prod. 18: een "short form agreement" (SFA) tussen C More Entertainment AB, Modern Times Group MTG AB en Kentaro AG (Zwitserland).
- Prod. 38: een volmacht, opgesteld op naam van Föreningen Svensk Elitfotboll (SEF), gedateerd 22 september 2009, getekend door T. Theorin, algemeen secretaris van SEF.
- Prod. 39: een verklaring van Onside TV Production AB bij monde van haar bestuurder Th. Stuesson.
- Prod. 42: uiteenzetting van het Zweedse advocatenkantoor Cederquist, van 22 september 2009.

4.43. Prod. 18 is niet gedateerd, maar een faxregel bovenaan vermeldt als datum 20 april 2006. In elk geval moet dit stuk dateren van na 30 maart 2006, getuige de vermelding in de eerste regel van art. 2.2. Prod. 38 verwijst naar een overeenkomst van 20 april 2006, waarmee blijkbaar deze productie 18 is bedoeld. In prod. 18 figureert in art. 4 ook Onside. Genoemde productie begint met de vermelding dat Kentaro AG van SEF het exclusieve recht heeft verworven om mediarechten op (onder meer) Allsvenskan voetbal seizoen 2006-2010 te verkopen. Voorts wordt vermeld dat Kentaro AG een overeenkomst heeft gesloten met TV4 AB (uit andere stukken blijkt dat dit de moedermaatschappij van C More is).

Art. 3 bepaalt dat Kentaro bepaalde exclusieve rechten en niet-exclusieve rechten verleent aan C More; dit wordt gekwalificeerd als een licentie.

Art. 4 (getiteld: production quality levels, access to produced footage) bepaalt dat C More "agrees to produce all matches ... substantially in accordance with the production standards and quality levels as set out [etc]. Onside AB shall have the right to offer its production services ..."

4.44. Prod. 38 houdt in als verklaring van SEF dat zij de clubs in de Zweedse voetbalcompetitie Allsvenskan vertegenwoordigt en daarvan wereldwijd de exclusieve mediarechten bezit, dat Kentaro AG voor de periode van 2006-2010 de exclusieve mediarechten voor "bepaalde gebieden" heeft verworven en dat Kentaro AG voor enkele van die verworven mediarechten een sublicentie gegeven heeft aan het Zweedse dochterbedrijf Kentaro AB. Voorts dat C More bij overeenkomsten van 20 april 2006 en 7 januari 2009 een licentie heeft verkregen van Kentaro met betrekking tot de wedstrijden van Allsvenskan, dat C More alle eigendomsrechten en rechten van intellectuele eigendom met betrekking tot TV-opnamen en bewerkingen daarvan, alles met betrekking tot Allsvenskan, aan Kentaro heeft overgedragen, waarna Kentaro deze op haar beurt heeft overgedragen aan SEF, en dat Kentaro en SEF bevestigen dat C More is gevolmachtigd om op eigen naam maar voor rekening van Kentaro en SEF, MyP2P in rechte te betrekken. Deze volmacht is getekend namens SEF, Kentaro AG en Kentaro AB.

4.45. Prod. 39 houdt in dat alle eigendomsrechten en rechten op intellectuele eigendom welke ontstaan als gevolg van de door Onside in opdracht van C More vervaardigde opnamen van de wedstrijden in Allsvenskan in het voetbalseizoen 2009 worden overgedragen aan C More.

4.46. Prod. 16B houdt in dat Dream Team de exclusieve opdracht en het exclusieve recht van C More verkrijgt om de Allsvenskan "wedstrijd van de week" te produceren. Krachtens art. 6.1 en 6.4 van de toepasselijke algemene voorwaarden komt het auteursrecht van de geproduceerde wedstrijden bij C More te berusten.

4.47. Prod. 42 houdt, behalve een uiteenzetting van het relevante Zweedse recht, een uitleg in omtrent overeenkomsten tussen C More, Kentaro AG, Kentaro AB en TV4 AB (sedert december 2008 100% eigenaar van de aandelen in C More).

4.48. De overeenkomst (settlement and license agreement; SLA) van 7 januari 2009, waarvan gerept word in de verklaring van SEF en de uiteenzetting van Cederquist, is niet overgelegd.

4.49. Anders dan C More stelt kan uit art. 4.1 van de SFA niet worden afgeleid dat C More als producent in de zin van de Auteurswet heeft te gelden. Vooreerst lijkt bij dit artikel de nadruk te liggen op de kwaliteit van de productie, en voorts brengt de enkele omstandigheid dat in de relatie tussen Kentaro AG en C More de laatste de wedstrijden zou "produceren" nog niet mee dat C More ook feitelijk als producent in de zin van de Auteurswet is opgetreden.

Het heeft er op basis van dat artikel en van prod. 39 veeleer de schijn van dat Onside de producent was, zij het dat deze de rechten als producent onmiddellijk heeft overgedragen aan C More. Echter, uit prod. 38 blijkt dan weer dat C More die rechten - en alle andere rechten op intellectuele eigendom - integraal heeft overgedragen aan Kentaro die deze weer heeft overgedragen aan SEF.

4.50. Dat betekent dat C More eventuele aanspraken wegens inbreuk op een auteursrecht en/of een naburig recht, een eventueel auteursrecht of naburig recht als filmproducent daaronder begrepen, niet als gerechtigde, doch wel als gemachtigde (zie eveneens prod. 38) geldend kan maken.

Elitserien

4.51. C More heeft de volgende stukken overgelegd:

- Prod. 16A, een license agreement tussen Svenska Hockeyligan AB (SHL) en C More, ondertekend op resp. 16 maart 2007 en 2 maart 2007, met bijlage
- Prod. 16 B, voornoemd
- Prod. 42, voornoemd.

4.52. Prod. 16A houdt een licentieverlening aan C More in voor ijshockeywedstrijden van 2006-2010. Krachtens deze overeenkomst kreeg C More de exclusieve "audiovisual right" - kennelijk: de live uitzendrechten - voor deze wedstrijden in deze periode.

Krachtens art. 4 lid 1 van deze overeenkomst diende ("shall") C More alle wedstrijden te produceren. Krachtens art. 4 lid 4 kwamen alle auteursrechten toe aan SHL behalve de auteursrechten op de "footage", die bij C More bleven. Met "footage" wordt bedoeld het ruwe onbewerkte materiaal zoals dit door de camera's is geschoten; dit

dient bewerkt te worden om een complete uitzending te maken.

4.53. Prod. 16B houdt wat de Elitserien betreft in dat Dream Team de exclusieve opdracht en het exclusieve recht van C More verkrijgt om alle wedstrijden te produceren. Krachtens art. 6.1 en 6.4 van de toepasselijke algemene voorwaarden komt het auteursrecht van de geproduceerde wedstrijden bij C More te berusten. Doch zoals uit de voorgaande rechtsoverweging blijkt kwamen de aldus in de verhouding tussen Dream Team en C More aan laatstgenoemde toekomstige auteursrechten uiteindelijk aan SHL toe.

4.54. Prod. 42 houdt, behalve een uiteenzetting van het relevante Zweedse recht, een uitleg in omtrent overeenkomsten tussen C More, SHL en Dream Team. In deze brief wordt nog gerefereerd aan een overeenkomst van 18 september 2007 krachtens welke SHL zelf namens C More "pay per view" wedstrijden zou produceren, maar die overeenkomst is niet overgelegd.

4.55. Blijkens prod. 16A kwamen de auteursrechten dus uiteindelijk toe aan SHL, behalve die op de "footage", maar dat is voor deze zaak niet relevant. Van een machtiging door SHL aan C More om namens SHL tegen eventuele inbreuk op te treden blijkt niet. Als licentiehoudster kan C More naar het Nederlandse recht betreffende auteursrechten niet op eigen naam optreden tot handhaving van de desbetreffende auteursrechten. Mitsdien heeft C More onvoldoende aangetoond dat zij op deze basis kan optreden tegen MyP2P in verband met eventuele inbreuken betreffende de Elitserien.

SM-Liiga

4.56. C More heeft de volgende stukken overgelegd:

- Prod. 17A: een license agreement van 26 september 2007, opgemaakt tussen C More, SW Television AB en Jääkiekon SM-Liiga Oy; bladzijden 5 tot en met 12 en 14 tot en met 16 ontbreken
- Prod. 17B: een co-operation agreement tussen C More en SW Television Oy, van januari/februari 2008; bladen 2-3 ontbreken
- Prod. 17C: een trilateral agreement, concept van 8 oktober 2008 (ongedateerd) tussen C More, Sanoma Television Ltd/Channel Four Finland, en Tuotantotalo Werne
- Prod. 40 betreft een volmacht van 17 september 2009, opgesteld op naam van het Finse bedrijf Parsifal Sport Oy

- Prod. 41 betreft een brief van het Finse advocatenkantoor Roschier van 22 september 2009.

Tuotantotalo Werne wordt kortweg veelal ook met "Werne" aangeduid. SW Television AB, SW Television Oy, Sanoma Television Ltd en Sanoma Television Oy worden ook wel aangeduid met "Nelonen". In het voetspoor hiervan zal het hof hen hierna eveneens aanduiden als "Werne" resp. "Nelonen".

4.57. Volgens prod. 17A is SM-Liiga houdster van alle rechten (welke dat ook mogen zijn) met betrekking tot de Finse ijshockey topdivisie. Krachtens art. 3 aanhef en lid 1 krijgt C More het exclusieve recht om wedstrijden in Finland uit te zenden. Art. 9 lid 1 bepaalt: "Licensee shall go out with an open invitation to submit offers for the productions".

4.58. Prod. 17B stelt aan de orde dat een derde partij geïnteresseerd is geweest in het verwerven van rechten, doch dat C More het recht had het bod van die derde te evenaren. Als gezegd ontbreken enkele bladen. Bovenaan blad 4 staat dat C More het recht heeft alle reguliere wedstrijden en de kwartfinales uit te zenden, en de halve finales op basis van eerste of tweede keuze.

4.59. Prod. 17C behelst een concept; C More stelt dit zelf ook, maar stelt dat betrokken partijen feitelijk handelen volgens dit concept. Volgens art. 10 komen alle rechten op de door Werne voor C More en Nelonen geproduceerde programma's toe aan C More en Nelonen.

4.60. Volgens prod. 40 heeft C More aan Parsifal een sublicentie verleend met betrekking tot de exclusieve mediarechten voor de SM-Liiga voor de jaren 2009-2013. Parsifal is later URHO gaan heten. Krachtens deze overeenkomst zijn alle rechten van intellectuele eigendom betreffende opnamen welke vervaardigd zijn door URHO eigendom van of overgedragen aan URHO vanaf het moment dat die rechten ontstaan.

URHO machtigt C More om op eigen naam en/of namens URHO in rechte op te treden tegen inbreuk op rechten van URHO.

4.61. Prod. 41 houdt, behalve een uiteenzetting van het relevante Finse recht, een uitleg in omtrent overeenkomsten tussen C More, Nelonen en Werne krachtens welke Werne producties zou vervaardigen in opdracht van C More en Nelonen en de intellectuele eigendomsrechten zou overdragen aan C More en Nelonen, en krachtens welke Nelonen deze zou overdragen aan C More.

4.62. In de tweede alinea op blad 2 van deze productie wordt vermeld dat C More, Nelonen en Werne "have entered into an agreement" volgens welke "all rights held by Werne in and to the productions are assigned to C More and Nelonen". De Finse advocaat kan hiermee alleen doelen op de ongetekende concept trilateral agreement. Aldus is zijn advies op drijfzand gebaseerd. De enkele omstandigheid dat partijen uitvoering geven aan een voorgenomen overeenkomst doet nog geen auteursrechten overgaan.

4.63. In de derde alinea van deze brief wordt vermeld dat C More en Nelonen "have entered into an agreement on the division of rights" en voorts dat er in Finland contractsvrijheid heerst, zodat gezamenlijk gerechtigden tot een recht van intellectuele eigendom naar eigen goeddunken afspraken mogen maken omtrent de toedeling van rechten onderling. Daarmee staat echter nog niet vast dat aldus tussen C More en Nelonen is geschied.

4.64. Het hof komt tot de voorlopige conclusie dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat C More enig auteursrecht of naburig recht op uitzendingen of opnamen daarvan met betrekking tot de wedstrijden in de SM-Liiga zou bezitten op grond waarvan zij tegen inbreuk zou kunnen optreden, noch dat zij door de gerechtigde daartoe gemachtigd zou zijn.

4.65. *Tussenstand 4: C More kan niet als maakster/werkgeefster van de makers c.q. als degene aan wie het auteursrecht is overgedragen c.q. als gemachtigde van de gene die tot het auteursrecht gerechtigd is optreden tegen MyP2P in verband met eventuele inbreuken in verband met het opnemen van hyperlinks naar live uitzendingen met betrekking tot Elitserien en/of SM-Liiga. C More kan wel optreden tegen MyP2P als gemachtigde van de rechthebbende tegen eventuele inbreuken of eventuele onrechtmatige handelingen in verband met het opnemen van hyperlinks naar live uitzendingen met betrekking tot Allsvenskan.*

Art. 4 Auteurswet

4.66. Het hof neemt aan dat C More hierbij doelt op een vermelding bij de aftiteling waarbij zij wordt aangeduid als maker. Van zo'n vermelding zou het vermoeden uitgaan dat C More ook auteursrechthebbende is. Dat strookt niet met de aanwijzingen die besloten liggen in de hiervoor bedoelde stukken, namelijk dat C More juist niet de auteursrechthebbende is omdat zij haar auteursrechten had overgedragen. Tegen die achtergrond heeft C

More onvoldoende toegelicht waarom haar desondanks auteursrechten zouden toekomen.

Art. 8 Auteurswet

4.67. C More stelt dat zij de bewerkte tv-beelden "als van haar afkomstig openbaar maakt" zonder daarbij de naam van een natuurlijk persoon als maker te vermelden. Uit dien hoofde claimt zij op basis van art. 8 Auteurswet een auteursrecht.

Hiervoor echter overwoog het hof reeds dat de vraag wie auteursrechthebbende is aan de hand van de *lex originis* beantwoord dient te worden, tenzij het gaat om aspecten welke typisch samenhangen met de aard van een filmwerk. De kwestie welke art. 8 Aw. regelt behoort daartoe niet. Dat het Zweedse of Finse recht een zelfde bepaling als art. 8 Aw. zouden kennen is door C More niet aangevoerd.

C More als filmproducent

4.68. De vragen welke daarmee samenhangen, en de vraag of C More op die grondslag op enig auteursrecht aanspraak kan maken, dient te worden beantwoord aan de hand van de art. 45a-g uit de Nederlandse Auteurswet.

4.69. Het hof stelt voorop dat ook met laatstgenoemde artikelen de producent nog niet als maker wordt beschouwd. De wet behelst slechts het vermoeden dat de daar genoemde auteursrechtelijke exploitatierechten aan de producent zijn overgedragen (zie ook Spoor, 14.10, eerste alinea). Dat daarmee ook de handhavingsrechten door de makers aan de producent zijn overgedragen volgt daaruit niet en ligt ook niet zonder meer voor de hand.

4.70. Daarenboven blijkt uit de hiervoor besproken producties zoals deze door C More zijn overgelegd, naar het voorlopig oordeel van het hof ten eerste dat C More veelal nu juist niet de producent was (dat waren Dream Team, URHO, OTW, Werne/Nelonen) en ten tweede dat C More haar "auteursrechten" in vrijwel alle gevallen overdroeg (aan SEF, SHL, SM-Liiga).

4.71. Dit leidt er naar het voorlopig oordeel van het hof toe dat in dit specifieke geval C More de bevoegdheid om op te treden tegen de beweerdelijk door MyP2P gepleegde inbreuk (of tegen het onrechtmatig handelen van MyP2P) niet kan ontlenen aan haar hoedanigheid van filmproducent.

Commentaar; voor- en nabeschouwingen

4.72. C More maakt in de eerste plaats aanspraak op auteursrechten in verband met voor- en nabeschouwingen die worden verzorgd door Off the Wall Interactive AB (OTW), zie prod. 21.

Deze prod. 21 betreft een enkel A4-tje, kennelijk behelzende een in de Engelse taal gestelde vertaling van artikel 12 van een "OTW production agreement". Daarachter zitten enkele bladen van een in de Zweedse taal gestelde overeenkomst van 14 juni 2007, gesloten tussen C More en OTW. Het gaat kennelijk om de outsourcing van de productie van sportwedstrijden, uit te voeren door OTW, maar of dat gaat om voetbal, ijshockey, curling, korfbal of pelote komt hierin niet tot uiting. Mitsdien kan aan dit stuk geen enkele betekenis worden gehecht.

4.73. Daarnaast heeft zij als prod. 22 overgelegd een overeenkomst met Granqvist Production AB, kennelijk een bedrijf van de heer Lasse Granqvist die, zo begrijpt het hof, sportcommentator is. De overeenkomst houdt in dat Granqvist voor tientallen wedstrijden (een sport wordt niet aangeduid) als gastheer/commentator zal optreden, onder andere voor de "wedstrijd van de week" (zie Allsvenskan, hiervoor). De overeenkomst houdt in dat alle intellectuele eigendomsrechten welke hieruit voortkomen aan C More toekomen, niet aan Granqvist.

4.74. Eveneens als prod. 22 heeft C More overgelegd een "assignment contract" van 28 december 2007 met Enastrand AB, die een "expert commentator for ice hockey" zal inzetten. De overeenkomst beslaat de jaren 2008-2010 en betreft de kanalen van Canal+ (C More). Ook deze overeenkomst houdt in dat alle intellectuele eigendomsrechten toekomen aan C More.

4.75. Uit de toelichting van C More leidt het hof af dat zij met haar commentatoren vergelijkbare contracten sluit, en dat zij deze contracten heeft overgelegd bij wijze van illustratie. Het hof acht dit voor een kort geding voldoende. Daarmee is dus voldoende aannemelijk dat indien en voor zover er in opdracht van C More sportcommentaren bij wedstrijden, alsmede voor- en/of nabeschouwingen worden verzorgd, het eventuele auteursrecht daarop niet bij die commentatoren, maar bij C More komt te berusten.

4.76. Overigens betreffen de door C More aangedragen voorbeelden uitsluitend de Zweedse uitzendingen. Het hof leidt uit de stellingen van C More, in onderling verband beschouwd, af dat voor de Finse uitzendingen hetzelfde geldt.

Voorts merkt het hof op, dat C More karig is met het ver-

schaffen van feitelijke gegevens waaruit blijkt dat op websites van MyP2P links voorkomen naar uitzendingen van C More voorzien van auteursrechtelijk beschermde commentaren of voor- en nabeschouwingen. Nu echter algemeen bekend is dat sportwedstrijden vergezeld plegen te gaan van commentaar, en veelvuldig worden voorafgegaan of gevolgd door voorbeschouwingen c.q. nabeschouwingen, is het hof van oordeel dat met een voor toewijzing van een vordering in kort geding vereiste voldoende mate van zekerheid vast staat dat door het verspreiden van uitzendingen inbreuk is gemaakt op de rechten op die commentaren c.a.

Tussenstand 5: C More kan optreden als auteursrechtheb- bende voor zover het betreft commentaren of voor- en na- beschouwingen betreffende de Scandinavische sportcompeti- ties tegen inbreuken of onrechtmatige handelingen welke besloten liggen in het opnemen van hyperlinks die verwij- zen naar die competities.

Omroeporganisatie

4.77. C More maakt aanspraak op naburige rechten als omroeporganisatie. Gelet op de omschrijving van art. 1 aanhef en sub e) WNR voldoet C More vooralsnog aan de omschrijving van dat be- grip.

4.78. MyP2P stelt dat de uitzendingen van C More (of Canal+) niet als programma's kunnen worden aangemerkt; zie de memorie van antwoord sub 102.

4.79. Naar 's hofs voorlopig oordeel voldoet hetgeen C More uitzendt wel aan de omschrijving van art. 1 aanhef en sub i. WNR, nu uit de (in zoverre niet betwiste) stel- lingen van C More volgt dat hetgeen zij aanbiedt produc- ten betreft met beeld- en geluids inhoud, bedoeld om te worden uitgezonden en bestemd voor ontvangst door het al- gemene publiek of een deel daarvan.

4.80. MyP2P stelt dat de diverse sportuitzendingen niet worden verzorgd door C More, maar door Canal+, welke niet met C More is te vereenzelvigen. C More heeft echter gesteld dat zij uitzendingen verzorgt, onder het merk Ca- nal+. Dat is niet gemotiveerd door MyP2P betwist.

4.81. Onder verwijzing naar een vonnis van de Recht- bank 's-Gravenhage van 28 januari 2009, HAZA 06-2844, stelt MyP2P dat C More niet degene is die primair heeft uitgezonden en dus geen omroeporganisatie is.

4.82. MyP2P miskent dat genoemd vonnis op een andere rechtsvraag betrekking had, namelijk of sprake was van

"heruitzending" in de zin van art. 14a WNR. Uit het vonnis volgt niet dat allerlei omroeporganisaties (zowel de traditionele publieke omroepen als de commerciële omroepen, maar ook een organisatie als C More/Canal+) niet als omroeporganisatie kunnen worden aangemerkt op de enkele grond dat in verband met art. 14a WNR de kabelexploitant als "primaire" - en niet "secundaire" uitzender die toestemming nodig heeft - wordt aangemerkt.

4.83. Naar het voorlopig oordeel van het hof kan C More als omroeporganisatie in de zin van de WNR worden aangemerkt en komt haar uit dien hoofde een naburig recht toe op de door haar verzorgde programma's, uit welken hoofde zij tegen eventuele inbreuken kan optreden.

Tussenstand 6: C More kan optreden in haar hoedanigheid van omroeporganisatie als bedoeld in de WNR, tegen eventuele inbreuken op naburige rechten of tegen onrechtmatige handelingen welke besloten zouden kunnen liggen in het opnemen van hyperlinks die verwijzen naar wedstrijden in de Scandinavische competities.

Handelingen van MyP2P

4.84. Vervolgens komt aan de orde of MyP2P inbreuk heeft gemaakt op auteurs- of naburige rechten en zo neen, of zij dan anderszins onrechtmatig heeft gehandeld.

Peer to peer

4.85. Uit hetgeen partijen naar voren hebben gebracht en uit hetgeen in verband daarmee algemeen bekend is, volgt dat de technische omgeving waarin activiteiten als die van MyP2P zijn gesitueerd als volgt kan worden gekenschetst. Ook in de uitspraken Mininova sub 4.5 (26 augustus 2009, LJN BJ6008) en Pirate Bay sub 2.3-7 (22 oktober 2009, LJN BK1067) wordt een inzichtelijke uitleg gegeven omtrent de werkwijze en technische aspecten van een peer to peer netwerk.

4.86. Op het internet heeft elke aansluiting een uniek IP-adres. Het internet werkt met vastgestelde protocollen, welke maken dat, indien het correcte IP-adres wordt ingetoetst, contact gelegd kan worden met een andere computer. Vervolgens kunnen met die andere computer gegevens worden uitgewisseld.

Een hyperlink bestaat uit een vermelding op een website, vaak weergegeven in een andere kleur dan de hoofdtekst, waarvan het aanklikken hetzelfde effect heeft als het intoetsen van een compleet IP-adres. Aldus biedt een hyperlink een zoveel snellere en eenvoudiger methode om naar een andere website te gaan dan het omslachtige elke keer

moeten intoetsen van het volledige IP-adres, dat deze in de praktijk als een zelfstandige toegang tot andere websites of andere internetaansluitingen kan worden beschouwd.

Bij een eenvoudige hyperlink komt men op de hoofdpagina van de andere website welke in een nieuw venster wordt geopend; via die hoofdpagina kan men doorklikken - wederom via hyperlinks - naar een subpagina. Bij een deeplink op de oorspronkelijke website gaat men direct naar de relevante subpagina van de website welke men wil bezoeken. Bij een embedded link, tenslotte, wordt de nieuwe webpagina geopend op een wijze welke het doet voorkomen alsof deze deel uitmaakt van de oorspronkelijke pagina.

4.87. Het is voor een computergebruiker mogelijk om van bepaalde websites of webpagina's informatie (tekst, plaatjes, muziek) te downloaden, zodat deze als bestand op de eigen computer komt te staan.

Indien een andere internetgebruiker, ergens ter wereld, zulks toestaat (door het uploaden van bestanden) is het ook mogelijk om aldus ter beschikking gestelde gegevens (plaatjes, tekst, muziek) van de computer van die andere internetgebruiker op de eigen computer te downloaden en op te slaan.

4.88. Indien films, opnamen of live uitzendingen via het internet worden uitgezonden, wordt een continue stroom van gegevens doorgegeven; dan wordt gesproken van streaming. Op de hiervoor omschreven wijze kunnen ook films of andere opnamen door middel van streaming worden "binnengehaald" dan wel beschikbaar worden gesteld voor anderen.

4.89. Een signaal van een live uitzending (van bijv. een voetbalwedstrijd) komt gecodeerd binnen op de televisie of computer en wordt via de decoder gedecodeerd. Het is dan nog steeds een legaal signaal. Vervolgens kan het via extern verkregen software eventueel ontdaan worden van versleutelingprogramma's, zodat een ongecodeerd - door C More als illegaal gekwalificeerd - signaal wordt verkregen, welk signaal - beter gezegd: welke stroom van signalen - zich ervoor leent om verder verspreid te worden om derden in de gelegenheid te stellen dat signaal op hun computer af te spelen.

4.90. Er bestaan diverse vormen van "peer to peer"-software (peer: = "gelijke") welke individuele gebruikers kunnen downloaden. Deze software maakt het mogelijk om bestanden van andere computers te downloaden, en tegelijk leidt deze software ertoe dat de gebruiker van die computer andere afnemers toegang biedt tot (bepaalde aldus

aangeduide mappen op) zijn computer om daar plaatjes, muziek, tekst van te kopiëren; die gegevens worden dan dus ge-upload en door de andere gebruiker gedownload. En vice versa. Hetzelfde gebeurt mutatis mutandis met bestanden die via streaming kunnen worden afgespeeld.

4.91. Het via een peer to peer netwerk verkregen signaal is kwalitatief beter naarmate dat van verschillende bronnen tegelijk beschikbaar is. De peer to peer software maakt (kennelijk) dat de van diverse bronnen afkomstige signalen worden samengevoegd tot één krachtig signaal, zo begrijpt het hof.

4.92. Het hof begrijpt dat er diverse modellen van peer to peer netwerken bestaan; sommige zijn centralistisch georganiseerd, met een centrale server (zoals Napster), bij andere zijn alle deelnemende computers gelijkwaardig, en er bestaan mengvormen waarbij bepaalde computers (nodes) een rol vervullen als tussenstation; soms fungeert een beperkt aantal van die nodes als supernode, hetgeen dan weer neigt naar het centralistische model. Het hof begrijpt uit de stellingen van MyP2P dat haar netwerk functioneert volgens een niet gecentraliseerd model. Dit is niet gemotiveerd door C More betwist.

4.93. Iemand die de wens heeft via internet live een elders ter wereld ongecodeerd beschikbare wedstrijd te volgen, dient het exacte IP-adres te weten van de aanbieder, hetgeen in de praktijk ondoenlijk is. Hierin kan worden voorzien indien op een toegankelijke wijze zoveel mogelijk hyperlinks naar IP-adressen worden verzameld via welke men contact kan maken met die computers welke de gewenste live wedstrijd uitzending als stream aanbieden.

Werkwijze MyP2P

4.94. MyP2P houdt enkele websites in de lucht, welke een programmagids weergeven van allerlei sportwedstrijden die in de hele wereld worden gespeeld en live worden uitgezonden. Deze zijn op diverse manieren gerubriceerd: naar sport, land en tijdstip. Bij de vermelding van de individuele wedstrijden is steevast ook een hyperlink opgenomen, welke verwijst naar een website, webpagina of computer via welke die wedstrijd als ongecodeerde stream beschikbaar en te bekijken is. Daarbij zijn (al dan niet welbewust) ook hyperlinks die verwijzen naar computers welke doordat daarop peer to peer software is geïnstalleerd, deel uitmaken van een peer to peer netwerk.

Openbaarmaking door MyP2P

4.95. C More stelt dat MyP2P inbreuk heeft gemaakt op auteursrechten doordat MyP2P websites in de lucht houdt, waarop op gesystematiseerde, toegankelijke wijze een groot aantal hyperlinks wordt weergegeven welke toegang bieden tot ongecodeerde, illegale streams van live sportuitzendingen. Daarmee heeft MyP2P die streams beschikbaar gesteld voor het publiek en pleegt zij inbreuk op het auteursrecht van C More. In elk geval handelt MyP2P daarmee onrechtmatig, aldus C More.

4.96. MyP2P wijst erop dat zij niets anders doen dan het opnemen van hyperlinks, hetgeen niet verboden is en hetgeen niet als openbaarmaking geldt. Overigens verwijzen veel van die hyperlinks helemaal niet naar computers via welke illegale content wordt aangeboden, maar naar legale sites waarop vrije informatie wordt aangeboden. Zelf maakt zij niet openbaar, aldus MyP2P.

4.97. In dit verband is van belang, zie rov. 4.92 dat MyP2P onweersproken heeft gesteld dat haar netwerk is opgebouwd volgens een niet gecentraliseerd model.

4.98. MyP2P heeft ter onderbouwing van haar standpunt dat er geen sprake is van openbaarmaking verwezen naar de uitspraak Mininova; het hof kan daar thans aan toevoegen de reeds genoemde uitspraak Pirate Bay. Voorts heeft MyP2P verwezen naar het Duitse arrest Paperboy, BGH 17 juli 2003, I ZR 259/00. Ook naar het oordeel van het hof kunnen de handelingen van MyP2P niet worden aangemerkt als openbaarmaking. Voor de motivering verwijst het hof naar de genoemde uitspraken.

4.99. Afzonderlijke vermelding verdient de "embedded link". Het aanklikken van een externe hyperlink leidt er soms toe dat er een nieuwe website wordt geopend, althans een pagina van een nieuwe website, echter ingekaderd op een dusdanige wijze dat het lijkt alsof het gaat om een subpagina van de oorspronkelijke website. Dat is de "embedded link".

In de rechtspraak en juridische literatuur wordt betrekkelijk eensgezind aangenomen dat een embedded link wel een openbaarmaking inhoudt. Immers, het materiaal is dan te bekijken of beluisteren binnen de context van de website van degene die de link heeft geplaatst, waardoor diegene de vertoning van het achterliggende werk zozeer "voor zijn rekening neemt" dat dit niet meer als een enkele verwijzing is te beschouwen.

Niet is echter gebleken dat er Scandinavische sportwedstrijden via embedded links te zien zouden zijn geweest

en dat is door C More ook onvoldoende toegelicht. Ook uit kennisneming van prod. 36 blijkt dat niet. C More heeft als prod. 24 een rapport van B&W overgelegd, maar anders dan in dat rapport wordt vermeld blijkt uit de bijgevoegde screenshots niet dat er embedded op de website van MyP2P sportwedstrijden te zien zijn, en al helemaal niet wedstrijden uit de Elitserien- en SM-Liiga-competities.

Tussenstand 7: van openbaarmaking door MyP2P van auteursrechtelijk beschermd materiaal van C More (of van derden namens wie C More gemachtigd is op te treden) is niet gebleken.

Onrechtmatig handelen van MyP2P

4.100. C More heeft, als gezegd, haar vorderingen subsidiair gebaseerd op een door haar gesteld onrechtmatig handelen van MyP2P. Het gaat daarbij om:

- a) het uitlokken en/of profiteren van wanprestatie
- b) het omzeilen van technische beschermingsmaatregelen
- c) het structureel en systematisch faciliteren van inbreuk (door derden).

4.101. Ad a): dat MyP2P wanprestatie heeft uitgelokt is nergens uit gebleken. Het ligt integendeel voor de hand dat gebruikers zelf hebben besloten om te gaan zoeken welke mogelijkheden er zijn om gratis sportwedstrijden te zien, maar dan ligt het initiatief bij die gebruikers, en niet bij MyP2P. Voorts is het gebruik maken van wanprestaties, gepleegd door die gebruikers, in zijn algemeenheid niet onrechtmatig.

4.102. Ad b): het hof verwijst naar rov. 4.13 en 4.89. C More betitelt het omzeilen van de DRM-technologie als onrechtmatig. Aannemende dat zij daarin gelijk heeft, dan nog blijkt niet dat MyP2P zelf die beveiliging omzeilt. Wel verwijst zij op haar websites - meer in het bijzonder myp2pforum.eu - naar software en/of websites die behulpzaam kunnen zijn bij het omzeilen van die DRM-software, maar daarin ligt geen eigen onrechtmatige gedraging van MyP2P besloten. Het verwijzen naar hyperlinks waarop gegevens voorkomen welke met behulp van externe software zijn ontdaan van beveiligingssoftware is evenmin onrechtmatig.

4.103. Ad c): uit de hiervoor gegeven omschrijving van de werkwijze van peer to peer netwerken in het algemeen en van MyP2P in het bijzonder blijkt dat het structureel en systematisch faciliteren van het verkrijgen van elders op het internet beschikbare streams de hoofdtaak en be-

staansreden van MyP2P vormt. Indien blijkt dat MyP2P weet of moet begrijpen dat een substantieel deel van de aldus beschikbaar gemaakte streams uit auteursrechtelijk beschermd materiaal bestaat, moet haar handelen geacht worden mede daarop te zijn gericht. In dat geval kan haar handelen ook als onrechtmatig worden gekwalificeerd, omdat in dat geval zij een sleutelpositie inneemt bij het over en weer verspreiden van beschermd materiaal; weliswaar verspreidt zij dat dan niet zelf, maar zonder haar medewerking (of die van een vergelijkbare website) zou de verspreiding feitelijk onmogelijk zijn.

Was bekend dat via het peer to peer netwerk auteursrechtelijk beschermd materiaal werd uitgezonden

4.104. Het hof acht van algemene bekendheid - in de media, zowel de klassieke media als kranten, radio en tv als de nieuwe media zoals internet wordt hieraan veel aandacht besteed - dat voor een aantal producten (muziek, in het bijzonder in mp3-formaat, computerspelletjes, software, films en opnames van sportwedstrijden) bij consumenten een grote belangstelling bestaat om daarvan gratis te kunnen genieten, terwijl bij de makers daarvan een even grote wens bestaat om hun inspanningen met een geldelijke vergoeding gehonoreerd te zien. De namen Napster, Kazaa, Pirate Bay, Bittorrent genieten in dat verband bij het hierin geïnteresseerde publiek grote bekendheid. Het hof acht reeds in zijn algemeenheid niet goed denkbaar dat MyP2P zich niet zou hebben gerealiseerd dat bij het in stand houden van een peer to peer netwerk een niet gering deel van het gegevensverkeer juist betrekking zal hebben op de door de gebruikers zo vurig gewenste gratis bestanden, zulks terwijl de makers van die bestanden daarvoor even vurig juist betaald wensen te worden. De grote peer to peer netwerken bestaan bij de gratie van aantrekkelijke gratis verkrijgbare bestanden en dat weet ook MyP2P.

4.105. Voorts valt het op dat op de websites van MyP2P waarschuwingen voorkomen dat materiaal dat verwijst naar de Nederlandse Eredivisie voetbalcompetitie verwijderd zal worden. Dit is kennelijk het gevolg van aangezegde of ingestelde rechtsmaatregelen. Het kan niet anders dan dat MyP2P zich bewust is van de mogelijkheid dat er illegale content via haar netwerk wordt verspreid, zodat het hof daarvan uit gaat.

Tussenstand 8: MyP2P heeft onrechtmatig gehandeld jegens C More (althans jegens degenen namens wie C More gemachtigd is op te treden) door structureel en systematisch te faciliteren dat materiaal waarop C More (althans derden

namens wie C More gemachtigd is op te treden) auteursrechten of naburige rechten had, meer in het bijzonder betreffende uitzendingen van de Scandinavische sportcompetities, in een peer to peer netwerk werd verspreid.

4.106. MyP2P verwijst in dit verband naar haar "notice and takedown" procedure. Gegeven de uitleg van C More biedt deze echter geen adequate voorziening. Kenmerkend voor live sportuitzendingen is immers de actualiteit; de NTD-procedure kost zoveel tijd dat het belang daarbij niet meer aanwezig is tegen de tijd dat die procedure geëffectueerd kan worden.

4.107. MyP2P heeft nog in het kader van grief 5 betoogd dat C More geen spoedeisend belang heeft omdat MyP2P bereid was met C More in overleg te treden om tot vrijwillige beperking te komen. De mededelingen van MyP2P op haar websites na de voor haar gunstig verlopen procedure in eerste aanleg geven alle aanleiding voor de veronderstelling dat MyP2P niet goedschiks bereid is tot het nemen van afdoende maatregelen.

4.108. Dat MyP2P er niet toe in staat zou zijn de wedstrijden waarop C More doelt te filteren is niet geloofwaardig. MyP2P kan ook Eredivisie voetbalwedstrijden filteren. Waarom dan de Scandinavische sportwedstrijden niet gefilterd zouden kunnen worden valt niet in te zien.

4.109. MyP2P heeft gesteld dat zij geen links van het forum kan verwijderen. Waar zij echter dit forum beheert, althans als gerechtigde tot de domeinnaam het in haar macht heeft de beheersregelingen van dat forum zó aan te passen dat zij daarop invloed kan uitoefenen, komt de gestelde omstandigheid dat zij de links op dat forum niet zou kunnen verwijderen voor haar rekening en risico.

Vorderingen C More

4.110. C More heeft diverse vorderingen ingesteld, sommige strekkend tot veroordeling met onmiddellijke ingang na betekening, andere na het verstrijken van een periode van 10 dagen. De aard van het bedrijf van MyP2P brengt echter met zich dat een "zich onthouden" een daadwerkelijke activiteit van MyP2P impliceert (dus niet enkel een niet-doen), zodat het hof voor de meeste toe te wijzen vorderingen een termijn van 10 dagen zal hanteren. Hiervoor is reeds overwogen dat alleen vorderingen tegen MyP2P BV toewijsbaar zijn, en dat het enkel gaat om de domeinnamen myp2p.nl, myp2p.eu, myp2p.us en myp2pforum.eu. Daarmee zijn effectief de bij akte tot

vermeerdering van eis ingestelde aanvullende eisen niet meer aan de orde.

4.111. Het hof verwijst naar de vorderingen zoals ingesteld bij inleidende dagvaarding.

4.112. Vordering sub 1. is niet toewijsbaar, omdat MyP2P zelf niets openbaar maakt, althans zulks is in dit kort geding niet gebleken.

4.113. Vordering sub 2 is toewijsbaar, in de hierna te geven vorm.

4.114. Vordering sub 3. is te onbepaald om voor toewijzing in kort geding in aanmerking te komen. Dit geldt te meer omdat reeds uit de onderhavige procedure blijkt dat C More veel meer rechten claimt dan zij - vooralsnog - kan waarmaken. Toewijzing van deze deelvordering herbergt dan bij voorbaat een zeer groot risico van executiegeschillen in zich.

4.115. Vordering sub 4. is niet toewijsbaar. Lang niet alle content op de websites van MyP2P is illegaal; dat blijkt althans niet. Slechts voor een deel van die content is aannemelijk dat er sprake is van inbreuk op enig auteursrecht of naburig van C More (of van degenen namens wie C More optreedt). Toewijzing van deze vordering zou inhouden dat alle content, ook de legale content of de content waartoe C More (of van degenen namens wie C More optreedt) niet gerechtigd is, onbereikbaar wordt.

4.116. Ook voor vordering sub 5. geldt dat er een risico bestaat op executiegeschillen, aangezien er verschil van mening zal ontstaan nopens de vraag of een bepaalde uitzending een "C More"-uitzending is. Dit valt evenwel niet geheel te vermijden.

4.117. Vordering sub 6 betreft de dwangsom. De door C More voorgestelde formulering (€ 75.000,-- per dag of deel daarvan dan wel € 50.000,-- per overtreding, zulks te harer keuze) vraagt om executieproblemen. Het hof zal een dwangsom vaststellen van € 20.000,-- per dag, met een maximum van € 250.000,--. Dat moet voldoende effectief zijn.

Kostenveroordeling

4.118. Het hof zal alle kosten toerekenen aan de procedure tussen C More en MyP2P. Aangezien de vordering uiteindelijk wordt toegewezen op basis van het commune recht en niet op basis van het recht inzake intellectuele eigendom is een volledige kostenveroordeling als bedoeld in

art. 1019h Rv. niet aan de orde. worden uitgesproken. C More heeft MyP2P niet ten onrechte in rechte heeft betrokken en uit haar opstelling genoegzaam blijkt dat zij goedschiks niet tot het treffen van afdoende maatregelen bereid en/of in staat was, ook al worden de vorderingen slechts zeer ten dele toegewezen. Mitsdien zal MyP2P in de proceskosten worden veroordeeld.

5. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis, waarvan beroep;

wat de vorderingen betreft, zoals ingesteld tegen MyP2P Management & Beheer BV, MyP2P Holding BV, en B. Jurjus:

wijst de vorderingen af;

veroordeelt C More in de kosten van het geding aan de zijde van MyP2P Management & Beheer BV, MyP2P Holding BV en B Jurjus, tot heden in beide instanties begroot op nihil;

wat de vorderingen betreft, zoals ingesteld tegen PMyP2P BV:

gebiedt MyP2P BV om met ingang van 10 dagen na betekening van dit arrest te staken en gestaakt te houden het - met behulp van de domeinnamen myp2p.nl, myp2p.eu, myp2p.us, myp2pforum.eu of anderszins - ter beschikking stellen van links, al dan niet via andere netwerken, naar uitzendingen van C More, in verband met de Allsvenskan voetbalcompetitie en de Elitserien en SM-Liiga ijshockeycompetities;

gebiedt MyP2P BV om indien - na ommekomst van de hiervoor genoemde periode van 10 dagen - op haar websites nieuwe links naar genoemde uitzendingen van C More verschijnen, binnen 4 uur na een daartoe strekkend verzoek van C More al die links naar C More uitzendingen (in verband met voornoemde competities) van haar websites myp2p.nl, myp2p.eu, myp2p.us of myp2pforum.eu of enige andere door MyP2P BV beheerde website te verwijderen en verwijderd te houden;

bepaalt dat MyP2P BV ten gunste van C More een dwangsom zal verbeuren van € 20.000,-- voor elke dag (of deel daarvan) dat zij nalatig blijft aan deze geboden te voldoen, met dien verstande dat zij in totaal niet meer aan dwangsommen zal verbeuren dan € 250.000,--;

veroordeelt MyP2P BV in de kosten van dit geding in beide instanties, in eerste aanleg begroot op € 262,-- plus € 109,78 aan verschotten en € 1.170,-- voor salaris ten behoeve van de advocaat, en in hoger beroep op € 1.050,-- plus € 85,97 aan verschotten en € 2.682,-- voor salaris ten behoeve van de advocaat;

verklaart deze uitspraak uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. Brandenburg, Huijbers-Koopman en Struik en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 12 januari 2010.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geïntim.:

Mr. Ph.C.M. van der Ven

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 12-01-2010

Peromodiryo