

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 434569 / HA ZA 09-2443

Vonnis van 28 september 2011

in de zaak van

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

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
NEWS-SERVICE EUROPE B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
NEWS-SERVICE CONSUMERS B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagden,
advocaat mr. A.P. Meijboom.

Partijen zullen hierna Brein en NSE c.s. (afzonderlijk NSE en NSC) genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - het tussenvonnis van deze rechtbank van 12 mei 2010;
 - de conclusie van repliek met de producties 22, 24B en 37 tot en met 49;
 - de conclusie van dupliek met de producties 15 tot en met 19;
 - het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 24 mei 2011 en de daarin genoemde nadere producties.

- 1.2. Ten slotte is wederom vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Brein is een stichting die zich blijkens de artikelen 3.1 en 3.2 van haar statuten ten doel stelt de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie te bestrijden en te dien einde de belangen te behartigen van de rechthebbenden op de informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan. Zij doet dit in het bijzonder door het handhaven, het

bevorderen en het verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten. Brein tracht dit doel onder meer te bereiken door het voeren en doen voeren van rechtsgedingen ter bescherming van de rechten en belangen van haar aangeslotenen en de leden van die aangeslotenen, waarbij Brein zowel ter verwezenlijking en bescherming van haar doel als ten behoeve van haar aangeslotenen en de leden van die aangeslotenen op eigen naam in rechte kan optreden.

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

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

2.4. Het Usenet is onderdeel van het Internet en – eenvoudig gezegd – een wereldwijd technologisch platform voor het uitwisseling van berichten. Het Usenet bestaat uit een reeks discussiegroepen (newsgroups) met namen die van oudsher hiërarchisch zijn geïnclassificeerd naar onderwerp. De berichten, zogenaamde articles (artikelen) of posts (samen news genoemd), zijn voorzien van een eigen unieke message-ID. Deze ID wordt automatisch gegenereerd bij het middels uploaden plaatsen van het bericht door een gebruiker (in dat geval ook wel "poster" genoemd) op een server. Wordt door een server van NSE een bericht ontvangen, dan wordt dit eenmalig uitgewisseld met de servers van andere USP's waarmee de server van NSE wereldwijd in verbinding staat. Dit wordt synchronisatie genoemd. Middels synchronisatie ontvangt NSE ook berichten van andere servers. Deze berichten worden net als de berichten die door gebruikers van NSE worden geplaatst, op de servers van NSE opgeslagen. NSE gebruikt een spamfilter, genaamd Cleanfeed, dat binnenkomende tekstberichten controleert op herhaalde patronen en dubbele berichten en dat bekende spamming sites en domeinen herkent aan de hand van de zogenoemde Breidbart Index. Usenet wordt (inmiddels) gebruikt voor verschillende doeleinden, zoals het met behulp van teksten discussiëren over onderwerpen, maar ook (steeds meer) voor het verspreiden van berichten die afbeeldingen, beelden, geluid en/of software bevatten. Films en muziek zijn via het Usenet op eenvoudige wijze te downloaden. Er is een protocol ontwikkeld (RFC 1154) waarbij binaire bestanden (waarin een speelfilm, muziektrack of bijvoorbeeld een game is vervat) op de computer van de gebruiker met behulp van software worden opgesplitst en gecodeerd in een groot aantal alfanumerieke artikelen, die vervolgens (middels uploaden) op het Usenet worden gezet. De verzameling artikelen die tot stand komt door de codering van een binair bestand wordt een binary genoemd. De alfanumerieke artikelen kunnen door een andere gebruiker worden verzameld en kunnen vervolgens softwarematig aan elkaar worden geplakt en gedecodeerd, ten einde het oorspronkelijke binaire bestand te verkrijgen. De betreffende software is gratis voorhanden op het internet.

Er zijn diverse zoekmachines en softwareapplicaties die het de gebruiker (consument) gemakkelijk maken (aan de hand van het Message ID) de muziek of de speelfilm van hun keuze (ofwel de verzameling alfanumerieke artikelen die de muziek of speelfilm belichamen) op het Usenet te vinden.

2.5. Het hangt van het business model van de klant van NSE af hoe deze de toegang tot de Usenet nieuwsgroepen aanbiedt. Die klant kan een internet service provider (ISP) zijn die de toegang opneemt in het pakket van diensten dat de consument voor het reguliere internet abonnement krijgt, dan wel de door NSE verzorgde Usenet dienst als aanvullend product tegen bijbetaling aanbiedt. De klant kan ook een zogenoemde reseller zijn, die de toegang als primair product aanbiedt. De reseller verkoopt aan consumenten abonnementen die toegang geven tot de bestanden op de servers van NSE. In beide gevallen wordt de consument in staat gesteld om met behulp van een zogenoemde newsreader (bijvoorbeeld de gratis beschikbare applicatie Grabit) content van de servers van NSE te downloaden. De consument die een abonnement afsluit bij een reseller van NSE, krijgt als gebruiker rechtstreeks toegang tot de servers van NSE. De artikelen die middels uploaden en synchronisatie bij NSE worden aangeboden komen binnen op zogenoemde feederservers en worden van daaruit direct overgezet naar de spoolservers. Via een wiskundig algoritme worden de artikelen over de spoolservers verdeeld. De artikelen komen op die manier op de spoolservers terecht in een soort wachtrij (de queue), waarbij de laatste artikelen, bij het vollopen van de queue, de oudste artikelen als het ware wegduwen. Op die spoolservers staan derhalve alle artikelen (zowel tekstbestanden als binaire bestanden) die NSE middels uploaden en middels synchronisatie binnenkrijgt. De tijd dat een artikel op de spoolservers van NSE staat wordt de retentietijd genoemd. Deze bedroeg bij NSE ten tijde van de laatste zitting in deze zaak 400 dagen. Een speciaal open source programma 'Diablo' kopieert de artikelen die zijn 'geadresseerd' aan een tekstnieuwsgroep vanuit de feederservers tevens naar aparte nieuwsgroepservers die als een back-up fungeren. De retentietijd op die servers ligt beduidend hoger dan de retentietijd op de spoolservers. Daarnaast worden van alle 'headers' (de 'kop' aan het begin van een bestand, die de inhoud van het bestand beschrijft) van de artikelen kopieën gemaakt, die op afzonderlijke back-up servers worden opgeslagen. Deze back-up wordt gebruikt als een overzicht van alle artikelen die binnen een bepaalde nieuwsgroep worden opgevraagd. Deze headers hebben (in verhouding tot de retentietijd van de artikelen op de spoolservers) een beperkte retentietijd.

2.6. Op de website van NSE staat/stond onder andere de volgende tekst:

Why News-Service.com

Reliable service – Because we are used to offer our services to the wholesale market, our services are very reliable. Our system is fully redundant, which results in a very high uptime (99.99%).

Speed – With direct connections to major Internet Exchange Points and to various tier 1 carriers we can offer the fastest possible speed.

Comprehensive support – News-Service.com offers friendly and responsive technical support by email and by phone. This support is being offered, not by a call center, but by our own, in-house, engineers. In addition our Customer Portal offers you various monitoring tools.

Completion and retention – Because of our built-in redundancy, we can offer a completion as high as 99%+. We offer a retention of 160+ days (including multi-parts binaries) and a text retention of approximately 3 years.

Spam prevention – We use spamfilters in an effort to keep the data on Usenet as clean as possible. Plus we filter all content uploaded by your customers to save you time dealing with spam complaints.

Newsgroup management – To provide a good quality, we don't carry 100.00+ newsgroups. We only carry newsgroups with real content and don't carry thousands of newsgroups which only contain spam. If you miss a certain newsgroup, just notify us and we will add that group.

2.7. NSE heeft op enig moment na 6 april 2009 een zogenaamde Notice and Takedown-procedure (hierna: NTD) ingevoerd. Ook heeft zij met andere Usenet providers overleg gevoerd en hen aangeboden om de NTD van NSE te gebruiken of als inspiratie voor het opstellen van een eigen NTD te gebruiken. Op enig moment voorafgaand aan de tweede zitting op 24 mei 2011, heeft NSE ook een zogenoemde Fast Track Procedure geïntroduceerd. Deze procedure geeft bepaalde partijen het recht om direct – zonder tussenkomst van NSE – onrechtmatige artikelen van de servers van NSE te verwijderen.

3. Het geschil

3.1. Brein vordert - samengevat en na wijziging van eis - voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. een verklaring voor recht dat NSE c.s. inbreuk maakt op auteursrechten en naburige rechten van bij Brein aangeslotenen indien zij reproducties geheel of gedeeltelijk (doet) vastleggen op servers met het oog op het ter beschikking stellen daarvan aan derden in het kader van Usenet diensten, zonder dat daartoe toestemming van de rechthebbende(n) is verkregen;
2. een verklaring voor recht dat NSE c.s. inbreuk maakt op auteursrechten en naburige rechten van bij Brein aangeslotenen indien zij reproducties geheel of gedeeltelijk ter beschikking stelt aan derden in het kader van Usenet diensten, zonder dat daartoe toestemming van de rechthebbende(n) is verkregen;
3. een verklaring voor recht dat NSE c.s. hoofdelijk aansprakelijk is jegens Brein en de rechthebbenden, waaronder de aangeslotenen, voor de ten gevolge van de inbreukmakende handelingen geleden schade en gehouden is tot afdracht van de ingevolge die handelingen genoten winst;
4. een tot binaries beperkt (inbreuk)verbod;
5. een dwangsom van € 50.000,00 per dag voor het geval niet aan het bevel onder punt 4 wordt voldaan;
6. een opgavenverplichting op straffe van een dwangsom;
7. hoofdelijke veroordeling in de volledige kosten van de procedure, als bedoeld in artikel 1019h Rv.

3.2. Brein is in het tussenvonnis niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen jegens NSC, zodat in het navolgende (slechts) de vorderingen voor zover deze tegen NSE gericht zijn, aan de orde komen.

3.3. NSE c.s. voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

De verklaringen voor recht

4.1. De rechtbank stelt voorop dat, in het kader van de diverse vorderingen en hetgeen Brein daaraan ten grondslag legt, onderscheid moet worden gemaakt tussen de diverse handelingen die NSE verricht. In het kader van het uploaden plaatsen gebruikers alfanumerieke artikelen op de feederservers van NSE. De artikelen staan daar blijkens het verhandelde ter zitting slechts kortstondig ("een korte flits"). De artikelen worden vervolgens automatisch geplaatst op de spoolservers van NSE. Vanaf die servers zijn de artikelen (thans gedurende zo'n 400 dagen) beschikbaar voor klanten van de resellers van NSE, die de betreffende artikelen vanaf die server kunnen downloaden. Daarnaast biedt NSE de nieuw binnengekomen artikelen in het kader van het synchronisatieproces aan andere USP's aan. Deze artikelen worden in het kader van dit synchronisatieproces naar de servers van die andere Usenetproviders geupload. Als deel van dit synchronisatieproces worden artikelen die op de servers van andere Usenetproviders zijn gepost weer aan NSE toegezonden en (via de feederservers) op de spoolservers van NSE geplaatst. Als niet (althans onvoldoende) weersproken staat vast dat ongeveer 5% van de content die de gebruikers van NSE (de klanten van haar resellers) downloaden afkomstig is van gebruikers van NSE zelf. Ongeveer 95% van de artikelen op haar servers heeft NSE in het kader van synchronisatie ontvangen van andere USP's.

4.2. De beide onder 1 en 2 van het petitum gevorderde verklaringen voor recht zien in de eerste plaats op auteursrechtinbreuk. De verklaringen voor recht zijn ruim geformuleerd en zijn gegrond op de stelling van Brein dat wat NSE doet auteursrechtinbreuk oplevert, hetzij omdat sprake is van handelen in strijd met het aan de auteursrechthebbende voorbehouden verveelvoudigingsrecht (vordering 1), hetzij omdat sprake is van strijd met het aan de auteursrechthebbende voorbehouden openbaarmakingsrecht (vordering 2). De rechtbank zal de vorderingen aldus benaderen en zal onderzoeken of NSE aan de auteursrechthebbenden voorbehouden handelingen verricht. Daarbij zal het hiervoor gemaakte onderscheid (voor zover door Brein aan haar stellingen ten grondslag gelegd) worden aangehouden. De rechtbank gaat er voorts vanuit dat de gevorderde verklaringen voor recht - nu het debat daarop gericht is geweest en het inbreukverbod zich daartoe beperkt - enkel betrekking hebben op binaries. De beide verklaringen voor recht zijn naast de Auteurswet (hierna: Aw) tevens gegrond op de Wet naburige rechten (hierna: Wnr). Het partijdebat is hierop niet afzonderlijk gericht geweest. Het verveelvoudigingsrecht en het openbaarmakingsbegrip in de Aw en de Wnr verschillen voor zover hier van belang echter niet van elkaar. De rechtbank zal in navolging van het partijdebat in het navolgende om die reden enkel spreken over de Auteurswet en auteursrechthebbenden.

Alfanumerieke bestanden geen werk?

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

Dit geldt ook voor het openbaarmakingsbegrip. Bij het openbaarmakingsbegrip gaat het erom of het werk op een of andere manier ter kennisneming van het publiek wordt gebracht. Het gaat hierbij om het op dusdanige wijze beschikbaar stellen van het werk dat dit voor de leden van het publiek op een voor hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk wordt gemaakt. Middels het beschikbaar stellen van de alfanumerieke artikelen waarin het werk is vervat, is dat het geval. De leden van het publiek (in dit geval de gebruikers die toegang tot Usenet hebben) hebben weliswaar software nodig om de artikelen weer aan elkaar te plakken en te decoderen, maar die software is gratis voorhanden op het internet. De gebruikers van Usenet zullen die software hebben geïnstalleerd en eenmaal geïnstalleerd, is het een kwestie van een paar klikken alvorens van het betreffende werk kennis kan worden genomen. Dit verschilt in zoverre niet wezenlijk van de koper van een dvd, die thuis een dvd-speler zal hebben om zijn dvd af te spelen. Anders dan gesteld door NSE kan bedoelde software niet worden gezien als een professionele uitrusting als aan de orde in het arrest Lagardère.¹

Verveelvoudiging?

4.4. De onder 1 gevorderde verklaring voor recht ziet op het (doen) vastleggen van artikelen op servers met het oog op het ter beschikking stellen daarvan aan derden. Hierbij onderscheidt Brein tenminste twee momenten waarop de beschermde werken worden verveelvoudigd. Dit is het moment waarop de artikelen die de beschermde werken bevatten binnenkomen (bij het plaatsen op de feederservers) en het moment waarop vervolgens de artikelen gekopieerd worden naar de spoolservers (door Brein 'opslagserver' genoemd). De rechtbank heeft geen aanknopingspunten dat er nog andere servers zijn waarop gedurende langere of kortere tijd artikelen die (delen van) beschermde werken bevatten worden opgeslagen. De beoordeling beperkt zich derhalve tot genoemde twee momenten.

¹ HvJEG van 14 juli 2005, zaak C-192/04, NJ 2006/467.

4.5. Het verweer van NSE komt er (afgezien van het onder 4.3 weerlegde verweer dat zij enkel alfanumerieke bestanden op haar servers heeft staan) op neer dat de reproducties die zij maakt "tijdelijke reproducties" betreffen van voorbijgaande aard als bedoeld in artikel 13a Aw. Blijkens die bepaling wordt onder een verveelvoudiging niet verstaan de tijdelijke reproductie van voorbijgaande of incidentele aard die een integraal en essentieel onderdeel vormt van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel:

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

van een werk mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezit.

4.6. De reactie van Brein op dit beroep op de exceptie van artikel 13a Aw beperkt zich ertoe dat NSE geen verkeer tussen internetgebruikers faciliteert omdat zij zelf de content naar de spoolservers kopieert en vanaf die servers ter beschikking stelt. Daarnaast wordt gewezen op de retentietijd (inmiddels 400 dagen). NSE laat de content volgens Brein zo lang op haar servers staan als zij wil.

4.7. De rechtbank gaat hier voorbij aan het betoog van Brein voor zover dat inhoudt dat NSE artikelen "ter beschikking stelt" oftewel openbaar maakt. Het openbaar maken en het verveelvoudigen zijn twee te onderscheiden voorbehouden handelingen. Artikel 13a Aw ziet niet op het openbaarmakingsrecht (het ter beschikking stellen van beschermde werken), maar op het verveelvoudigingsrecht (het reproduceren).

De rechtbank passeert ook het betoog van Brein dat geen sprake zou zijn van de doorgifte in een netwerk "tussen derden door een tussenpersoon" nu NSE niet als tussenpersoon gezien zou kunnen worden. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, vermag de rechtbank niet in te zien dat en waarom de reproductiehandelingen die Brein noemt, niet zien op de doorgifte in een netwerk tussen derden waarbij NSE als tussenpersoon fungeert.

4.8. Brein voert tevens aan dat sprake is van een reproductie die niet van "voorbijgaande of incidentele aard" is. De retentietijd van (inmiddels) 400 dagen staat daaraan in de weg. De rechtbank begrijpt dat dit betoog ziet op de reproducties op de spoolservers. De beoordeling van de rechtbank zal zich daartoe beperken.

4.9. De rechtbank stelt voorop dat blijkens de Memorie van Toelichting het doel van artikel 13a Aw is om kopieën die slechts een technisch en functioneel doel hebben, buiten het bereik van het auteursrecht te houden. De gedachte was daarbij om met name internetproviders te vrijwaren van auteursrechtelijke aansprakelijkheid voor het doorgeven van beschermde werken aan gebruikers. Voorkomen dient echter te worden dat artikel 13a Aw tot een uitholling van de auteursrechten van de betrokkenen leidt. De afzonderlijke voorwaarden die artikel 13a Aw noemt, dienen dat doel. Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat wanneer niet is voldaan aan één van deze voorwaarden, de reproductiehandeling niet op grond van artikel 13a Aw is uitgezonderd van het verveelvoudigingsrecht.² Bovendien moeten bedoelde voorwaarden, gelet op het feit dat artikel 13a Aw een uitzondering maakt op het hoge niveau van bescherming dat de AuRI aan auteurs beoogt te garanderen, eng

² Zie met betrekking tot artikel 5 lid 1 AuRI in die zin: HvJEG van 16 juli 2009, zaak C-5/08, *Infopaq*, IER 2009/78, m.nt., punt 56.

worden uitgelegd, waarbij tevens acht moet worden geslagen op de rechtszekerheid van de auteurs wat de bescherming van hun werken betreft.³

4.10. Bij de uitleg van het begrip 'tijdelijke reproducties van voorbijgaande aard' is van belang dat deze reproducties een technisch procedé, waarvan zij een integraal en essentieel onderdeel vormen, mogelijk moeten maken. De reproductiehandelingen moeten daarom niet verder gaan dan noodzakelijk is voor de goede werking van dit technisch procedé. Voor de rechtszekerheid voor de auteursrechthebbenden is vereist dat het bewaren en het wissen van de reproductie niet afhankelijk is van een willekeurige menselijke interventie, namelijk van de gebruiker van de beschermde werken. In punt 33 van de considerans van de AuRI worden voorbeelden genoemd van handelingen die hieraan voldoen (browsing en caching). Het Hof van Justitie komt in het arrest Infopaq op grond van de hiervoor genoemde 'uitgangspunten' tot het oordeel dat een reproductie slechts van voorbijgaande aard is als bedoeld in artikel 5 lid 1 AuRI wanneer de levensduur ervan is beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de goede werking van het betrokken technisch procedé. Het moet gaan om een geautomatiseerd, technisch procedé, zodat een bestand zonder menselijke interventie en binnen een korte tijdspanne wordt gewist, zodra het zijn functie om dit procedé mogelijk te maken heeft vervuld. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. De reproducties op de spoolserver blijven daarop (op dit moment) 400 dagen staan. Daar komt bij dat dit het geval is ongeacht of (en hoeveel) gebruikers de betreffende reproductie opvragen, terwijl NSE de retentietijd middels het uitbreiden van haar serverpark kan verhogen (en verhoogt). Waar de retentietijd bij aanvang van deze procedure nog 220 dagen was, bedroeg deze ten tijde van het laatste pleidooi zoals gezegd 400 dagen. De opslag van artikelen op de spoolservers van NSE is derhalve niet van voorbijgaande aard.

4.11. Nu van een tijdelijke reproductie van voorbijgaande aard geen sprake is, kan NSE zich niet op goede gronden beroepen op de uitzondering van artikel 13a Aw voor zover dit de reproducties op haar spoolservers betreft. De conclusie van het voorgaande is dat de onder 1 gevorderde verklaring voor recht kan worden toegewezen voor zover NSE artikelen met daarin vervat de beschermde werken van bij Brein aangesloten geheel of gedeeltelijk vastlegt op haar spoolserver, met het oog op het ter beschikking stellen aan derden van die werken, uitvoeringen en/of fonogrammen in het kader van Usenet Diensten, zonder dat daarvoor toestemming is verkregen van de rechthebbenden op die werken, uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films.

4.12. De verklaring voor recht kan ook worden toegewezen voor zover deze ziet op een gedeeltelijke vastlegging (van enkele artikelen). Ook delen van een auteursrechtelijk werk kunnen een gedeeltelijke reproductie vormen indien een dergelijk fragment (het artikel) een bestanddeel van het werk omvat dat als dusdanig uitdrukking geeft aan de eigen intellectuele schepping van de auteur.⁴

4.13. Voor de artikelen die op de feederservers binnenkomen, geldt dat deze 'in een flits' worden overgezet naar de feederservers. Zonder nadere toelichting - die zoals gezegd ontbreekt - vermag de rechtbank niet in te zien dat en waarom hier geen sprake zou zijn van een tijdelijke reproductie van voorbijgaande aard. De onder 1 gevorderde verklaring voor

³ Infopaq, punt 59.

⁴ Vgl. Infopaq, punt 48.

recht zal daarom worden afgewezen voor zover deze ziet op de reproducties op de feederservers.

Openbaarmaking?

4.14. Wat het openbaarmakingsbegrip (en de tweede verklaring voor recht) betreft, stelt Brein dat NSE op twee momenten openbaar maakt. Dit is het geval op het moment dat gebruikers artikelen opvragen (en via downloaden ontvangen) van de spoolservers van NSE (door Brein Content Database genoemd) als ook op het moment waarop artikelen door de verschillende USP's worden uitgewisseld in het kader van het synchronisatieproces. Zij wijst er daarbij op dat de reproducties vanaf de servers van NSE ter beschikking van haar gebruikers worden gesteld. NSE heeft op eigen initiatief besloten een database met content samen te stellen en deze uit te baten door de content op aanvraag aan gebruikers ter beschikking te stellen. NSE bepaalt welke content op haar servers wordt opgeslagen en voor hoe lang (thans 400 dagen), terwijl het NSE is die feitelijk de knop kan omzetten, dat wil zeggen degene is die het ter beschikking stellen en verzenden van de content kan staken. Het is NSE die de content op genoemde momenten naar de gebruiker, dan wel de andere USP's verzendt. NSE weet dat haar dienst voor een belangrijk deel draait op de populariteit van de muziek, films, televisieprogramma's en games die worden aangeboden en zij weet voorts dat die muziek, films, televisieprogramma's en games die van de spoolservers worden gedownload op grond van de Aw alleen door of met toestemming van de rechthebbenden mogen worden verkocht.

4.15. Met betrekking tot de verzending van content aan de andere USP's benadrukt Brein dat ook in zoverre sprake is van een mededeling aan het publiek. Niet gezegd kan worden dat de kring van USP's te klein en te bepaald is (vergelijk in die zin *Lagardère*),⁵ zoals door NSE naar voren wordt gebracht.

4.16. Ook kan volgens Brein niet gezegd worden dat NSE niet openbaar maakt omdat zij enkel de fysieke faciliteiten ter beschikking stelt om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten. Zodra er sprake is van meer dan het enkel ter beschikking stellen van faciliteiten, is sprake van een mededeling door NSE. Dit kan door het ter beschikking stellen van software, maar ook kennis van de feitelijke inhoud van de mededelingen aan het publiek kan leiden tot de conclusie dat sprake is van een mededeling van NSE. Dat is volgens Brein het geval. NSE bepaalt wat er wel en wat er niet wordt opgeslagen en voor hoelang, waarbij zij berichten in tekstnieuwsgroepen langer opslaat dan binaries. Ze filtert op spam en garandeert dat 99% van de downloads lukt en zorgt derhalve dat er geen corrupte bestanden in zitten. De content wordt op de computers van NSE beschikbaar gehouden om deze op een later tijdstip op aanvraag van gebruikers ter beschikking te stellen. NSE zorgt vanaf haar servers voor doorgifte van de content, aldus steeds Brein.

4.17. NSE meent dat zij niet openbaar maakt. Zij wijst erop dat degene die louter een technisch platform aanbiedt door middel waarvan derden eventueel inbreuk op het auteursrecht kunnen plegen niet (mede) openbaar maakt. De bemoeiing van NSE met de inhoud gaat niet verder dan het geautomatiseerd weren van spam. Zij gebruikt daartoe een spamfilter (Cleanfeed) dat een standaard open source programma voor Usenet is. Alleen tekstberichten worden gecontroleerd op herhaalde patronen en dubbele berichten. Bekende

⁵ HvJEG van 14 juli 2005, zaak C-192/04 (*Lagardère Active Broadcast/SPRE*), Jur. 2005 blz. I-7199.

“spammingsites” en domeinen worden herkend aan de hand van de zogenoemde Breidbart Index. Op inhoud kan en wordt niet gefilterd. NSE biedt alle artikelen aan en maakt geen selectie. NSE kan daarmee op één lijn worden gesteld met een ISP, waarover in de jurisprudentie al is geoordeeld dat deze niet openbaar maakt. Ook de synchronisatie levert volgens NSE geen openbaarmaking op, omdat een beperkte kring van personen (de andere USP’s) de via synchronisatie verstuurd artikelen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen. Volgens het Hof van Justitie kan de kring van USP’s niet als “publiek” worden beschouwd omdat zij te klein en te bepaald is, aldus steeds NSE.

4.18. De rechtbank stelt voorop dat onder de openbaarmaking van een werk ingevolge artikel 12 lid 1 onder 1 Aw mede wordt verstaan de openbaarmaking van een verveelvoudiging, alsmede dat het begrip ‘openbaarmaking’ van art. 12 Aw tenminste moet beantwoorden aan het begrip ‘mededeling aan het publiek’ van artikel 3 AuRI.⁶ Blijkens punt 23 van de considerans van de AuRI moet aan het recht van de auteur om mededeling van werken aan het publiek te doen een ruime betekenis worden gegeven. Dit recht omvat: *iedere mededeling (...) die aan niet op de plaats van oorsprong aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling.*

Voorts is van belang punt 27 van de considerans, waarin het volgende tot uitdrukking wordt gebracht:

De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zichzelf geen mededeling in de zin van deze richtlijn.

4.19. In de punten 31 en 32 van het arrest SGAE/Rafael Hoteles,⁷ waarin het ging om doorgifte van televisieprogramma’s door een hoteleigenaar naar de hotelkamers, heeft het Hof van Justitie benadrukt dat de AuRI van toepassing is op alle mededelingen van beschermde werken aan het publiek en dat het begrip ‘publiek’ een communautair begrip is. Onder punt 37 overweegt het hof dat het woord ‘publiek’ ziet op een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers. Het hof verwijst daarbij naar punt 31 van zijn arrest in de zaak Lagardère. Die verwijzing duidt erop dat het HvJEG aan het woord ‘publiek’ in art. 3 AuRI eenzelfde uitleg geeft als aan ‘publiek’ in art. 1 lid 2, onder a, van de “Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel” (Pb L 248 van 6 oktober 1993), waarvan de uitleg aan de orde was in het arrest Lagardère. Bovengenoemde uitleg van het begrip ‘publiek’ is daarmee bepalend voor de richtlijnconforme uitleg van het begrip ‘openbaarmaking’ in art. 12 Aw.

4.20. Brein heeft, in reactie op het verweer van NSE, inhoudende dat ingevolge het arrest Lagardère bij het synchroniseren geen sprake is van een nieuw publiek, niet anders betoogd dan dat dit arrest in het onderhavige geval toepassing mist. Uit de voorgaande overweging volgt dat dit onjuist is. Brein betwist niet als zodanig dat - als het arrest Lagardère toepassing vindt - de andere USP’s niet als een nieuw publiek kunnen worden aangemerkt omdat deze een te kleine en te bepaalde kring vormen en zij de in het kader van de

⁶ HR 19 juni 2009, NJ 2009/290, *Buma/Chellomedia*, r.o. 2.3.

⁷ HvJEG van 7 december 2006, zaak C-306/05 (*SGAE/Rafael Hoteles*), Jur. 2006 biz. I-11519, LJV BF9316.

synchronisatie verzonden artikelen enkel met gespecialiseerde apparatuur kunnen ontvangen.

4.21. De rechtbank is gelet op het voorgaande van het oordeel dat het ervoor moet worden gehouden dat NSE, voor zover zij artikelen in het kader van het synchronisatieproces aan andere USP's ter beschikking stelt, niet (mede) openbaar maakt, omdat geen sprake is van een nieuw publiek.

4.22. De volgende vraag die moet worden beantwoord, is of NSE openbaar maakt voor zover zij vanaf haar servers artikelen aan gebruikers ter beschikking stelt, of dat zij in dat geval niet meer doet dan het feitelijk ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten ten einde een mededeling mogelijk te maken of te verrichten en aldus niet in strijd met het auteursrecht handelt.

4.23. Dit punt werd ook in de zaak SGAE/Rafael Hoteles aangesneden. Het Hof overweegt in SGAE/Rafael Hoteles in dit verband als volgt:

45 Met betrekking tot de vraag of de installatie van televisietoestellen in hotelkamers op zich een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, dient te worden benadrukt dat in de zevenentwintigste overweging van de considerans van deze richtlijn overeenkomstig artikel 8 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht wordt verklaard dat „de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn is”.

46 Ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties, waarbij naast het hotel gewoonlijk ondernemingen zijn betrokken die in de verkoop of de verhuur van televisietoestellen zijn gespecialiseerd, als zodanig geen mededeling in de zin van richtlijn 2001/29, toch kan deze installatie de toegang van het publiek tot de uitgezonden werken technisch mogelijk maken. Indien het hotel door middel van de aldus beschikbaar gestelde televisietoestellen het signaal doorgeeft aan de gasten die in zijn kamers verblijven, gaat het derhalve om een mededeling aan het publiek, zonder dat behoeft te worden nagegaan, welke techniek van doorgifte van het signaal is gebruikt.

4.24. Hieruit volgt dat, zodra er iets meer is dan de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties, sprake kan zijn van een mededeling in de zin van de richtlijn. NSE gaat naar het oordeel van de rechtbank verder dan de (strikte) terbeschikkingstelling van fysieke faciliteiten ten einde mededelingen mogelijk te maken of te verrichten. Hierbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de situatie waarbij de artikelen die NSE ter beschikking stelt afkomstig zijn van een gebruiker die de artikelen uploadt naar de servers van NSE en de situatie waarin deze artikelen afkomstig zijn van andere USP's. De rechtbank overweegt daartoe als volgt, waarbij zij eerst zal ingaan op het geval dat een gebruiker artikelen op de feederservers van NSE plaatst.

(1) Beschikbaar stellen aan gebruikers vanaf de spoolservers

4.25. Als een gebruiker (afnemer van een reseller van NSE) artikelen uploadt naar de feederservers van NSE, worden de artikelen ('in een flits') geplaatst op de spoolserver, alwaar zij gedurende de retentietijd van 400 dagen blijven staan en voor de abonnees van de resellers van NSE ter beschikking staan. NSE stelt weliswaar dat zij daarbij alle artikelen doorgeeft, alsmede dat alle artikelen in de spoolservers terecht komen, maar dit laat onverlet dat zij bij binnenkomst van de artikelen een onderscheid maakt tussen de tekstartikelen en de binaries. Zo maakt zij van de tekstartikelen een kopie die zij op aparte servers plaatst,

zodat - ook nadat de retentietijd verstreken is - de betreffende tekstartikelen kunnen worden geraadpleegd. Daarnaast heeft NSE invloed op de duur van de terbeschikkingstelling van de artikelen omdat zij de retentietijd beïnvloedt. NSE stelt dat de retentietijd een volledig automatisch proces is, maar door haar serverpark te vergroten, vergroot zij de retentietijd. Zij zorgt er op die wijze voor dat de binaries langer toegankelijk zijn voor de abonnees van haar resellers. Het gegeven dat de retentietijd gedurende de onderhavige procedure is vergroot van 220 naar 400 dagen (en op het moment van het schrijven van dit vonnis mogelijk alweer is uitgebreid) is in dit verband veelzeggend. Dit gaat verder dan de Europese regelgever voor ogen heeft gehad. Het gaat ook verder dan voor een goede en ongestoorde werking van het internet noodzakelijk is. Het tegendeel lijkt zelfs het geval. Zo wijst NSE er bijvoorbeeld op dat een langere retentietijd het snel genereren van een overzicht belemmert. Om die reden plaatst NSE de headers op een aparte server. Gelet op het voorgaande passeert de rechtbank het verweer van NSE dat zij niet openbaar maakt, omdat zij enkel de fysieke faciliteiten ter beschikking stelt om een mededeling (een openbaarmaking) mogelijk te maken of te verrichten.

(2) Beschikbaar stellen aan gebruikers in het kader van het synchronisatieproces

4.26. Het voorgaande geldt ook voor zover sprake is van het op de spoolservers ter beschikking houden van artikelen die NSE via het synchronisatieproces van andere USP's heeft ontvangen. In aansluiting op hetgeen de rechtbank onder 4.21 van dit vonnis heeft overwogen, wordt de synchronisatie niet als openbaarmaking beschouwd. NSE plaatst echter de middels synchronisatie ontvangen artikelen op haar spoolservers en stelt ze aldus ter beschikking aan een nieuw publiek (de gebruikers van haar resellers). Daarmee doet NSE mededelingen aan het publiek als bedoeld in artikel 3 van de richtlijn. Dat het synchronisatieproces voortvloeit uit een protocol en NSE als USP geacht wordt zich aan dat protocol te houden, leidt niet tot een ander oordeel.

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

Aansprakelijkheid NSE

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

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

4.30. Dit verweer van NSE slaagt. Uit HR 13 oktober 2006, JOR 2006/296, m.nt. (*Stichting Vie d'Or*) volgt dat het bij een collectieve actie als bedoeld in artikel 305a BW niet toegestaan is om een verklaring voor recht te vorderen inhoudende dat schadeplichtigheid bestaat tegenover individuen. Een dergelijke verklaring voor recht komt er in feite op neer dat wordt verzocht de omvang van de schadevergoedingsverplichting

jegens ieder van de individuele rechthebbenden vast te stellen. Die vaststelling kan niet geschieden zonder te treden in de beoordeling van de concrete omstandigheden van elk geval. Dat is in het onderhavige geval niet anders. De enkele stelling van Brein dat het onrechtmatig handelen aan NSE is toe te rekenen en tegenover iedere rechthebbende onrechtmatig is, leidt niet tot een ander oordeel. Ook in een geval als het onderhavige, waarin auteursrechten en naburige rechten aan de orde zijn, zal in ieder concreet geval moeten worden getoetst aan vereisten als schade(omvang), causaal verband en schuld. Zo kunnen in individuele gevallen bijvoorbeeld 'eigen schuld' of het geven van (impliciete) toestemming een rol spelen.

4.31. Voor zover tevens wordt gevorderd voor recht te verklaren dat NSE jegens Brein aansprakelijk is voor de geleden schade, heeft te gelden dat Brein niet stelt dat en waarom NSE jegens haar aansprakelijk is en/of welke schade zij lijdt dan wel heeft geleden. Brein stelt wel dat NSE jegens haar onrechtmatig handelt, maar zonder nadere toelichting – die ontbreekt – ziet de rechtbank niet in waarom dit het geval is.

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

Verbod

4.33. Uit het voorgaande vloeit voort dat NSE verveelvoudigt en openbaar maakt in de zin van de Aw zonder dat zij daarvoor toestemming heeft gekregen van de rechthebbenden. Het onder punt 4 van het petitum gevorderde verbod is gelet daarop toewijsbaar voor zover NSE binaries op haar spoolservers opslaat waarin auteursrechtelijk beschermde werken, dan wel uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films zijn belichaamd. Het verbod kan ook worden toegewezen voor zover NSE bedoelde binaries vanaf haar spoolservers ter beschikking stelt aan haar gebruikers.

4.34. Het gevorderde verbod is ruimer dan de hiervoor bedoelde verveelvoudigingen en openbaarmakingen. Brein vordert immers in algemene zin een verbod op het ter beschikking stellen van binaries aan derden in het kader van Usenet diensten. Daaronder valt ook het verzenden van binaries aan andere USP's. De vraag resteert derhalve of een verbod ook in zoverre gerechtvaardigd is, omdat het in het kader van het synchronisatieproces versturen van artikelen naar andere USP's onrechtmatig handelen oplevert door NSE. Dat is het geval indien NSE handelt in strijd met de jegens de rechthebbenden (de bij Brein aangesloten) in acht te nemen zorgvuldigheid.

4.35. Niet in geschil is dat Usenet het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken een stuk eenvoudiger maakt. Voor uploaders is het aantrekkelijk om die werken op het Usenet te zetten omdat daarmee het publiek beter wordt bereikt. Dit is in casu des te meer het geval nu NSE de uploader in staat stelt zijn artikelen anoniem op de feederservers van NSE te plaatsen.

4.36. De rechtbank stelt voorts vast dat een zeer groot deel van de binaries illegale content bevat. Brein heeft gemotiveerd gesteld dat dit het geval is. Ter onderbouwing van haar stelling heeft zij onder andere een eigen onderzoek overgelegd. Zij heeft onderzocht of de meest verkochte entertainment content op bol.com ook van de servers van NSE kon worden gedownload. Dit bleek in 92% van de albums, 89% van de dvd's en 89% van de games het geval. Daarnaast heeft Brein een rapport van TNO overgelegd van 21 april 2009. Dit betreft een onderzoek naar de al dan niet rechtmatigheid van bestanden die op een zoekprogramma voor Usenet (FTD) toegankelijk worden gemaakt middels nzb-links. Uit dat onderzoek kwam naar voren dat 81.8% van alle titels illegaal en niet-corrump was. Ook heeft Brein een verklaring van dr. Richard Waterman overgelegd van 19 februari 2009 uit een Amerikaanse procedure. Hij concludeert als volgt:

I estimate that 94.17% of the content files available for download from the identified Music Newsgroups on Usenet.com are not authorized for free distribution on Usenet.com. The identity or authorization status of 3.94% of the available files is unknowable.

Het had gelet op de onderbouwing die Brein aan haar stellingen geeft op de weg van NSE gelegen haar betwisting eveneens nader te onderbouwen met eigen onderzoeken. Dit heeft zij niet gedaan. Zij beperkt zich ertoe te stellen dat de door Brein overgelegde onderzoeken niet representatief zijn. De rechtbank volgt NSE daarin niet. De rechtbank ziet geen aanleiding om eraan te twifelen dat hetgeen voor artikelen (binaries) op het Usenet in algemene zin geldt, ook geldt voor de artikelen die de gebruikers (uploaders) op de feederservers van NSE plaatsen en daarmee voor de artikelen die NSE in het kader van het synchronisatieproces aan andere USP's aanbiedt. De rechtbank acht voldoende aannemelijk dat NSE op de hoogte was/is van het feit dat de binaire bestanden overwegend illegale content bevatten. De rechtbank wijst in dit verband op de procedures die er inzake FTD zijn gevoerd, maar ook op de door Brein overgelegde artikelen en advertenties op onder andere de websites van resellers van NSE en in de tijdschriften Tips & Trucs en Computer Totaal, met teksten als:

“Altijd de nieuwste films. Download ze razendsnel van usenet.”

“Op usenet worden dagelijks ontzettend veel nieuwe films aangeboden.”

“Download complete albums. Heel eenvoudig via Bittorrent en usenet.”

NSE betoogt weliswaar dat genoemde artikelen en advertenties niet van haar afkomstig zijn, maar zij voert niet aan dat zij hiermee onbekend was en evenmin dat de inhoud daarvan niet juist is.

4.37. Niet in geschil is voorts dat NSE met het aanbieden van haar diensten geld verdient. Zij doet dit middels het sluiten van contracten met haar resellers. Als zodanig is door NSE niet betwist dat een abonnement bij (een reseller van) NSE onder andere juist interessant is vanwege de beschikbaarheid van speelfilms die nog in de bioscoop moeten uitkomen en/of nog niet op DVD zijn verschenen, alsmede door de grote mate van zekerheid dat de gewenste entertainment titel beschikbaar is. De grote hoeveelheid beschikbare titels wordt bereikt doordat de diverse USP's in het kader van de gemaakte synchronisatie-afspraken de nieuwe berichten (waaronder binaire bestanden) die gebruikers op hun servers hebben gepost met elkaar uitwisselen. Aldus faciliteert NSE het uitwisselen van inbreukmakende informatie op het usenet (en het internet).

4.38. Doordat de servers van NSE permanent bereikbaar zijn en zij meerdere malen per dag artikelen aanbiedt in het kader van het synchronisatieproces, is het aan NSE verweten handelen als structureel/stelselmatig te beschouwen. Door het illegaal, zonder toestemming of betaling, uploaden wordt niet alleen de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende om

te beslissen of en onder welke omstandigheden hij zijn werk aan het publiek wil openbaren aangetast, maar blijft hij bovendien verstoken van de betaling die hij voor het verlenen van zijn toestemming voor die openbaarmakingshandeling had kunnen bedingen. In zoverre stelt Brein op goede gronden dat de rechthebbenden nadeel ondervinden van het illegaal uploaden. Van een Notice and Take Down (NTD) procedure valt in dit specifieke geval niet veel te verwachten. NSE biedt meerdere keren per dag de nieuw op haar servers geplaatste artikelen aan. Voordat rechthebbenden zich ervan bewust zijn dat er artikelen met illegale content op de servers van NSE zijn geplaatst en eer zij de NTD in gang kunnen zetten, zullen de betreffende artikelen al aan de andere USP's zijn aangeboden. De door NSE genoemde Fast Track procedure biedt in zoverre evenmin uitkomst.

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

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

4.41. De rechtbank ziet aanleiding het gebod te versterken met een dwangsom, zoals gevorderd onder punt 5 van het petitum. De rechtbank zal deze dwangsom maximeren.

Proceskosten

4.42. Nu partijen in deze procedure over en weer in het gelijk en het ongelijk zijn gesteld, ziet de rechtbank aanleiding de kosten te compenseren, in die zin dat beide partijen de eigen kosten dragen.

Uitvoerbaarheid bij voorraad

4.43. NSE heeft verzocht om met het oog op de proportionaliteit dit vonnis, bij toewijzing van het onder punt 4 van het petitum gevorderde verbod, niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De rechtbank ziet in de gevolgen die haar vonnis voor NSE heeft geen aanleiding dit vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De belangen van de bij Brein aangeslotenen dienen hier, mede gelet op het feit dat zo'n 80 tot 90% van de binaries

illegale content bevat, zwaarder te wegen dan de gevolgen die het verbod voor NSE heeft. Ten einde NSE in de gelegenheid te stellen mogelijk passende maatregelen te treffen (zoals wellicht het in overleg met Brein plaatsen van een filter), zal de rechtbank de termijn waarbinnen NSE uiterlijk aan dit verbod dient te voldoen stellen op vier weken na betekening van dit vonnis.

5. De beslissing

De rechtbank

1. verklaart voor recht dat NSE inbreuk maakt op de auteursrechten op werken en de naburige rechten op uitvoeringen, fonogrammen en eerste vastleggingen van films van de bij Brein aangesloten, indien NSE binaries met daarin vervat bedoelde beschermde werken, uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films geheel of gedeeltelijk vastlegt op haar spoolservers, met het oog op het ter beschikking stellen van die binaries aan derden zonder dat daarvoor toestemming is verkregen van de rechthebbenden op de werken, uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films welke in die binaries zijn belichaamd;
2. verklaart voor recht dat NSE inbreuk maakt op de auteursrechten op werken en de naburige rechten op uitvoeringen, fonogrammen en eerste vastleggingen van films van de bij Brein aangesloten, indien zij binaries waarin de betreffende werken, uitvoeringen, fonogrammen of eerste vastleggingen van films zijn belichaamd geheel of gedeeltelijk vanaf haar spoolservers aan de abonnees van haar resellers ter beschikking stelt;
3. gebiedt NSE binnen vier weken na betekening van dit vonnis, te staken en gestaakt te houden:
 - het vastleggen op haar spoolservers van binaries die (delen van) beschermde werken en/of uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films van bij Brein aangesloten belichamen, met het oog op het ter beschikking stellen van die binaries aan derden en zonder dat daarvoor toestemming is verkregen van de betreffende bij Brein aangesloten rechthebbenden;
 - het ter beschikking stellen aan derden in het kader van Usenet diensten van binaries die (delen van) beschermde werken en/of uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films van bij Brein aangesloten belichamen, zonder dat daarvoor toestemming is verkregen van de betreffende bij Brein aangesloten rechthebbenden;
4. veroordeelt NSE aan Brein een direct opeisbare dwangsom te voldoen van € 50.000,00 per dag of gedeelte van de dag na afloop van de onder 3. genoemde termijn van 4 weken, dat zij niet volledig aan het onder 3 bedoelde gebod voldoet, dit met een maximum van € 1.000.000,00;
5. verklaart het gebod en de daaraan gekoppelde dwangsom uitvoerbaar bij voorraad;
6. compenseert de kosten in die zin dat beide partijen de eigen kosten dragen;
7. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.W. van Straalen, mr. B.M. Vroom - Cramer en
mr. I.H.J. Konings en in het openbaar uitgesproken op 28 september 2011.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

