

Ex Parte verzoekschrift ex artikel 1019e Rv
tot het treffen van een onmiddellijke voorziening bij voorraad

EBIS:

Aan de Edelachtbare Vrouwe/Heer
Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage

Ingekomen bij de griffie op:

09 JUNI 2017

Rechtbank Den Haag,
Team Administratie Civiel HAZ HAQ

Verzoekster:

De stichting **STICHTING BREIN**, statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Hoofddorp, gemeente Haarlemmermeer, (hierna "**BREIN**"), voor deze zaak domicilie kiezende te (2132 WT) Hoofddorp, gemeente Haarlemmermeer, aan het adres Siriusdreef 22-28, ten kantore van mr. B.R.J. van Ramshorst, welke door Verzoekster tot advocaat wordt gesteld en als zodanig zal optreden;

verzoekt de Voorzieningenrechter om op grond van art. 1019e van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ("Rv.") een onmiddellijke voorziening bij voorraad te geven op het bij dit verzoekschrift gedane verzoek, om tegen de nader te noemen gerkwestreerde een bevel uit te vaardigen teneinde inbreuken op rechten van intellectuele eigendom van bij BREIN aangesloten partijen en hun leden te beëindigen en verdere inbreuken te voorkomen, zonder de nader te noemen gerkwestreerde op te roepen.

Gerkwestreerde is:

„, geboren op ., tevens handelend onder de naam ‘
”, wonende te . (hierna
"Gerkwestreerde");

Deze zaak wordt behandeld door:

Mr. B.R.J. van Ramshorst,
Siriusdreef 22-28
2132 WT Hoofddorp

Tel: 023 – 799 78 70

Fax: 023 – 799 77 20

E-mail: vanramshorst@stichtingbrein.nl

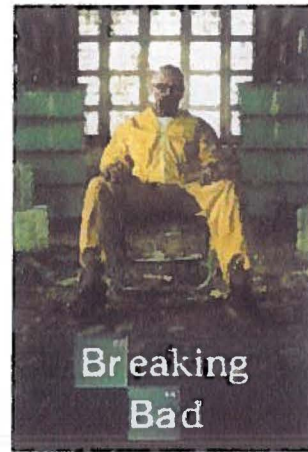
Inhoudsopgave

I. INLEIDING	3
I.1 KERN VAN DE ZAAK	3
II. FEITEN.....	4
II.1 BREIN	4
II.2 ACTIVITEITEN VAN GEREKWESTREERDE.....	5
II.3 DE DOOR GEREKWESTREERDE AANGEBODEN INBREUKMAKENDE WERKEN	8
III. GRONDSLAGEN VERZOEKEN.....	9
III.1 AANBIEDEN VOORAF GEÏNSTALLEERDE MEDIASPELERS MET KENNIS EN WINSTOOGMERK IS INBREUK OP AUTEURS- EN NABURIGE RECHTEN.....	9
IV. OVERIGE	12
IV.1 VERWEER GEREKWESTREERDE.....	12
IV.2 SPOEDEISEND BELANG EN ONHERSTELBARE SCHADE.....	13
IV.3 BEWIJS	13
IV.4 BEVOEGDHEID.....	14
V. WESHALVE.....	15

I. INLEIDING

I.1 Kern van de zaak

1. Dit verzoek is erop gericht een onmiddellijke voorziening bij voorraad te verkrijgen tegen Gerekwestreerde, die op grote schaal TV Boxen verkoopt met vooraf geïnstalleerde software die verwijzingen bevat naar films en TV-series uit ongeautoriseerde bronnen waarvoor Gerekwestreerde gericht reclame maakt met uitingen zoals *Gratis film en serie kijken zonder abonnement!; onbeperkt GRATIS films en series bekijken; Het is eigenlijk een soort super size Netflix, maar dan gratis.*
2. BREIN heeft recentelijk geconstateerd dat Gerekwestreerde op grote schaal TV Boxen verkoopt via marktplaats.nl en hier mee door blijft gaan nadat diverse advertenties (van aliassen) van Gerekwestreerde van marktplaats.nl verwijderd werden door BREIN. Met deze spelers zijn zeer recent uitgebrachte films, zoals *Arrival* (2016, Paramount), de op dit moment in Nederland louter in de bioscoop beschikbare film “*Logan*” (2017, Marvel/Twentieth Century Fox) en bijvoorbeeld alle 62 afleveringen van de 5 seizoenen van “*Breaking Bad*” (2008, Sony Pictures) te bekijken. Dit zijn stuk voor stuk beschermde werken in de zin van de Auteurswet en Wet op de Naburige Rechten.



3. Met dit handelen maakt Gerekwestreerde zich schuldig aan directe auteursrechtinbreuk, identiek aan de situatie van ‘Filmspeler’ in het arrest van het Hof van Justitie EU¹. Het ter beschikking stellen van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermde werken door middel van het ongeautoriseerd aanbieden van spelers waarop vooraf software is geïnstalleerd die verwijst naar illegale werken, betreft een ongeoorloofde openbaarmaking en vormt derhalve een inbreuk op de auteurs- en naburige rechten van de rechthebbenden. Het overgrote merendeel van deze rechthebbenden wordt vertegenwoordigd door BREIN. BREIN heeft een spoedeisend belang om met onmiddellijke ingang een einde te maken aan deze inbreukmakende activiteiten teneinde verdere onherstelbare schade te voorkomen. Gezien de grote schaal en mate van professionaliteit van de inbreuk, heeft BREIN gegronde vrees dat Gerekwestreerde dit handelen zal continueren. BREIN heeft er dan ook recht op en belang bij dat Gerekwestreerde op straffe van een dwangsom wordt gelast iedere verdere inbreuk op de rechten van BREIN’s aangeslotenen en hun leden te staken en gestaakt te houden.

¹ Zie HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15 (BREIN / Filmspeler)

II. FEITEN

II.1 BREIN

4. Stichting BREIN heeft als doel de collectieve bestrijding van auteursrechtinbreuken. BREIN heeft in de afgelopen jaren veelvuldig in rechte opgetreden tegen het ongeautoriseerd aanbieden van entertainmentcontent op het internet, met name ten behoeve van haar aangeslotenen.
5. De aangeslotenen van BREIN bestaan uit makers inclusief uitvoerende kunstenaars enerzijds en producenten, uitgevers en distributeurs anderzijds. De werkterreinen zijn muziek, film en tv, boeken, beeld en games. In het bestuur van BREIN nemen (vertegenwoordigers van) muzik auteurs, artiesten, beeldende kunstenaars, fotografen, tekstschrijvers, scenaristen en regisseurs, uitgevers, collectieve beheersorganisaties, omroepen, muziek- en filmproducenten zitting. De Nederlandse en internationale (leden van de) aangeslotenen van BREIN (zie **productie 1**)² vertegenwoordigen tezamen het leeuwendeel van de rechten die er wereldwijd op commercieel beschikbare entertainmentcontent bestaan en op de Nederlandse markt beschikbaar zijn. Speerpunten van BREIN's beleid zijn: handhaving tegen illegaal aanbod door afsluiten of blokkering van diensten en aanpak met 'boete' van uploaders; staking dienstverlening door allerhande tussenpersonen en hun ongeautoriseerd handelende klanten en afgifte identificerende gegevens van beheerders en uploaders; voorlichtende waarschuwingen aan illegale gebruikers via hun internet providers.
6. De statuten van BREIN (zie tevens **productie 1**) vermelden als doelstelling in artikel 3.1: *"het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van haar aangeslotenen, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin."*
7. Krachtens artikel 3.2 sub c en f van diezelfde statuten is BREIN in de ruimste zin van het woord bevoegd tot: *"het voeren en doen voeren van rechtsgedingen ter bescherming van de rechten en belangen van haar aangeslotenen en de leden van die aangeslotenen en ter verkrijging van vergoeding van de door dezen ten gevolge van de onrechtmatige exploitatie van informatie te lijden schade, waarbij de Stichting, 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."*
8. BREIN is dan ook ingevolge haar statuten in samenhang met art. 3:305a BW, bevoegd om vorderingen als de onderhavige in te stellen ten behoeve van de aangeslotenen en hun leden, tevens auteursrechthebbenden. (hierna tevens: "Belanghebbenden"). BREIN maakt regelmatig gebruik van dit recht onder meer in ex parte procedures als de onderhavige.³

² Deze lijst staat tevens voor iedereen toegankelijk op de website van BREIN:

<http://stichtingbrein.nl/aangeslotenen.php>

³ Zie bijvoorbeeld de volgende gepubliceerde ex parte beschikkingen, waarbij BREIN verzoekster was:

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-verbod-tegen-aanbod-iptv-streaming-abonnementen>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-verbod-tegen-streaming-via-facebook-live-bioscoop>

II.2 Activiteiten van Gerekwestreerde

9. Gerekwestreerde heeft een handel via postorder en aan huis in consumentenelektronica en biedt via <https://www.marktplaats.nl>⁴ op dit moment via tenminste 16 advertenties mediaspelers aan die voorzien zijn van software met directe links naar ongeautoriseerde content en verkoopt deze spelers voor € 49,99 per speler. Deze spelers, of 'settopboxen' kunnen rechtstreeks worden aangesloten op internet en op een televisie om zo illegale films en TV-series te bekijken.
10. In het Filmspeler-arrest van het Hof van Justitie EU waren de feiten identiek aan die van het onderhavige geval⁵:

“15 Wullems biedt op meerdere websites, waaronder zijn eigen website www.filmspeler.nl, verschillende modellen van een mediaspeler te koop aan. Deze mediaspeler, die onder de aanduiding „filmspeler” wordt verkocht, is randapparatuur die als een medium fungeert tussen een bron van beeld en/of geluidssignalen enerzijds, en een televisie anderzijds.

16 Wullems heeft op deze speler open source software geïnstalleerd, die het mogelijk maakt vanuit een eenvoudig bedienbare grafische schil (user interface) via menustructuren bestanden af te lezen en hierop, zonder wijzigingen aan te brengen, op internet verkrijgbare en door derden gemaakte add-ons geplaatst, waarvan enkele specifiek linken naar websites waarop beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden ter beschikking worden gesteld van internetgebruikers.

17 Deze add-ons bevatten links die, wanneer zij met behulp van de afstandsbediening van deze mediaspeler worden geactiveerd, doorverwijzen naar door derden beheerde streamingwebsites, waaronder enkele met toestemming van rechthebbenden toegang bieden tot digitale content, terwijl andere toegang bieden tot dergelijke content zonder toestemming van rechthebbenden. De add-ons dienen er met name toe de gewenste inhoud op te halen van streamingwebsites en deze middels een eenvoudige klik op te starten op de door Wullems verkochte mediaspeler wanneer die is aangesloten op een televisie.

18 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, heeft Wullems de „filmspeler” aldus aangeprezen dat daarmee met name gratis en eenvoudig op een televisiescherm

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-bevel-tegen-verkoper-van-ereaders-met-illegale-ebooks-via-marktplaats-nl>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-aanbod-van-hyperlinks-naar-streams-op-place2use-achter-een-pay-wall-is-ie-inbreuk>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-bevel-tegen-forum-beheerder-die-zijn-usenet-uploads-deelt>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/brein-schikt-met-bittorrent-uploader-en-ongelicenseerde-internetradio-dj>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/inbreuk-op-auteursrecht-door-ruim-1500-uploads-van-tv-series>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-tegen-usenet-uploader-en-spotter>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-tegen-delen-op-facebook-van-muziekuploads-in-cyberlocker>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/inbreuk-door-grootschalig-uploaden-en-tegelijk-spotten>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/releasegroup-van-torrentuploaders-2lions-team-schikt-met-brein>

<http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-uploaden-naar-en-kickasstorrents-en-seeden-is-auteursrechtinbreuk>

⁴ <https://www.marktplaats.nl/>

⁵ Zie HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15 (*BREIN / Filmspeler*) ov 15-18

op internet toegankelijk audiovisueel materiaal kon worden bekeken zonder toestemming van de auteursrechthebbenden.”

11. Gerekwestreerde verkoopt via marktplaats.nl met onder meer de volgende wervende advertentieteksten:

Gratis film en serie kijken zonder een abonnement!

(zie tevens **productie 2**)

12. Gerekwestreerde heeft kennis van en bepaalt en beheert zelf de illegale *build*, of configuratie, van de software op de hardware die zij verkoopt. Met deze configuratie worden illegale films en TV-series ontsloten.
13. Gerekwestreerde was op Marktplaats voorheen onder vijf andere aliassen met in totaal 72 andere advertenties actief. De aliassen ‘ ’ (20 advertenties), ‘ ’ (17 advertenties), ‘ ’ (11 advertenties), ‘ ’ (4 advertenties) en ‘ ’ (20 advertenties) hadden telkens dezelfde contactgegevens,
(zie **productie 3**).
14. Gerekwestreerde heeft op 16 mei 2017 tenminste zeven e-mails van Marktplaats ontvangen waarin wordt uitgelegd dat de advertenties verwijderd zijn in verband met een verzoek daartoe van BREIN vanwege inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. De inhoud van deze e-mail van Marktplaats is als volgt:

➤ Marktplaats

Beste Marktplaats-gebruiker,

Om het gebruik van Marktplaats zo eenvoudig en prettig mogelijk te houden hebben wij regels opgesteld. Op deze manier kunnen we de site zo schoon mogelijk houden.

Een eigenaar van intellectuele eigendomsrechten heeft ons in een ondertekende verklaring laten weten dat met uw advertentie inbreuk wordt gemaakt op een auteursrecht, handelsmerk of ander recht. Om die reden hebben wij uw advertentie moeten verwijderen.

Zoals is bepaald in onze [gebruiksvoorwaarden](#), zijn advertenties die inbreuk maken op intellectuele eigendomsrechten, zoals auteursrecht en merkenrecht, niet toegestaan op Marktplaats. Dergelijke advertenties worden door de wet verboden en zijn ook volgens onze beleidsregels niet toegestaan. Wanneer dit herhaaldelijk voorkomt kan u de toegang tot Marktplaats worden ontzegd.

Is deze advertentie ten onrechte verwijderd? Heeft u vragen over het verwijderen van deze advertentie? Neem dan direct contact op met de eigenaar van de intellectuele eigendomsrechten via brein@stichtingbrein.nl. Wij raden u aan deze e-mail mee te sturen, zodat de eigenaar van de intellectuele eigendomsrechten weet over welke advertentie het gaat.

15. Ook op basis van deze meldingen heeft Gerekwestreerde daadwerkelijke kennis van haar voortdurende inbreukmakende handelingen.
16. Aangezien Gerekwestreerde door blijft gaan onder haar huidige alias (16 advertenties) heeft BREIN na in contact te zijn getreden met Gerekwestreerde om een proefaankoop te doen, haar naam, rekeningnummer en adres ontvangen. Met deze gegevens is door BREIN een uittreksel uit de Basisregistratie Personen opgevraagd bij de **productie 4** die op 18 mei 2017 bij BREIN binnen kwam. Bij dit verzoekschrift is dit BRP-uittreksel met betrekking tot Gerekwestreerde gevoegd in **productie 4**.

Graag €56,95 overmaken op de rekening
, op naam van

Nadat ik het geld heb ontvangen zal ik de mediabox opsturen. U krijgt dan gelijk een bericht met hierin een track and trace code zodat u uw mediabox kunt volgen. Ik hoor graag uw adres en als u het geld overgemaakt heeft. Bedankt alvast en als u nog vragen heeft dan hoor ik dat graag.

mvg

11:07

Ik heb trouwens sinds kort nieuwere mediaboxen die zijn iets sneller en met de nieuwste android 6. Die kosten ook 45 euro.

mvg

12:30

- Op 29 mei 2017 heeft BREIN een proefaankoop gedaan bij Gerekwestreerde die op 31 mei 2017 is geleverd.

II.3 De door Gerekwestreerde aangeboden inbreukmakende werken

- Gerekwestreerde levert daadwerkelijk waarvoor zij adverteert, zo heeft BREIN na de proefbestelling vastgesteld. BREIN heeft van één voorgeïnstalleerde *add-on*, genaamd 'Exodus', in de categorie 'Most Populair' vastgelegd welke titels er op de eerste pagina verschijnen, indien er wordt gekeken onder films en TV-series. De schermafbeeldingen van de in totaal 78 titels die te bekijken zijn met deze speler zijn te vinden in **productie 5**.
- Al deze door Gerekwestreerde aangeboden werken die worden ontsloten door de verkoop van deze speler, worden niet met toestemming van de rechthebbenden aangeboden. Van de 78 titels is er in **productie 6** een overzicht te vinden van rechthebbenden. Te zien is dat het merendeel behoort tot (leden van) aangesloten van BREIN (de MPAA).
- De losse films en afleveringen van TV-series die Gerekwestreerde levert, staan niet opgeslagen op de mediaspeler en worden ook niet als content-bestand aangeleverd. Wat Gerekwestreerde na betaling levert is in feite een stuk hardware voorzien van software met hyperlinks naar de *on demand* (losse) films en TV-series die niet door Gerekwestreerden zijn geüpload maar via illegale en doorgaans moeilijk vindbare bronnen op internet via *streaming* worden aangeboden. De gebruikerservaring voor de consument bij het klikken op een film of TV-serie is hetzelfde als het selecteren van een zender op de televisie of het aanklikken van een film in bijvoorbeeld de Videoland of Netflix-omgeving of via een Ziggo-abonnement.
- Onder het illegale aanbod van films bevinden zich actuele titels zoals Logan (2017, Marvel/Twentieth Century Fox), Arrival (2016, Paramount) en Deadpool (2016, Marvel/Twentieth Century Fox).



22. Bij de sectie TV-series bevinden zich naast zeer recente afleveringen, ook complete seizoenen van de series. Alle 115 uitgebrachte afleveringen van de 5 seizoenen van 'Arrow' (Warner Bros.), 88 afleveringen van de 4 uitgebrachte seizoenen van 'The Blacklist' (Universal en Sony), en 230 afleveringen van de 10 seizoenen van 'The Big Bang Theory' (Warner Bros.).



23. Voorts verschijnt bij iedere film in de software van de door Gerekwestreerde verkochte speler de bijbehorende film posters of DVD-hoezen van het betreffende filmwerk. Het ongeautoriseerd openbaar maken van de afbeeldingen van film posters en DVD-hoezen is volgens vaste rechtspraak eveneens inbreukmakend.⁶

III. GRONDSLAGEN VERZOEKEN

III.1 Aanbieden vooraf geïnstalleerde mediaspelers met kennis en winst oogmerk is inbreuk op auteurs- en naburige rechten

24. De verkoop van mediaspelers waarmee gratis en eenvoudig op een televisiescherm illegaal op het internet toegankelijke films kunnen worden bekeken, vormt een inbreuk op het auteursrecht van de bij BREIN aangesloten rechthebbenden en hun leden.
25. Uit de teksten waarmee Gerekwestreerde adverteert: *Gratis film en serie kijken zonder een abonnement!*

(zie verder **Productie 2**) blijkt dat Gerekwestreerde op de hoogte is van de installatie van haar mediaspelers, er staat namelijk in de advertenties voor deze mediaspeler specifiek vermeld dat hiermee gratis en eenvoudig op een televisiescherm zonder toestemming van de auteursrechthebbenden op internet toegankelijk audiovisueel materiaal kan worden bekeken⁷ inclusief expliciete verwijzing naar bijvoorbeeld illegale Exodus software.

26. De Auteursrecht richtlijn (2011/29/EU) heeft het auteurs- en nabuurrechtelijke openbaarmakingsbegrip Europees geharmoniseerd. Het begrip 'openbaar maken' in de

⁶ Zie bijvoorbeeld: Rb. Den Haag, 24 oktober 2012, IEPT20121024 (BREIN/XSNetworks) rov 4.5 en 4.6.

⁷ Zie HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15 (BREIN / Filmspeler); ov. 50.

zin van de Auteurswet en de WNR moet derhalve worden uitgelegd conform art. 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn (2011/29/EU). Dit begrip omvat, in de woorden van de Auteursrechtlijn, iedere “mededeling aan het publiek” van beschermde werken. Van een dergelijke mededeling aan het publiek is sprake, wanneer een derde, zonder toestemming van de rechthebbenden, *toegang* biedt tot beschermde werken, op zodanige wijze dat de werken voor het *publiek* beschikbaar worden gesteld. Het moet daarbij gaan om een *nieuw* (‘ander’) publiek, dat wil zeggen een publiek waarop de oorspronkelijke openbaarmaking door de rechthebbende niet gericht was.⁸

27. In de Filmspeler-zaak hebben identieke omstandigheden geleid tot het stellen van prejudiciële vragen door de rechtbank Midden-Nederland⁹:

„1) Moet artikel 3, lid 1, van [richtlijn 2001/29] aldus worden uitgelegd dat er sprake is van ,een mededeling aan het publiek’ in de zin van die bepaling, wanneer iemand een product (mediaspeler) verkoopt waarin door hem add-ons zijn geïnstalleerd die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken, zoals films, series en live-uitzendingen, zonder toestemming van de rechthebbenden, direct toegankelijk zijn gemaakt?

2) Maakt het daarbij verschil

– of de auteursrechtelijk beschermde werken in het geheel nog niet eerder of uitsluitend via een abonnement met toestemming van de rechthebbenden op internet openbaar zijn gemaakt?

– of de add-ons die hyperlinks bevatten naar websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden direct toegankelijk zijn gemaakt, vrij beschikbaar zijn en ook door de gebruikers zelf in de mediaspeler te installeren zijn?

– of de websites en dus de daarop – zonder toestemming van de rechthebbenden – toegankelijk gemaakte auteursrechtelijk beschermde werken, ook zonder de mediaspeler door het publiek te benaderen zijn?

3) Dient artikel 5 [van richtlijn 2001/29] aldus te worden uitgelegd dat er geen sprake is van ,rechtmatig gebruik’ in de zin van lid 1, onder b), van die bepaling, indien een tijdelijke reproductie wordt gemaakt door een eindgebruiker bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk van een website van een derde waarop dit auteursrechtelijk beschermde werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) wordt aangeboden?

4) Indien het antwoord op [de derde vraag] ontkennend luidt, is het maken van een tijdelijke reproductie door een eindgebruiker bij het streamen van een auteursrechtelijk beschermd werk van een website waarop dit auteursrechtelijk beschermde werk zonder toestemming van de rechthebbende(n) wordt

⁸ HvJ EU 7 december 2006, zaak C-306/05 (*Rafael Hoteles*); HvJ EU 7 maart 2013, zaak C-607/11, IEPT20130307 (*ITV/TVCatchup*); HvJ EU 4 oktober 2011, zaak C-403/08 en 429/08 (*Premier League*); HvJ EU 13 oktober 2011, zaak C-431 en C-432/09 (*Airfield*); HvJ EU 15 maart 2012, IEPT 20120315 (*PPL/Ierland*); HvJ EU 13 feb. 2014, IEPT 20140213 (*Svensson*).

⁹ Zie HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15 (*BREIN / Filmspeler*) ov 22

aangeboden, dan strijdig met de ‚driestappentoets‘ bedoeld in artikel 5, lid 5, [van richtlijn 2001/29]?”

28. Het antwoord van het Hof van Justitie EU op deze in overweging 22 van het Arrest Filmspeler geformuleerde prejudiciële vragen luidt¹⁰:

49 Zo heeft het Hof voor recht verklaard, ten eerste, dat wanneer vaststaat dat een persoon die beschermde werken rechtstreeks toegankelijk maakt wist, of moest weten, dat de door hem geplaatste hyperlink rechtstreeks toegang biedt tot een illegaal op internet gepubliceerd werk, de verstrekking van die link moet worden beschouwd als een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat dit ook geldt in het geval waarin die link de gebruikers van de website waarop deze link zich bevindt in staat stelt om beperkingsmaatregelen te omzeilen die op de website waar zich het beschermde werk bevindt, zijn getroffen teneinde de toegang van het publiek te beperken tot de abonnees ervan, zodat de plaatsing van een dergelijke link dus een weloverwogen interventie vormt zonder welke die gebruikers niet over de verspreide werken zouden kunnen beschikken. Tot slot heeft het Hof aangegeven dat wanneer het plaatsen van hyperlinks geschiedt met een winst oogmerk, van de plaatsers van de hyperlink kan worden verwacht dat deze de nodige verificaties verricht om zich ervan te vergewissen dat het betrokken werk op de site waarnaar die links leiden, niet illegaal is gepubliceerd, zodat moet worden vermoed dat die plaatsing is geschied met volledige kennis van de beschermde aard van dat werk en van het eventuele ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbende voor de publicatie op internet. In dergelijke omstandigheden en voor zover dit weerlegbare vermoeden niet is weerlegd, vormt de handeling bestaande in het plaatsen van een hyperlink naar een illegaal op internet gepubliceerd werk een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 (zie arrest van 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punten 49-51).

50 In casu staat vast dat de verkoop van de filmspeler heeft plaatsgevonden in de wetenschap dat de vooraf op deze speler geïnstalleerde add-ons met hyperlinks toegang bieden tot werken die illegaal op internet zijn geplaatst. Zoals in punt 18 van dit arrest in herinnering is geroepen, staat in de advertenties voor deze mediaspeler namelijk specifiek vermeld dat hiermee gratis en eenvoudig op een televisiescherm zonder toestemming van de auteursrechthebbenden op internet toegankelijk audiovisueel materiaal kan worden bekeken.

51 Overigens kan niet worden betwist dat deze mediaspeler wordt verstrekt met het doel hieruit winst te behalen, omdat de prijs voor deze mediaspeler wordt betaald met het doel directe toegang te verkrijgen tot de beschermde werken die zonder toestemming van de houders van het auteursrecht toegankelijk zijn op streamingsites. Zoals de Portugese regering benadrukt, is de door Wullems verkochte mediaspeler voor de potentiële koper juist voornamelijk aantrekkelijk omdat er add-ons in zijn geïnstalleerd die de gebruiker linken naar websites

¹⁰ Zie HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15 (BREIN / Filmspeler) ov 49-53

waarop auteursrechtelijk beschermde films beschikbaar zijn zonder toestemming van de rechthebbenden.

52 Derhalve moet de verkoop van een dergelijke mediaspeler worden beschouwd als een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

53 Gelet op het voorgaande moet op de eerste en de tweede vraag worden geantwoord dat het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op de verkoop van een mediaspeler als die in het hoofding, waarop vooraf add-ons zijn geïnstalleerd die op internet beschikbaar zijn en hyperlinks bevatten naar voor het publiek vrij toegankelijke websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden beschikbaar zijn gesteld.

29. Op basis van het Filmspeler-arrest¹¹ moet de verkoop van een mediaspeler zoals ook door Gerekwestreerde wordt aangeboden dus worden beschouwd als een *mededeling aan het publiek* in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.
30. Voorts wordt er in de door Gerekwestreerde verkochte spelers bij ieder filmwerk steeds een ‘tegel’ getoond met de bijbehorende film posters of DVD-hoezen. Het ongeautoriseerd openbaar maken van de afbeeldingen van film posters en DVD-hoezen is volgens vaste rechtspraak eveneens inbreukmakend.¹²
31. De door Gerekwestreerde aangeboden mediaspeler verwijst naar duizenden *streams* van recente films en tv-series en dit aantal loopt dagelijks op. Door het met winstoogmerk verkopen van mediaspelers (voor € 49,99 per speler en € 6,95 verzendkosten) met de wetenschap dat de vooraf geïnstalleerde software verwijst naar illegale content maakt Gerekwestreerde derhalve op grote schaal en opzettelijk inbreuk op de auteurs- en naburige rechten van de rechthebbenden die door BREIN worden vertegenwoordigd.

IV. OVERIGE

IV.1 Verweer Gerekwestreerde

32. BREIN heeft door de verwijderverzoeken in te dienen bij Marktplaats wetenschap van ten minste 7 e-mails die bij Gerekwestreerde zijn binnengekomen naar aanleiding van de door Gerekwestreerde gepleegde auteursrechtinbreuken. Hier heeft Gerekwestreerde nooit contact over opgenomen met BREIN. Enig verweer van Gerekwestreerde is BREIN (derhalve) niet bekend. Het gaat hier om niet goed te praten grootschalige auteursrechtinbreuk met winstoogmerk. De ervaring leert dat een rechterlijk (ex parte) bevel (vele malen) betere naleving kent dan een sommatie. Daarnaast bestaat er het risico dat Gerekwestreerde haar activiteiten zou kunnen voortzetten via een andere alias of website waardoor het lastiger wordt voor BREIN om vast te stellen of Gerekwestreerde haar inbreukmakende activiteiten voortzet. Een rechterlijk (ex parte) bevel versterkt met

¹¹ Zie HvJ EU 26 april 2017, zaak C-527/15 (*BREIN / Filmspeler*); ov. 50 t/m 53.

¹² Zie bijvoorbeeld: Rb. Den Haag, 24 oktober 2012, IEPT20121024 (*BREIN/XSNetworks*) rov 4.5 en 4.6.

dwangsom geeft degenen wier rechten hier evident en opzettelijk zijn geschonden de grootst mogelijke zekerheid dat dit niet weer zal gebeuren.

IV.2 Spoedeisend belang en onherstelbare schade

33. BREIN heeft een voldoende – zeer spoedeisend – belang bij de gevraagde voorzieningen, te weten het belang om zo spoedig mogelijk een einde te maken aan de inbreukmakende activiteiten van Gerekwestreerde die nu elke dag onverminderd doorgaan zonder dat de rechthebbenden op enigerlei wijze worden gecompenseerd. Gerekwestreerde betaalt immers niets van de genoten inkomsten aan de partijen wier rechten hier geschonden worden. Het spoedeisend belang om een zo spoedig mogelijk einde te maken aan deze activiteiten bestaat hierin dat door deze activiteiten door de Belanghebbenden aanzienlijke en onherstelbare schade wordt geleden zolang de inbreukmakende verkocht blijven worden. De aard, ernst en het herhaalde karakter van de door Gerekwestreerde gepleegde inbreuken rechtvaardigen dat dit verlot terstond wordt gegeven zonder dat Gerekwestreerde wordt gehoord.
34. De schade die BREIN's aangeslotenen en hun leden lijden is om verschillende redenen onherstelbaar. Allereerst wordt er omzet misgelopen voor elk individueel entertainment product dat door de verkoop van de spelers van Gerekwestreerde ongeautoriseerd wordt gestreamd. Daarnaast is onder meer van belang dat er onomkeerbare schade ontstaat doordat gebruikers die de vele honderden *streams* van Gerekwestreerde kijken eraan gewend raken dat *on demand* films, TV-series en televisiezenders onbepakt tegen prijzen ver onder de marktprijs kunnen worden verkregen waardoor de bereidheid om in de toekomst te betalen voor online entertainmentproducten afneemt. De nieuwe business modellen zoals Amazon Prime, Ziggo Go, Netflix, Videoland, Pathé Thuis, Cinetree.nl, Picl.nl etc. die nu opkomen, moeten beschermd worden tegen de commerciële auteursrechtinbreuk van inbreukmakers als Gerekwestreerde.
35. Ten slotte is het de vraag of Gerekwestreerde verhaal biedt voor de door haar veroorzaakte schade. Gezien deze omstandigheden zijn BREIN's aangeslotenen (vooral) gebaat bij het zo snel mogelijk en daadwerkelijk effectief doen staken van de door Gerekwestreerde gepleegde inbreuken.
36. De handhavingsmogelijkheden die de Handhavingsrichtlijn 2004/48/EG zoals deze is geïmplementeerd in Boek 3 Titel 15 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt, waaronder het *ex parte* bevel om aan een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten een einde te maken, zijn bij uitstek bedoeld voor situaties als de onderhavige om zodoende opzettelijke auteursrechtinbreuk effectief te kunnen bestrijden.
37. De aard, ernst en het herhaalde karakter van de door Gerekwestreerde gepleegde inbreuken rechtvaardigen dat dit verlot terstond wordt gegeven zonder dat Gerekwestreerde wordt gehoord.

IV.3 Bewijs

38. Als bewijs van de stellingen van BREIN zijn voormelde **Producties 1 t/m 6** aan dit verzoek gehecht.

IV.4 Bevoegdheid

39. De woonplaats van Gerekwestreerde, de gemeente behoort tot het arrondissement van de rechtbank 's-Gravenhage. In zaken betreffende intellectuele eigendom is de Voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats 's-Gravenhage, derhalve op grond van artikel 99 Rv in combinatie met het Zaaksverdelingsreglement rechtbank 's-Gravenhage bevoegd kennis te nemen van het hierna geformuleerde verzoek.

V. WESHALVE

Verzoekster zich wendt tot U, Edelachtbare, met het eerbiedige verzoek:

- A Gerekwestreerde te bevelen binnen 24 uur na betekening van de in deze te wijzen beschikking te staken en gestaakt te houden het in het lichaam van dit verzoek omschreven inbreukmakend handelen, waaronder in ieder geval begrepen iedere verkoop van vooraf geprogrammeerde mediaspelers met verwijzingen naar ongeautoriseerde bronnen met *streams* van werken waarvan de auteursrechten en naburige rechten berusten bij de bij BREIN aangesloten partijen en hun leden.
- B Gerekwestreerde te veroordelen tot betaling van een dwangsom van EUR 2.000,- (zegge: tweeduizend Euro) voor iedere mediaspeler waarmee Gerekwestreerde in strijd handelt met het onder sub A geformuleerde bevel, met een maximum van EUR 50.000,- (zegge: vijftigduizend Euro);
- C de termijn waarbinnen verzoekster de eis in de hoofdzaak dient in te stellen tegen Gerekwestreerde als bedoeld in artikel 1019i Rv. te bepalen op 6 (zes) maanden na het in deze zaak te wijzen bevel;
- D De hierbij verzochte beschikking zonder zekerheidsstelling uitvoerbaar bij voorraad te verklaren;

"Bepaalt dat bij de wettelijk voorgeschreven betekening(en) van dit verlot en het verzoekschrift waarop het is gegeven eveneens de in het verzoekschrift vermelde producties moeten worden meebetekend"

Hoofddorp, 8 juni 2017,



Toggestaan als verzoekt



Voorzieningenrechter mr. M. Kuyff
9 Juni 2017

Advocaat