

Recht in Nederland	Naar de rechter	Organisatie	Actualiteiten	Uitspraken en registers	Procedures	Werken bij
--------------------	-----------------	-------------	---------------	-------------------------	------------	------------

[Home](#) > [Uitspraken en registers](#) > [Uitspraken](#) > [Zoeken in uitspraken](#)

## Uitspraken

[Zoeken](#) / [Resultaat](#) / [Details](#)

<b>Zoeken in uitspraken</b>
<b>Hulp bij zoeken</b>
<b>Linken naar uitspraken</b>
<b>RSS feed uitspraken</b>
<b>LJJ-Index</b>
<b>Dataleveranties uitspraken</b>
<b>Nieuwsbrief Uitgesproken Actueel</b>
<b>Weekoverzicht Uitspraken</b>
<b>Motiveringsverbetering strafvonnis PROMIS</b>
<b>Anonimiseringsrichtlijnen</b>
<b>Nieuwsbrieven Justex</b>
<b>Selectiecriteria</b>
<b>Links naar andere juridische databanken</b>

LJJ: BP3757, Rechtbank Haarlem, 158050 / HA ZA 09-782

[Print uitspraak](#)

Datum uitspraak: 09-02-2011  
 Datum publicatie: 09-02-2011  
 Rechtsgebied: Handelszaak  
 Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig  
 Inhoudsindicatie: Spots op internetforum die verwijzen naar auteursrechtelijk beschermde werken vormen geen openbaarmaking in de zin van de Auteurswet. Het faciliteren van downloaden is in het onderhavige geval niet onrechtmatig. Het bieden van een forum voor uploaders wordt wel onrechtmatig geacht.  
 Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

### Uitspraak

vonnis  
 RECHTBANK HAARLEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 158050 / HA ZA 09-782

Vonnis van 9 februari 2011

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
 FTD B.V.,  
 gevestigd te Hilversum,  
 eiseres in conventie,  
 verweerster in reconventie,  
 advocaat mr. G. Brunt te Haarlem,

tegen

de stichting  
 STICHTING BREIN,  
 gevestigd te Hoofddorp, gemeente Haarlemmermeer,  
 gedaagde in conventie,  
 eiseres in reconventie,  
 advocaat mr. W.A. Roos te Amsterdam.

Partijen zullen hierna FTD en Brein genoemd worden.

#### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie
- de conclusie van repliek in conventie en van antwoord in reconventie
- de conclusie van dupliek in conventie en van repliek in reconventie
- de conclusie van dupliek in reconventie
- de pleidooien en de ter gelegenheid daarvan overgelegde stukken

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

#### 2. De feiten

2.1. FTD onderhoudt een internetforum waarop leden informatie kunnen vinden over materiaal op internet zoals dat beschikbaar is binnen Usenet. Om toegang te verkrijgen tot FTD moet een aanmeldingsprocedure worden doorlopen. Gebruikers van FTD wijzen elkaar op het feit dat er materiaal beschikbaar is binnen bepaalde nieuwsgroepen op Usenet. Men plaatst hiertoe berichten die de titel van het materiaal en de nieuwsgroep(en) vermelden, zogenaamde 'spots'. Lezers moeten dan zelf op zoek naar deze nieuwsgroep en daar het betreffende materiaal lokaliseren en downloaden. FTD kent inmiddels meer dan 450.000 leden.

2.2. Usenet is een internetdienst waar gebruikers ('posters') materiaal, zoals teksten, foto's, films en muziekbestanden, kunnen plaatsen ('posten') en downloaden. Een ieder kan materiaal plaatsen in een van de zogeheten nieuwsgroepen.

2.3. Een poster uploadt materiaal naar een zogeheten nieuwsserver, een server op internet waarmee toegang tot Usenet-nieuwsgroepen wordt verkregen. Veel internetproviders (zoals UPC, Ziggo en XS4All) beheren hun eigen nieuwsserver voor hun klanten. Daarnaast zijn er gespecialiseerde

dienstverleners die tegen betaling toegang tot een nieuwsserver bieden. Deze providers onderscheiden zich door een hogere downloadsnelheid en een langere retentietijd. Nieuwsservers staan in contact met elkaar. Wanneer iemand materiaal uploadt naar een nieuwsserver, verspreidt deze het materiaal verder naar andere nieuwsservers die op hun beurt het materiaal ook weer verder kunnen verspreiden.

2.4. Om Usenet te kunnen gebruiken en toegang te krijgen tot de daarop geplaatste bestanden, is speciale software nodig, een zogenaamde nieuwsreader. Dit is een programma dat verbinding maakt met de nieuwsserver en het mogelijk maakt daarop geplaatste bestanden te downloaden. Dit soort programma's zoals NewsLeecher en GrabIt zijn gratis van internet te downloaden. Om bestanden te vinden wordt ook gebruik gemaakt van zoekprogramma's zoals www.binsearch.net, waarmee echter niet kan worden gedownload.

2.5. Omdat het niet mogelijk is bestanden groter dan 50 Mb in een nieuwsgroep te posten, moeten deze eerst softwarematig (met het compressieprogramma WinRAR) worden opgeknipt in een verzameling van vele tekstbestanden ('articles') die worden geupload naar de betreffende nieuwsgroep. Na het downloaden wordt deze reeks articles door de nieuwsreader weer aan elkaar geplakt en omgezet in het betreffende entertainmentbestand. Audio, audiovisuele en softwarebestanden die via het Usenet protocol worden verspreid worden 'binaries' genoemd. Nieuwsgroepen waarin entertainmentbestanden zijn geplaatst, zijn te herkennen aan het woord 'binaries' meestal gevolgd door een extensie die betrekking heeft op het soort bestanden dat in de betreffende binaries nieuwsgroep staat opgeslagen zoals: alt.binaries.mp3 en alt.binaries.dvd.

2.6. De articles waarin een groot entertainmentbestand wordt opgeknipt, hebben een uniek nummer ('message id'). Om het downloaden van een bestand te vergemakkelijken, kan men gebruik maken van een zogenaamd NZB-bestand. Dit bevat alle informatie die een nieuwsreader nodig heeft om het beoogde bestand te downloaden, zoals de naam van het bestand, de plaats waar het bestand op Usenet staat en uit welke articles het bestand bestaat.

2.7. Het belangrijkste technische verschil met andere netwerken is dat via Usenet de uiteindelijke feitelijke terbeschikkingstelling niet direct plaatsvindt vanaf de computer van de uploader naar de computer van de downloader.

2.8. Enkele gebruikers van FTD hebben vrijwillig de rol van 'moderator' op zich genomen. Een moderator heeft de mogelijkheid de spot te verwijderen, onderdelen van de spot aan te passen, het forum bij een spot te sluiten en alle binnengekomen meldingen over de spot te verwijderen.

2.9. Een spot is geen hyperlink, geen torrent, geen hashcode en geen magneetlink. Het is een tekstuele aanduiding van de naam en vindplaats van een bestand, die kan worden gebruikt om een bestand, veelal via een, aparte, gespecialiseerde NZB zoekmachine, op het Usenet te vinden.

2.10. FTD biedt anderen de gelegenheid om tegen betaling reclamebanners op haar website te plaatsen.

2.11. Namens de bij haar aangesloten recht- en belanghebbenden zoals auteurs, uitvoerende kunstenaars, uitgevers, producenten en distributeurs van speelfilms, televisieprogramma's, muziek, games en andere software, treedt de Stichting Brein op ter bestrijding van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie ter behartiging van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan.

2.12. In de Volkskrant is op 15 januari 2009 een artikel geplaatst onder de titel: "Je betaalt er niet voor, dan is het niet legaal". In dit artikel wordt de directeur van Brein, de heer T. Kuik, als volgt geciteerd: "Hoewel ze zelf niet de illegale content op servers hebben staan, is wat FTD doet zonder meer strafbaar."

### 3. Het geschil

in conventie

#### 3.1. FTD vordert

I te verklaren voor recht dat:

- a) in Nederland downloaden van muziek en films legaal is, mits voor strikt eigen oefening, studie of gebruik en beperkt tot enige exemplaren (privé-kopieën) ook indien dit materiaal mogelijk ongeautoriseerd is geupload;
- b) het enkele verstrekken van informatie zoals de leden van FTD onderling doen over locaties op Usenet nieuwsservers waar materiaal - waaronder muziek en films van bij Brein aangesloten leden - als vindplaats achterhaald is, is te downloaden, niet onrechtmatig is tegenover Brein en bij haar aangesloten leden ook indien dit materiaal mogelijk ongeautoriseerd is geupload naar deze nieuwsservers;
- c) FTD niet onrechtmatig handelt tegenover Brein en de bij haar aangesloten leden door de exploitatie van het FTD platform (www.ftd.nu) door middel waarvan zij leden van haar community gelegenheid geeft tot het plaatsen van berichten over locaties op Usenet nieuwsservers waarvandaan leden, wanneer zij die locaties achterhaald hebben, zelf materiaal - waaronder muziek en films van bij Brein aangesloten leden - kunnen downloaden, ook indien dit materiaal mogelijk ongeautoriseerd is geupload naar deze nieuwsservers;
- d) FTD niet gehouden is door leden geplaatste berichten vooraf te screenen op de rechtmatigheid van locaties op nieuwsservers die daarin worden genoemd door te controleren of die materiaal bevatten dat zonder toestemming van rechthebbenden is geupload naar deze nieuwsservers;
- e) FTD uitsluitend gehouden is door leden geplaatste berichten achteraf te verwijderen in het geval Brein specifiek wijst op berichten op het computersysteem van FTD die melding maken van bronnen op usenet nieuwsservers die materiaal bevatten dat zonder toestemming van rechthebbenden is geupload en er in redelijkheid niet aan de juistheid van de mededeling van Brein valt te twijfelen;
- f) Brein onrechtmatig heeft gehandeld tegenover FTD door in de Volkskrant van 15 januari 2009 te stellen dat de activiteiten van FTD zonder meer strafbaar zijn.

II Brein te veroordelen - ook in het geval de rechtbank tot het oordeel zou komen dat de rol die FTD speelt voor haar leden onrechtmatig is tegenover Brein - tot het rectificeren van de in de dagvaarding aangehaalde onrechtmatige mededeling in de Volkskrant van 15 januari 2009 door binnen 24 uur na het in deze zaak te wijzen vonnis, op straffe van het verbeuren van een dwangsom

van EUR 5000,- per dag of een gedeelte daarvan met een maximum van EUR 100.000,- bij het niet voldoen aan dit bevel, op de home page van haar website [www.antipiracy.nl](http://www.antipiracy.nl) in de opmaak die zij voor haar nieuwsberichten gewoonlijk gebruikt, gedurende drie maanden het volgende bericht te plaatsen:

"Rectificatie

De rechtbank Haarlem heeft bij vonnis van [datum] geoordeeld dat de mededeling van Brein in de Volkskrant van 15 januari 2009 dat de activiteiten van FTD zonder meer strafbaar zijn, onrechtmatig is tegenover FTD. De mededeling van Brein is naar het oordeel van de rechtbank onjuist en onnodig grievend tegenover FTD."

III Brein te veroordelen in de kosten van dit geding, de kosten van de dagvaarding daaronder begrepen.

3.2. Brein voert verweer.

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

in reconventie

3.4. Brein vordert

A. FTD te bevelen, binnen 24 uur na betekening van het vonnis, te staken en gestaakt te houden

primair: het (mede) ter beschikking stellen of anderszins (mede) openbaar maken van (gedeelten van) beschermde werken in de zin van de Auteurswet en/of beschermde uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films in de zin van de Wet op de naburige rechten (hierna: 'content'), zonder dat daarvoor voorafgaande toestemming is verkregen van de auteurs- en naburig rechthebbenden op die werken, waaronder de Aangeslotenen van Brein als vermeld op [www.anti-piracy.nl](http://www.anti-piracy.nl), door het verschaffen van toegang tot deze werken en/of uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films aan gebruikers via het 'FTD-systeem'. Onder FTD-systeem wordt verstaan de door FTD beheerde websites en servers waarmee aan bij FTD geregistreerde usenet gebruikers wordt toegestaan om de informatie op deze servers te koppelen aan de computers van deze gebruikers en het op die computers geïnstalleerde computerprogramma Fill Threads Database (FTD), zodanig dat met behulp van die koppeling content op Usenet nieuwsgroepen kan worden gevonden en het downloaden van deze content kan worden geïnitieerd. Onder 'Usenet gebruiker' wordt verstaan de internet gebruiker die toegang heeft tot een of meer Usenet servers waarop in nieuwsgroepen gerubriceerde content staat.

subsidiar: het faciliteren van het (mede) ter beschikking stellen of anderszins (mede) openbaar maken van (gedeelten van) beschermde werken in de zin van de Auteurswet en/of beschermde uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films in de zin van de Wet op de naburige rechten (hierna: 'content'), zonder dat daarvoor voorafgaande toestemming is verkregen van de auteurs- en naburig rechthebbenden op die werken, waaronder de Aangeslotenen van Brein

als vermeld op [www.anti-piracy.nl](http://www.anti-piracy.nl), door het verschaffen van toegang tot deze werken en/of uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films aan gebruikers via het 'FTD-systeem'. Onder 'FTD-systeem' wordt verstaan: de door FTD beheerde websites en servers waarmee aan bij FTD geregistreerde usenet gebruikers wordt toegestaan om de informatie op deze servers te koppelen aan de computers van deze gebruikers en het op die computers geïnstalleerde computerprogramma Fill Threads Database (FTD), zodanig dat met behulp van die koppeling content op Usenet nieuwsgroepen kan worden gevonden en het downloaden van deze content kan worden geïnitieerd. Onder 'Usenet gebruiker' wordt verstaan de internet gebruiker die toegang heeft tot een of meer Usenet servers waarop in nieuwsgroepen gerubriceerde content staat,

B. FTD te veroordelen tot betaling aan Brein van een direct opeisbare dwangsom van EUR 50.000,00 per dag of gedeelte van de dag dat zij niet volledig aan dit bevel voldoet,

C. FTD te veroordelen tot vergoeding van de schade die Brein en de aangeslotenen van Brein als vermeld op [www.anti-piracy.nl](http://www.anti-piracy.nl) hebben geleden en nog zullen lijden als gevolg van het onrechtmatig handelen door FTD (...), een en ander nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening,

in conventie en in reconventie

D. FTD te veroordelen in de volledige kosten van deze procedure (...) of een ander door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag ter vergoeding van de redelijke en evenredige gerechtskosten die Brein heeft gemaakt.

3.5. FTD voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in conventie en reconventie

4.1. Gelet op de samenhang zullen de vorderingen in conventie en reconventie gezamenlijk worden behandeld.

Openbaarmaking?

4.2. FTD heeft zich op het standpunt gesteld dat zij, nu zij zelf niet up- of downloadt, geen auteursrechtelijke inbreuk maakt. FTD stelt gebruikers uitsluitend in staat om informatie uit te wisselen: gebruikers wijzen elkaar op het feit dat er materiaal beschikbaar is binnen bepaalde nieuwsgroepen op Usenet. Men plaatst hiertoe berichten die de titel van het materiaal en de nieuwsgroep(en) vermelden. Lezers moeten dan zelf op zoek naar deze nieuwsgroep en daar het betreffende materiaal lokaliseren en downloaden. Een verbod daarop zou in strijd komen met art. 10 EVRM. FTD verspreidt geen muziek of films en biedt geen toegang tot het Usenet-netwerk zelf. FTD heeft er voorts op gewezen dat het downloaden van entertainmentbestanden is toegestaan, ook al vindt dit plaats uit illegale bron. FTD heeft aangevoerd dat zij geen bestanden ter beschikking van het publiek stelt. Het FTD-systeem linkt niet naar een bestand op Usenet, maar de gebruiker neemt de op het platform gevonden vindplaats tot zich, plaatst die in een NZB zoekmachine of gebruikt andere hulpmiddelen en belandt uiteindelijk op Usenet bij het gezochte bestand. FTD heeft betwist

dat posters ook uploaders zijn. Voorts heeft FTD de door Brein gestelde rol van de moderatoren bestreden.

4.3. Volgens Brein is het ter beschikking stellen op internet van reproducties van beschermde werken, uitvoeringen, fonogrammen en eerste vastleggingen van films een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 van de Auteursrechtlijn en een openbaarmaking in de zin van art. 12 Aw en de artt. 2 lid 1 sub d, 6 lid 1 sub c en 7a lid 1 sub c Wet Naburige Rechten. Zij die voor het - zonder de daartoe vereiste toestemming - verrichten van deze handelingen verantwoordelijk zijn, maken inbreuk op die rechten en handelen jegens de auteurs- en naburig rechthebbenden onrechtmatig en plegen bovendien een strafbaar feit (art. 31, 31a, 31b en 32 Aw; art. 21, 22 en 24 WNR).

Brein heeft betoogd dat de begrippen 'openbaar maken' in de zin van de Auteurswet en 'mededeling aan het publiek' in de zin van de Auteursrechtlijn ruim moeten worden uitgelegd. Waar het om gaat is of het inbreukmakende bestand op de een of andere manier aan het publiek ter beschikking wordt gesteld. Het begrip beschikbaarstellen is een techniek onafhankelijk begrip. Het entertainmentbestand staat - mede door de rol van de moderatoren - ter beschikking van FTD en daarmee maakt FTD dat bestand mede openbaar, aldus Brein. Dat men eerst de betreffende bestandsnaam moet kopiëren om deze met een klik van de muis in het zoekscherm van de nieuwsgroepzoekmachine te plakken doet niet af aan de functionaliteit. FTD verschaft de uploaders/posters alle technische faciliteiten en het platform om hun illegale waar - middels opzettelijke inbreuken op het auteurs- en naburig rechtverveelvoudigde en openbaar gemaakte entertainmentbestanden - aan de man te brengen. FTD draagt aan die openbaarmaking niet alleen in technische zin bij, maar ook feitelijk door postings 'na moderatie' op FTD in de daartoe bestemde (sub) categorie te publiceren. Daarbij is voorts relevant dat FTD wetenschap heeft van het feit dat een substantieel deel van de op Usenet geplaatste bestanden daar zonder toestemming ter beschikking wordt gesteld. Het FTD-systeem vormt een essentieel onderdeel in het proces van download/uploaden. De eerste stap bij de feitelijke terbeschikkingstelling wordt genomen door plaatsing van de toegangssleutel (bestandsnaam) door de poster/uploader/spotter op FTD en de moderator in de betreffende (sub) categorie. De volgende stap wordt in het FTD-systeem genomen door deze toegangssleutel te plaatsen in een NZB-zoekmachine, hetzij door de NZB-knop, hetzij door de bestandsnaam copy/paste in de eigen NZB-zoekmachine te plaatsen. FTD biedt aldus een systeem aan dat voorzienbare ongeoorloofde openbaarstellingen mogelijk maakt hetgeen als deelneming aan die ongeoorloofde openbaarstellingen beschouwd moet worden. FTD heeft het bovendien in haar macht aan het voortdurende aanbod van die bestanden via het FTD -systeem een einde te maken, hetgeen zij nalaat.

4.4. Onder openbaarmaking van een werk in de zin van art. 12 Auteurswet (hierna: Aw) moet worden verstaan een handeling waardoor het werk voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 19 juni 2009, NJ 2009, 290 overwogen dat bij de uitleg van dit begrip in aanmerking moet worden genomen dat Nederland het bij de implementatie van de Auteursrechtlijn (Richtlijn 2001/29/EG, hierna ook: de richtlijn) niet nodig heeft gevonden art. 12 Aw aan te passen aan art. 3 van de richtlijn omdat de in art. 3 bedoelde handelingen reeds door art. 12 Aw bestreken werden. Het begrip openbaarmaking moet tenminste beantwoorden aan het begrip "mededeling aan het publiek" van art. 3 van de richtlijn. De invulling die het Europese Hof van Justitie in onder meer de arresten Hoteles en Lagardère geeft aan het begrip mededeling aan het publiek, is tevens bepalend voor de minimale reikwijdte van openbaarmaking in art. 12 Aw, aldus de Hoge Raad.

4.5. Artikel 3 lid 1 van de Auteursrechtlijn luidt als volgt:

"De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats of tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden."

In paragraaf 23 van de considerans van de richtlijn is toegelicht dat aan dit recht een ruime betekenis moet worden gegeven die iedere mededeling omvat 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.

In paragraaf 27 van de considerans staat voorts:

"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".

4.6. Het Europese Hof van Justitie heeft in het Hoteles-arrest van 7 december 2006 (C306-05) overwogen dat ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties als zodanig geen mededeling in de zin van de richtlijn, het doorgeven van een signaal door middel van televisietoestellen door een hotel aan de gasten die in zijn kamers verblijven vormt, ongeacht de gebruikte techniek van doorgifte van het signaal, een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 van de richtlijn.

4.7. Voorts is verwezen naar de Gemeenschappelijke Verklaring (Agreed Statement) bij art 8 WIPO-verdrag inzake het auteursrecht: "Het is wel verstaan dat de enkele terbeschikkingstelling van materiële faciliteiten voor het mogelijk maken of verrichten van een mededeling op zich geen mededeling in de zin van dit verdrag of de Berner Conventie uitmaakt". Hieruit moet worden afgeleid dat het enkele ter beschikking stellen van de faciliteiten om werken openbaar te maken niet kan worden beschouwd als openbaarmaking.

4.8. De rechtbank is van oordeel dat, gelet op de in de vaststaande feiten geschetste gang van zaken, bij FTD geen sprake is van doorgifte van een signaal. Er is immers geen sprake van een link naar de bestanden op Usenet noch van een (andere) directe lijn naar de bestanden op Usenet. Een beroep op de Engelse Newzbin-uitspraak (UK High Court 29 maart 2010, [2010]EWHC 608 (Ch)), waarop Brein zich nog heeft beroepen, gaat dan ook niet op reeds omdat in dat geval wel sprake was van een directe lijn (pressing a button) om te kunnen downloaden. Er is evenmin sprake van het ter beschikking stellen aan een (nieuw) publiek. Dat is immers al gebeurd door degene die de bestanden heeft geupload op Usenet. Dat het materiaal makkelijker te vinden is via FTD doet daaraan niet af. Van feitelijke beheersing van de entertainmentbestanden is evenmin sprake, nu FTD afhankelijk is van het aanbod op Usenet en slechts de mogelijkheid biedt aan gebruikers om eenvoudiger bestanden te vinden op Usenet zonder daarbij zelf de beschikking te hebben over deze bestanden. Wat FTD doet, is het enkele verwijzen door middel van spots naar bestanden. Van een zelfstandig ter beschikking stellen van bestanden aan een publiek is derhalve geen sprake. Geconcludeerd moet worden dat geen sprake is van openbaarmaking in auteursrechtelijke zin.

4.9. Hetgeen Brein heeft aangevoerd ten aanzien van de rol van de moderators is naar het oordeel van de rechtbank niet relevant voor de openbaarmaking. Ook al zou juist zijn dat de moderators het zoeken van de bestanden vereenvoudigen, dan betekent dit nog niet dat (daarmee) de bestanden in de macht van FTD zijn of dat FTD deze beheerst.

#### Mede-openbaarmaking

4.10. Van mede-openbaarmaking kan naar het oordeel van de rechtbank geen sprake zijn. FTD heeft immers geen enkele invloed op hetgeen op Usenet gebeurt, kan het bestand aldaar zelf niet bewerken of verwijderen en kan evenmin voorkomen dat het bestand de downloader bereikt. Niet FTD, maar de gebruikers van het FTD-platform zorgen ervoor dat met copy/paste of de door hen zelf geïnstalleerde NZB-knop het bestand wordt overgebracht. Het downloaden gebeurt buiten het bereik van FTD. De stelling dat posters ook uploaders zijn is in dit verband onvoldoende, omdat het uploaden niet plaatsvindt bij FTD maar op Usenet. Dat sprake zou zijn van een nauwe en bewuste samenwerking van FTD met Usenet is gesteld noch gebleken.

4.11. Al het voorgaande geldt eveneens voor zover gebaseerd op de Wet op de Naburige rechten.

#### Onrechtmatige daad?

4.12. Brein heeft zich subsidiair op het standpunt gesteld dat het overwegend systematisch en structureel faciliteren van (opzettelijke) inbreuken op auteurs- en naburige rechten onrechtmatig is jegens Brein en de door haar vertegenwoordigde rechthebbenden.

4.13. Brein heeft daartoe aangevoerd dat FTD welbewust handelt en daarbij zodanige technologie en werkwijzen hanteert dat de dienst voor de gebruikers daadwerkelijk interessant, zo niet onontbeerlijk wordt, als startpunt voor het downloaden van ongeautoriseerde usenet content:

- FTD verwijst structureel naar inbreukmakende content;
- FTD controleert elke verwijzing (post) op FTD preventief op inhoud, formaat en bron voordat zij deze op FTD publiceert;
- de moderators zijn in de positie om regelmatige posters van bestandsnamen die aan regels voldoen te authenticeren, dat wil zeggen toe te staan dat deze belangrijkste leveranciers van aanbod op FTD niet meer vooraf gecontroleerd worden;
- moderators hebben de mogelijkheid om posters of postings te blokkeren;
- er is sprake van een verfijnde onderverdeling van categorieën entertainmentbestanden;
- FTD onderhoudt een geavanceerd filtersysteem waardoor gebruikers de categorisering van de zoekresultaten kunnen verfijnen door hetzij eigen subcategorie te maken, hetzij zoekresultaten in bepaalde categorieën uit te sluiten;
- er is sprake van een watchlist waar men aangekondigde - maar nog niet geuploadte aanmeldingen in kan plaatsen opdat men gewaarschuwd wordt zodra het betreffende entertainmentbestand is geupload;
- FTD biedt de mogelijkheid tot het integreren van een FTD Watchdog applicatie indien men nog sneller en verfijnder in de database wil zoeken en waarmee tevens een NZB-knop in het FTD -systeem wordt geïntegreerd;
- er is een "kudo's" beloningssysteem waarbij FTD de 'hitlijsten' van best beloonde posters en meest gewaardeerde aanmeldingen bijhoudt;
- in de informatie status wordt het aantal postings (spots), het aantal uitgegeven en ontvangen kudo's en de status (onder moderatie of geauthenticeerd) bijgehouden, welke info voor een ieder toegankelijk is;
- er is een zoekbox met de mogelijkheid zowel op hoofd- als op subcategorieën te zoeken;
- FTD biedt meerdere chatruimtes waar informatie uitgewisseld wordt over verkrijgbare entertainmentbestanden;
- FTD biedt een klachtenservice, waarbij gebruikers klachten bij de moderators kunnen indienen die vervolgens actie ondernemen indien de postings niet voldoen aan de door FTD opgestelde regels;
- er is sprake van een tag-systeem waardoor gebruikers postings van een bepaalde poster kunnen uitfilteren;
- iedere aanmelding is gekoppeld aan een FTD nummer waarmee gezocht kan worden naar het bestand binnen het FTD-systeem;
- FTD biedt mogelijkheid om andere applicaties zoals NZB-buddy of Koala te integreren in FTD en daarmee onder meer een NZB-knop in de interface van FTD te plaatsen;
- FTD biedt de mogelijkheid om in de FTD -database een jaar terug te zoeken naar oude postings;
- FTD biedt de mogelijkheid om tegen betaling van EUR 5,- of meer lid te worden van vrienden van FTD, waardoor men onder meer de mogelijkheid heeft om in de database van FTD tot twee jaar terug te zoeken naar oude postings.
- FTD verdient met het in stand houden van dit systeem geld doordat zij advertenties verkoopt die worden geplaatst op de websites en in de interface van de FTD-applicatie. Voorts kunnen de gebruikers geld doneren en zodoende 'vriend van FTD' worden.

4.14. FTD heeft bovengenoemde stellingen van Brein betwist en heeft daartoe op haar beurt gesteld dat:

- FTD zelf niet naar inbreukmakende content verwijst; internetgebruikers melden spots op het FTD-platform;
- FTD geen verwijzingen in spots controleert; moderators bekijken de eerste zes spots van een nieuwe gebruiker om te bezien of de spots juist zijn en de rubrieken netjes en correct worden gevuld, daarna geldt de spotter als geauthenticeerd en kan hij vrijelijk spots plaatsen. Moderators kunnen spots wel op klacht verwijderen als de regels worden geschonden en berichten achteraf steekproefsgewijs bekijken;
- FTD Watchdog een door derden ontwikkelde software is en dat FTD niet kan beletten dat derden software ontwikkelen en aanbieden in de markt. Dat geldt ook voor nzbuddy en koala.
- op het FTD-platform staan geen bestanden staan. Spotters plaatsen een vindplaats van te downloaden informatie. De spots krijgen een nummer, waarop kan worden gezocht en waarmee zij in het archief kunnen worden teruggevonden;
- de waarde van de bewaarde spots beperkt is; spots worden enige tijd bewaard, het zijn vindplaatsen op usenet maar die informatie op usenet heeft maar een beperkte houdbaarheid.
- FTD niet kan voorkomen dat sommige spotters blijkbaar uploaders zijn.

4.15. Voorts voert FTD aan dat zij geen schade veroorzaakt. FTD is niet verantwoordelijk voor de onbeschermde film- en muziekbestanden die door anderen op Usenet zijn geplaatst. Verder ontbreekt het causaal verband tussen daad en schade. Het in de lucht houden van een informatieplatform staat in een te ver verwijderd verband tot de schade die Brein pretendeert te lijden en hebben geleden. Tot slot werpt FTD de vraag op of de norm die zou zijn overtreden strekt tot

en hebben geleden. Het slot werpt FTD de vraag op of de norm die zou zijn overleden sukkert tot bescherming tegen schade die Brein heeft geleden.

Van een rechtvaardigingsgrond in strikte zin is geen sprake maar het feit dat downloaden van film- en muziekbestanden in Nederland is toegestaan betekent volgens FTD dat gebruikers die dergelijke bestanden downloaden, geen inbreuk op de rechten van Brein c.s. plegen. Het gelegenheid geven informatie uit te wisselen over te downloaden bestanden is dan evenmin - zo daarvan überhaupt al sprake is bij het gelegenheid bieden informatie uit te wisselen - een inbreuk op de rechten van Brein c.s. of anderszins onrechtmatig tegenover hen.

4.16. Brein heeft daar tegenover nog aangevoerd dat artikel 16c Aw aldus moet worden uitgelegd dat het downloaden uit illegale bron is verboden. Downloaden is immers onlosmakelijk verbonden met het (daaraan voorafgaande) zonder toestemming van de auteursrechthebbende openbaar maken van het werk door dit op internet te plaatsen (uploaden). Door dit illegaal openbaar maken 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, ondermijnd, maar blijft hij ook verstoken van de betaling die hij voor het geven van zijn toestemming voor die openbaarmaking had kunnen bedingen. Door het downloaden uit illegale bron wordt het illegaal uploaden gestimuleerd en wordt een systeem, waarbij de een downloadt en de ander illegaal uploadt, en vice versa, in stand gehouden. Wanneer er niet meer uit illegale bron gedownload wordt, houdt het illegaal uploaden (uiteindelijk) ook (grotendeels) op. Aldus bezien is het downloaden uit illegale bron een wezenlijke factor bij het tweevoudige van het door het illegaal uploaden veroorzaakte nadeel bij de rechthebbenden. Nu deze nadelige gevolgen van het illegaal uploaden niet kunnen worden opgeheven door een thuiskopievergoeding, die immers alleen is verschuldigd voor de reproductiehandeling die bij het downloaden plaatsvindt, betekent dit dat door het kopiëren uit illegale bron de wettige belangen van de rechthebbenden onredelijk worden geschaad (de 3e stap van de drie-stappen-toets).

4.17. De rechtbank neemt tot uitgangspunt – op basis van het door Brein overgelegde TNO-rapport (productie 12 bij conclusie van antwoord) alsmede de producties 11a en b bij hetzelfde processtuk – dat de verwijzingen op het platform (niet door FTD maar door haar gebruikers) in aanzienlijke mate verwijzingen bevatten naar bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal. FTD heeft niet weersproken dat zij wetenschap ervan heeft dat de bestanden auteursrechtelijk beschermd werken bevatten. Bovendien wordt een verfijnde indeling van categorieën aangebracht waarin de gebruiker zoekresultaten eenvoudig en optimaal kan bereiken. De moderators controleren de eerste zes spots van een nieuwe gebruiker. Bezien wordt of de spots juist zijn en of de rubrieken correct worden gevuld. Na de eerste zes spots is de gebruiker vrij om spots te plaatsen. Wel kunnen de moderators achteraf na klachten en/of steekproefsgewijs spots verwijderen. Dit wordt door FTD erkend. In de dagvaarding in conventie erkent FTD ook dat de hoeveelheid materiaal op Usenet "gigantisch" is, dat het met zulke hoeveelheden "ondoenlijk" is om te vinden wat met zoekt, en dat FTD "om deze reden" is uitgegroeid tot de grootste internet gemeenschap op dit gebied. Aldus moet worden geconcludeerd dat door de applicatie van FTD het downloaden van auteursrechtelijke beschermde werken aanzienlijk wordt vergemakkelijkt.

4.18. De vraag is thans of bovenstaande handelwijze van FTD een onrechtmatige daad vormt. Daarbij moet bekeken worden of downloaden uit illegale bron, zoals Brein heeft aangevoerd doch FTD heeft bestreden, verboden is. Daarvoor is relevant artikel 16c Aw dat met zich brengt dat een privé-persoon die voor eigen gebruik muziek of een film kopieert, geen inbreuk maakt op het reproductierecht van de maker van het desbetreffende muziekwerk, zij het dat voor dat kopiëren wel een billijke vergoeding ("thuiskopievergoeding") is verschuldigd. Artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtrichtlijn (op grond waarvan de lidstaten de thuiskopie als beperking op het reproductierecht mogen stellen) maakt zelf geen onderscheid naar de bron waaruit het te kopiëren werk wordt verkregen. Er kan dan ook alleen sprake zijn van strijdigheid met deze richtlijn wanneer het toepassen van de beperking van artikel 5 lid 2 sub b Auteursrechtrichtlijn op downloaden uit illegale bron in strijd moet worden geacht met de in artikel 5 lid 5 Auteursrechtrichtlijn opgenomen drie-stappen-toets. Deze houdt in dat beperkingen en restricties slechts mogen worden toegepast 1) in bijzondere gevallen, 2) mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en 3) de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

4.19. In overweging 44 van de considerans wordt er in dat verband nog op gewezen dat "de lidstaten, wanneer zij in dergelijke beperkingen of restricties voorzien, daarbij met name naar behoren rekening houden met de sterkere economische uitwerking welke die beperkingen of restricties in de nieuwe elektronische omgeving kunnen hebben' en dat 'bijgevolg (...) het toepassingsgebied van bepaalde beperkingen of restricties nog beperkter (zal) dienen te zijn, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal".

4.20. In de wetgeschiedenis zijn de volgende opmerkingen van de Minister terug te vinden: "De internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, KaZaa en vergelijkbare peer-to-peer diensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of kunst te kopiëren voor privé-gebruik opereert in het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht. Dat geldt ook wanneer een privé-kopie wordt gemaakt van een origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van de auteursrechthebbende, is openbaargemaakt (...). Het ontbreken van de eis dat het origineel legaal moet zijn, kan er dus toe leiden dat van een illegale bron legale privé-kopieën worden gemaakt (...) Het heeft mijn voorkeur dat alleen van een legale bron een privé-kopie wordt gemaakt. Artikel 5, tweede lid, onderdeel b, van de richtlijn en artikel 16c staan er evenwel niet zonder meer aan in de weg dat van een illegale bron een legale privé-kopie kan worden gemaakt. Zoals de leden van de CDA-fractie al opmerkten kan van de gebruiker veelal niet worden gevraagd te beoordelen of sprake is van een legaal origineel. Voorts heb ik twijfel bij de handhaafbaarheid van een dergelijke eis. Tenslotte zij er op gewezen dat de opname van de eis dat het slechts mag gaan om een legale bron met zich brengt dat de hoogte van de billijke vergoeding naar beneden toe moet worden bijgesteld. De billijke vergoeding is namelijk uitsluitend verschuldigd voor verlies van inkomsten door inkomsten door rechthebbenden vanwege het privé-kopiëren ingevolge artikel 16c. Dat verlies moet worden onderscheiden van omzetting van illegale, buiten de reikwijdte van artikel 16c vallende kopieën. (Nota n.a.v. het Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr. 5, p.32/33)."

en

"Artikel 16c verbindt aan het privé-kopiëren de voorwaarde dat een vergoeding wordt betaald. De vergoeding is verschuldigd ongeacht of sprake is van een legale of illegale bron (...). Indien bij de vaststelling van de vergoeding de privé-kopie van een illegale bron niet in aanmerking zou worden genomen, dan zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn. De wet zou dan een premie zetten op het gebruik van illegaal werk. Dat dat niet de bedoeling kan zijn verklaart ook dat ook de richtlijn niet de beperking stelt dat het moet gaan om een legale bron" (Nota naar

dat ook de rechtlijn met de beperking stelt dat het moet gaan om een legale bron. (nota naar aanleiding van het Nader Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr 8, p. 13).

4.21. Op grond van bovengenoemde citaten moet worden geconcludeerd dat volgens de regering downloaden uit illegale bron is toegestaan. De rechtbank is voorts met het Gerechtshof te Den Haag (15 november 2010, LJN: BO3980) van oordeel dat dit standpunt niet in strijd kan worden geacht met de drie-stappen-toets van art. 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn. De rechtbank concludeert voorts dat het faciliteren van downloaden, ook indien dit uit illegale bron geschiedt, daardoor evenmin onrechtmatig kan zijn.

4.22. Het voorgaande ligt echter anders indien komt vast te staan dat FTD eveneens een forum biedt voor uploaders. FTD heeft aangevoerd dat zij geen enkele bemoeienis heeft met het uploaden van bestanden en ook geen gelegenheid daartoe geeft. Brein heeft onder verwijzing naar de producties 14 e.v. bij conclusie van antwoord alsmede productie 20 en 23 bij dupliek in conventie/replik in reconventie onderbouwd betoogd dat van de 25 grootste spotters 19 ook zelf uploaders zijn. FTD heeft deze stelling onvoldoende weersproken: zij heeft slechts gesteld dat deze voorbeelden niet representatief zijn voor de gemiddelde gebruiker, waarmee zij derhalve niet betwist dat een deel van de spotters wel degelijk ook uploaders zijn. Als vaststaand moet derhalve worden aangenomen dat een deel van de spotters ook uploaders zijn. Hoe groot dat deel is, is naar het oordeel van de rechtbank niet relevant. De stelling dat FTD pas in beeld komt als er al is geupload, wordt met het voorgaande verworpen.

4.23. De rechtbank is van oordeel dat FTD ertoe bijdraagt dat uploaders van auteursrechtelijk beschermd werken (waaronder hier en in het navolgende ook worden begrepen: werken die worden beschermd uit hoofde van de Wet op de naburige rechten) hun doel kunnen bereiken. Het is immers eenvoudig een spot in de FTD-applicatie te plaatsen waarmee toegang kan worden verkregen tot een entertainmentbestand. De spots zijn vervolgens – door de indeling in categorieën – makkelijk doorzoekbaar, waardoor het gewenste bestand snel te vinden is. Voorts is niet weersproken dat sprake is van een 'watchlist' waar men aangekondigde – maar nog niet geuploade aanmeldingen in kan plaatsen, opdat men gewaarschuwd wordt zodra het betreffende entertainmentbestand is geupload.

Door de rol van de moderators is sprake van enig 'zelfreinigend vermogen' doordat valse spots of spots met ongewenste inhoud van het platform kunnen worden verwijderd. Dat dit slechts bij 13% van alle spots gebeurt, zoals FTD heeft gesteld, doet daaraan niet af. Het beloningssysteem met zogenaamde kudo's zorgt er tevens voor dat gebruikers aangemoedigd worden om bestanden met auteursrechtelijke beschermd werken zoveel mogelijk toegankelijk te maken. Bovendien schept het FTD-platform de mogelijkheid om op eenvoudige wijze verzoeken te doen met betrekking tot het uploaden van gewenste bestanden. De rechtbank verwijst daarbij naar productie 15b bij de conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie. Een dergelijke handelwijze is naar het oordeel van de rechtbank in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Daarbij komt, hetgeen ook niet door FTD is weersproken, dat zij inkomsten uit advertenties op haar website behaalt. Brein heeft onder verwijzing naar een rapport van RBB Economics (productie 25 bij dupliek in conventie/replik in reconventie) voorts voldoende onderbouwd dat inbreuk op auteursrechten schade voor de belanghebbenden oplevert. FTD heeft bij conclusie van dupliek in reconventie ook niet (meer) weersproken dat uploaden schade kan opleveren. Anders dan FTD is de rechtbank van oordeel dat die schade wel degelijk in verband staat met de handelwijze van FTD. Ook al gebeurt het up- en downloaden op Usenet, het feit dat FTD bijdraagt aan de vindbaarheid van de bestanden, betekent dat zij (mede)veroorzaker van de schade is. Aangenomen moet immers worden dat degene die een geupload bestand downloadt over het algemeen geen auteursrechtelijk beschermd werk meer tegen vergoeding zal aanschaffen.

4.24. FTD heeft nog aangevoerd dat deze procedure Brein de mogelijkheid geeft om eventuele uploaders die zich als spotters voordoen, te ontmaskeren. De rechtbank is van oordeel dat dit geen afdoende maatregel vormt om auteursrechtelijke inbreuken te voorkomen. Niet alleen vergt het veel tijd en moeite voor de rechthebbenden (althans Brein) om steeds actie te ondernemen doch ook garandeert deze procedure niet dat auteursrechtelijk beschermd materiaal niet herplaatst zal worden. Daarbij komt dat, voordat Brein heeft ontdekt dat werk van haar belanghebbenden op Usenet is geupload en via FTD is gespot, er al veelvuldig zal zijn gedownload zodat de schade reeds is ingetreden.

4.25. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat FTD structureel en stelselmatig een internetforum exploiteert dat het illegaal uploaden faciliteert en stimuleert en waarmee zij zelf inkomsten verwerft doch dat voor de bij Brein aangesloten rechthebbenden schade oplevert. Daarmee handelt FTD onrechtmatig jegens de bij Brein aangesloten rechthebbenden.

Slotsom

4.26. Met betrekking tot de vorderingen in conventie dient het voorgaande tot de volgende conclusies te leiden.

4.27. FTD heeft gevorderd een verklaring voor recht dat - kort gezegd - downloaden voor eigen gebruik van muziek en films legaal is in Nederland. Een dergelijke verklaring is echter te algemeen. Terecht heeft Brein opgemerkt dat een verklaring voor recht alleen betrekking kan hebben op de verhouding tussen partijen. De vordering, weergegeven onder I a), is dan ook niet toewijsbaar.

4.28. De vordering onder I b) is evenmin toewijsbaar omdat het gevorderde gaat om handelen van de leden, niet van FTD zelf.

4.29. De vordering onder I c) is evenmin toewijsbaar gelet op hetgeen onder r.o. 4.23 is overwogen omtrent het onrechtmatig handelen. De vorderingen onder I d) en I e) kunnen mede gelet op het overwogene in 4.24 evenmin worden toegewezen.

4.30. Met betrekking tot de vordering onder I f) overweegt de rechtbank als volgt. Het in artikel 10 lid 1 EVRM neergelegde recht op vrijheid van meningsuiting kan slechts worden beperkt indien dit bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving, bijvoorbeeld ter bescherming van de eer of goede naam van anderen (artikel 10 lid 2 EVRM). Onder bescherming van eer of goede naam valt ook het belang om niet in de media blootgesteld te worden aan lichtvaardige verdachtmakingen. Of sprake is van een onrechtmatig handelen, is afhankelijk van de omstandigheden. De rechtbank is van oordeel dat het Breins directeur, Tim Kuik, vrijstond de handelwijze van FTD aan de kaak te stellen en het standpunt van Brein daarover mede te delen. Van lichtvaardigheid is daarbij – gelet op eerdere rechterlijke uitspraken, waarnaar ook in het artikel wordt verwezen – geen sprake. FTD heeft voorts onvoldoende onderbouwd gesteld dat zij door de

wordt verwezen. Geen sprake is van een rechts onverkende onderbouwd gesteld dat zij door de uitlating schade zou hebben geleden. Van onrechtmatig handelen kan derhalve niet worden gesproken zodat de vordering moet worden afgewezen.

4.31. Het rectificeren zoals gevorderd onder II komt op grond van het hiervoor overwogene evenmin voor toewijzing in aanmerking.

4.32. FTD zal als de grotendeels in het ongelijke gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. Brein heeft op grond van art. 1019h Rv een volledige proceskostenveroordeling gevorderd. Nu de vorderingen van FTD echter niet op grond van een intellectueel eigendomsrecht, doch op grond van onrechtmatige daad zijn ingesteld, mist art. 1019h Rv toepassing en zal de rechtbank de proceskostenveroordeling aan de hand van het reguliere liquidatietarief begroten. De kosten aan de zijde van Brein worden begroot op:

- vast recht EUR 262,00  
 - salaris advocaat 1.808,00 (4,0 punten x tarief EUR 452,00)  
 Totaal EUR 2.070,00

4.33. Ten aanzien van de vorderingen in reconventie dient het volgende te gelden.

4.34. Gelet op hetgeen de rechtbank heeft overwogen onder 4.23 dient de subsidiaire vordering van Brein te worden toegewezen. Ter gelegenheid van het pleidooi (pleitnotities sub 71) heeft Brein betoogd dat hieronder moet worden verstaan een verbod op het onrechtmatig handelen, in die zin dat FTD ervoor moet zorgen dat spots van ongeautoriseerde reproducties van films, songs, games en boeken niet meer op de applicatie verschijnen. Om onduidelijkheid te voorkomen zal het dictum hierop worden aangepast. De gevorderde dwangsom zal eveneens worden toegewezen met dien verstande dat deze zal worden gematigd en gemaximeerd zoals hierna bepaald.

4.35. Een verwijzing naar de schadestaatprocedure, zoals gevorderd door Brein, zal worden afgewezen nu een dergelijke vordering gelet op art. 3:305a lid 3 BW niet in een collectieve actie mogelijk is. Dat sprake is van eigen schade van Brein is onvoldoende aannemelijk gemaakt.

4.36. FTD heeft gevraagd het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Voorts heeft FTD aangevoerd dat de termijn te kort is; een termijn van drie maanden zou meer voor de hand liggen.

4.37. De rechtbank is van oordeel dat het belang van Brein om het vonnis ten uitvoer te leggen voordat in hogere instantie is beslist, zwaarder dient te wegen dan het belang van FTD om nog niet aan het vonnis te hoeven voldoen. Indien Brein de uitkomsten van een hogere instantie dient af te wachten zullen in de tussentijd spotters in de gelegenheid blijven hun geupload materiaal te spotten op het FTD-platform. Het belang van Brein is erin gelegen deze handelwijze te voorkomen en aldus de schade van haar belanghebbenden te beperken. Het vonnis zal derhalve uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Om FTD voldoende in de gelegenheid te stellen om aan het vonnis te voldoen, zal de rechtbank FTD daarvoor een termijn bieden van één maand.

4.38. Ook in reconventie zal FTD als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. Nu de vordering van Brein niet op grond van een intellectueel eigendomsrecht, doch op grond van onrechtmatige daad wordt toegewezen, mist art. 1019h Rv toepassing en zal de rechtbank de proceskostenveroordeling aan de hand van het reguliere liquidatietarief begroten. De kosten aan de zijde van Brein worden begroot op: salaris advocaat EUR 904,00 (4,0 punten x factor 0,5 x tarief EUR 452,00)  
 Totaal EUR 904,00

5. De beslissing  
 De rechtbank

in conventie

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt FTD in de proceskosten, aan de zijde van Brein tot op heden begroot op EUR 2.070,00,

5.3. verklaart dit vonnis in conventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,  
 in reconventie

5.4. gebiedt FTD binnen een maand na betekening van dit vonnis, te staken en gestaakt te houden het aanwezig hebben van spots via haar FTD-systeem (zoals weergegeven onder 2.1) van (gedeelten van) beschermde werken in de zin van de Auteurswet, en/of beschermde uitvoeringen, fonogrammen en/of eerste vastleggingen van films in de zin van de Wet op de naburige rechten, voor zover de rechthebbenden op die werken zijn aangesloten bij Brein en zonder dat daarvoor voorafgaande toestemming is verkregen van die auteurs- en naburig rechthebbenden op die werken,

5.5. veroordeelt FTD om aan Brein een dwangsom te betalen van EUR 15.000,00 voor iedere dag dat zij niet aan de in 5.4 uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, tot een maximum van EUR 300.000,00 is bereikt,

5.6. veroordeelt FTD in de proceskosten, aan de zijde van Brein tot op heden begroot op EUR 904,00

5.7. verklaart dit vonnis in reconventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.P.J. Ruijpers, mr. J.J. Vreese-Rood en mr. J. Witjes en in het openbaar uitgesproken op 9 februari 2011.