

17/796
Ontvangen op de
Rechtbank Noord-Holland
Locatie Haarlem. Handels

d.d. 01 NOV. 2017

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

Ex parte Vزر. Rechtbank Noord-Holland 1 november 2017, IEF 17262 (Stichting Brein tegen Haarlem Mediaspelers)

Aan de Edelachtbare Vrouwe/Heer
Voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland, zittingsplaats Haarlem
Locatie Jansstraat: Jansstraat 81, 2011 RW Haarlem

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 gerekwestreerde 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 gerekwestreerde op te roepen.

Gerekwestreerde is:

De heer _____, tevens handelend onder de naam _____,
en _____, geboren op _____, wonende te _____,
(hierna "**Gerekwestreerde**");

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

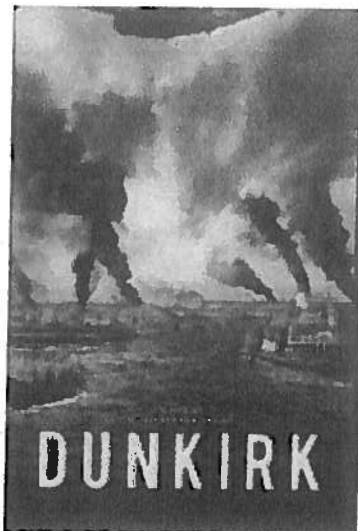
Inhoudsopgave

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	10
III.1 AANBIEDEN VOORAF GEÏNSTALLEERDE MEDIASPELERS MET KENNIS EN WINSTOOGMERK IS INBREUK OP AUTEURS- EN NABURIGE RECHTEN	10
IV. OVERIGE	13
IV.1 VERWEER GEREKWESTREERDE.....	13
IV.2 SPOEDEISEND BELANG EN ONHERSTELBARE SCHADE.....	13
IV.3 BEWIJS	14
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 Media 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: *“De nieuwste films en series kijken met Nederlandse ondertiteling in HD kwaliteit en nooit meer een euro extra betalen? Dat kan! Dit is geen standaard Media Box zoals de concurrent aanbiedt. Deze Android Media Box is door ons helemaal geprogrammeerd en gecodeerd zodat u meer opties heeft en zodat de Media Box optimaal werkt.”*
2. BREIN heeft recentelijk geconstateerd dat Gerekwestreerde op grote schaal Media Boxen verkoopt via marktplaats.nl en zijn eigen website . Met deze spelers zijn zeer recent uitgebrachte films, zoals Baby Driver (2017, Universal), de op dit moment in Nederland louter in de bioscoop beschikbare film “Dunkirk” (2017, Warner Bros.) en bijvoorbeeld alle 251 afleveringen van de 13 seizoenen van “Supernatural” (2005-2017, Warner Bros.) 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 naburrechtelijk 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 werkerreinen zijn muziek, film en tv, boeken, beeld en games. In het bestuur van BREIN nemen (vertegenwoordigers van) muzikauteurs, artiesten, beeldende kunstenaars, fotografen, tektschrijvers, 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 allerlei 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-marktplaatsaanbieder-op-basis-van-hvj-eu-filmspeler-arrest>
<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 in consumentenelektronica en biedt via <https://www.marktplaats.nl>⁴ (**productie 2**) en zijn eigen website (**productie 3**) mediaspelers aan die voorzien zijn van software met directe links naar ongeautoriseerde content en verkoopt deze spelers voor bedragen tussen de € 59,95 en € 99,95 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 auteursrechthebbers."

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

Gratis!!!

De nieuwste films en series kijken met Nederlandse ondertiteling in HD kwaliteit en nooit meer een euro extra betalen? Dat kan!

Dit is geen standaard Media Box zoals de concurrent aanbied. Deze Android Media Box is door ons helemaal geprogrammeerd en gecodeerd zodat u meer opties heeft en zodat de Media Box optimaal werkt.

U betaald eenmalig €79,90 en nooit meer een euro meer. Levenslang genieten van de nieuwste films en series en live sport. Update gaat Full automatisch en is gratis, LEVENSLANG!!

Kortom nooit bufferen of laden welke film of serie dan ook! Wat u ook wilt kijken werkt direct en stopt en hapert nooit. Dit in combinatie met Nederlandse ondertiteling is natuurlijk genieten geblazen!

Duizenden films en series; Duizenden buitenlandse kanalen; Worstelen; UFC; Alle voetbal streams; Rugby; American football; Alle Amerikaanse zenders; Nederlandse kanalen; Diverse spotzenders; Comedy zenders; Etc.Etc.

Deze Media Box is supermakkelijk aan te sluiten en iedereen kan er mee overweg. Hij draait op het welbekende Android systeem, net zoals de meeste smartphones en tablets. Hij is Full HD en is te gebruiken met de meegeleverde afstandsbediening. Of u kiest voor een upgrade remote (zie foto's).

Voortaan is er altijd iets leuks op TV - (ruim 100.000 films en series en alle jaargangen tot en met 2017). Alle sport kanalen en alle buitenlandse kanalen.

Gratis films en TV-series kijken met kodi

Films die nu nog in de Amerikaanse bioscopen draaien (2017) zijn nu al op de Media Box te zien. Elke serie die u kunt bedenken is ook te zien op de Media Box, voordat het in Nederland te zien is heeft u het al gezien!

*(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 is niet enkel op marktplaats actief onder de alias '*(zie **productie 2**)*, maar ook met zijn eenmanszaak '*(Kamer van Koophandel uittreksel bijgevoegd als **productie 4**)* op de website '*(**productie 3**)*

14. Gerekwestreerde heeft kennis van de illegale filmwerken die worden ontsloten met zijn mediaspelers, en het voortdurend inbreukmakend karakter wat de verkoop van deze illegale spelers met zich meebrengt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit zijn advertentieteksten zoals: *“Films die nu nog in de Amerikaanse bioscopen draaien (2017) zijn nu al op de Media Box te zien. Elke serie die u kunt bedenken is ook te zien op de Media Box, voordat het in Nederland te zien is heeft u het al gezien!”*
15. Gerekwestreerde heeft daarnaast op 30 oktober 2017, na een verwijderverzoek van BREIN, een e-mail van Marktplaats ontvangen waarin wordt uitgelegd dat zijn advertentie verwijderd is in verband met een verzoek daartoe van BREIN vanwege inbreuken op intellectuele eigendomsrechten. De inhoud van deze e-mail van Marktplaats aan de Gerekwestreerde luidt 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 onzegd.

Is deze advertentie ten onrechte verwijderd? Heeft u vragen heeft 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.

16. Ook op basis van deze meldingen heeft Gerekwestreerde daadwerkelijke kennis van haar voortdurende inbreukmakende handelingen. Gerekwestreerde heeft zich niets aangetrokken van deze melding en de verwijderde advertentie zelfs opnieuw op marktplaats geplaatst.
17. Voorts geldt dat Gerekwestreerde sowieso geacht moet worden kennis te hebben van zijn inbreukmakend handelen; nu hij een commercieel oogmerk heeft geldt er op basis van het GS Media-arrest een verificatieplicht.⁶

⁶ Zie tevens het arrest van het HvJEU van 8 september 2016, *C-160/15*; *ECLI:EU:C:2016:644* (GS Media / Sanoma) r.o. 50 en 51 en bijvoorbeeld het zeer recente arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 17 oktober 2017, *IEF 17197*; *IT 2376*; *ECLI:NL:GHSHE:2017:4524* (MyP2P / The Football Association Premier League Limited e.a.) r.o. 6.11 e.v.

18. BREIN heeft na in contact te zijn getreden met Gerekwestreerde via Marktplaats een proefaankoop gedaan op 17 oktober 2017, die op 20 oktober 2017 bij BREIN is geleverd.



MXQ Pro 4K Android Box incl 17.4 kodi!
€59,95

Tuurlijk! Ik meld het altijd van te voren.

14:20

U bestelling is aangemaakt.

U kunt het bedrag van €55,90 overmaken naar:

IBAN:

Zodra het geld is bijgeschreven krijgt u een track and trace om u bestelling te volgen.

Tevens krijg u een bericht met extra info en wat handige filmpjes met tricks and tips.

Wij raden u aan om deze goed te bekijken. Dit om onnodige storingen te voorkomen.

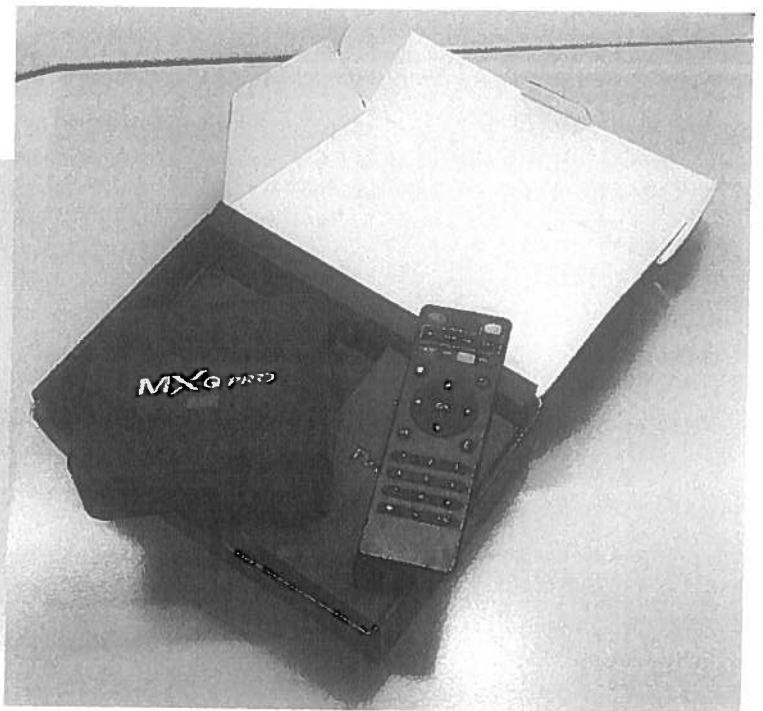
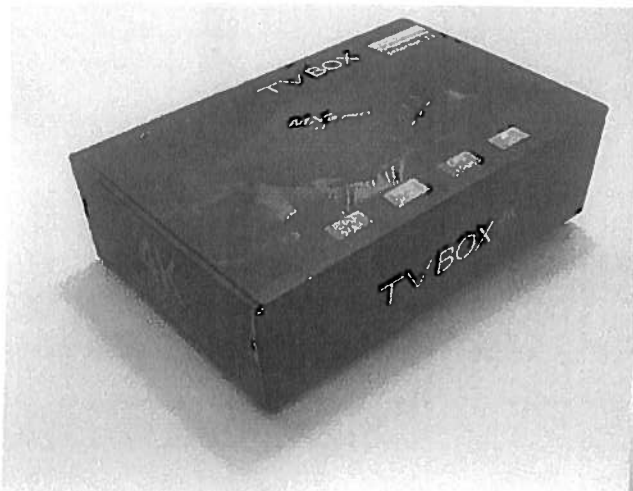
Alvast bedankt voor u vertrouwen in ons.

Mvg

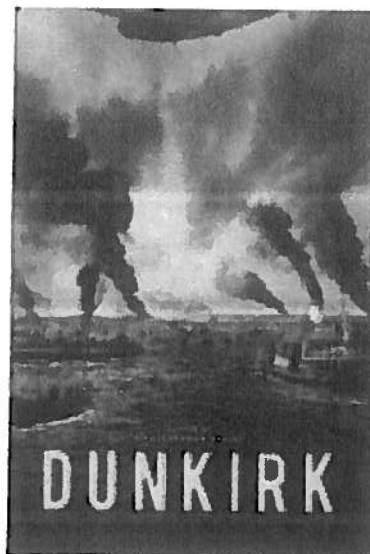
14:21

II.3 De door Gerekwestreerde aangeboden inbreukmakende werken

19. Gerekwestreerde levert daadwerkelijk waarvoor hij adverteert, zo heeft BREIN na de proefbestelling vastgesteld. BREIN heeft van één voorgeïnstalleerde *add-on*, genaamd 'Covenant', in de categorie 'Populair' vastgelegd welke titels er op de eerste pagina verschijnen, indien er wordt gekeken onder films en TV-series. De schermafbeeldingen van deze in totaal 100 titels die op die pagina's verschijnen en te bekijken zijn met deze speler zijn te vinden in **productie 5**.
20. 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 100 titels is er in **productie 6** een overzicht te vinden van rechthebbenden. Te zien is dat het merendeel behoort tot (leden van) aangeslotenen van BREIN.



21. 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.
22. Onder het illegale aanbod van films bevinden zich actuele titels zoals *Baby Driver* (2017, Universal), *Dunkirk* (2017, Warner Bros.) en *Wonder Woman* (2017, Warner Bros.).



23. Bij de sectie TV-series bevinden zich naast zeer recente afleveringen, ook complete seizoenen van de series. Alle 72 uitgebrachte afleveringen van de 4 seizoenen van 'The Flash' (Warner Bros.), 102 afleveringen van de 7 uitgebrachte seizoenen van 'Suits' (Universal), en 251 afleveringen van de 13 seizoenen van 'Supernatural' (Warner Bros.).



24. Voorts verschijnt bij iedere film in de software van de door Gerekwestreerde verkochte speler ongeautoriseerd de bijbehorende filmposters of DVD-hoezen van het betreffende filmwerk.

III. GRONDSLAGEN VERZOEKEN

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

25. 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.
26. Uit de teksten waarmee Gerekwestreerde adverteert: *“Gratis films en TV-series kijken met kodi; Films die nu nog in de Amerikaanse bioscopen draaien (2017) zijn nu al op de Media Box te zien. Elke serie die u kunt bedenken is ook te zien op de Media Box, voordat het in Nederland te zien is heeft u het al gezien!”* (zie verder **Productie 2**) blijkt dat Gerekwestreerde op de hoogte is van de configuratie van zijn mediaspelers, er staat namelijk in de advertenties voor deze mediaspelers 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 Covenant software.
27. De Auteursrechtlijn (2011/29/EU) heeft het auteurs- en nabuurrechtelijke openbaarmakingsbegrip Europees geharmoniseerd. Het begrip ‘openbaarmaken’ in de zin van de Auteurswet en de WNR moet derhalve worden uitgelegd conform art. 3 lid 1

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

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

28. In de Filmspeler-zaak hebben identieke omstandigheden geleid tot het stellen van prejudiciële vragen door de rechtbank Midden-Nederland⁹. Het antwoord van het Hof van Justitie EU op de 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

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 (*PPI/Ierland*); HvJ EU 13 feb. 2014, IEPT 20140213 (*Svensson*).

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

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

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 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 hoofdgeding, 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 voorgeprogrammeerde mediaspeler met hyperlinks naar illegale bronnen zoals deze 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. Eerder haalde BREIN tegen een vergelijkbare aanbieder die zich eveneens op commerciële schaal professioneel bezig hield met de verkoop van dit soort kastjes een exparte beschikking bij de Rechtbank 's-Gravenhage¹².
30. Voorts wordt er in de door Gerekwestreerde verkochte spelers bij ieder filmwerk steeds een 'tegel' getoond met de bijbehorende filmposters of DVD-hoezen. Het ongeautoriseerd openbaar maken van de afbeeldingen van filmposters en DVD-hoezen is volgens vaste rechtspraak eveneens inbreukmakend.¹³
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 winst oogmerk verkopen van mediaspelers (voor tussen de € 59,95 en € 99,95 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.

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

¹² <http://www.ie-forum.nl/artikelen/ex-parte-marktplaatsaanbieder-op-basis-van-hvj-eu-filmspeler-arrest>

¹³ Zie bijvoorbeeld: Rb. Den Haag, 24 oktober 2012, IEPT20121024 (*BREIN/XSNetworks*) rov 4.5 en 4.6.

IV. OVERIGE

IV.1 Verweer Gerekwestreerde

32. Het gaat hier om niet goed te praten grootschalige auteursrechtinbreuk met winst oogmerk. 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 zijn inbreukmakende activiteiten voortzet. Een rechterlijk (ex parte) bevel versterkt met 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 en TV-series onbepaald tegen prijzen ver onder de marktprijs kunnen worden verkregen waardoor de bereidheid om in de toekomst te betalen voor online entertainmentproducten afneemt. De nieuwe businessmodellen 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 zijn gedrag 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 Noord-Holland. In zaken betreffende intellectuele eigendom is de Voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland, zittingsplaats Haarlem, op grond van artikel 99 Rv in combinatie met het Zaaksverdelingsreglement rechtbank Noord-Holland 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;

Hoofddorp, 31 oktober 2017,

Verstaat dat verzoeker dit bevel, alsmede de bij het verzoekschrift behorende producties, op zo kort mogelijke termijn, doch uiterlijk 3 november 2017 zal (doen) betekenen; Bepaalt dat voor het geval gerekwestreerde in kort oeding herziening van dit getak wil vorderen, daartoe tijd is gereserveerd op 24 november 2017 en bepaalt voorts dat gerekwestreerde, indien zij van de gereserveerde dag en uur gebruik wil maken de dagvaarding uiterlijk op 16 november 2017 zal doen betekenen en de griffie van de rechtbank Noord-Holland, bureau kort oeding daar uiterlijk op 20 november 2017 van in kennis zal stellen.

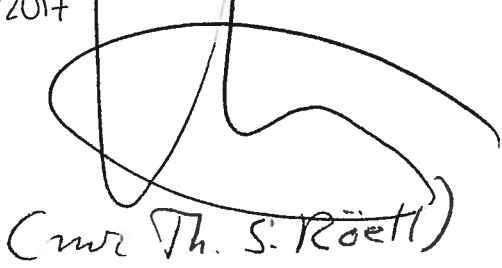


Advocaat

Verstaat dat verzoeker dit bevel, alsmede de bij het verzoekschrift behorende producties, op zo kort mogelijke termijn, doch uiterlijk 3 november 2017 zal (doen) betekenen; Bepaalt dat voor het geval gerekwestreerde in kort oeding herziening van dit getak wil vorderen, daartoe tijd is gereserveerd op 24 november 2017 en bepaalt voorts dat gerekwestreerde, indien zij van de gereserveerde dag en uur gebruik wil maken de dagvaarding uiterlijk op 16 november 2017 zal doen betekenen en de griffie van de rechtbank Noord-Holland, bureau kort oeding daar uiterlijk op 20 november 2017 van in kennis zal stellen.

Toegestaan als
verzoekt

Haarlem,
1 november 2017



Mr. Th. S. Roettl



VOOR GROSSE AFGEGEVE
de griffier

J.J. Krol