

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.097.924/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : 434569/HA ZA 09-2443

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 6 december 2016

inzake

NEWS-SERVICE EUROPE B.V.,

gevestigd te Amsterdam,

appellante,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen:

STICHTING BREIN, voorheen STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND (BREIN),

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna NSE en Brein genoemd.

In deze zaak is op 19 augustus 2014 en op 8 maart 2016 een tussenarrest gewezen (verder respectievelijk tussenarrest I en tussenarrest II te noemen). Voor het procesverloop tot laatstgenoemde datum wordt verwezen naar tussenarrest II.

Bij tussenarrest II is een comparitie van partijen gelast die op 30 juni 2016 heeft plaatsgevonden. Partijen hebben beide ter gelegenheid van de comparitie stukken in het geding gebracht. Van de zijde van NSE heeft het hof nog een brief ontvangen.

Daarna is wederom arrest gevraagd.

2. Verdere beoordeling

2.1 In tussenarrest I is, kort samengevat en voor zover thans nog van belang, overwogen en beslist als volgt. Er is geen grond voor toewijzing van de door Brein gevorderde verklaringen voor recht. Deze vorderingen gaan immers ervan uit dat NSE - naast de inbreuk makende derden - mede aansprakelijk is als inbreukmaker. Het

bestreden vonnis zal in zoverre worden vernietigd en de gevorderde verklaringen voor recht zullen alsnog worden afgewezen (rechtsoverweging 3.5.5). Het door de rechtbank gegeven bevel sluit niet aan bij de rol van NSE als verlener van een dienst met behulp waarvan derden inbreuken plegen. Het gegeven bevel is in strijd met de beperking van de bevoegdheid tot het geven van een verbod of bevel die voortvloeit uit artikel 15 van de Richtlijn inzake elektronische handel. Het bestreden vonnis kan dan ook niet in stand blijven voor zover de rechtbank daarbij het bevel tot het staken en gestaakt houden van inbreuken op de rechten van bij Brein aangesloten rechthebbenden heeft gegeven (rechtsoverweging 3.6.6). Het hof ziet wel aanleiding NSE te bevelen een effectieve NTD-procedure in te voeren op straffe van verbeurte van een dwangsom (rechtsoverweging 3.7.2). Partijen worden in de gelegenheid gesteld verder te debatteren over aanvullend aan een effectieve NTD-procedure op te leggen maatregelen (rechtsoverweging 3.7.9).

2.2 Het hof is bij tussenarrest II niet teruggekomen op deze beslissingen. In dat tussenarrest is overwogen dat, nu NSE aanvoert dat zij haar bedrijfsactiviteiten niet zal hervatten, vooralsnog niet duidelijk is wat het belang van Brein is bij een nadere beslissing op haar vordering. Het hof wenste te worden ingelicht over het belang dat Brein nog ziet bij voortzetting van de procedure en het verweer daartegen van NSE en gelastte daartoe bij tussenarrest II een comparitie van partijen.

2.3 Het hof heeft bij hetzelfde tussenarrest tevens een aantal vragen opgeworpen met betrekking tot de door partijen bij hun akten voorgestelde aanvullend aan een effectieve NTD-procedure op te leggen maatregelen. Naar aanleiding daarvan wordt aangekondigd dat, indien nog aan de orde, een vervolgcomparitie zal worden gelast waarbij het hof het wenselijk acht dat partijen zich doen vergezellen door een of meer deskundigen.

2.4 Brein heeft ter gelegenheid van de naar aanleiding van tussenarrest II gehouden comparitie aangevoerd dat de vraag of zij belang heeft bij voortzetting van de procedure terughoudend dient te worden getoetst, dat NSE niet eerder dan in haar akte na tussenarrest I heeft meegedeeld dat zij haar diensten niet zal hervatten en dat zij geen zekerheid heeft dat NSE haar diensten niet zal hervatten als het hof geen maatregelen oplegt. Zij heeft voorts gewezen op de uitstraling van een uitspraak op de commerciële Usenetmarkt en op haar belangen in verband met een mogelijke door NSE op te starten procedure tot verhaal van schade ten gevolge van het in eerste aanleg gegeven bevel. NSE heeft van haar zijde herhaald dat zij haar activiteiten niet meer zal hervatten omdat dit na een aantal jaren stilzitten geen zin meer heeft wegens de snelle technologische en marktontwikkelingen, en omdat zij geen bedrijfsmiddelen meer bezit. Zij wijst voorts erop dat toetsing van te nemen maatregelen, gelet op deze situatie, in concreto niet meer kan plaatsvinden. NSE heeft aangevoerd dat zij wel belang heeft bij vernietiging van het bestreden vonnis en bij een beslissing over de proceskosten.

2.5 Het hof overweegt naar aanleiding van de standpunten over en weer het volgende. Bij tussenarrest I is reeds beslist omtrent de vernietiging van het bestreden vonnis op de hiervoor onder 2.1 reeds genoemde onderdelen. Deze beslissingen tot vernietiging

worden niet geraakt door het debat over de vraag of Brein nog wel belang heeft bij toewijzing van haar vorderingen en zullen dan ook in stand worden gelaten. Bij dat tussenarrest is tevens beslist dat er aanleiding is NSE te bevelen om een effectieve NTD-procedure in te voeren op straffe van verbeurte van een dwangsom. Het hof dient thans te beoordelen of er grond is om terug te komen op deze in beginsel bindende eindbeslissing.

2.6 NSE heeft daartoe, zoals gezegd, aangevoerd dat zij haar activiteiten als Usenetprovider niet meer zal hervatten en dat Brein aldus geen belang meer heeft bij toewijzing van haar vorderingen. Dat betekent naar het oordeel van het hof echter nog niet dat de beslissing dat er aanleiding is NSE te bevelen een effectieve NTD-procedure in te voeren op straffe van verbeurte van een dwangsom, is genomen op een ondeugdelijke grondslag. Die feitelijk gewijzigde situatie (die grotendeels het gevolg is van door NSE zelf genomen beslissingen) tast immers de grondslagen zoals uitgewerkt in tussenarrest I onder (met name) de rechtsoverwegingen 3.6.1 tot en met 3.6.9 en 3.7.1 niet aan. Evenmin kan worden gezegd dat Brein geen enkel belang heeft bij het handhaven van de beslissing. Het handhaven van de beslissing maakt immers haar procespositie in dit geding duidelijk en geeft Brein bovendien in het, hoewel onwaarschijnlijke, niet geheel uit te sluiten geval dat NSE ondanks herhaalde andersluidende mededelingen toch haar activiteiten zal hervatten, een middel om NSE te bewegen dit alleen te doen met het gelijktijdig invoeren van een effectieve NTD-procedure. Brein heeft dan ook nog steeds een, zij het gering, materieel belang bij het toewijzen van haar vordering op dit onderdeel. Daar komt bij dat NSE door te stellen dat zij haar activiteiten niet meer zal hervatten in een laat stadium van het geding een ingrijpende wending aan het processuele debat heeft gegeven, zodat ook de goede procesorde zich verzet tegen het om die reden terugkomen op de onderhavige beslissing. Het handhaven van de beslissing vergt bovendien geen tijdrovend en kostbaar werk van de wederpartij en de rechter. Nadere proceshandelingen zijn niet nodig. Het hof acht met het voorgaande onvoldoende grond aanwezig om op de beslissing terug te komen. Het hof zal bij het toe te wijzen bevel wel bepalen dat dit uitsluitend geldt voor het geval dat NSE haar activiteiten als usenetprovider hervat.

2.7 Dit ligt anders ten aanzien van de vraag of verder dient te worden geprocedeerd omtrent aanvullend aan een effectieve NTD-procedure op te leggen maatregelen. Het hof heeft reeds beslist dat er aanvullende maatregelen te bedenken zijn die op effectieve wijze tot vermindering van de aanwezigheid van inbreuk makend materiaal leiden en dat NSE niet in algemene zin heeft aangevoerd dat aanvullende maatregelen niet van haar gevegd kunnen worden (tussenarrest I, rechtsoverweging 3.7.8). Er is dan ook reeds in algemene zin beslist omtrent de rechtsverhouding tussen partijen op dit onderwerp, zodat daarin voor Brein geen belang meer kan worden gevonden om verder te procederen. Om te komen tot een te executeren bevel inzake aanvullende maatregelen is echter een verdere precisering van deze maatregelen noodzakelijk, rekening houdend met technische mogelijkheden, kosten en effectiviteit. Daartoe dient nog een reeks aan vragen te worden beantwoord die mede de inzet van deskundigen vereist, alleen al voor de beantwoording van de in tussenarrest II geformuleerde vragen dienaangaande. Dit betekent dat voortzetting van het geding naar het zich laat aanzien voor partijen en voor de rechter tijdrovend en kostbaar werk met zich mee zal

brenge. Het hof is van oordeel dat Brein daar tegenover onvoldoende concreet heeft gesteld welk belang zij heeft om op dit punt verder te procederen. De omstandigheid dat, hoewel onwaarschijnlijk, niet geheel is uit te sluiten dat NSE ondanks herhaalde andersluidende mededelingen toch haar activiteiten zal hervatten, is in dit verband van onvoldoende gewicht. Dat dit zal gebeuren is zoals gezegd niet waarschijnlijk zodat de kans groot is dat het tijdrovende en kostbare werk zinloos zal blijken te zijn. Bovendien is geenszins duidelijk op welke wijze NSE bij een hervatting van haar diensten haar activiteiten zal inrichten. Brein heeft in dit verband evenmin aangevoerd dat zij in het voorkomende geval niet, niet tijdig of onvoldoende de gelegenheid heeft om opnieuw over deze kwestie te procederen. Dat Brein onder deze omstandigheden wil doorprocederen levert bovendien misbruik van procesrecht op, hetgeen NSE - naar het hof begrijpt - terecht aanvoert.

2.8 Brein heeft nog aangevoerd dat zij belang heeft bij voortprocederen vanwege de uitstraling van een beslissing op de Usenetmarkt. Zij heeft echter niet toegelicht op welke wijze de enkele precisering van te nemen aanvullende maatregelen, in dit concrete geval, daartoe kan dienen. Bovendien regardeert dit belang van Brein NSE niet.

2.9 Voorts heeft Brein erop gewezen dat NSE een schadevergoedingsactie voorbereidt in verband met de vernietiging van het bestreden vonnis en dat zij belang heeft bij voortzetting van het geding om zich daartegen te kunnen verweren. Brein heeft echter nagelaten om toe te lichten waarom, in dat verband, een nadere concretisering van door NSE te nemen aanvullende maatregelen in dit geding dient plaats te vinden en waarom niet - indien dat van belang zou zijn - in een eventuele nieuwe procedure zou kunnen worden bepaald onder welke voorwaarden NSE op rechtmatige wijze haar activiteiten zou hebben kunnen voortzetten.

2.10 Een en ander betekent dat Brein geen voldoende concreet, rechtens te respecteren belang heeft bij voortzetting van dit geding om tot een invulling te komen van aanvullend aan de NTD-procedure aan NSE op te leggen maatregelen.

2.11 Brein heeft ter comparitie het hof nog verzocht terug te komen op zijn beslissing, naar het hof begrijpt, zoals genomen in tussenarrest II onder rechtsoverweging 2.8.3 en haar alsnog toe te laten tot bewijslevering ten aanzien van onrechtmatig handelen door NSE. Brein heeft echter geen nieuwe stellingen ter zake ingenomen en het hof ziet voor het overige evenmin aanleiding om op de op dit punt eerder genomen beslissingen terug te komen.

2.12 Er is geen aanleiding om de beslissing van de rechtbank om de kosten tussen partijen te compenseren in dit appel te vernietigen. Partijen zijn immers nog steeds over en weer in het ongelijk gesteld. Grief 32 faalt. Het hof ziet evenmin aanleiding het op te leggen bevel niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, zoals door NSE verzocht. Er is geen grond om het bevel niet onmiddellijk in te laten gaan. Grief 33 faalt eveneens.

2.13 De grieven slagen deels zoals hiervoor en in de eerder gewezen tussenarresten reeds weergegeven en falen voor het overige. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en er zal worden beslist zoals hiervoor is weergegeven. De kosten van dit hoger beroep zullen tussen partijen worden gecompenseerd nu zij daarin over en weer in het ongelijk zijn gesteld.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep,

en opnieuw rechtdoende:

gebiedt NSE om na betekening van dit arrest en voor het geval dat zij haar activiteiten als Usenetprovider hervat, een effectieve NTD-procedure in te voeren zoals beschreven in tussenarrest I onder rechtsoverweging 3.7.1;

veroordeelt NSE aan Brein een direct opeisbare dwangsom te voldoen van € 50.000,- per dag of gedeelte van de dag na betekening dat zij niet volledig aan het hiervoor bedoelde gebod voldoet, dit met een maximum van € 1.000.000,-;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat ieder der partijen de eigen proceskosten draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is op 6 december 2016 gewezen door mrs. D. Kingma, L.R. van Harinxma thoe Slooten en P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken.

mr. J.C.W. Rang