

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 200.069.970/01

Rolnummer rechtbank : 10-639

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 15 november 2010

inzake

FTD B.V.,
gevestigd te Hilversum,
appellante,
hierna te noemen: FTD,
advocaat: mr G. Brunt te Haarlem,

tegen

EYEWORKS FILM & TV DRAMA B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Eyeworks,
advocaat: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt te 's-Gravenhage.

Het verloop van het geding

Bij exploit van appeldagvaarding (AD) van 29 juni 2010 is FTD in spoedappel gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 2 juni 2010, gewezen tussen FTD als eiseres in conventie/verweerster in reconventie en Eyeworks als gedaagde in conventie/eiseres in reconventie. In dit exploit heeft FTD dertien grieven tegen dat vonnis aangevoerd die door Eyeworks zijn bestreden bij memorie van antwoord (MvA).

Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten ter zitting van dit hof van 7 oktober 2010, FTD door haar advocaat en Eyeworks door mr D.J.G. Visser, advocaat te Amsterdam. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnota's die zich bij de stukken bevinden. Bij gelegenheid van het pleidooi hebben partijen verder nog producties in het geding gebracht, te weten:

- door FTD: de producties 6 t/m 17 (brief van 28 september 2010), aanvullende informatie op productie 17 (brief van 1 oktober 2010, ingekomen 6 oktober 2010 betreffende de laatste proceskosten) en de producties 18 en 19 (brief van 30 september 2010);
 - door Eyeworks: productie 23 (bij brief van 30 september 2010).
- Hierna hebben partijen arrest gevraagd dat is bepaald op heden.

De beoordeling van het hoger beroep

1. Feiten en geschil

Zaaknummer: 200.069.970/01

2

- 1.1 Het gaat in dit kort geding om het volgende. Eyeworks is producent van en auteursrechthebbende op de succesvolle Nederlandse speelfilm 'Komt een vrouw bij de dokter' (hierna: 'KEVBDD'). DVD's en BluRay's van deze film zijn op 22 april 2010 aan winkels geleverd voor verkoop en verhuur vanaf 27 april 2010. Op eerstgenoemde dag zijn de eerste ongeautoriseerde kopieën daarvan naar Usenet geupload (CvA/CvE-rec onder 14). FTD biedt een faciliteit waarmee internetgebruikers informatie over de vindplaats van films, waaronder 'KEVBDD', en andere entertainmentbestanden op Usenet kunnen uitwisselen. Daarna kunnen de films/entertainmentbestanden gedownload worden. Op de FTD-faciliteit waren vindplaatsen van de film 'KEVBDD' opgenomen.
- 1.2. Bij verzoekschrift van 10 mei 2010 heeft Eyeworks op de voet van artikel 1019e van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage verzocht om een 'ex parte'-verbod aan FTD om, op straffe van verbeurte van een dwangsom, inbreuk te maken op de intellectuele eigendomsrechten van Eyeworks op 'KEVBDD'. Bij beschikking van 11 mei 2010 heeft de voorzieningenrechter, overwegende dat FTD is aan te merken als een partij die deze speelfilm openbaar maakt, dit verzoek toegewezen in de vorm van een bevel tot staking van die inbreuk. Vervolgens heeft FTD, bij exploit van 17 mei 2010, Eyeworks voor dezelfde voorzieningenrechter gedagvaard in kort geding (de inleidende dagvaarding, hierna: ID) en op de voet van artikel 1019e lid 3 Rv opheffing van dat 'ex parte' bevel gevorderd. In reconventie heeft Eyeworks – voorwaardelijk, voor het geval dat zou worden geoordeeld dat FTD de speelfilm niet openbaar maakt en het 'ex parte'-bevel zou worden herzien – gevorderd een gebod aan FTD op te leggen om het onrechtmatig handelen dat zij met betrekking tot 'KEVBDD' verricht te staken en gestaakt te houden. Bij vonnis van 2 juni 2010 heeft de voorzieningenrechter, overwegende dat FTD deze speelfilm openbaar heeft gemaakt en dat opnieuw dreigt te gaan doen indien het 'ex parte'-bevel zou worden opgeheven, de vordering van FTD afgewezen, onder veroordeling van FTD in de 'volledige' proceskosten op grond van artikel 1019h Rv.
- 1.3. Tegen dit vonnis is FTD tijdig in hoger beroep gekomen. In haar AD heeft FTD een aantal grieven aangevoerd tegen de in dat vonnis gegeven beslissing en de daarvoor gebezigde gronden en heeft zij gevorderd alsnog, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, vernietiging althans opheffing van het 'ex parte'-bevel, met veroordeling van Eyeworks in de 'volledige' proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv. FTD's grieven hebben de strekking om het geschil in volle omvang aan het hof voor te leggen. In haar MvA heeft Eyeworks geconcludeerd tot:
- primair: verwerping en ongegrondverklaring van het appel en bekrachtiging van het vonnis en de 'ex parte'-beschikking;
 - subsidiair: verwerping en ongegrondverklaring van het appel en bekrachtiging van het vonnis en de 'ex parte'-beschikking op de subsidiaire grondslag van artikel 26 Auteurswet (Aw) juncto artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW);
 - meer subsidiair (in voorwaardelijke reconventie): een gebod aan FTD om ieder onrechtmatig handelen jegens Eyeworks te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat FTD niet aan dat gebod voldoet, met veroordeling van FTD in de 'volledige' proceskosten van het 'ex parte'-verbod, het opheffingskort geding en het appel daarvan.

Zaaknummer: 200.069.970/01

3

FTD heeft het subsidiair en meer subsidiair door Eyeworks (ook al in de eerste aanleg) gevorderde – waaraan de voorzieningenrechter niet is toegekomen – zowel in de eerste aanleg als in hoger beroep bestreden.

2. De werking van FTD

Inleiding

- 2.1 Om te beginnen moet worden onderzocht op welke wijze het in rov. 1.1 genoemde up- en downloaden plaatsvindt en welke rol de FTD-faciliteit daarbij speelt.

De werking van Usenet

- 2.2 Vertrekpunt bij dat onderzoek is het zogenoemde Usenet, bij de creatie en exploitatie waarvan FTD niet is betrokken. Het Usenet is van oorsprong een discussienetwerk, waar men via het plaatsen van tekstbestanden participeerde in de discussies. Om bestanden via Usenet te kunnen uploaden en downloaden moet men geregistreerd zijn bij een Usenet provider. Die provider verleent toegang tot zijn 'newsserver', die bestaat uit (een aantal) grote harddisk(s) waarop gebruikers berichten kunnen plaatsen. De bestanden worden op de newsservers in 'nieuwsgroepen' geplaatst. De newsservers sturen de actuele inhoud van de nieuwsgroepen naar newsservers van andere providers en vice versa ('synchronisatie'). Het aanbod op de newsservers kan hierdoor exponentieel toenemen. Tegenwoordig wordt Usenet vooral gebruikt als middel om speelfilms, televisieprogramma's, games en andere software te verspreiden en te downloaden. Over dit een en ander zijn partijen het eens.
- 2.3 Op grond van de stellingen van beide partijen, het door A. Van Veen, informatica-deskundige verbonden aan Agritect Advies B.V., in opdracht van (onder meer) de advocaat van FTD opgestelde en door FTD bij haar productie 6 overgelegde rapport van 20 september 2010 en produktie 18 van FTD in hoger beroep, is over het uploaden (ook wel 'posten' genoemd) en downloaden via Usenet voorshands het volgende vast te stellen.
- Het uploaden: Zoals onder 2.2 al is opgemerkt was Usenet aanvankelijk een dienst waarbij de gebruikers op tekst gebaseerde berichten ('articles') konden plaatsen en lezen. Een 'article' is gebonden aan een maximale grootte, namelijk circa 60.000 karakters. Op een gegeven moment ontstond de behoefte om ook niet op tekst gebaseerde bestanden, zoals films, binnen de Usenet-community beschikbaar te stellen. De opzet van nieuwsgroepen en articles ondersteunen dit echter technisch niet. Daarom is een kunstgreep toegepast, die hierin bestaat dat de beeldbestanden worden opgesplitst in meerdere bestanden van maximaal 60.000 karakters met een technische codering in 'articles'. In deze aanpak heten de artikelen 'binaries' omdat ze binaire informatie (nullen en enen) bevatten in plaats van gewoon leesbare tekstuele informatie. Omdat het bovendien niet mogelijk is om bestanden groter dan 150 MB in één keer in een nieuwsgroep te posten, worden grote in 'articles' omgezette bestanden met op het internet beschikbare compressie-software (zoals WinRAR) opgeknipt in een verzameling van tientallen zo niet honderden kleine bestanden, de 'rar bestanden'. Elk 'rar bestand' bevat ongeveer 150 articles. De kleine 'rar bestanden' kunnen vervolgens als een verzameling van soms meer dan honderd berichten worden gepost naar de

Zaaknummer: 200.069.970/01

4

door de poster uitgekozen nieuwsgroep.

Het downloaden: Voor downloaden is software nodig (i) om Usenet te kunnen gebruiken en toegang te krijgen tot de newsserver, (ii) om de (gewenste) geüploade bestanden te kunnen vinden en daarbij te kunnen komen en (iii) om de opgeknipte bestanden weer tot een geheel te maken (vergelijk punt 13 van FTD's pleitnota in de 1^e aanleg).

Ad (i) Een speciale software, een zogenoemde 'newsreader', maakt verbinding met de newsserver. Dit soort programma's (bijvoorbeeld SabNZB en GrabIt) zijn gratis van het internet te halen.

Ad (ii) Er zijn diverse zoekdiensten (waaronder Binsearch) opgekomen op internet die de meest populaire nieuwsgroepen indexeren (dat is het geautomatiseerd rubriceren en verzamelen van steekwoorden). Na uitvoering van een zoekopdracht op een website als www.binsearch.net (een Usenet zoekdienst) worden de resultaten als NZB-bestand beschikbaar gesteld. Hierbij wordt gebruikt gemaakt van het feit dat de articles van ieder entertainmentbestand een uniek nummer (een 'message id') hebben. Een NZB-bestand bevat alle informatie die nodig is om het beoogde bestand te downloaden, zoals de naam van het bestand, de plaats daarvan op Usenet en de message id. Een NZB-bestand is dus een verzameling van die message id's samengevoegd in het tekstbestand (met de extensie .nzb). Wanneer het te downloaden bestand wordt voorgesteld als een puzzel, dan staat in de NZB niet alleen hoe elk puzzelstukje er uit ziet maar ook op welke plek hij hoort.

Ad (iii) Het op de website aangemaakte NZB-bestand wordt vervolgens automatisch geïmporteerd in de newsreader die meteen de download start. Na het downloaden wordt de hele reeks 'rar-bestanden' waaruit de speelfilm of het muziekalbum bestaat, door de newsreader aan elkaar geplakt en omgezet in het desbetreffende entertainmentbestand.

FTD heeft nog opgemerkt dat men ook zonder zoekmachine en zonder NZB-bestanden kan downloaden, maar dat dat dan wel meer handwerk van de gebruiker vergt (ID onder 16). Het hof begrijpt dat een newsreader in ieder geval nodig is om te kunnen downloaden van Usenet.

- 2.4 Partijen zijn het erover eens dat FTD geen bemoeienis heeft met de newserver, de newsreader, zoekdiensten als Binsearch en het NZB-formaat. Eyeworks heeft zelf gesteld dat de technische uitwisselingen buiten FTD om plaatsvinden (MvA onder 41).

De nadelen van Usenet

- 2.5 Door Eyeworks is onder 18 MvA gesteld dat aan Usenet het nadeel kleefte dat, vanwege de massaliteit van het aanbod, de zoekresultaten die verkregen worden via een Usenet zoekmachine zoals binsearch of via de zoekfunctie van een newsreader zoals SabNZB onoverzichtelijk zijn. Onder 30 ID heeft FTD erkend dat het om grote hoeveelheden informatie gaat waarin het wat lastig is om de weg te vinden. Bij pleidooi in hoger beroep heeft Eyeworks haar genoemde stelling nader geconcretiseerd in dier voege dat bijvoorbeeld Binsearch een 'onoverzichtelijke brij' aan zoekresultaten oplevert waarvan niet duidelijk is of dit bijvoorbeeld bestanden

Zaaknummer: 200.069.970/01

5

met virussen of van slechte kwaliteit zijn. Ook dit is door FTD niet betwist.

- 2.6 Verder heeft Eyeworks gesteld dat op Usenet veel films worden aangeboden onder vreemde bestandsnamen die niet tot de film die het bestand bevat zijn te herleiden – dit om opsporing door rechthebbenden te voorkomen en/of om te bewerkstelligen dat bestanden alleen aan een bepaalde incrowd ter beschikking komen – waardoor het niet eenvoudig is om snel bepaalde films te vinden. Aan de betwisting van deze stelling door FTD (AD onder 49) gaat het hof voorbij nu Eyeworks als productie 18a bij MvA stukken in het geding heeft gebracht waaruit blijkt dat 26 van de 50 bestanden waarin op Usenet de speelfilm 'KEVBDD' wordt aangeboden, een niet tot die film te herleiden bestandsnaam hadden.

De FTD-applicatie en de werking daarvan

- 2.7 FTD exploiteert een applicatie (door FTD de 'FTD-cliënt' genoemd) en een platform (een database). De Usenet-gebruikers kunnen op de FTD-applicatie zogenoemde 'spots' plaatsen over de geuploade bestanden. Een 'spot' bevat, zo stelt Eyeworks, informatie over een bestand, zoals het formaat, het filmgenre, de hoeveelheid .rar bestanden waarin een film is opgeknipt en de bestandsnaam waaronder een film op Usenet is te vinden. Door deze bestandsnaam te kopiëren en in een Usenet-zoekmachine te plakken is het eenvoudig om het gewenste bestand te vinden. In punt 13 AD heeft FTD dit als volgt verwoord.

'Gebruikers lezen en plaatsen met de FTD client berichten in deze database (dat is het FTD-forum of -platform, zie punt 52 AD, hof). Met het programma (dat is de FTD client, zie punt 13 AD, hof) laten de gebruikers elkaar simpelweg weten waar en wanneer op Usenet een bericht is geplaatst. Men noemt dit "spotten". Door middel van de FTD client wordt de "spot" door een gebruiker op het FTD platform gemeld. Doordat deze informatie wordt uitgewisseld weet de community welke bestanden zijn te vinden op Usenet en wat de kwaliteit daarvan is'.

Voorzover in de in rov. 2.6 al genoemde stelling van FTD in punt 49 AD een betwisting zou moeten worden gelezen van Eyeworks' stelling dat een 'spot' ook informatie bevat over de bestandsnaam waaronder een film op Internet is te vinden, wordt die betwisting als onvoldoende onderbouwd gepasseerd. In het licht van het in dit kort geding aan te nemen feit (zie rov. 2.6 *in fine*) dat regelmatig films onder niet tot de echte namen daarvan te herleiden bestandsnamen worden geupload en gezien het hierna onder 2.11 te bespreken 'Kudo'-systeem, waardoor FTD-gebruikers worden gestimuleerd om zo nuttig mogelijke spots te plaatsen, is aannemelijk dat spots met grote regelmaat ook informatie bevatten over de bestandsnaam waaronder een film op Usenet is te vinden.

- 2.8 Door Eyeworks is onweersproken gesteld: i) dat FTD categorieën heeft gecreëerd als DVD, Divx, Playstation, Xbox en Nintendo waarin gebruikers informatie kunnen ordenen, ii) dat de FTD-applicatie een zoekfunctie bevat, waardoor de FTD-gebruiker eenvoudig kan zoeken of een spot voor een bepaalde film op FTD is geplaatst en iii) dat de FTD-applicatie een 'update'-functie bevat zodat de FTD-gebruikers de meest recente inhoud van de database kunnen doorzoeken. Ook deze feiten worden door het hof tot uitgangspunt genomen.
- 2.9 FTD maakt gebruik van zogenoemde moderators, dat zijn vrijwilligers die namens

Zaaknummer: 200.069.970/01

6

FTD een zekere controle verrichten op de geplaatste spots. Volgens FTD moet hierbij onderscheid gemaakt worden tussen de premoderatie (premod) en de eindmoderatie (eindmod). Zij heeft dit als volgt toegelicht (zie ook productie 7 van FTD). De premod (het preventief modereren) vindt plaats bij spotters die voor het eerst iets spotten op FTD. De eerste zes spots van zo'n nieuwe spotter worden beoordeeld om vast te stellen of hij de spots ordentelijk en volgens de regels van FTD plaatst. Daarbij wordt bekeken of:

- i. de nieuwe spotter niet een duplicaat van een eerdere spot plaatst; is dat wel het geval dan wordt de spot afgekeurd;
- ii. de spot de benodigde informatie bevat; zo nee, dan wordt de spot afgekeurd;
- iii. met de spot een beveiliging wordt omzeild; zo ja, dan wordt de spot afgekeurd;
- iv. de spot een hyperlink naar een NZB-bestand bevat; zo ja, dan wordt de spot afgekeurd.

Verder kan een moderator de beslissing nemen om een spot alsnog in de juiste categorie te plaatsen. Een beginnende spotter maakt namelijk vaak de fout om niet de juiste categorie aan te geven. Pas na goedkeuring van de moderator wordt een spot van een nieuwe spotter publiekelijk zichtbaar. Afgekeurde spots komen niet in het publieke overzicht. Nadat een nieuwe spotter zes goedgekeurde spots heeft geplaatst en dus zijn status is 'geauthenticeerd' kan hij spots plaatsen die meteen zichtbaar zijn voor de gebruiker van FTD zonder verdere bemoeienis van de moderator. Onder 'eindmod' wordt verstaan het achteraf modereren van een geplaatste spot. Dit gebeurt op basis van klachten van uit de 'community', de zogeheten modmeldingen. Indien een gebruiker op het knopje 'modje' in de FTD-applicatie klikt wordt de spot inclusief de klacht opgenomen in het overzicht (modqueue) voor moderators. Iedere moderator kijkt van tijd tot tijd in de modqueue en kan dan de desbetreffende spot onderzoeken. De klachten kunnen inhouden dat:

- a. de spot een duplicaat is; indien dat zo is dan wordt deze spot verwijderd;
- b. de titel van de spot slecht leesbaar is; dan wordt de titel door de moderator aangepast;
- c. woorden uit de titel thuishoren in een subcategorie; dan worden die woorden uit de titel gehaald;
- d. de spot niet in de juiste (sub-)categorie is geplaatst; als de klager aangeeft in welke (sub-)categorie de spot thuishoort, dan wordt de spot door de moderator verplaatst naar de juiste (sub-)categorie; indien de melder niet aangeeft in welke (sub-)categorie de spot wel thuishoort, dan wordt aan de hand van de spotinfo en/of berichten die gebruikers onder de spot hebben geplaatst, de spot alsnog verplaatst, behalve wanneer er onduidelijkheid is: dan wordt de klacht afgewezen en blijft de spot staan waar hij stond;
- e. de spot ongewenst taalgebruik of een oproep tot omzeiling van een beveiliging bevat; dan kan de moderator een sanctie toepassen, zoals het geven van waarschuwingspunten, het bannen van de spotter of het op slot doen van de spot.

Dit alles aldus FTD, die daarbij benadrukt dat bij de premod en de eindmod niet wordt gecontroleerd of een spot inhoudelijk juist is in de zin dat deze werkelijk de genoemde film beschrijft.

- 2.10 Eyeworks betwist niet dat alleen bij de premod proactief wordt opgetreden door de moderators, en dat de moderators bij de eindmod uitsluitend reactief, naar aanleiding van klachten van de gebruikers, handelen. De zojuist weergegeven

Zaaknummer: 200.069.970/01

7

toelichting van FTD op de werkzaamheden van haar moderatoren is ook voorts door Eyeworks niet (voldoende concreet en gemotiveerd) bestreden, behalve dan dat volgens Eyeworks – anders dan FTD betoogt – door FTD, althans haar moderatoren wel wordt gecontroleerd of de spots ook daadwerkelijk verwijzen naar de titels genoemd in de spots en dat spots worden verwijderd indien dit niet het geval is. Deze stelling is door Eyeworks, hoewel dat op haar weg lag, echter niet aannemelijk gemaakt, ook niet met de door haar als productie 12D overgelegde screenprints. FTD heeft in haar productie 11 immers gemotiveerd en in detail aangegeven dat uit die screenprints alleen maar blijkt dat hetzij de desbetreffende spotter zijn spot zelf heeft verwijderd, hetzij handelingen zijn verricht die vallen onder de taken die een moderator heeft volgens de onder 2.9 weergegeven beschrijving.

- 2.11 Een FTD-gebruiker die een 'spot' heeft geplaatst kan daarvoor van zijn medegebruikers een 'kudo' ontvangen als blijk voor waardering. Een 'kudo' is, zo begrijpt het hof, zoiets als een digitale knuffel. Het ligt voor de hand dat 'kudo's' door de Usenet-gebruikers in het bijzonder worden uitgedeeld wanneer het een spot betreft waarin wordt vermeld dat, waar en onder welke naam een bepaalde film te vinden is waarvoor een bestandsnaam wordt gebruikt die niet te herleiden is tot de naam van die film. FTD houdt een top 25 bij waarin de gebruikers die de meeste 'kudo's' hebben staan vermeld. Hiermee stimuleert FTD het 'kudo'-systeem, dat – naar valt aan te nemen – in de FTD-community een prikkel vormt althans kan vormen om zo goed en nuttig mogelijke spots, en met name ook spots voor films die onder vreemde namen zijn gepost, te plaatsen.
- 2.12 Tijdens het pleidooi in hoger beroep heeft mr. Visser namens Eyeworks (desgevraagd) naar voren gebracht (in aansluiting op het in punt 63 MvA gestelde) dat een groot deel van de spotters op FTD ook uploaders zijn op Usenet. Mr. Visser heeft meer concreet gesteld dat 39 van de 50 grootste spotter zelf ook uploaden. Deze stelling is door FTD niet gemotiveerd betwist. Mr Brunt en A. van Veen voormeld, die als deskundige tijdens FTD bij het pleidooi aanwezig was, hebben beide namens FTD desgevraagd verklaard dat het best zou kunnen/niet kan worden uitgesloten dat spotters ook uploaden. Zij betwisten echter dat dit geldt voor zoveel spotters als mr. Visser heeft gesteld. Nu FTD niet heeft aangegeven welk (globaal) percentage spotters ook uploadt, terwijl zij geacht moet worden over die informatie te kunnen beschikken, moet het er in dit kort geding voor worden gehouden dat een aanmerkelijk deel van de spotters ook uploader is.

Tussen-slotsom

- 2.13 Vast staat dat het downloaden van op Usenet geposte films ook zonder de FTD-applicatie mogelijk is. Door de introductie van het 'spot'-systeem, waardoor Usenet-gebruikers elkaar kunnen attenderen op de aanwezigheid van entertainmentbestanden op Usenet, en de door haar in verband daarmee genomen maatregelen ter bevordering van de gebruikersgemak (de categorie-indeling, de zoek- en 'updatefunctie') en de kwaliteit van de spots (het moderator-systeem en de 'kudo'-top 25) maakt FTD het downloaden wel (aanzienlijk) gemakkelijker, (mede) omdat daarbij de in de rov. 2.5 en 2.6 genoemde nadelen voor althans een belangrijk deel worden opgeheven. Dat het grote voordelen biedt om bij het downloaden gebruik te maken van de FTD-applicatie is ook af te leiden uit het door Eyeworks gestelde en door FTD niet betwiste feit dat de FTD-applicatie al meer dan 500.000 gebruikers

Zaaknummer: 200.069.970/01

8

heeft (MvA onder 10). FTD heeft zelf ook naar voren gebracht dat haar platform 'een meerwaarde' heeft (punt 11 van haar pleitnota in de 1^e aanleg) en dat de locatie-informatie die door de gebruikers van het FTD-platform wordt aangedragen, tot 'beter materiaal' leidt (AD onder 85). Het verweer van FTD dat zij het downloaden niet bevordert en dat door haar geen kwaliteitsbevorderende activiteiten plaatsvinden (punt 30 van haar pleitnota in de 1^e aanleg) moeten dan ook als onvoldoende onderbouwd worden verworpen.

III. De primaire vordering van Eyeworks: is sprake van openbaarmaking door FTD?

- 3.1 Eyeworks heeft ter onderbouwing van haar standpunt dat FTD de film 'KEVBDD' openbaar maakt, aangevoerd (zie o.m. punt 38 CvA/CvR-rec en de punten 38, 41 en 109 MvA) dat (i) FTD door het via haar FTD-applicatie ter beschikking stellen van de 'spots' ('toegangsleutels') toegang geeft tot die film, (ii) het begrip openbaarmaking ruim en functioneel moet worden uitgelegd, (iii) het enkele aanbieden van werken kwalificeert als het ter beschikking stellen aan het publiek, ongeacht of het publiek hier iets mee doet, (iv) het niet relevant is dat de technische uitwisselingen buiten FTD om plaatsvinden en (v) FTD in ieder geval 'mede-openbaarmaker' van die film is. Volgens FTD kan niet van openbaarmaking in auteursrechtelijke zin worden gesproken, in verband waarmee zij er onder meer op wijst dat de gebruiker om te kunnen downloaden buiten het domein van FTD moet treden en dat FTD 'niet zelfstandig betrokken is bij de eigenlijke, tot toegankelijkheid bij het publiek leidende, openbaarmakingshandeling' (pleitnota in hoger beroep onder 25 en 27).
- 3.2 Het openbaarmakingrecht van de auteur is neergelegd in de artikelen 1 en 12 Aw. De Europeesrechtelijke versie daarvan is het 'recht van mededeling van het werk aan het publiek' van artikel 3 van Richtlijn 2001/29 EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna: de Auteursrechtlijn, kortweg ARL). Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) dat een richtlijn – die aan de lidstaten de verplichting oplegt tot implementatie van het in het richtlijn bepaalde in de nationale wetgeving – niet uit zichzelf direct en rechtstreeks aan particulieren verplichtingen kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegen een particulier kan worden ingeroepen. Dit neemt niet weg dat een richtlijn in een geschil tussen uitsluitend particulieren betekenis heeft. Het hof citeert de volgende overwegingen uit het arrest van het HvJEG van 5 oktober 2004 in de zaak 'Pfeiffer' (gevoegde zaken C-397/01 tot C-403/01):

113. De nationale rechter moet (...) bij de toepassing van het nationale recht, en met name bij een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling, het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn (...).

114. Het vereiste van een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht is inherent aan het systeem van het verdrag aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren bij de beslechting van het bij hem aanhangige geschil.

Het EU-recht is in beginsel dus bepalend voor de inhoud van het Nederlandse openbaarmakingrecht (zie ook HR 19 juni 2009 'Buma/Chellomedia', LJN:

Zaaknummer: 200.069.970/01

9

BH7602). Het hof zal zich te dien aanzien daarom op de EU-regelgeving en -rechtspraak concentreren.

3.3 Artikel 3 ARI lid 1 luidt aldus:

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 punt 23 van de considerans van de ARI is deze bepaling als volgt toegelicht.

Deze richtlijn moet het recht van de auteur van mededeling van werken aan het publiek verder harmoniseren. Aan dit recht moet een ruime betekenis 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 punt 27 van de considerans van de ARI is gestipuleerd:

'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'.

In zijn arrest van 7 december 2006 inzake 'Hoteles' (zaak C-306/05) heeft het HvJEG voor recht verklaard:

'Ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties als zodanig geen mededeling in de zin van (de ARI), 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 artikel 3, lid 1, van deze richtlijn'.

In punt 43 van dit arrest is hiertoe het volgende overwogen:

Verder volgt uit artikel 3, lid 1, van de (ARI) (...), dat er reeds van mededeling aan het publiek sprake is wanneer het werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is. Derhalve is (...) niet van beslissend belang dat de gasten die het televisietoestel niet hebben aangezet, niet daadwerkelijk toegang tot de werken hebben gehad.

In de – met toepassing van artikel 104 lid 3 van het reglement voor de procesvoering van dat hof gegeven – beschikking van het HvJEU van 18 maart 2010 (zaak C-136/09), is het volgende dictum neergelegd:

'De hotelhouder die televisietoestellen installeert in de kamers van zijn hotel en deze toestellen verbindt met de centrale antenne, verricht door dit loutere feit een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1 (ARI)'.

In zijn – na de pleidooien in de onderhavige zaak – gewezen arrest van 21 oktober 2010 inzake 'Padawan/SGAE' (C-467/08) heeft het HvJEU, onder verwijzing naar de punten 43 en 44 van het 'Hoteles'-arrest, benadrukt dat:

(...) vanuit auteursrechtelijk oogpunt rekening moet worden gehouden met de loutere mogelijkheid voor de eindgebruiker, in het betrokken geval de klanten van een hotel, om uitzendingen te bekijken met televisietoestellen en een signaal dat door het hotel ter beschikking wordt gesteld, en niet met de

Zaaknummer: 200.069.970/01

10

daadwerkelijke toegang van de klanten tot die werken (...).

- 3.4 Uit deze weergave van het EU-recht blijkt dat het recht van artikel 3 lid 1 ARL – dat kan worden aangeduid als ‘het mededelingsrecht in ruime zin’ – bestaat uit (vergelijk MvA punt 149 waar dit onderscheid ook is terug te vinden):
- a) het recht om het werk aan het publiek mede te delen (hierna: het mededelingsrecht in enge zin); hierbij gaat het om de doorgifte van een signaal bevattend het werk, dat het publiek bereikt;
 - b) het recht om het (signaal bevattend het) werk in zodanige mate aan het publiek ter beschikking te stellen dat het voor de leden van het publiek toegankelijk is (hierna: het beschikbaarstellingsrecht); hierbij is niet van beslissend belang of het publiek daadwerkelijk toegang tot het werk heeft; voldoende is de loutere mogelijkheid van het publiek om het werk waar te kunnen nemen.

Aan het beschikbaarstellingsrecht moet derhalve een ruime betekenis worden toegekend. Op handelingen die niet meer onder de reikwijdte daarvan – of van het mededelingsrecht in enge zin – kunnen worden gebracht, heeft het recht van artikel 3 lid 1 ARL echter geen betrekking, aldus de laatste zin van overweging 23 van de considerans van de ARL. Met name wanneer een signaal (nog) niet ‘op zodanige wijze’ beschikbaar wordt gesteld dat het toegankelijk is voor het publiek, is naar het oordeel van het hof sprake van een situatie die niet onder het beschikbaarstellingsrecht valt.

- 3.5 De stellingen van FTD dat geen bestanden op het FTD-platform aanwezig zijn en dat er geen signalen via de infrastructuur van FTD gaan (AD onder 37 en 43) zijn juist. Uit de hiervoor gegeven omschrijving van de werking van de FTD-applicatie in relatie tot het Usenet blijkt immers dat door die applicatie geen signaal is gegaan dat de film ‘KEVBDD’ bevat. Reeds hierom heeft FTD door het houden en aanbieden van de FTD-applicatie Eyeworks’ mededelingsrecht in enge zin niet geschonden.
- 3.6 Met behulp van de FTD-applicatie kunnen Usenet-gebruikers geuploade films vinden die zij zonder die applicatie niet, althans niet op eenvoudige wijze, hadden kunnen vinden, namelijk de films die onder een vreemde naam zijn gepost (zie rov. 2.6). Die gebruikers hebben echter om de film te kunnen downloaden of deze (direct, via een NZB-player, of na het downloaden, zie punt 107 MvA) te kunnen bekijken ook nog software (een newsreader en/of een Usenet-zoekdienst en/of een NZB-bestand/NZB-player) nodig waarmee FTD geen enkele bemoeienis heeft. Misschien dat zij dit ook zonder de zoekdienst en het NZB-bestand kunnen, maar dan moeten zij zelf nogal wat werk verrichten. In aanmerking verder nemende dat FTD onweersproken heeft gesteld (onder 14 AD) dat haar applicatie niet de mogelijkheid biedt om NZB-bestanden te vinden (zie ook rov. 2.9 bij iv.), kan niet worden gezegd dat FTD door het houden en aanbieden van haar applicatie de film ‘KEVBDD’ op zodanige wijze ter beschikking heeft gesteld aan het publiek dat dit werk voor de leden daarvan toegankelijk is geworden. Met alleen de FTD-applicatie heeft het publiek nog niet de mogelijkheid om een op Usenet geuploade film te bekijken. Uit de stellingen van Eyeworks op blz. 25 bij A en onder 102 en 108 MvA is af te leiden dat nadat een film via de FTD-applicatie is gevonden, nog slechts enkele muiskliks nodig zijn om deze – met behulp van de zojuist genoemde software – te downloaden of te bekijken. De vergelijking dringt zich op tussen deze situatie en de situatie die aan de orde was in de hiervoor aangehaalde beschikking van het HvJEG van 18

Zaaknummer: 200.069.970/01

11

maart 2010, waar de hotelgast alleen nog maar de televisie hoefde in te schakelen en de zender te zoeken om de uitzending te kunnen bekijken. Tussen beide situaties bestaat echter het – doorslaggevende – verschil dat de genoemde software niet door FTD wordt verschaft en dat de hoteleigenaar met de installatie van het televisietoestel tevens de 'aan'-knop en de zenderzoekfunctie daarvan verschaft. De in rov. 3.1 vermelde stellingen (i) en (iv) van Eyeworks gaan dus niet op, terwijl haar aldaar vermelde stellingen (ii) en (iii) op zichzelf niet tot het oordeel leiden dat FTD de film "KEVBDD" openbaar maakt. Het in rov. 3.1 weergegeven verweer van FTD treft doel. Ook het beschikbaarstellingsrecht van Eyeworks wordt door FTD dus niet geschonden. In het midden kan nu blijven of de FTD-applicatie is te beschouwen als een 'fysieke faciliteit' als bedoeld in overweging 27 van de considerans op de ARI.

- 3.7 Noch in de ARI noch in de Aw komt het begrip 'mede-openbaarmaking' voor. Mogelijkerwijs zou deze figuur zijn af te leiden uit artikel 31 Aw in verbinding met artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) en artikel 6:162 BW, doch daarvoor zou dan, gelet op artikel 47 Sr, in ieder geval zijn vereist een nauwe en bewuste samenwerking tussen FTD en de andere mede-openbaarmaker(s). Hierover heeft Eyeworks evenwel niets gesteld. Haar in rov. 3.1 bij (v) weergegeven stelling stuit reeds hierop af.
- 3.8 De conclusie van het voorgaande is dat de op het openbaarmakingsrecht gestoelde vordering van Eyeworks niet toewijsbaar is. Dit betekent dat moet worden onderzocht of de vordering van Eyeworks toewijsbaar is op de daarvoor aangevoerde subsidiaire of meer subsidiaire grondslag.

4. De vorderingen van Eyeworks op de (meer) subsidiaire grondslagen: inleiding

- 4.1 De subsidiaire, op artikel 26d Aw gebaseerde, grondslag van Eyeworks' vordering houdt in dat FTD is te beschouwen als een tussenpersoon wiens dienst (de FTD-applicatie) door derden is gebruikt om inbreuk op het auteursrecht van Eyeworks te maken (MvA onder 48 en 55). De meer subsidiaire grondslag houdt in dat FTD onrechtmatig jegens Eyeworks heeft gehandeld omdat zij met haar applicatie structureel inbreukmakend handelen faciliteert en stimuleert (CvA/CvE-rec onder 58, 61 en 94 en MvA onder 53, 54 en 123). Deze grondslagen kunnen worden betrokken op twee gestelde mogelijke inbreuken op het auteursrecht van Eyeworks, namelijk het uploaden ('posten') van de film 'KEVBDD' op Usenet en het downloaden daarvan (vergelijk MvA onder 112). Het hof zal nu aan de hand van dit uitgangspunt de subsidiaire en meer subsidiaire grondslag van Eyeworks' vordering beoordelen. Eerst zal daarbij worden ingegaan op het downloaden.

5. De vorderingen van Eyeworks op de (meer) subsidiaire grondslag i.v.m. het downloaden

- 5.1 De film 'KEVBDD' is zonder toestemming van Eyeworks op Usenet gepost. Het gaat hier dus om downloaden uit illegale bron. Het meest verstrekkende verweer van FTD tegen Eyeworks' vordering op de (meer) subsidiaire grondslag in verband met het downloaden luidt dat, gezien de door het kabinet in kamerstukken ingenomen standpunten, downloaden uit illegale bron onder de thuiskopie-exceptie valt, zodat dit naar Nederlands recht niet is verboden. Het op enigerlei wijze betrokken zijn bij een niet-verboden handeling kan, zo vervolgt FTD, niet tot onrechtmatig handelen leiden (zie voor dit alles ID onder 3 t/m 7, AD onder 37 en 59, pleitnota in hoger

Zaaknummer: 200.069.970/01

12

beroep onder 48-52).

- 5.2 Eyeworks heeft hier tegenin gebracht dat downloaden uit illegale bron onder de Aw wel is verboden omdat dit in strijd is met de drie-stappen-toets uit de ARI en – naar zij bij pleidooi in hoger beroep heeft opgemerkt – de Aw dienovereenkomstig moet worden uitgelegd.
- 5.3 Om deze stellingen van partijen goed te kunnen beoordelen, moet eerst het juridisch kader daarvan in kaart worden gebracht.
- 5.4 Op grond van artikel 1 Aw is, behoudens beperkingen bij de wet gesteld, de maker van een werk als enige bevoegd om zijn werk te verveelvoudigen (reproducen of kopiëren). Dit recht van de auteur wordt hierna aangeduid als: het reproductierecht. Een van de bij de wet gestelde beperkingen op het reproductierecht is neergelegd in artikel 16c Aw, dat ook wel wordt aangeduid als de 'Thuiskopieregeling' of 'thuiskopie-exceptie'. De leden 1 en 2 van artikel 16c Aw luiden als volgt.
- 1. Als inbreuk op het auteursrecht op een werk (...) wordt niet beschouwd het reproducen van het werk of een gedeelte ervan op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven, mits het reproducen geschiedt zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend dient tot eigen oefening, studie of gebruik van de natuurlijke persoon die de reproductie vervaardigt.*
- 2. Voor het reproducen, bedoeld in het eerste lid, is ten behoeve van de maker of diens rechtverkrijgenden een billijke vergoeding verschuldigd. De verplichting tot betaling van de vergoeding rust op de fabrikant of de importeur van de voorwerpen, bedoeld in het eerste lid.*
- Artikel 16c Aw brengt met zich dat een privé-persoon die voor eigen gebruik muziek of een film op bijvoorbeeld een CD-R of DVD-R (het 'voorwerp' uit lid 1) 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. Partijen gaan er van uit dat de film 'KEVBDD' door privé-personen voor eigen gebruik wordt gedownload.
- 5.5 Het Europeesrechtelijke reproductierecht van de auteur is neergelegd in artikel 2 ARI. In artikel 5 ARI is voorzien in een aantal beperkingen op deze rechten. De Europeesrechtelijke 'Thuiskopieregeling' is neergelegd in artikel 5, lid 2, aanhef en sub b ARI, dat als volgt luidt:
- De Lidstaten kunnen beperkingen of restricties op het in artikel 2 bedoelde reproductierecht stellen ten aanzien van:*
- a. (...)*
- b. de reproductie, op welke drager dan ook, door een natuurlijke persoon voor privé-gebruik gemaakt en zonder enig direct of indirect commercieel oogmerk, mits de rechthebbenden een billijke compensatie ('fair compensation') ontvangen, waarbij rekening wordt gehouden met het al dan niet toepassen van de in artikel 6 bedoelde technische voorzieningen op het betrokken werk of het betrokken materiaal'.*
- 5.6 In lid 5 van artikel 5 ARI worden algemene grenzen gesteld aan de mogelijkheid van het opnemen van de in de daaraan voorafgaande leden genoemde beperkingen (de Romeinse cijfers zijn aangebracht door het hof):

Zaaknummer: 200.069.970/01

13

De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen (i) slechts in bijzondere gevallen worden toegepast mits (ii) daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en (iii) de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

De door artikel 5 lid 5 ARJ gevestigde toets wordt wel de 'drie-stappen-toets' genoemd.

- 5.7 De Nederlandse Thuis kopiëregeling van artikel 16c Aw bestond al voor de totstandkoming van de ARI. In verband met de implementatie van deze richtlijn is artikel 16 Aw gewijzigd bij Wet van 6 juli 2004 (Stb. 2004, 336) tot aanpassing van de Auteurswet 1912 ter uitvoering van de ARI (hierna: 'de Aanpassingswet 2004').
- 5.8 Hiervoor, onder 3.2, is al gewezen op de verplichting van de civiele rechter om een nationale bepaling richtlijnconform te interpreteren. Uit de woorden 'zoveel mogelijk' in punt 113 van het aldaar al aangehaalde 'Pfeiffer'-arrest van het HvJEG blijkt enerzijds dat een civiele rechter alle hem ten dienste staande middelen moet benutten om het nationale recht overeenkomstig een richtlijn uit te leggen, doch anderzijds dat van hem niet het onmogelijke kan worden gevraagd. Er zijn dus grenzen aan het gebod tot richtlijnconforme interpretatie. Het HvJEG/EU heeft zich over deze grenzen alleen nog maar uitgesproken in een strafrechtelijke context, en kwam in die context tot het oordeel dat de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie zijn begrenzing vindt in de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel (HvJEG 7 januari 2004 inzake 'Rolex', zaak C-60/02), en dat het beginsel van richtlijnconforme uitleg niet als grondslag kan dienen voor een uitlegging 'contra legem' van het nationale recht (HvJEG 16 juni 2005 inzake 'Pupino', zaak C-105/03). Over de grenzen van richtlijnconforme interpretatie in een civielrechtelijke context zijn wel uitspraken gedaan door de Hoge Raad, onder meer in zijn arresten van 25 oktober 1996 in de zaak 'Pink Floyd/Rigu Sound' (NJ 1997, 649) en van 20 oktober 1995 in de zaak 'Van Asseldonk/Ter Schure' (NJ 1996, 330). Daarin is, kort gezegd, beslist dat de bewoordingen van de nationale bepaling in samenhang bezien met de totstandkomingsgeschiedenis daarvan met zich kunnen brengen dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, te minder wanneer ook het rechtszekerheidsbeginsel zich daartegen verzet. Verder is te wijzen op i) het arrest van de belastingkamer van de HR van 10 augustus 2007 (LJN: AZ3758) waaruit is af te leiden dat niet snel mag worden aangenomen dat de grenzen van richtlijnconforme interpretatie zijn bereikt, en ii) op punt 112 van het reeds aangehaalde 'Pfeiffer'-arrest van HvJEG, inhoudende dat de nationale rechter er van uit moet gaan 'dat de lidstaat, wanneer hij eenmaal gebruik heeft gemaakt van de beoordelingsmarge die hij krachtens deze bepaling geniet, de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen', waarin ligt besloten dat een nationale bepaling die gezien de totstandkomingsgeschiedenis redelijkerwijs zo kan worden uitgelegd dat zij in overeenstemming is met de richtlijn, ook dienovereenkomstig moet worden uitgelegd. Het hof komt op grond van dit een en ander tot de conclusie dat in een civielrechtelijke context alleen dan van richtlijnconforme interpretatie geen sprake kan zijn wanneer de inhoudelijke afstand tussen de nationale bepaling en de richtlijnbeepaling zo groot is dat deze redelijkerwijs niet meer door uitleg kan worden overbrugd (zie ook M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, Kluwer 2001, blz. 187, voorlaatste alinea).

Zaaknummer: 200.069.970/01

14

- 5.9 In dit geding is geen, althans geen expliciet, beroep gedaan op de grenzen van richtlijnconforme interpretatie. Het gaat hier evenwel om een rechtsgrond die de rechter op de voet van artikel 25 Rv ambtshalve heeft aan te vullen. Partijen hoeven niet in de gelegenheid te worden gesteld om hun stellingen hierover nader aan te vullen, nu zij met ambtshalve toepassing rekening hadden kunnen houden (zie rov. 3.3 van het arrest van de HR van 22 januari 2010, LJN: BK3066).
- 5.10 Aan het onder 5.2 genoemde standpunt van Eyeworks, dat artikel 16c Aw aldus moet worden uitgelegd dat het downloaden uit illegale bron is verboden, ligt kennelijk de volgende redenering ten grondslag. Kopiëren (downloaden) uit illegale bron veronderstelt dat er een ander is die daarvoor illegaal – dat wil zeggen: zonder toestemming van de auteursrechthebbende – het werk dat wordt gekopieerd, heeft openbaar gemaakt door dit op internet te plaatsen (uploaden). Door dit illegaal openbaarmaken 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 teweegbrengen 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). Gezien het gebod van richtlijnconforme interpretatie moet artikel 16c e.v. Aw dienovereenkomstig worden uitgelegd, dus in de zin dat downloaden uit illegale bron verboden is. Een en ander aldus Eyeworks.
- 5.11 Het hof stelt voorop dat artikel 5 lid 2 sub b ARI (op grond waarvan de lidstaten de thuiskopie als beperking op het reproductierecht mogen stellen) zelf geen onderscheid maakt naar de bron waaruit het te kopiëren werk wordt verkregen. Er kan dan ook alleen sprake zijn van strijdigheid met de ARI wanneer het toepassen van de beperking van artikel 5 lid 2 sub b ARI op downloaden uit illegale bron in strijd moet worden geacht met de in artikel 5 lid 5 ARI opgenomen drie-stappen-toets. 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’*.
- 5.12 Ook in artikel 16c e.v. Aw is niets bepaald over de al dan niet toelaatbaarheid van reproduceren uit illegale bron. Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet 2004 is deze kwestie echter wel uitdrukkelijk ter sprake gekomen,

Zaaknummer: 200.069.970/01

15

getuige de volgende opmerkingen van de minister.

- *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 (...)* (Nota n.a.v. het Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr. 5, p 32);
- *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 omzetuitval vanwege illegale, buiten de reikwijdte van artikel 16c vallende kopieën.* (Nota n.a.v. het Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr. 5, p.33).
- *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 aanleiding van het Nader Verslag, TK 2002-2003, 28482, nr 8, p. 13).

Uit deze uitspraken van de kant van de Nederlandse regering blijkt dat zij van oordeel is dat volgens de Aw kopiëren uit illegale bron is toegestaan omdat dit onder artikel 16c lid 1 daarvan valt. Artikel 16c e.v. Aw moet daarom in deze zin worden uitgelegd. De regering heeft dit bewust zo bepaald, hetgeen naar zij kennelijk meent in overeenstemming is met de ARI.

- 5.13 De zojuist genoemde uitspraken van de minister berusten klaarblijkelijk op de volgende gedachtegang. Zolang technische voorzieningen in de vorm van kopieerbeveiliging en/of Digital Right Management (DRM)-systemen nog niet in voldoende mate beschikbaar zijn is een verbod op het maken van privé-kopieën uit illegale bron in de praktijk niet te handhaven (in latere brieven aan de Tweede Kamer over het auteursrechtbeleid heeft de minister hieraan toegevoegd dat aan zo'n verbod bovendien privacy-bezwaren kleven, TK 2008-2009, nr. 6 en TK 2009-2010, 29838, nr. 22, p. 13). De facto zullen de rechthebbenden bij een verbod op downloaden uit illegale bron dus geen betaling kunnen ontvangen. Gelet hierop zijn op dit moment

Zaaknummer: 200,069.970/01

16

de wettige belangen van de rechthebbenden beter gediend bij een systeem waarin het downloaden uit illegale bron is toegestaan, aangezien dat met zich brengt dat daarvoor in ieder geval thuiskopievergoeding aan de rechthebbenden is verschuldigd. Derhalve worden de belangen van de rechthebbenden niet onredelijk geschaad door het downloaden uit illegale bron toe te staan en is voldaan aan de drie-stappen-toets en daarmee aan de eisen die de ARL stelt, aldus, zo begrijpt het hof, de regering.

- 5.14 Het hof stelt vast dat in het door de regering voorgestane systeem overeind blijft dat door het downloaden uit illegale bron het illegaal uploaden wordt gestimuleerd en dat de rechthebbenden in dat systeem derhalve geconfronteerd blijven met de nadelige gevolgen van het illegaal uploaden die niet worden opgeheven door een thuiskopievergoeding. Het kan echter niet zonder meer worden gezegd dat reeds hierom het downloaden uit illegale bron in strijd is met (de 3^e stap van) de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 ARL nu alleszins denkbaar is dat die toets een concrete afweging van alle betrokken omstandigheden vergt, waaronder de omstandigheid dat een verbod op downloaden uit illegale bron op dit moment in de praktijk (nog) niet te handhaven is en de rechthebbenden daarom beter af zijn wanneer het downloaden uit illegale bron is toegestaan, en dat hiervan uitgaande de benadering van de regering in overeenstemming is met de (3^e stap van de) drie-stappen-toets. Indien dit zo zou zijn, dan is het Nederlands recht zoals omschreven/uitgelegd in rov. 5.12 *in fine* wel richtlijnconform, en is downloaden uit illegale bron toegestaan.
- 5.15 Indien het echter zo zou zijn dat de (de 3^e stap van) drie-stappen-toets zich tegen downloaden uit illegale bron verzet omdat dit tot gevolg heeft dat illegaal uploaden wordt gestimuleerd en voormelde concrete belangenafweging en vragen van handhaving geen doorslaggevende rol bij de beoordeling op basis van die toets spelen, dan is artikel 16c zoals uitgelegd in rov. 5.12 *in fine*, in zoverre in strijd met de ARL. Gezien het in de eerste volzin van artikel 5.14 overwogene is naar voorlopig oordeel van het hof alsdan de afstand tussen hetgeen de ARL voorschrijft en hetgeen het Nederlandse recht inhoudt zo groot, dat de grens van richtlijnconforme interpretatie is bereikt. Dit geldt temeer nu in de Kabinetsreactie van 30 juni 2009 op het rapport van de "Werkgroep Auteursrecht" nog eens wordt bevestigd dat naar opvatting van de regering '*het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal (...) thans wel (is) toegestaan*' (TK, 2009-2010, 28 838, nr. 22, blz. 14), waarmee blijkens de context van die woorden onmiskenbaar is bedoeld: downloaden uit illegale bron. Gelet hierop zou de rechtszekerheid op onaanvaardbare wijze in het gedrang komen wanneer artikel 16c Aw op het punt van het downloaden uit illegale bron thans zou worden uitgelegd op de wijze als door Eyeworks bepleit. Indien het Nederlandse recht in strijd zou zijn met de ARL, dan behoudt het Nederlandse recht zoals in rov. 5.12 *in fine* vastgesteld dus niettemin zijn gelding, zodat ook in dat geval in Nederland downloaden uit illegale bron is toegestaan.
- 5.16 Samenvattend. Ofwel aan de drie-stappen-toets is voldaan en dan is artikel 16c Aw, zoals uitgelegd in rov. 5.12 *in fine*, in overeenstemming met de ARL ofwel aan de drie-stappen-toets is niet voldaan en dan is artikel 16c Aw, zoals uitgelegd in rov. 5.12 *in fine*, zozeer in strijd met de ARL dat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is, zodat artikel 16c Aw met de in rov. 5.12 *in fine* omschreven uitleg prevaleert. In beide gevallen geldt dus de in rov. 5.12 *in fine* omschreven uitleg van artikel 16c Aw en is downloaden uit illegale bron toegestaan. Het in rov. 5.1

Zaaknummer: 200.069.970/01

17

genoemde verweer van FTD treft bijgevolg doel; nu naar Nederlands recht downloaden ook uit illegale bron is toegestaan, is het als tussenpersoon verschaffen van diensten die door derden daarvoor worden gebruikt, alsook het enkele (structureel) faciliteren/stimuleren daarvan, niet verboden of onrechtmatig. De vorderingen van Eyeworks op de subsidiaire en meer subsidiaire grondslag zijn, voorzover deze zijn gerelateerd aan het downloaden, dan ook niet toewijsbaar.

6. De vorderingen van Eyeworks op de (meer) subsidiaire grondslag i.v.m. het uploaden

- 6.1 Specifiek met het oog op haar vordering op de (meer) subsidiaire grondslag waar deze is gerelateerd aan het uploaden, heeft Eyeworks onder meer naar voren gebracht dat FTD met haar applicatie de uploaders een platform biedt voor het bekend maken van hun uploads op Usenet, dat die applicatie is ingericht en uitsluitend is geschikt voor het vindbaar maken van content, dat de leden van de FTD-community dat platform 'zeker en (juist) ook' gebruiken om de entertainmentbestanden 'gevonden te laten worden', en dat FTD moedwillig op grote schaal ernstige inbreuken op de rechten van Eyeworks stimuleert (punten 61 en 94 CvA/CvE-rec en de punten 41, 50 en 123 MvA). FTD voert de verweren dat zij geen tussenpersoon is (AD onder 91), dat haar platform niet wordt gebruikt bij het uploaden en dat zij met het uploaden geen enkele bemoeienis heeft en het uploaden ook niet aanmoedigt of bevordert (pleitnota in hoger beroep onder 32, 42 en 51).
- 6.2 Onder 2.13 is uiteengezet dat door de FTD-applicatie het downloaden van de film 'KEVBDD' – en van entertainment-bestanden in het algemeen – aanzienlijk gemakkelijker wordt gemaakt. Dit geldt in het bijzonder voor films die onder een vreemde – niet herleidbare – bestandsnaam worden geupload. Hierdoor wordt het ook voor de uploaders aantrekkelijker om films, zoals 'KEVBDD', op internet te zetten. Door de FTD-applicatie kan de uploader zijn 'publiek' veel beter bereiken en wordt door die applicatie een omgeving gecreëerd waarin de uploader meer resultaat van zijn werk heeft. Ook wanneer hij een vreemde bestandsnaam gebruikt om opsporing te voorkomen. Dit wordt door FTD miskend met haar stelling dat zij met het uploaden niets te maken heeft en het uploaden niet aanmoedigt of bevordert. In dit verband is verder van belang dat het er in dit kort geding voor moet worden gehouden dat een aanmerkelijk deel van de spotters ook uploader is (zie rov. 2.12), naar valt aan te nemen met name bij films die onder een vreemde bestandsnaam zijn geupload, zoals ook bij 'KEVBDD' regelmatig het geval was (zie rov. 2.6). Hiermee wordt onderstreept dat de FTD-applicatie eraan bijdraagt dat de uploaders van die film, en van entertainmentbestanden in het algemeen, het doel kunnen bereiken dat hen voor ogen staat, namelijk dat die film respectievelijk die bestanden wordt/worden gevonden en gedownload, en dat derhalve van die applicatie een stimulerende werking op het uploaden uitgaat. Het hof wijst er nog op dat – ook al is volgens FTD (ID onder 13 en AD onder 47) hier geen sprake van een 'filesharing-netwerk' – de raadslieden van beide partijen bij pleidooi in hoger beroep hebben verklaard dat tussen de uploaders een soort reciprociteit bestaat in die zin dat de uploaders zelf ook downloaden, zodat zij 'allen lekker gratis films kunnen kijken' (zie ook punt 19, laatste zin, ID en punt 40 MvA). In dit licht geldt temeer dat het gemak dat de FTD-applicatie bij het downloaden verschaft, een stimulerende factor voor het uploaden vormt. Eyeworks stelt bovendien (punt 41 MvA) dat FTD haar platform in het leven heeft geroepen met het doel om dat systeem van wederzijdse uitwisseling te bevorderen. Het hof acht deze stelling aannemelijk.

-
- 6.3 Onder 50 MvA is door Eyeworks onweersproken gesteld dat tussen de 80 en 96% van de zich op Usenet bevindende 'entertainment content' aldaar ongeautoriseerd en onrechtmatig wordt aangeboden (geupload). Het ligt voor de hand dat FTD dit weet, en Eyeworks heeft ook gesteld dat FTD dit weet (punten 50-52 MvA). FTD heeft dit in ieder geval niet betwist (zie ook punt 75, 1^o zin, AD).
- 6.4 Door het illegaal, zonder toestemming of betaling, uploaden wordt niet alleen de exclusieve bevoegdheid van de rechthebbende om te beslissen of en onder welke omstandigheden hij zijn werk aan het publiek wil openbaren, ondermijnd (aldus ook FTD onder 20 van haar pleitnota in hoger beroep), maar blijft hij bovendien verstoken van de betaling die hij voor het verlenen van zijn toestemming voor die openbaarmakingshandeling had kunnen bedingen. De rechthebbende ondervindt van het illegaal uploaden dus (ernstig) nadeel. Voor Eyeworks geldt dit, waar het gaat om haar film 'KEVBDD', ook. Onder 10 CvA/CvE-rec heeft Eyeworks onweersproken gesteld dat op 10 mei 2010 voor deze film al meer dan 40 spots waren geplaatst en dat die film toen al 9 keer stond vermeld in FTD's top 25. Aangenomen moet daarom worden dat deze in de bioscoop succesvolle film vaak is geupload en (vervolgens) gedownload, en dat Eyeworks daardoor inkomsten uit de verkoop van DVD's en BluRay's zal mislopen en heeft misgelopen.
- 6.5 Eyeworks heeft voorts aangevoerd dat FTD een aanzienlijk geldbelang (winstoogmerk) heeft bij de exploitatie van de FTD-applicatie (Punt 33 CvA/CvE-rec en 38 MvA). Uit de door Eyeworks overgelegde productie 12H blijkt dat op die applicatie reclame van derden wordt getoond. Onder 44 van haar pleitnota in hoger beroep heeft FTD opgemerkt dat zij 'wel iets' verdient aan die advertenties. Hiermee heeft zij onvoldoende betwist dat zij winstoogmerk heeft, zodat er in dit kort geding vanuit moet worden gegaan dat dit wel het geval is. Het hof acht aannemelijk dat, zoals Eyeworks tot uitdrukking heeft gebracht onder 33 CvA/CvE-rec, de mogelijkheid om met de FTD-applicatie reclame-inkomsten te verwerven uiteindelijk (grotendeels) is terug te voeren op het illegaal uploaden. Wanneer er geen illegale content op Usenet zou worden gepost, zou er geen, althans veel minder, behoefte aan spots zijn en zou de FTD-applicatie niet het huidige aantal bezoekers hebben, van welke bezoekersaantallen de reclamemogelijkheden afhankelijk zijn. FTD profiteert dus ook nog eens van het door haar gestimuleerde illegaal uploaden.
- 6.6 Nu de FTD-applicatie klaarblijkelijk permanent bereikbaar is, moet het aan FTD verweten handelen als structureel/stelselmatig worden bestempeld.
- 6.7 Het komt er op neer dat FTD structureel/stelselmatig en doelbewust een applicatie in bedrijf houdt waardoor een activiteit (te weten illegaal uploaden) wordt gestimuleerd die, naar zij weet of moet weten, inbreuk op het auteursrecht van Eyeworks oplevert en (ernstig) nadeel voor Eyeworks teweegbrengt, terwijl zij, FTD, zelf van die activiteit profijt trekt.
- 6.8 Het hof is voorhands van oordeel dat dit handelen niet in strijd komt met artikel 26d Aw. Om films te kunnen uploaden hebben de uploaders, ook als zij tevens spotters zijn, de FTD-applicatie niet nodig. Die applicatie maakt de handeling van het uploaden zelf ook niet makkelijker. Het is derhalve niet zo dat de uploaders voor het plegen van de auteursrechtinbreuk, die door het illegaal uploaden wordt gevormd,

Zaaknummer: 200.069.970/01

19

gebruik maken van de FTD-applicatie, zoals voor toepasselijkheid van artikel 26d Aw is vereist. Het louter stimuleren en profiteren van auteursrechtinbreuk valt buiten de reikwijdte van deze bepaling. In zoverre treffen de onder 6.1 genoemde verweren van FTD doel. Op de subsidiaire grondslag is de aan het uploaden gerelateerde vordering van Eyeworks dan ook niet toewijsbaar.

- 6.9 Gezien het onder 6.7 overwogene heeft FTD wel gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die zij jegens Eyeworks in acht heeft te nemen. De meer subsidiaire vordering van Eyeworks, voorzover gebaseerd op het handelen van FTD als stimulator van het uploaden, is derhalve op de voet van artikel 6:162 BW toewijsbaar. Uit punt 58 CvA/CvE-rec blijkt dat Eyeworks met het door haar op de meer subsidiaire grondslag gevorderde voor ogen staat een verbod aan FTD om nog langer spots van 'KEVBDD' aanwezig te hebben via haar FTD-applicatie. Het in het dictum uit te spreken gebod zal hierop worden toegespitst, en voorts op de FTD-applicatie zoals deze in de rov. 2.4 en 2.7 t/m 2.10 is omschreven.

7. De artikelen 1019e en 1019h Rv

- 7.1 Uit het voorgaande volgt dat de vordering van Eyeworks alleen toewijsbaar is op de meer subsidiaire grondslag: (uitsluitend) artikel 6:162 BW.
- 7.2 Op 29 april 2004 is tot stand gekomen Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (de Handhavingsrichtlijn). Ter implementatie van deze richtlijn zijn in Titel 15 van Boek 3 Rv de artikelen 1019-1019i opgenomen. Hierbij merkt het hof het volgende op. Uit overweging 13 van de considerans van de Handhavingsrichtlijn blijkt dat deze zelf geen betrekking heeft op 'handelingen die oneerlijke concurrentie vormen', maar dat het de lidstaten vrij staat om de bepalingen van de richtlijn voor interne doeleinden uit te breiden tot zulke handelingen. De tekst en totstandkomingsgeschiedenis van de implementatiewetgeving bevatten geen aanwijzing dat de Nederlandse wetgever van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt. Dit betekent dat het toepassingsgebied van Titel 15 van Boek 3 Rv niet ruimer is dan dat van de Handhavingsrichtlijn.
- 7.3 Uit punt 64 MvA en de formulering van de grondslagen van haar vordering zoals weergegeven in rov. 1.3 van dit arrest, is af te leiden dat Eyeworks zelf artikel 9 lid 4, in verbinding met lid 1 sub a, voorlaatste zin, van de Handhavingsrichtlijn/artikel 1019e Rv (het 'ex parte'-bevel) niet van toepassing acht op betrokkenheid bij inbreuk door derden waarbij, zoals in dit geval, de aangesproken partij niet als 'tussenpersoon' kan worden aangemerkt. Zulke betrokkenheid bij inbreuk is in artikel 9 lid 4, in verbinding met lid 1 sub a, voorlaatste zin, van de Handhavingsrichtlijn ook niet genoemd. Nu de (als enige) toe te wijzen vordering van Eyeworks een bevel betreft tot staking van een handeling die inbreuk op een intellectuele eigendomsrecht stimuleert, had de voorzieningenrechter niet een 'ex parte'-bevel tegen FTD mogen geven.
- 7.4 Wel is naar opvatting van Eyeworks bij haar vordering op de meer subsidiaire grondslag plaats voor toepassing van artikel 14 Handhavingsrichtlijn/artikel 1019h Rv betreffende de 'volledige' proceskostenveroordeling. Daartoe heeft Eyeworks aangevoerd dat ook die vordering een 'IE-rechtelijke grondslag' heeft en dat zij ook

Zaaknummer: 200.069.970/01

20

met deze vordering handhaving van haar intellectuele eigendomsrechten op het oog heeft, waaraan niet afdoet dat de inbreuk op die rechten zelf door derden wordt gepleegd.

- 7.5 FTD betwist dat de 'volledige' proceskosten veroordeling van artikel 14 Handhavingsrichtlijn/artikel 1019h Rv kan worden toegepast bij de vordering op de meer subsidiaire grondslag, waarbij zij beklemtoont dat zij zelf geen auteursrechtinbreuk pleegt.
- 7.6 Naar het oordeel van het hof is de meer subsidiaire, uitsluitend op artikel 6:162 BW gebaseerde, vordering van Eyeworks te beschouwen als een vordering ter zake van oneerlijke concurrentie als bedoeld in overweging 13 van de considerans van de Handshavingsrichtlijn, althans een in het kader van artikel 14 van deze richtlijn daarmee op lijn te stellen vordering, zodat – zoals onder 7.2 is overwogen – deze vordering buiten het toepassingsgebied van die richtlijn en van titel 15 van boek 3 Rv valt. Hierbij is er nog op te wijzen dat artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn – net als artikel 9 lid 4, in verbinding met lid 1 sub a, voorlaatste zin (zie rov. 7.3) – uitsluitend voorziet in rechterlijke bevelen tot staking van de desbetreffende handelingen tegen de (vermeende) inbreukmaker en tegen de tussenpersoon. De regeling betreffende de 'volledige' proceskostenveroordeling kan bijgevolg niet geacht worden van toepassing te zijn op het in dit kort geding te geven bevel tot staking van een handeling die inbreuk stimuleert.

8. Slotsom

- 8.1 Het bestreden vonnis kan niet in stand blijven, en zal worden vernietigd. Het hof zal, opnieuw rechtdoende, het door de voorzieningenrechter uitgesproken 'ex parte'-verbod opheffen. Daarnaast zal, onder afwijzing van het op de primaire en subsidiaire grondslag gevorderde, de reconventionele vordering van Eyeworks op de meer subsidiaire grondslag worden toegewezen.
- 8.2 Als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij zal FTD worden veroordeeld in de kosten van de procedure in beide instanties. Gezien het onder 7.6 overwogene zullen de kosten van Eyeworks worden begroot aan de hand van het liquidatietarief.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 2 juni 2010, en opnieuw rechtdoende:

voorts in conventie

- heft op de door de voorzieningenrechter te 's-Gravenhage op 11 mei 2010 op verzoek van Eyeworks tegen FTD gegeven 'ex parte'-beschikking;

voorts in reconventie

- gebiedt FTD met onmiddellijke ingang het aanwezig hebben van spots voor

Zaaknummer: 200.069.970/01

21

Eyeworks' film 'Komt een vrouw bij de dokter' via haar FTD-applicatie (zoals omschreven in de rovv. 2.4 en 2.7 t/m 2.10) te staken en gestaakt te houden, en veroordeelt FTD tot betaling van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij in gebreke blijft geheel of gedeeltelijk aan dit gebod te voldoen;

voorts in conventie en in reconventie

- veroordeelt FTD in de kosten van de procedure in beide instanties, tot op heden aan de zijde van Eyeworks begroot op het bedrag van € 4.075,-, waarvan € 263,- voor verschotten en € 816,- voor salaris in de eerste aanleg en waarvan € 314,- voor verschotten en € 2.682,- voor salaris in hoger beroep;
- wijst af het door Eyeworks en door FTD meer of anders gevorderde;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D. Kiers-Becking, C.J. Verduyn en M.Y. Bonneur en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 15 november 2010 in aanwezigheid van de griffier.