

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 417312 / HA ZA 09-185

Vonnis van 24 november 2010

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **KIM HOLLAND PRODUCTIONS B.V.**,
gevestigd te Rijswijk,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **KIM HOLLAND HOLDING B.V.**,
gevestigd te Rijswijk,
eiseressen,
advocaat mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,
behandelend advocaat mr. M.F.J. Haak,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **123 VIDEO B.V.**,
gevestigd te Leek,
gedaagde,
advocaat mr. M. Ellens te Amsterdam.

Eiseressen zullen hierna gezamenlijk Kim Holland c.s. en ieder afzonderlijk Kim Holland Productions en Kim Holland Holding genoemd worden. Gedaagde zal hierna 123 Video genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:
 - het vonnis (in het incident) van 5 augustus 2009, waarin de rechtbank ambtshalve een comparitie van partijen heeft gelast;
 - de conclusie van antwoord tevens houdende akte overlegging producties;
 - het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 26 april 2010 met de daarin genoemde stukken.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Kim Holland Productions is producent van erotische films die met medewerking van Kim Holland, een model uit de erotiekwereld, zijn gemaakt (hierna: Kim

Holland films). Kim Holland Productions exploiteert de Kim Holland films via door haar geselecteerde internetsites.

- 2.2. 123 Video exploiteert onder de domeinnamen 123video.nl en 123video.com een 'user-generated video-website'. Personen kunnen hierop onder andere video's plaatsen om deze aan het internetpubliek te tonen. De website van 123 Video behoort niet tot de groep van websites die door Kim Holland Productions is geautoriseerd om de Kim Holland films te vertonen.
- 2.3. Het plaatsen van video's op de website van 123 Video geschiedt door deze te uploaden naar de database van 123 Video. Alvorens een persoon video's kan uploaden, dient deze zich als gebruiker in te schrijven bij 123 Video middels een digitaal formulier, waarbij de zin "*ik ga akkoord met de voorwaarden*" dient te worden aangevinkt. Gebeurt dit niet, dan kan geen inschrijving plaatsvinden. De voorwaarden kunnen worden geraadpleegd middels een hyperlink. Na de registratie als gebruiker kan de gebruiker video's uploaden via een apart invoerscherm waarbij door hem of haar een aantal gegevens moeten worden opgegeven. De gebruiker dient een passende titel en een omschrijving van de video op te geven. Bij de toelichting staat vermeld: "*omschrijf zo uitgebreid mogelijk waar je video over gaat. Commerciële video's zijn niet toegestaan en worden verwijderd!*" De gebruiker dient de video voorts te plaatsen in één van de zestien categorieën waarin 123 Video haar website heeft onderverdeeld. Vervolgens kan de gebruiker de video zogenaamde *tags* (trefwoorden om een video beter vindbaar te maken) meegeven, aangeven of reacties op de video zijn toegestaan en de kijkwijzer invullen. Wanneer al deze gegevens zijn ingevuld kan de gebruiker de video plaatsen door de knop "*Video plaatsen*" aan te klikken. Bij deze knop staat vermeld: "*Als je op de knop "Video plaatsen" klikt, geef je impliciet aan dat deze video geen inbreuk maakt op de voorwaarden van 123video.nl en dat je eigenaar bent van het copyright op deze video of dat je de expliciete toestemming van de copyright-eigenaar(s) hebt om de video te uploaden.*" Na het bevestigen van de plaatsing wordt de video geupload naar de server van 123 Video en automatisch geconverteerd naar Flashvideo-formaat, een standaard videoformaat op de website van 123 Video dat nodig is om de video's aan andere gebruikers te kunnen tonen.
- 2.4. Onder de kop "*Bekijk video's*" toont de website van 123 Video overzichten van "*Aanbevolen video's*", "*Meest recente video's*", "*Best beoordeelde video's*", "*Meest bekeken video's*" en "*Meest besproken video's*". Deze overzichten worden automatisch opgemaakt en ingevuld op basis van de handelingen die de bezoekers en de gebruikers op de website van 123 Video verrichten. Direct na het uploaden van de video wordt deze getoond op de homepage van 123 Video onder de rubriek "*Meest recente video's*" en in de door de gebruiker gekozen categorie. Vervolgens kan de video worden bekeken door de bezoekers van de website van 123 Video. Bij iedere video wordt aangegeven hoe vaak deze is bekeken. Van iedere video wordt een zogenaamde *still* (een stilstaand beeld) gemaakt, die automatisch wordt gegenereerd uit het midden van de betreffende video. In 2007/2008 werden bovendien voorafgaand aan 1 van de 9 videofragmenten korte reclamefilmpjes getoond. Sindsdien is dat in ongeveer 20% van de vertoonde video's het geval.

-
- 2.5. De video's op de website van 123 Video kunnen gratis worden bekeken door gebruikers. Ook het uploaden van video's door gebruikers is gratis. 123 Video haalt haar inkomsten uit advertenties, die in de vorm van banners op haar website worden geplaatst en middels de genoemde reclamefilmmpjes die voorafgaand aan een deel van de op haar site geplaatste video's worden getoond.
- 2.6. Bezoekers van de website van 123 Video die als gebruiker geregistreerd staan, kunnen op video's reageren, deze via e-mail doorzenden naar derden en zij kunnen video's rapporteren bij 123 Video middels de "*Rapporteur*"-knop. Deze knop wordt bij elke video aan de rechterzijde van het scherm getoond. Door op de "*Rapporteur*"-knop te drukken, opent een nieuw scherm, waarin de gebruiker kan aangeven waarom de video wordt gerapporteerd, waarbij de naam en het e-mailadres van de rapporteur moet worden opgegeven en waarbij is vermeld:
"Rapporteur video:
Wanneer deze video auteursrechtelijk materiaal bevat of volgens jou niet aan onze voorwaarden voldoet of wanneer deze bijvoorbeeld in een verkeerde categorie is ingedeeld kun je de video met behulp van dit formulier aan ons rapporteren."
Wanneer 123 Video drie afzonderlijke rapportages ontvangt over dezelfde video wordt deze automatisch verwijderd uit de zoekresultaten van 123 Video en wordt deze video nader beoordeeld door één van de medewerkers van 123 Video. Deze beoordeling kan inhouden dat de video wordt verplaatst naar de juiste categorie of dat de video wordt verwijderd als 123 Video vermoedt dat deze in strijd is met de gebruiksvoorwaarden van 123 Video en/of mogelijk inbreuk maakt op rechten van derden.
- 2.7. Op de helppagina van 123 Video is over een mogelijke inbreuk op rechten van derden opgenomen:
"Ik zie een video, die inbreuk maakt op mijn rechten. Wat kan ik doen?"
Als je een video aantreft op 123video, waar je rechten op hebt en die zonder jouw toestemming is geplaatst, dan kun je dit melden bij 123video en wij zullen dan, zo nodig in overleg met jou, maatregelen nemen tegen die video en/of tegen de gebruiker, die de video heeft geplaatst. Meer over het melden van een inbreuk lees je [hier](#)."
- 2.8. In de periode van 22 december 2007 tot 6 augustus 2008 heeft een gebruiker van 123 Video (hierna: Smit) op verschillende momenten fragmenten van Kim Holland films geupload naar de categorie XXX-Erotiek en Sex (hierna: de categorie XXX) van de website van 123 Video.
- 2.9. De heer R. Slakhorst, statutair directeur van Kim Holland Holding en middellijk bestuurder van Kim Holland Productions (hierna: Slakhorst), heeft namens Kim Holland c.s. diverse verzoeken gedaan aan 123 Video om de fragmenten van de Kim Holland films van de website te verwijderen.
Ten aanzien van de films *Sex met Kim Holland deel 1 tot en met 5* (geplaatst op 22 december 2007) en *Sex in Hollandse sexclub deel 1 tot en met 5* (geplaatst op 23 en 24 december 2007) werd dit verzoek door Slakhorst gedaan op 26 december 2007 (welk verzoek 123 Video niet heeft bereikt) en op 23 januari 2008. Op 25 januari 2008 is het betreffende beeldmateriaal door 123 Video verwijderd.

Met betrekking tot de films *Sex in Hollandse parenclub deel 1 tot en met 6* (geplaatst op 18 en 19 maart 2008) heeft Slakhorst dit verzoek gedaan op 9 mei 2008. 123 Video heeft de fragmenten van deze films op 10 mei 2008 verwijderd. Aangaande de film *Kim Holland test een speeltje* (geplaatst op 23 april 2008) heeft Slakhorst op 3, 4 en 6 mei een melding gedaan aan 123 Video met het verzoek het fragment van de film te verwijderen. Dit fragment is vervolgens op 9 mei 2008 door 123 Video van haar website gehaald.

De melding door Slakhorst ten aanzien van de film *Kim Holland Anaal* (geplaatst 3 mei 2008) vond plaats op 3 mei 2008 en het fragment van deze film werd op 4 mei 2008 verwijderd. Ten aanzien van de film *Nieuw Hollands Talent* (geplaatst op 6 augustus 2008) werd door Slakhorst een verzoek tot verwijdering gedaan op 20, 22 en 24 augustus 2008. Het fragment van deze film werd op 6 september 2008 door 123 Video van haar website verwijderd.

- 2.10. Medio 2008 hebben 123 Video en VPSCash, een grote aanbieder van erotische dvd's in Nederland, een overeenkomst gesloten op basis waarvan VPSCash per 1 september 2008 het alleenrecht heeft om op de website van 123 Video films te uploaden in de categorie XXX. Zij doet dit ter promotie van bij haar aangesloten producenten van erotische dvd's.
- 2.11. Bij brief van 5 september 2008 heeft (de advocaat van) Kim Holland c.s. 123 Video (onder meer) gesommeerd ieder gebruik van door Kim Holland Productions geproduceerde films per omgaande te (doen) staken en gestaakt te (doen) houden en een bedrag van EUR 493.492,00 ten titel van schadevergoeding aan Kim Holland Productions over te maken.

3. Het geschil

- 3.1. Kim Holland c.s. vordert – na wijziging van eis – bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
1. een verklaring voor recht dat het (doen) plaatsen van het Kim Holland beeldmateriaal, of een deel daarvan, op de website van 123 Video moet worden aangemerkt:
 - a. als openbaarmaking van 123 Video als bedoeld in artikel 12 Auteurswet, althans dat 123 Video terzake als mede-openbaarmaker heeft te gelden; en
 - b. als onrechtmatig handelen van 123 Video jegens Kim Holland Holding, Kim Holland Productions en de in het betreffende beeldmateriaal geportretteerde personen;
 2. 123 Video te bevelen aan Kim Holland c.s. binnen twee weken na betekening van het te wijzen vonnis aan mr. Haak:
 - a. schriftelijke opgave te doen van de totale aantallen views van het Kim Holland beeldmateriaal, onderscheiden per fragment;
 - b. schriftelijk opgave te doen van de omzet en de winst die is behaald met de openbaarmaking van het Kim Holland beeldmateriaal met een specificatie van de verschillende ter berekening van de winst op de omzet in mindering gebrachte kostenposten, met dien verstande dat

-
- alleen kosten die direct kunnen worden toegerekend aan de verkochte inbreukmakende producten op de omzet in mindering mogen worden gebracht;
- c. een schriftelijke goedkeuringsverklaring van een registeraccountant te verstrekken met betrekking tot de onder a. en b. bedoelde opgaves; een en ander op straffe van een aan Kim Holland Productions te verbeuren dwangsom van EUR 2.500,00 voor elke dag of gedeelte daarvan dat 123 Video niet, niet correct of niet volledig aan een of meer van de onder 2 bedoelde bevelen gevolg geeft;
3. 123 Video te veroordelen aan Kim Holland Productions te betalen:
- a. het bedrag van EUR 361.916,00 in verband met het (doen) vertonen van het Kim Holland beeldmateriaal op de site;
 - b. voorzover het totaal aantal views van het Kim Holland beeldmateriaal zoals blijkt uit de onder 2 bedoelde verklaring het aantal views gespecificeerd in productie 5 bij dagvaarding te boven gaat: het bedrag van EUR 0,55 vermenigvuldigd met (i) het aantal minuten van het betreffende fragment en (ii) het meerdere aantal views;
 - c. een en ander vermeerderd met wettelijke rente over de onder 3a. en 3b. bedoelde bedragen vanaf de dag waarop het betreffende fragment van de site is gehaald tot aan de dag van betaling;
 - d. de volledige kosten van dit geding, waaronder begrepen de kosten bedoeld in artikel 1019h Rv, alsmede de wettelijke rente daarover vanaf een week na de dag waarop het vonnis is gewezen.
- 3.2. Kim Holland c.s. legt hieraan – kort gezegd – ten grondslag dat 123 Video inbreuk maakt op de auteursrechten van Kim Holland Productions althans dat 123 Video onrechtmatig handelt jegens Kim Holland Productions ofwel dat 123 Video onrechtvaardig is verrijkt ten koste van Kim Holland Productions en dat 123 Video aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade van Kim Holland Productions.
- 3.3. 123 Video voert gemotiveerd verweer en betwist (onder meer) dat sprake is van veeleenvoudiging althans openbaarmaking door 123 Video en dus dat sprake is van auteursrechtinbreuk door 123 Video. Zij faciliteert een gratis dienst op het internet, waarbij zij geen inhoudelijke bemoeienis heeft met de website of de inhoud ervan. Voorts doet 123 Video een beroep op de in artikel 6:196c lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) opgenomen aansprakelijkheidsbeperking. 123 Video betwist dat het tijdelijk aanwezig zijn van de fragmenten uit de Kim Holland films op de website van 123 Video als onrechtmatig heeft te gelden of dat als gevolg daarvan sprake zou zijn van ongerechtvaardigde verrijking. Zij verzet zich voorts tegen de wijziging van eis.
- 3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover hier van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Eiswijziging

- 4.1. Kim Holland c.s. heeft bij akte haar (grondslag van) eis gewijzigd. Zij legt aan de wijziging van eis ten grondslag dat vast is komen te staan dat Smit in 2007 nog een aantal fragmenten uit Kim Holland films, *Kim Holland goes Den Haag* en *Dagje uit in Den Haag* (fragmenten uit *Kim Holland goes Den Haag*) naar de website van 123 Video heeft geupload. Kim Holland c.s. stelt dat deze fragmenten na een melding door 123 Video van haar website zijn verwijderd. Kim Holland c.s. maakt aanspraak op vergoeding van de schade die zij in verband met de aanwezigheid van deze fragmenten op de website van 123 Video heeft geleden. Deze schade wordt door Kim Holland c.s. begroot op EUR 22.641,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 29 oktober 2007 (de dag van verwijdering). De schadevordering wordt dienovereenkomstig door Kim Holland c.s. vermeerderd.
- 4.2. Kim Holland c.s. heeft tevens de grondslag van haar eis gewijzigd. Bij dagvaarding heeft Kim Holland c.s. het gevorderde schadebedrag begroot aan de hand van het uitgangspunt van EUR 0,80 per minuut beschikbaar gesteld beeldmateriaal. Bij akte heeft Kim Holland c.s. dit uitgangspunt verlaten en gaat zij primair uit van de licentievergoeding die Kim Holland Productions zou hebben ontvangen indien wel toestemming was gevraagd voor het vertonen van de Kim Holland films, te weten EUR 0,55 per minuut. De totale (primair gestelde) schade van Kim Holland c.s. beloopt daarmee, inclusief het onder rechtsoverweging 4.1 genoemde bedrag, EUR 361.916,00.
Kim Holland c.s. heeft in de bij brief van 19 april 2010 overgelegde vervangende productie 14 nog twee alternatieve schadebegrotingen aangedragen. Subsidiair meent Kim Holland c.s. dat 123 Video haar EUR 200,00 verschuldigd is voor elke minuut film die 1 tot 5 dagen online heeft gestaan. Daarmee zou de totale schade volgens Kim Holland c.s. uitkomen op een bedrag van EUR 199.621,00. Meer subsidiair heeft Kim Holland c.s. de schade begroot naar verhouding van (i) de periode vanaf één dag na de eerste melding tot aan de verwijdering ten opzichte van (ii) de totale duur van het online gebruik, vermenigvuldigd met de primair gevorderde schade (minuten x aantal views x EUR 0,55). De totale schade zou aan de hand van dat uitgangspunt komen op EUR 182,763,00.
- 4.3. Ter zitting heeft Kim Holland c.s. bovendien de merkenrechtelijke grondslag van haar vordering ingetrokken.
- 4.4. 123 Video heeft bij akte bezwaar gemaakt tegen de wijziging van (grondslag van) eis door Kim Holland c.s. en voert aan dat sprake is van strijd met de goede procesorde. Ter comparitie heeft 123 Video verduidelijkt dat, nu het petitum niet door Kim Holland c.s. is gewijzigd, zij van mening is dat de eis in de dagvaarding niet (meer) aansluit bij de grondslagen en de schadevorderingen, met als gevolg dat 123 Video niet weet waartegen zij zich moet verweren.
- 4.5. De rechtbank begrijpt de stellingen van 123 Video aldus, dat zij geen bezwaar heeft tegen de wijziging van de (primaire) grondslag van eis, inhoudende dat Kim Holland c.s. het gevorderde schadebedrag begroot aan de hand van het uitgangspunt van EUR 0,55 in plaats van EUR 0,80 per minuut beschikbaar gesteld

beeldmateriaal. Dit betreft in zoverre immers een eisvermindering. Ditzelfde geldt voor de intrekking van de merkenrechtelijke grondslag (met dien verstande dat 123 Video wel haar daarop betrekking hebbende kosten vergoed wil hebben).

- 4.6. Wat de overige wijzigingen betreft, stelt de rechtbank voorop dat Kim Holland c.s. op grond van artikel 130 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) in beginsel het recht heeft haar eis of de gronden daarvan te wijzigen zolang de rechter nog geen eindvonnis heeft gewezen. 123 Video stelt in dit verband dat de eiswijziging van Kim Holland c.s. in strijd is met de goede procesorde. De rechtbank volgt 123 Video daarin niet. De vordering van Kim Holland c.s. en de juridische grondslagen daarvan zijn naar het oordeel van de rechtbank duidelijk. Dat Kim Holland c.s. heeft nagelaten het gewijzigde petium opnieuw uit te schrijven doet daar niet aan af. Niet gebleken is dat 123 Video door de vermeerdering van de eis van Kim Holland c.s. met EUR 22.641,00, (te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 29 oktober 2007) in haar procesbelang is geschaad. 123 Video heeft naar het oordeel van de rechtbank ter comparitie voldoende gelegenheid gehad om op deze eisvermeerdering te reageren.
- 4.7. De rechtbank ziet ook geen aanleiding om de door Kim Holland c.s. opgevoerde alternatieve schadeberekeningen buiten beschouwing te laten. Wel is de rechtbank van oordeel dat 123 Video, mede gelet op de gecompliceerdheid van de alternatieve schadeberekeningen, tot dusverre onvoldoende gelegenheid heeft gehad om op de alternatieve schadeberekeningen te reageren. De rechtbank zal 123 Video daarom de gelegenheid bieden zich bij akte over deze alternatieve schadeberekeningen uit te laten. De akte dient daartoe beperkt te blijven.
- 4.8. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zal de rechtbank aan het bezwaar van 123 Video voorbijgaan en de wijziging van (de grondslag van) eis, zoals bedoeld in de rechtsoverwegingen 4.1 en 4.2, toestaan. In het verdere verloop van deze procedure zal van deze gewijzigde (grondslag van) eis worden uitgegaan.

Ontvankelijkheid

- 4.9. 123 Video stelt dat Kim Holland c.s. niet-ontvankelijk is in haar vorderingen aangezien Kim Holland c.s. haar vorderingen stoelt op door haar gestelde auteursrechten van Kim Holland Productions, maar geen enkel bewijs heeft overgelegd waaruit zou kunnen blijken dat Kim Holland Productions auteursrechthebbende is van de fragmenten uit de Kim Holland films, genoemd onder de rechtsoverwegingen 2.9 en 4.1 van dit vonnis. 123 Video wijst er daarbij op dat op ander videomateriaal van Kim Holland de besloten vennootschap Forum Entertainment B.V. (hierna: Forum) als auteursrechthebbende is vermeld, welke vennootschap thans failliet is. Aangezien de naam Forum ook op de zijkant van een aantal dvd's staat afgedrukt, betwijfelt 123 Video – mede op grond van artikel 8 van de Auteurswet (hierna: Aw) – of Kim Holland Productions als auteursrechthebbende van de onderhavige filmfragmenten heeft te gelden.
- 4.10. Kim Holland c.s. stelt dat Kim Holland Productions als producent rechthebbende is op de auteursrechten van (de fragmenten van) de Kim Holland films. Alle films waarin Kim Holland zelf speelt, worden volgens Kim Holland c.s. door Kim Holland Productions geproduceerd. Dit is slechts anders voor zover het de film *Sex*

in parenclub Gogonuts (hiervoor onder 2.9 ook aangeduid als *Sex in Hollandse sexclub* en *Sex in Hollandse parenclub*) betreft. Kim Holland Productions heeft de auteursrechten daarvan aangekocht, aldus Kim Holland c.s. Ten aanzien van Forum stelt Kim Holland c.s. dat dit een onderneming was die onder licentie enkele dvd's van Kim Holland op de markt heeft gebracht.

Kim Holland c.s. heeft bij akte bewijs overgelegd van de door haar gestelde auteursrechten op de betreffende films. Dit bewijs bestaat uit een verklaring van Slakhorst, een verklaring van Kim Holland, een akte van overdracht betreffende de film *Sex in parenclub Gogonuts*, een verklaring van Ger Nienken (producent van de film *Sex in parenclub Gogonuts*) en een verklaring van Alexander Pandurevic (model uit de film *Nieuw Hollands Talent*).

- 4.11. Ten aanzien van de fragmenten uit de films *Sex met Kim Holland deel 1 tot en met 5*, *Kim Holland test een speeltje*, *Kim Holland Anaal*, *Nieuw Hollands Talent* en *Kim Holland goes Den Haag* overweegt de rechtbank als volgt. Alle vorderingen van Kim Holland c.s. zijn gebaseerd op de stelling dat de auteursrechten van de Kim Holland films bij Kim Holland Productions liggen. Nu die stelling gemotiveerd wordt betwist, dient Kim Holland c.s. nader te onderbouwen dat zij auteursrechthebbende is. De rechtbank acht de daartoe overgelegde *partijverklaringen* van Slakhorst en Kim Holland, waarin zij verklaren dat Kim Holland Productions de producer van de films is, onvoldoende om aan te nemen dat de auteursrechten op voornoemde films bij Kim Holland Productions berusten. De verklaring van Alexander Pandurevic met betrekking tot de film *Nieuw Hollands Talent* is in het licht van de gemotiveerde betwisting evenmin een voldoende nadere onderbouwing. Uit de verklaring blijkt niet op grond waarvan Alexander Pandurevic ervan uitgaat dat Kim Holland Productions als producer van bedoelde film heeft te gelden. De rechtbank concludeert dat er op dit moment onvoldoende feitelijke aanknopingspunten zijn om te kunnen oordelen dat de auteursrechten op voornoemde Kim Holland filmfragmenten ten tijde van de dagvaarding bij Kim Holland Productions berustten. Nu Kim Holland c.s. bewijs heeft aangeboden van het feit dat zij als producer van de films heeft te gelden (in welk geval zij op grond van artikel 45d Aw wordt vermoed auteursrechthebbende te zijn), zal de rechtbank haar toelaten dit bewijs te leveren.
- 4.12. Indien Kim Holland c.s. het opgedragen bewijs niet levert, komt niet vast te staan dat zij auteursrechthebbende is op voornoemde fragmenten uit de Kim Holland films. De vorderingen zullen in dat geval worden afgewezen voor zover ze op deze filmfragmenten betrekking hebben. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt immers niet in te zien op welke andere grondslag de vorderingen zouden kunnen worden toegewezen.
- 4.13. Indien Kim Holland c.s. erin slaagt het haar opgedragen bewijs te leveren, staat in de onderhavige procedure vast dat zij auteursrechthebbende is van de betreffende Kim Holland filmfragmenten en geldt hetgeen hierna onder rechtsoverweging 4.15 en volgende wordt overwogen.
- 4.14. Ten aanzien van de fragmenten uit de film *Sex in parenclub Gogonuts* stelt de rechtbank vast dat de auteursrechten op deze film blijkens de overgelegde overdrachtsakte, ondertekend op 2 en 9 maart 2010, door de producers van de film,

Ger Nienken en Erick Lentjes, zijn overgedragen aan Kim Holland Productions. Naast de auteursrechten worden in artikel 1.1 tevens alle bestaande vorderingen jegens derden in verband met inbreuken van intellectuele eigendom overgedragen, ook als deze vorderingen betrekking hebben op inbreuken die voor de datum van ondertekening van de overdrachtsakte hebben plaatsgevonden. Voor zover 123 Video heeft willen betogen dat Kim Holland Productions niet-ontvankelijk is in haar vorderingen, omdat de akte dateert van ná de datum van de dagvaarding en Kim Holland Productions op het moment van dagvaarden dus niet over de rechten op deze film beschikte, gaat de rechtbank daaraan voorbij. Het niet zijn van auteursrechthebbende kan er mogelijk toe leiden dat op het auteursrecht gegronde vorderingen moeten worden afgewezen, maar leidt niet tot niet-ontvankelijkheid. De rechtbank komt derhalve hoe dan ook toe aan een inhoudelijke beoordeling. Dat Kim Holland Productions de auteursrechten (en daarop gebaseerde vorderingsrechten) gaandeweg de onderhavige procedure heeft overgedragen gekregen, staat niet aan toewijzing van daarvoor ontstane vorderingen in de weg. De overdrachtsakte is gelet op de overdracht van de vorderingsrechten (tevens) als een cessie te zien, waarvan de schuldenaar (123 Video) tijdens de onderhavige procedure door de verkrijger (Kim Holland Productions) mededeling is gedaan.

Auteursrechtinbreuk?

- 4.15. De eerste vraag die beantwoord dient te worden, is of 132 Video, in strijd met het uitsluitend recht van Kim Holland Productions, auteursrechtelijke werken heeft openbaar. Niet in geschil is dat de in geding zijnde filmwerken (video's) auteursrechtelijk beschermde werken zijn. Onder de openbaarmaking van zo'n werk wordt ingevolge artikel 12 lid 1 onder 1 Aw mede verstaan de openbaarmaking van een verveelvoudiging. Als een gebruiker van de website van 123 Video een film uploadt, wordt deze film geplaatst op de server van 123 Video (nadat het bestand is geconverteerd naar Flashvideo-formaat). Aldus komt op de server van 123 Video een verveelvoudiging te staan van het betreffende werk. 123 Video stelt dit werk, dat op haar server staat, via haar website beschikbaar voor andere gebruikers (een nieuw publiek). Dit heeft te gelden als een openbaarmaking in de zin van artikel 12 Aw. 123 Video voert weliswaar als verweer dat zij geen verboden handeling verricht, nu zij slechts fysieke faciliteiten ter beschikking stelt (zie overweging 27 van de considerans van richtlijn 2001/29),¹ maar dit verweer gaat niet op. De rechtbank overweegt in dit verband als volgt.
- 4.16. Het begrip 'openbaarmaking' in artikel 12 Aw moet ten minste beantwoorden aan het begrip 'mededeling aan het publiek' van artikel 3 van richtlijn 2001/29/EG en de daaraan gegeven invulling door het Hof van Justitie.² Blijkens overweging 9 van de considerans van richtlijn 2001/29/EG moet bij de harmonisatie van het auteursrecht van een hoog beschermingsniveau worden uitgegaan. In overweging 23 van de considerans is voorts tot uitdrukking gebracht dat aan het begrip 'mededeling aan het publiek' een ruime betekenis moet worden gegeven. Het Hof van Justitie heeft die beide overwegingen ten grondslag gelegd aan de uitspraak in

¹ 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.

² HR 19 juni 2009, LJN BH7602, *Buma/Chellomedia*, r.o. 2.3.

de zaak SGAE/Rafael Hoteles.³ Het Hof overweegt in die zaak onder andere als volgt:

42 Hotelgasten vormen een (...) nieuw publiek. Het voor deze gasten ten gehore brengen van een uitgezonden werk door middel van televisietoestellen is immers niet een eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren. Integendeel is het hotel het orgaan dat, met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, tussenkomt om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen. Zonder deze tussenkomst zouden de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek in deze zone bevinden, in beginsel immers niet van het uitgezonden werk kunnen genieten.

43 Verder volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, alsook uit artikel 8 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht, 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.

44 Daarnaast blijkt uit de aan het Hof overgelegde stukken dat de tussenkomst van het hotel dat aan zijn gasten toegang tot het uitgezonden werk heeft verschaft, moet worden beschouwd als een extra dienstverrichting die wordt verricht om er een bepaald profijt uit te trekken. Het aanbod van deze dienst heeft immers onbetwistbaar een invloed op de standing van het hotel en dus op de prijs van de kamers. Ook al is een winst oogmerk, (...), geen noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van een mededeling aan het publiek, vaststaat in elk geval dat de mededeling in omstandigheden als die in het hoofdgeding een winst oogmerk dient.

45 Met betrekking tot de vraag of de installatie van televisietoestellen in hotelkamers op zich een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vormt, dient te worden benadrukt dat in de zevenentwintigste overweging van de considerans van deze richtlijn overeenkomstig artikel 8 van het WIPO-verdrag inzake het auteursrecht wordt verklaard dat „[d]e beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn [is]”.

46 Ook al vormt de loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties, waarbij naast het hotel gewoonlijk ondernemingen zijn betrokken die in de verkoop of de verhuur van televisietoestellen zijn gespecialiseerd, als zodanig geen mededeling in de zin van richtlijn 2001/29, toch kan deze installatie de toegang van het publiek tot de uitgezonden werken technisch mogelijk maken. Indien het hotel door middel van de aldus beschikbaar gestelde televisietoestellen het signaal doorgeeft aan de gasten die in zijn kamers verblijven, gaat het derhalve om een mededeling aan het publiek, zonder dat behoeft te worden nagegaan, welke techniek van doorgifte van het signaal is gebruikt.

³ HvJEG 7 december 2006, zaak C-306/05, r.o. 33.

4.17. In aansluiting bij de hiervoor aangehaalde overwegingen uit het arrest SGAE/Rafael Hoteles komt de rechtbank tot het oordeel dat in het onderhavige geval sprake is van een openbaarmaking (een mededeling aan het publiek) nu sprake is van veel meer dan enkel een eenvoudig technisch middel om een mededeling aan het publiek mogelijk te maken of te verbeteren. 123 Video komt met volledige kennis van de gevolgen van haar gedrag tussen om aan bezoekers van haar site toegang tot beschermde werken te verlenen. Zij heeft op haar website een aparte categorie voor pornovideo's aangemaakt, waardoor de op haar site geplaatste pornovideo's voor gebruikers eenvoudig toegankelijk zijn. Video's die in de categorie XXX niet thuishoren, maar daar desalniettemin zijn geplaatst, verplaatst 123 Video (al dan niet na een melding) naar een andere categorie. Evenzo verplaatst zij pornovideo's die buiten de categorie XXX zijn geplaatst, naar de categorie XXX. Voorts draagt zij er (middels de gebruikte software) zorg voor dat alle films die worden geupload, worden geconverteerd naar Flashvideo-formaat, ten einde de films aan de (andere) gebruikers van de site te kunnen tonen. 123 Video houdt de films met dat doel beschikbaar op haar server en heeft het in haar macht ze daarvan te verwijderen. Zij laat van iedere film zien hoe vaak deze is bekeken, plaatst de meest bekeken films in een afzonderlijke als zodanig aangeduide subcategorie en stelt gebruikers in de gelegenheid commentaar bij filmpjes achter te laten (waarvoor door 123 Video weer een aparte categorie in het leven is geroepen; die van meest besproken video's). Zij maakt van iedere film een still, die ter specificatie van het beeldmateriaal bij de beschrijving wordt geplaatst. Als iemand een film (een still) op de website van 123 Video aanklikt, verstuurt de server van 123 Video het Flashvideo-bestand naar de gebruiker. Op de computer van de gebruiker komt dan een tijdelijke kopie te staan die kan worden afgespeeld. Het is aldus 123 Video die de filmfragmenten beschikbaar stelt voor het publiek vanaf een door de leden van het publiek gekozen plaats en op een door hen gekozen tijdstip. Het filmfragment verschijnt binnen een door 123 Video vormgegeven raamwerk. 123 Video komt gelet op het voorgaande met volledige kennis van de gevolgen van haar gedrag tussen om aan bezoekers van haar site toegang tot beschermde werken te verlenen. De rechtbank neemt daarbij in overweging dat 123 Video niet, althans niet voldoende gemotiveerd, heeft betwist hetgeen zijdens Kim Holland Productions ter zitting onder punt 1.12 en 1.13 van de pleitnota heeft gesteld:

1.12. Bijna alle andere grote online pornosites hebben hetzelfde gedaan: eerst veel materiaal naar de site laten uploaden. Dat genereert het nodige verkeer naar de site. Door mond op mond reclame en de 'doorsturen' knop (per e-mail) neemt het verkeer dan nog meer toe. Dat is goed voor de vindbaarheid via Google. Zodra er voldoende verkeer naar de site is, wordt de content gelegaliseerd. Meestal gaat de exploitant dan zelf voor content zorgen, of doet zij dit met één of enkele strategische partners.

1.13. In de opbouwfase zijn er altijd een paar rechthebbenden die klagen. Dan wordt die content snel van de site gehaald, aansprakelijkheid wordt van de hand gewezen. En de klagende partijen krijgen een aanbod om een partnerschap aan te gaan. Zo ging het ook bij 123 Video. Niet alleen Kim Holland kreeg meermalen een aanbod om een kanaal op de site te verzorgen. Ook de huidige partner VPS Cash werd eerst met inbreuken geconfronteerd en ging toen maar samenwerken. Uiteindelijk worden alle pornosites gelegaliseerd: dat wil zeggen:

a. hoge drempels voor de uploaders, of

-
- b. helemaal geen uploadmogelijkheden voor derden.
- 123 Video stelt wel dat bijvoorbeeld haar huidige partner VPSCash promo's op de site plaatste, maar 123 Video heeft zelfs geen begin gemaakt met aannemelijk te maken dat, zoals zij stelt, op haar site ook (laat staan overwegend) met toestemming van de auteursrechthebbende(n) geplaatste content was te vinden. De rechtbank houdt het er daarom voor dat de aanwezigheid van illegale content binnen de categorie XXX eerder regel dan uitzondering was.
- 123 Video trekt uit de extra dienstverrichtingen (het ordenen, het schoonhouden van de categorie XXX, het converteren, het - voorzien van een still - ter beschikking stellen en desgevraagd toezenden van bestanden) bovendien profijt.
- 123 Video betwist immers niet dat door het toevoegen van een afzonderlijke categorie XXX het aantal bezoekers (en de reclame-inkomsten die 123 Video via de banners en de aan een deel van de video's voorafgaande reclamefilmpjes geniet) toeneemt.
- 4.18. De conclusie van het voorgaande is dat van het louter faciliteren door 123 Video geen sprake is en dat 123 Video als openbaarmaker van de op haar website geplaatste fragmenten van Kim Holland films heeft te gelden. Nu zij daartoe geen toestemming heeft gekregen, maakt 123 Video inbreuk op de auteursrechten van Kim Holland Productions. Het handelen in strijd met de auteursrechten van Kim Holland Productions is jegens Kim Holland Productions onrechtmatig. Dit betekent dat de onder 1 van het petitum gevorderde verklaring voor recht kan worden toegewezen voor zover dit de film *Sex in parenclub Gogonuts* betreft (en ten aanzien van de overige films indien komt vast te staan dat Kim Holland Productions de auteursrechthebbende is). De vordering zal worden afgewezen voor zover wordt gevraagd voor recht te verklaren dat tevens onrechtmatig jegens Kim Holland Holding wordt gehandeld. Zij is geen auteursrechthebbende (en evenmin licentiehouder). Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, vermag de rechtbank dan niet in te zien dat en waarom jegens Kim Holland Holding onrechtmatig wordt gehandeld.
- 4.19. Voor zover Kim Holland c.s. tevens vordert voor recht te verklaren dat onrechtmatig wordt gehandeld jegens de in het betreffende filmfragmenten geportretteerde personen, wijst de rechtbank de vordering af. Deze vordering is te algemeen en te weinig gespecificeerd. Niet duidelijk is namens wie Kim Holland in dit verband stelt op te treden (niet gesteld noch gebleken is wie die geportretteerde personen zijn) en niet, althans in onvoldoende mate, is onderbouwd dat en waarom in welke gevallen sprake is van strijd met het portretrecht van wie.

Toepassing artikel 6:196c lid 4 BW?

- 4.20. Voor de beantwoording van de vraag of de onder 2 van het petitum gevorderde opgavenverplichtingen en de gevorderde schadevergoeding kunnen worden toegewezen, is van belang of 123 Video zich kan beroepen op de uitsluiting van aansprakelijkheid van artikel 6:196c lid 4 BW. Ingevolge artikel 6:196c lid 4 BW is degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW, bestaande uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie, onder omstandigheden niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie. Dat is het geval indien hij:

-
- a. niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter en, in geval van een schadevergoedingsvordering, niet redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, dan wel
- b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijderd of de toegang daartoe onmogelijk maakt. 123 Video stelt onder verwijzing naar deze bepaling dat zij niet aansprakelijk is.
- 4.21. Blijkens de memorie van toelichting bij artikel 6:196c lid 4 BW⁴ heeft de wetgever vooropgesteld dat, om in aanmerking te kunnen komen voor de in deze bepaling bedoelde beperkte aansprakelijkheid, de dienstverlener zich - afgezien van het op verzoek opslaan van de informatie - op geen enkele wijze mag inlaten met de van de ander afkomstige informatie. In dit verband kan ook worden gewezen op punt 42 van de considerans bij richtlijn 2000/31/EG, waaruit blijkt dat bedoelde aansprakelijkheidsbeperkingen uitsluitend gelden:
"voor gevallen waarin de activiteit van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij beperkt is tot het technische proces van werking en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk waarop door derden verstrekte informatie wordt doorgegeven of tijdelijk wordt opgeslagen, met als enig doel de doorgifte efficiënter te maken. Die activiteit heeft een louter technisch, automatisch en passief karakter, hetgeen inhoudt dat de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij noch kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen."
- 4.22. Uit hetgeen de rechtbank hiervoor onder 4.17 heeft overwogen volgt dat 123 Video zich wel degelijk inlaat met de van gebruikers afkomstige informatie, alsmede dat zij controle heeft over die informatie en de gebruikers van de website van 123 Video in zoverre onder toezicht van 123 Video handelen. Het beroep van 123 Video op artikel 6:196c lid 4 BW slaagt daarom niet.

Aanhouding

- 4.23. De rechtbank zal gelet op de nadere akte (zie rechtsoverweging 4.7) en het door Kim Holland Productions te leveren bewijs (zie rechtsoverweging 4.11), iedere verdere beslissing in deze zaak aanhouden.

Tussentijds hoger beroep

- 4.24. De rechtbank zal om redenen van proces-economische aard tussentijds hoger beroep toestaan van dit vonnis.

5. De beslissing

De rechtbank

- verwijst de zaak aan de zijde van 123 Video naar de rol van 22 december 2010 voor het nemen van de onder 4.7 bedoelde akte;
- laat Kim Holland Productions toe tot het leveren van bewijs van haar stelling dat zij auteursrechthebbende is op de films *Sex met Kim Holland deel 1 tot en met 5, Kim*

⁴ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 49.

Holland test een speeltje, Kim Holland Anaal, Nieuw Hollands Talent en Kim Holland goes Den Haag (zie rechtsoverweging 4.11);

- indien Kim Holland Productions dit bewijs wenst te leveren door schriftelijke stukken of andere gegevens, zal zij deze afzonderlijk bij akte in het geding kunnen brengen, hetzij bij gelegenheid van getuigenverhoren – aan het begin van de zitting, na de betrokken bescheiden op voorhand met inachtneming van de termijn van artikel 2.9 van het Landelijk procesreglement te hebben toegezonden aan de rechtbank en aan de wederpartij –, hetzij op een op haar verzoek door de rechtbank nader te bepalen roldatum;
- bepaalt dat getuigen kunnen worden gehoord door het lid van deze rechtbank mr. P.J. van Eekeren, hierbij tot rechter-commissaris benoemd;
- verwijst de zaak naar de rol van 8 december 2011 opdat Kim Holland Productions alsdan kan doen mededelen of zij van de gelegenheid tot bewijslevering door getuigen en zo ja, door hoeveel, gebruik maakt, en met een opgave van de verhinderdata van alle betrokkenen in de eerstvolgende drie maanden, waarna een dag voor getuigenverhoor zal worden bepaald dan wel wordt voortgeprocedeerd;
- staat tussentijds hoger beroep toe van dit vonnis;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.W. van Straalen, mr. C.M.E. de Koning en mr. P.J. van Eekeren en in het openbaar uitgesproken op 24 november 2010.

H. Doornbusch

VOOR AFSCHRIJF VAN DE RECHTER
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

