

## 11. Schade:

Eiseres heeft toegelicht hoe zij de schade heeft bepaald. Op basis van de freelance tarieven van de Volkskrant BV en Trouw BV heeft zij de economische waarde van de door gedaagde overgenomen artikelen bepaald. Voor schending van het auteursrecht vordert zij twee maal de economische waarde. Voor schending van het persoonlijkheidsrecht vordert zij de helft van de economische waarde. Aldus blijft zij binnen hetgeen gebruikelijk is in de branche nu de algemene voorwaarden van de NJV de schade van de auteur begroten op 300% van het oorspronkelijk honorarium van de auteur.

12. De relatie tussen hetgeen een persorgaan aan een auteur betaalt voor een artikel en de schade die dat orgaan lijdt door publicatie van dat artikel zonder toestemming/vergoeding is vrij dun. Meer voor de hand zou liggen om die schade te berekenen aan de hand van een mogelijke vergoeding die een persorgaan zou vragen voor overname van het artikel. Eiseres wordt daarom verzocht toe te lichten waarom zij de schade die zij door de schending van het auteursrecht lijdt op deze wijze berekent.

13. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is het gevorderde onder 2.1 en 2.2 toewijsbaar met dien verstande dat voor het opleggen van een dwangsom geen aanleiding is nu gedaagde op eerste sommatie de artikelen van zijn website heeft verwijderd.

14. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

### Beslissing

De kantonrechter:

I. verklaart voor recht dat gedaagde:

[...]

D. gehouden is de schade te vergoeden die de betrokken partijen, Volkskrant BV, Trouw BV en de individuele auteurs waarvan de persoonlijkheidsrechten zijn geschonden, hebben geleden ten gevolge van zijn inbreukmakend en onrechtmatig handelen;

II. beveelt gedaagde met onmiddellijke ingang iedere inbreuk op de auteursrechten die rusten op door de Volkskrant BV en Trouw BV openbaar gemaakte artikelen alsmede de schending van de persoonlijkheidsrechten terzake deze artikelen te staken en gestaakt te houden;

III. verwijst de zaak naar de rol van 14 september 2011 opdat eiseres de gevraagde toelichting in het geding kan brengen;

IV. houdt iedere verdere beslissing aan.

II. Rechtbank Amsterdam 23 november 2011 (*eindvonnis*; *red.*)  
rolnummer: CV 1 0-34956  
(mr. C. von Meyenfeldt)

[...]

### Het verdere verloop van de procedure

In deze zaak is op 17 augustus 2011 tussen partijen een tussenvonnis geweest. Voor de inhoud van dat tussenvonnis, bij de inhoud waarvan de kantonrechter blijft, wordt daarnaar verwezen. Ter uitvoering van dat tussenvonnis hebben beide partijen een akte genomen. Daarna is andermaal vonnis bepaald.

### Gronden van de beslissing

1. Het gaat nog om de schadevergoeding, administratiekosten en proceskosten.

## 2. Schadevergoeding en administratiekosten:

Tot uitgangspunt worden genomen de kosten die bij overname van het artikel in rekening zouden worden gebracht. Over de kosten daarvan zijn partijen het eens. Gedaagde heeft het meest precies berekend wat hergebruik van de verschillende artikelen zou hebben gekost. Dat levert een totaalbedrag op van € 1.301,46. Voor verdere verhoging van dit bedrag, uit welke hoofde dan ook, wordt onvoldoende aanleiding gezien naast toekenning van de administratiekosten (€ 289,77 incl. btw). Dat eiseres kosten heeft gemaakt om de inbreuk op het auteursrecht op te sporen is voldoende aanmerkelijk. De kosten zijn niet onredelijk en komen als schade voor vergoeding in aanmerking.

### 3. De proceskosten:

Rekening houdend met de oorspronkelijke hoofdsom en met hetgeen thans wordt toegewezen is er aanleiding om de kosten op gronden van billijkheid te matigen naar € 2.000,- aan salaris.

4. Dit betekent dat de vordering van eiseres wordt toegewezen als hieronder zal worden bepaald. Waarom het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad zou moeten worden verklaard is onvoldoende toegelicht.

### Beslissing

De kantonrechter [...].

*Zie over dit tussen- en eindvonnis de bijdrage van T.E. Deurvorst, elders in dit nummer; red.*

## Nr. 13 Brein/Ziggo & XS4ALL

Rechtbank 's-Gravenhage 11 januari 2012  
zaaknummer / rolnummer: 374634 / HA ZA 10-3184  
(mrs. P.H. Blok, R. Kalden en M.P.M. Loos)

**Bevel tot blokkeren (door internet providers Ziggo en XS4ALL) van toegang van hun abonnees tot de website The Pirate Bay. Daarnaast bevel aan providers tot blokkeren van IP-adressen en (sub)domeinen die in de toekomst naar de website van The Pirate Bay zullen leiden (binnen 10 werkdagen na verzoek van BREIN). De inbreuk door de abonnees rechtvaardigt in dit geval het gevorderde bevel, nu andere mogelijkheden om de inbreuken via The Pirate Bay te stoppen, zoals procedures tegen de beheerders en hosting providers van die website, niet effectief zijn gebleken. Rechtsmaatregelen tegen duizenden abonnees die in Nederland via The Pirate Bay bestanden uitwisselen zijn niet minder ingrijpend. Geen prejudiciële vragen naar aanleiding van het arrest *Scarlet/Sabam*.**

Vonnis in de zaak van

de stichting Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland, BREIN, statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Hoofddorp, eiseres, advocaat mr. H.J.A. Knijff te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Ziggo BV, gevestigd te Groningen, gedaagde, advocaat mr. J.J. Allen te Amsterdam,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid XS4ALL Internet BV, gevestigd te Diemen, gedaagde, advocaat mr. W.P. den Hertog te 's-Gravenhage.

Eiseres zal hierna Brein genoemd worden, gedaagde sub 1 Ziggo en gedaagde sub 2 XS4ALL. De zaak is voor Brein behandeld door mr. J.C.H. van Manen en mr. drs. R. van Kleeff, beiden advocaat te Amsterdam. Voor Ziggo is opgetreden de advocaat voornoemd en mr. B. De Knock, advocaat te Amsterdam. De zaak is voor XS4ALL behandeld door mrs. Chr.A. Alberdingk Thijm en M.M.E. Antic, beiden advocaat te Amsterdam.

## 1. De procedure

[...]

## 2. De feiten

### Brein

2.1. Brein is in 1998 opgericht door verschillende rechthebdenorganisaties. De bij Brein aangesloten partijen zijn de rechthebden ten aanzien van het leeuwendeel van de muziek- en filmwerken en computergames op de Nederlandse markt.

2.2. Blijkens artikel 3.1 van haar statuten stelt Brein zich ten doel het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van de bij haar aangesloten, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebden en exploitanten, alles in de ruimste zin.

### BitTorrent

2.3. BitTorrent is een protocol voor het online uitwisselen van bestanden (*filesharing*) tussen gebruikers (zogenoeten *peers*). Kenmerkend voor het BitTorrent protocol is dat de gebruiker die een bestand of een deel daarvan heeft gedownload, het gedownloade (deel van het) bestand in beginsel direct weer ter beschikking stelt aan het netwerk ten behoeve van de andere gebruikers. Een gebruiker die downloadt (een zogeheten *leecher*) wordt dus in beginsel automatisch een gebruiker die uploadt (een zogeheten *seeder*). Op die manier neemt de beschikbaarheid van de bestanden en de snelheid waarmee deze kunnen worden gedownload, snel toe.

2.4. Het uitwisselingsproces werkt als volgt. Er is een *seeder*, een persoon die een film, muziek of ander bestand in zijn bezit heeft (en op zijn computer heeft staan) en dit wenst te delen met andere gebruikers, zijn *peers*. Deze *seeder* maakt daartoe een *torrent*. Een *torrent* is een bestand met metadata over het onderliggende te delen bestand zoals informatie over het type bestand (film, audio, game, software), de omvang etc. De *torrent* bevat ook een koppeling met een *tracker*. Een *tracker* is een centrale server die bijhoudt bij welke *seeder* het onderliggende bestand zich bevindt. De *torrent* wordt vervolgens door de *seeder* geupload naar een *index*, een website waar de *torrent* wordt geïndexeerd en gecategoriseerd en wordt ontsloten voor de *peers*. In de *index* wordt de *torrent* zichtbaar voor de *peers* en kunnen de *peers* de *torrent* aanklikken. Om bestanden te kunnen downloaden dient de gebruiker te beschikken over zogenaamde *client* software. *Client* software zit in sommige gevallen ingebouwd in de browser of in het besturingssysteem van een computer maar kan ook (eenmalig) kosteloos van derden worden gedownload en geïnstalleerd.

2.5. Wanneer een gebruiker vervolgens een *torrent* opent en op de knop 'download' klikt, start het downloadproces. De aan de *torrent* gekoppelde *tracker* zorgt ervoor dat de *leecher* in contact wordt gesteld met de computers van de *seeder(s)* van het bijbehorende bestand en zo wordt de bestandsoverdracht in werking gesteld. De *client* zorgt ervoor dat de *leecher* het bestand in verschillende stukjes kan downloaden en dat volgende *peers* die de *torrent* openen en vervolgens het bestand downloaden verschillende stukjes van het

onderliggende bestand tegelijkertijd kunnen downloaden van de verschillende *seeders* die het bestand – of stukken van dat bestand – op dat moment al bezitten en ter beschikking stellen aan het netwerk. Inmiddels is het ook mogelijk om zonder *tracker* maar met andere technologie, bestanden via het BitTorrent protocol uit te wisselen.

### The Pirate Bay

2.6. The Pirate Bay is een BitTorrent index die in 2004 is gelanceerd. The Pirate Bay is op dit moment 's werelds grootste index en een van de best bezochte websites.

2.7. Op The Pirate Bay worden zo'n 3,5 miljoen torrents aangeboden die zijn gekoppeld aan bestanden die audio, video, games, software of boeken (e-books) kunnen bevatten en zich bevinden op de computers van de gebruikers van The Pirate Bay. De torrents worden door The Pirate Bay geïndexeerd, gecategoriseerd en ontsloten. Gebruikers kunnen aldus op The Pirate Bay zoeken naar de door hen gewenste mediabestanden en deze vervolgens downloaden.

2.8. The Pirate Bay wordt geëxploiteerd door drie natuurlijke personen, te weten de heren [X], [Y] en [Z], die The Pirate Bay ook hebben opgericht (hierna: de beheerders). Zij waren allen oorspronkelijk woonachtig in Zweden.

### Procedures om The Pirate Bay ontoegankelijk te maken

2.9. Brein en andere buitenlandse rechthebdenorganisaties hebben de afgelopen jaren op verschillende manieren opgetreden tegen (de beheerders van) The Pirate Bay. In Zweden zijn de beheerders strafrechtelijk veroordeeld. Civielrechtelijk is hen een verbod opgelegd, waaraan de beheerders evenwel geen gevolg hebben gegeven.

2.10. Nu de acties tegen The Pirate Bay en de beheerders zelf er niet toe hebben geleid dat de activiteiten van de Pirate Bay zijn gestaakt, zijn rechthebdenorganisaties zich gaan richten op derden. Zo is een actie tegen de Zweedse hosting provider van The Pirate Bay ingesteld als gevolg waarvan The Pirate Bay korte tijd uit de lucht is geweest. Na twee dagen was The Pirate Bay evenwel via een andere provider, CB3ROB in Duitsland, opnieuw online. Nadat CB3ROB door de rechtbank te Hamburg was veroordeeld haar diensten aan The Pirate Bay te beëindigen, heeft The Pirate Bay zich gewend tot een provider in de Oekraïne.

2.11. In Nederland heeft Brein procedures ingesteld tegen The Pirate Bay. Op 30 juli 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam twee vonnissen gewezen. Eén vonnis is bij verstek gewezen tussen Brein en de beheerders. In dit vonnis heeft de voorzieningenrechter de beheerders geboden de inbreuken in Nederland op de auteurs- en naburige rechten van de aangeslotenen van Brein te staken en gestaakt te houden. Het andere vonnis is gewezen tussen Brein en Global Gaming Factory X AB (hierna: GGF), een onderneming die de overname van The Pirate Bay had aangekondigd. GGF is wel in het geding verschenen. De voorzieningenrechter heeft in dat vonnis GGF geboden vanaf het moment dat zij The Pirate Bay heeft overgenomen, de inbreuken in Nederland op de auteurs- en naburige rechten van de aangeslotenen van Brein te staken en gestaakt te houden. De aangekondigde overname heeft geen doorgang gevonden.

2.12. De beheerders zijn van het voormelde verstekvonnis in verzet gekomen. Op 22 oktober 2009 heeft de voorzieningenrechter vonnis in verzet gewezen. De voorzieningenrechter heeft daarin overwogen dat voorshands niet kan worden vastgesteld dat The Pirate Bay – kort gezegd – auteursrechtinbreuk pleegt. Wel is aangenomen dat The Pirate Bay onrechtmatig handelt door haar gebruikers stelselmatig in staat te stellen inbreuk te maken op auteursrechten. De voorzieningenrechter heeft de beheerders

- samengevat - geboden alle op de website aangeboden torrents waarmee bestanden met werken waarop de bij Brein aangesloten rechthebbenden auteursrechten hebben, kunnen worden uitgewisseld, te verwijderen en verwijderd te houden. Aan dit gebod diende uitvoering te worden gegeven door de op de websites thepiratebay.org, piratebay.org, piratebay.net, piratebay.se, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.nu en thepiratebay.se, of andere variaties daarop, bedoelde torrents ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland.

2.13. De beheerders hebben de in het vonnis van 22 oktober 2009 neergelegde geboden niet geëerbiedigd. Brein heeft het vonnis, waarvan de beheerders niet in beroep zijn gekomen, bij gebreke van enige bekende woon- of verblijfplaats van de beheerders, openbaar doen betekenen.

2.14. Bij vonnis van 16 juni 2010, hersteld bij herstelvonnis van 23 juni 2010 (hierna: het vonnis van 16 juni 2010), heeft de rechtbank Amsterdam in de bodemprocedure tussen Brein en de beheerders vonnis gewezen bij verstek. Het dictum omvat een verbod inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van de bij Brein aangesloten rechthebbenden, althans het aanbieden van hun diensten als tussenpersoon in de zin van artikel 26d Auteurswet (hierna: Aw) en 15e Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr), althans het onrechtmatig handelen in Nederland te staken en gestaakt te houden, alsmede - kort gezegd - de website The Pirate Bay ontoegankelijk te maken voor gebruikers in Nederland.

2.15. Brein heeft het vonnis van 16 juni 2010 op 4 oktober 2010 aan de beheerders betekend. De beheerders zijn niet in verzet gegaan.

2.16. Vooralst is de website van The Pirate Bay nog steeds online.

#### *Ziggo en XS4ALL*

2.17. In 2010 bestonden er ongeveer 6 miljoen breedband internetaansluitingen in Nederland.

2.18. Ziggo is de grootste internet service provider van breedband internet in Nederland. Zij verleent via de kabel aan ongeveer 1,5 miljoen Nederlandse abonnees toegang tot het internet. Ziggo adverteert voor haar diensten, in het bijzonder de door haar aangeboden zeer hoge internetsnelheden, en promoot die voor het downloaden van films en andere media.

2.19. XS4ALL is eveneens een internet service provider. Zij werd in 1993 opgericht. XS4ALL levert 267.000 breedband internet aansluitingen via ADSL.

2.20. Bij brief van 26 maart 2010 heeft Brein Ziggo gesommeerd de toegang tot The Pirate Bay voor al haar abonnees te blokkeren en geblokkeerd te houden. Ziggo heeft Brein bij brief van 7 april 2010 laten weten niet bereid te zijn vrijwillig aan de sommatie gevolg te geven.

2.21. Brein heeft Ziggo op 6 mei 2010 gedagvaard in kort geding en kort gezegd een bevel gevorderd dat Ziggo haar diensten die gebruikt worden om inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van rechthebbenden te staken en gestaakt te houden door middel van het blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van haar abonnees tot door Brein genoemde IP-adressen en domeinnamen via welke The Pirate Bay opereert (hierna: het kort geding).

2.22. XS4ALL heeft gevorderd zich in het kort geding te mogen voegen hetgeen door de voorzieningenrechter van deze rechtbank op 28 juni 2010 bij mondeling ter zitting gewezen vonnis is toegeestaan.

2.23. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft bij vonnis van 19 juli 2010 de door Brein gevraagde voorzieningen geweigerd. Brein is van dit kort geding vonnis in appel gegaan tegen Ziggo. De appelprocedure loopt nog.

### **3. Het geschil**

3.1. Na wijziging van eis vordert Brein - samengevat - dat de rechtbank, uitvoerbaar bij voorraad, Ziggo en XS4ALL gebiedt hun diensten die gebruikt worden om inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van rechthebbenden wier belangen Brein behartigt (hierna: de rechthebbenden), te staken en gestaakt te houden door middel van het blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van haar abonnees tot in de bij pleidooi overgelegde akte aanvulling van eis genoemde domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert en, voor het geval dat The Pirate Bay via andere IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen zou gaan opereren, de toegang van haar klanten tot deze andere IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen binnen 24 uur na verzoek daartoe van Brein te blokkeren en geblokkeerd te houden, onder bepaling van een dwangsom, alsmede dat de rechtbank verklaart voor recht dat Ziggo en XS4ALL in strijd handelen met artikel 26d Aw en artikel 15e Wnr, althans onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden indien zij verzuimen de hiervoor bedoelde IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen van The Pirate Bay te blokkeren en geblokkeerd te houden voor hun abonnees, met veroordeling van Ziggo en XS4ALL in de volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv.

3.2. Brein heeft aan haar vorderingen primair de artikelen 26d Aw en 15e Wnr ten grondslag gelegd. Brein stelt zich op het standpunt dat Ziggo en XS4ALL tussenpersonen zijn wier diensten door abonnees (en peers) en door The Pirate Bay worden gebruikt om auteursrechtinbreuk te maken.

3.3. Brein heeft subsidiair aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat Ziggo en XS4ALL onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden. Ziggo en XS4ALL faciliteren welbewust en structureel grootschalige inbreuken door hun abonnees op de auteurs- en naburige rechten van de rechthebbenden en bevorderen aldus dergelijke inbreuken, terwijl zij deze schadelijke handelingen met één druk op de knop kunnen beëindigen en daartoe geen minder verstrekkend alternatief voorhanden is. Daarmee handelen zij in strijd met de zorgvuldigheid die zij jegens de rechthebbenden in acht hebben te nemen, aldus Brein.

3.4. Ziggo en XS4ALL voeren verweer. Nu het verweer van Ziggo en XS4ALL grotendeels overeenstemt, zullen de verweren hieronder gezamenlijk worden behandeld, behalve in die gevallen dat Ziggo of XS4ALL (nadrukkelijk) een ander verweer voert.

[...]

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

### **4. De beoordeling**

#### *Inbreuk door abonnees*

4.1. Brein heeft ter onderbouwing van haar stelling dat abonnees van Ziggo en XS4ALL via The Pirate Bay inbreuk maken op de rechten van de bij haar aangesloten partijen allereerst aangevoerd dat het materiaal dat via The Pirate Bay kan worden gedownload voor het overgrote deel zonder toestemming van de rechthebbenden openbaar is gemaakt (hierna: illegaal materiaal). Brein heeft door TNO onderzoek laten doen naar het illegale materiaal dat via The Pirate Bay kan worden gedownload. In haar rapport van 26 juni 2008 komt TNO tot de conclusie dat in de categorieën audio, video (filmwerken), en games respectievelijk 90%, 94% en 80% van het totaal aan aangeboden torrents illegaal

materiaal betreft<sup>1</sup> (productie 6 van Brein in het kort geding, ook overgelegd in de onderhavige procedure; hierna: TNO rapport I). In 2009 heeft Brein zelf diverse steekproeven gehouden waaruit eenzelfde beeld naar voren komt (productie 7 van Brein in het kort geding, ook overgelegd in de onderhavige procedure). In oktober 2011 heeft TNO wederom een onderzoek uitgevoerd ditmaal naar nieuw materiaal in de periode 11 tot 17 augustus 2011 en naar de op The Pirate Bay als top 100 gekwalificeerde titels in de categorieën Applications, Audio, Games, Video en Other. TNO komt tot de conclusie dat 92% van het nieuwe materiaal illegaal is en 99% van de top 100 titels (productie 49 van Brein, hierna: TNO rapport II en tezamen met TNO rapport I, de TNO rapporten).

4.2. Brein heeft ten tweede aangevoerd dat abonnees van Ziggo en XS4ALL illegaal materiaal downloaden van The Pirate Bay. Brein heeft ten tijde van het kort geding een eigen steekproef gehouden (productie 22 Brein in het kort geding, ook overgelegd in de onderhavige procedure) waarbij op basis van vier op dat moment recente populaire films is onderzocht welk percentage van de personen die deze films via The Pirate Bay downloaden en uploaden een abonnement bij Ziggo hadden (hierna: Brein steekproef I). Deze steekproef laat zien dat van de 325 gecontroleerde Nederlandse IP-adressen 27% tot de IP-adressen van Ziggo behoort. In de onderhavige procedure heeft Brein een nieuwe steekproef gehouden (productie 28 van Brein) waarbij 50 speelfilms zijn onderzocht met behulp van een BitTorrent client (hierna: Brein steekproef II).<sup>2</sup> De 50 onderzochte speelfilms leverden 11.105 IP-adressen van uitwisselende peers op, waarvan 5.143 Nederlandse IP-adressen. Hiervan zijn er 1.477 klant bij Ziggo (28,7%) en 240 (4,7%) bij XS4ALL.<sup>3</sup> Voorts heeft Brein gegevens overgelegd van Google adplanner (productie 29 van Brein) waaruit blijkt dat het gemiddeld aantal unieke Nederlandse bezoekers van The Pirate Bay per maand schommelt rond de 500.000. Met de Brein steekproef II als uitgangspunt, zijn van deze 500.000 bezoekers volgens de berekening van Brein dus grofweg 143.500 klant bij Ziggo en 23.500 klant bij XS4ALL. Op 13 en 14 oktober 2011 heeft Brein wederom een steekproef gehouden ditmaal met vijftien films (productie 63 van Brein, hierna: Brein steekproef III en tezamen met Brein steekproef I en II, de Brein steekproeven). De vijftien onderzochte speelfilms leverden 1.568 IP-adressen van uitwisselende peers op, waarvan 962 Nederlandse IP-adressen. Hiervan zijn er 307 klant bij Ziggo (31,9%) en 39 (4,1%) bij XS4ALL. Alle onderzochte speelfilms betreffen illegaal materiaal.

4.3. Brein heeft ten derde aangevoerd dat naar Nederlands recht downloaden uit illegale bron weliswaar is toegestaan voor zover het gaat om muziek en films (zie het arrest van Gerechtshof 's Gravenhage inzake *FTD/Eyeworks, LJN BO3980*) maar uploaden niet. Voor zover het gaat om e-books en games moet ook het downloaden als inbreuk makend handelen worden aangemerkt, aldus Brein. In dit kader betoogt Brein dat filesharen met gebruikmaking van de BitTorrent techniek, zoals dit gebeurt via The Pirate Bay, per definitie betekent dat er niet alleen sprake is van downloaden maar ook van uploaden van bestanden naar derden. Ter onderbouwing van deze stelling heeft Brein een afschrift overgelegd van The BitTorrent Protocol Specification (productie 69A van Brein) en van de webpagina 'How do I download' van The Pirate Bay van 26 oktober 2011 (productie 69 B van Brein) waarop voor zover relevant staat 'Tip: your download rate is proportional to your upload rate'. Ook heeft Brein een afschrift overgelegd van een internetforum op de webpagina 'Yahoo Answers' met antwoorden op de vraag 'How do I turn off uploading on my Torrent program' waarin door sommige leden van het forum wordt geschreven dat uitschakelen van het uploaden niet mogelijk is en door een ander lid dat er wel bepaalde moge-

lijkheden daartoe zijn maar dat dit niet de bedoeling is (productie 69 C van Brein). Brein heeft ook voorbeelden overgelegd waarbij zij zelf illegaal materiaal dat via The Pirate Bay wordt aangeboden, downloadt van abonnees van Ziggo en XS4ALL die dat illegale materiaal op dat moment dus aan het uploaden waren (productie 64 Brein).

4.4. Ziggo en XS4ALL betwisten de resultaten van de door Brein overgelegde onderzoeksrapporten en steekproeven omdat deze voor hen oncontroleerbaar zijn.

4.5. De rechtbank verwerpt dat standpunt. In de TNO rapporten is toegelicht op welke wijze Brein samples heeft aangeleverd en TNO het onderzoek heeft verricht. Ziggo en XS4ALL hebben onvoldoende gemotiveerd dat de werkwijze van Brein en TNO en de criteria om bestanden te bestempelen als 'illegaal materiaal' niet juist of ongeschikt zou zijn. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat Ziggo noch XS4ALL een tegenonderzoek heeft verricht. Andere onderzoeksresultaten dan die door Brein zijn overgelegd, zijn dus niet voorhanden.

4.6. Voorts stellen Ziggo en XS4ALL dat de Brein steekproef II terzijde dient te worden gesteld omdat twee partijen die verantwoordelijk zijn geweest voor het (voor het eerst) uploaden van 40 van de 50 films uit de Brein steekproef II na sommatie door Brein niet meer actief zijn. Ook dit verweer faalt naar het oordeel van de rechtbank. Dat deze uploaders later hun activiteiten (kennelijk) hebben gestaakt, betekent niet dat de onderzoeksresultaten, te weten welk percentage Ziggo en XS4ALL abonnees die films hebben gedownload, niet langer juist zijn.

4.7. Ziggo en XS4ALL stellen verder dat de TNO rapporten en de Brein steekproeven een momentopname betreffen omdat ieder onderzoek naar filesharing alleen betrekking heeft op het (illegale) materiaal dat op het moment van het onderzoek via The Pirate Bay kan worden gedownload door peers die op dat moment in de swarm zitten. Dat moge zo zijn, maar dat betekent naar het oordeel van de rechtbank niet dat die onderzoeksresultaten buiten beschouwing dienen te worden gelaten. Brein heeft herhaaldelijk over een periode van een aantal jaren onderzoeken verricht en steekproeven gehouden. De resultaten van zowel de TNO rapporten als van de Brein steekproeven die op verschillende momenten zijn uitgevoerd, zijn binnen redelijke marges constant en geven naar het oordeel van de rechtbank dan ook een representatief beeld.

4.8. Ziggo en XS4ALL hebben gesteld dat uit de door Brein overgelegde cijfers alleen kan volgen dat dit percentage van hun abonnees de website The Pirate Bay hebben bezocht maar niet dat zij ook via The Pirate Bay hebben gedownload. De rechtbank verwerpt dat verweer. De Brein steekproeven zien immers op het downloaden van illegaal materiaal via The Pirate Bay en niet slechts op het bezoeken van The Pirate Bay.

4.9. Bij deze stand van zaken, gaat de rechtbank ervan uit dat gelet op de TNO rapporten hiervoor vermeld in 4.1 circa 90% tot 95% van de torrents die via The Pirate Bay kunnen worden gedownload illegaal materiaal betreft. Dit percentage is per definitie een schatting omdat de verzameling torrents die via The Pirate Bay worden aangeboden geen statisch geheel vormt maar ieder moment verandert. Om die reden maakt de rechtbank ook geen onderscheid tussen de verschillende soorten bestanden (audio, video, games etc). Dat dit een minimum percentage is, volgt uit de onweersproken stelling van Brein dat van de torrents die daadwer-

1 In deze percentages is al het materiaal dat beschadigd was of waarvan enige onduidelijkheid bestond over de rechthebbende als 'niet illegaal' aangemerkt.

2 Tijdens het downloaden beschikt de client over de IP-adressen van de overige bij de swarm aangesloten peers.

3 Van providers is bekend welke blokken van IP-adressen zij kunnen 'uitdelen' aan hun abonnees. Op het moment dat een peer een IP-adres heeft dat valt tussen de Start IP en de End IP van zo'n blok, dan is die peer dus abonnee van de bijbehorende provider.

kelijk worden gedownload via The Pirate Bay het percentage illegaal materiaal nog hoger ligt omdat illegaal materiaal veel vaker wordt gedownload dan legaal materiaal.

4.10. Tevens gaat de rechtbank ervan uit dat gelet op de Brein steekproeven hiervoor vermeld in 4.2 circa 30% van de Ziggo abonnees en 4,5% van de XS4ALL abonnees recentelijk illegaal materiaal via The Pirate Bay hebben gedownload.

4.11. Tussen partijen is niet in geschil dat uploaden van illegaal materiaal door gebruikers van The Pirate Bay naar Nederlands recht inbreuk maakt op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden. Ziggo en XS4ALL betwisten evenwel de stelling van Brein dat een gebruiker die illegaal materiaal downloadt dit materiaal automatisch uploadt en dus inbreuk pleegt. Het BitTorrent protocol schrijft het uploaden niet voor en een gebruiker kan de 'upload rate' op '0' kan zetten, aldus Ziggo en XS4ALL.

4.12. De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt. Zoals Ziggo en XS4ALL stellen is in het BitTorrent protocol (productie 69A van Brein) niet als verplichting opgenomen dat gebruikers die downloaden ook tegelijkertijd uploaden. Ziggo en XS4ALL hebben evenwel desgevraagd tijdens het pleidooi erkend dat het systeem van filesharen op basis van het BitTorrent protocol feitelijk niet meer zou werken als leechers alleen zouden downloaden en niet tegelijk zouden uploaden. Dat het BitTorrent systeem op het principe 'downloaden is uploaden' is gebaseerd, volgt ook uit hetgeen op The Pirate Bay staat op de webpagina 'How do I download': 'Tip: your download rate is proportional to your upload rate' (productie 69 B van Brein). Dat het wellicht (technisch) mogelijk is om de upload rate op '0' te zetten, zoals Ziggo en XS4ALL stellen, doet naar het oordeel van de rechtbank niet af aan het feit dat in ieder geval in de praktijk gebruikers die downloaden ook uploaden. Dat dit anders zou zijn, is in zijn algemeenheid, of specifiek ten aanzien van hun abonnees, door Ziggo en XS4ALL onvoldoende gemotiveerd, mede in het licht van de omstandigheid dat Brein ook stukken heeft overgelegd waaruit blijkt dat zij zelf illegaal materiaal dat via The Pirate Bay werd aangeboden, heeft gedownload van abonnees van Ziggo en XS4ALL, die dat illegale materiaal op dat moment dus aan het uploaden waren (productie 64 Brein).

4.13. Gelet op het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat kan worden aangenomen dat circa 30% van de abonnees van Ziggo en 4,5% van de abonnees van XS4ALL recentelijk illegaal materiaal via The Pirate Bay hebben gedownload en dus geupload en aldus inbreuk hebben gemaakt op de auteursrechten en de naburige rechten van de rechthebbenden. Gelet op de rapporten kan worden aangenomen dat dit nog steeds zo is en zal zijn.

#### Tussenpersoon

4.14. Naar het oordeel van de rechtbank zijn Ziggo en XS4ALL te beschouwen als tussenpersonen wier diensten worden gebruikt voor de hiervoor vastgestelde inbreuken als bedoeld in de artikelen 26d Aw en 15e Wnr. Immers, zij verlenen hun abonnees een dienst (internettoegang) die een aantal abonnees gebruiken om inbreuk te maken op het auteursrecht door via The Pirate Bay werken te uploaden. Dit strookt ook met de beschikking van 19 februari 2009 van het Hof van Justitie (C-557/07, LSG-Tele2) waarin is overwogen:

*Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een accessprovider, die de gebruiker enkel internettoegang verschaft en geen andere diensten, zoals e-mail, FTP of een filesharing-dienst, aanbiedt noch een juridisch of feitelijk toezicht uitoefent over de gebruikte dienst, een 'tussenpersoon' in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 is.*

4.15. Op grond van het voorgaande moet dus worden geconcludeerd dat is voldaan aan de vereisten van de artikelen 26dAw en 15e Wnr dat sprake is van tussenpersonen (Ziggo en XS4ALL) wier diensten (toegang tot het internet en dus tot The Pirate Bay) door derden (abonnees van Ziggo en XS4ALL) worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht, respectievelijk het naburige recht te maken (door illegaal materiaal te uploaden). Naar het oordeel van de rechtbank eisen de artikelen 26d Aw en artikel 15e Wnr niet dat daarnaast nog wordt vastgesteld dat de tussenpersoon zelf onrechtmatig handelt jegens de rechthebbende, zoals XS4ALL stelt.

#### Het gevorderde bevel

4.16. Gegeven het feit dat abonnees de diensten van Ziggo en XS4ALL gebruiken om inbreuk te maken, kan op grond van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr een bevel aan Ziggo en XS4ALL worden opgelegd om die diensten te staken.

4.17. Anders dan Ziggo en XS4ALL hebben betoogd, kan de gevorderde blokkade van IP-adressen en (sub)domeinen worden aangemerkt als een bevel tot het staken van diensten in de zin van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr. De gevorderde blokkade houdt immers in dat Ziggo en XS4ALL hun aangeboden dienst staken voor zover die dienst de toegang tot een aantal IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen betreft. Dat Ziggo en XS4ALL voor het effectueren van de blokkade bepaalde positieve maatregelen moeten treffen, namelijk het invoeren van bepaalde wijzigingen in hun systemen, maakt dat niet anders.

4.18. De reikwijdte van de bevelen die op basis van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr kunnen worden opgelegd is, anders dan Ziggo en XS4ALL hebben aangevoerd, ook niet beperkt tot de beëindiging van een specifieke inbreuk, oftewel een concrete en individualiseerbare inbreuk. De bepalingen moeten immers worden geïnterpreteerd in het licht van (onder meer) artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn.<sup>4</sup> Het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat dit artikel aldus moet worden uitgelegd dat een rechter een tussenpersoon ook moet kunnen gelasten om maatregelen te treffen om nieuwe inbreuken te voorkomen (HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, LjN BR3605, *L'Oréal-eBay*). Het betoog van Ziggo en XS4ALL dat een bevel in de zin van het artikel enkel betrekking kan hebben op specifieke en duidelijk omschreven inbreuken, heeft het Hof daarmee expliciet verworpen.

4.19. Uit het genoemde arrest en latere rechtspraak van het Hof (HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, *IEPT 20111124, Sabam-Scarlet*) blijkt wel dat bij de toepassing van deze bepalingen een juist evenwicht moet worden verzekerd tussen de grondrechten en belangen van alle betrokkenen. Een vergelijkbare eis volgt uit de parlementaire geschiedenis van de artikel 26d Aw en 15e Wnr, waarin wordt benadrukt dat bij de toepassing van die bepalingen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht moeten worden genomen. Hierna zal worden toegelicht dat in dit geval aan die eisen is voldaan.

#### Subsidiariteit

4.20. Ziggo en XS4ALL betwisten dat is voldaan aan het subsidiariteitsvereiste omdat er maatregelen voorhanden zouden zijn die minder ingrijpend zijn dan een bevel aan Ziggo en XS4ALL om de toegang tot The Pirate Bay voor haar abonnees te blokkeren. Ziggo stelt dat Brein eerst de hosting provider van The Pirate Bay dient aan te spreken alsmede zogenaamde 'release groups' en individuele abonnees. Ook XS4ALL stelt dat Brein de bron van het illegale materiaal dient aan te pakken, te weten de commerciële uploaders en voorts de aanbieders van software die noodzakelijk is om het inbreukmakende materiaal uit te wisselen.

4.21. Naar het oordeel van de rechtbank is aan het subsidiariteitsvereiste voldaan. Brein en andere collectieve rechtenorgani-

4 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten.

saties hebben reeds diverse procedures gevoerd tegen The Pirate Bay en haar beheerders en voorts tegen hosting providers van The Pirate Bay. The Pirate Bay is echter nog steeds online omdat (de beheerders van) The Pirate Bay de rechterlijke uitspraken naast zich neerleggen. Aldus kunnen de gebruikers van The Pirate Bay, waaronder een deel van de abonnees van Ziggo en XS4ALL, doorgaan met hun inbreukmakende handelingen. Anders dan Ziggo stelt, is het treffen van rechtsmaatregelen tegen vele duizenden individuele gebruikers die in Nederland via The Pirate Bay downloaden en uploaden naar het oordeel van de rechtbank geen minder ingrijpende maatregel die Brein eerst dient te benutten. Ook indien Brein de IP-adressen van de individuele gebruikers zou kunnen achterhalen – zoals zij heeft gedaan in het kader van de Brein steekproeven – dan dient zij vervolgens nog de NAW-gegevens bij de diverse access providers op te vragen en ook te krijgen voordat zij individuele gebruikers in rechte zou kunnen betrekken. Dit laatste is tot dusver niet succesvol gebleken, getuige de door Brein overgelegde correspondentie met Ziggo in het kader van het opvragen van de NAW-gegevens van een abonnee van Ziggo en het door Brein overgelegde persbericht van Ziggo waaruit blijkt dat Ziggo niet vrijwillig NAW-gegevens van haar abonnees zal verstrekken (productie 71 van Brein).

4.22. Voorts treedt Brein, zoals XS4ALL zelf heeft gesteld, reeds op tegen Nederlandse commerciële uploaders, zoals Dutch Release Team, 2Lions en DivXNL-Team. Het aanpakken van Nederlandse commerciële uploaders laat onverlet dat ook buiten Nederland op grote schaal illegaal materiaal wordt geupload door commerciële uploaders en release groups die zij niet kan traceren en dus niet kan aanpakken. Ook verandert het aanpakken van commerciële uploaders en van aanbieders van software die het uitwisselen mogelijk maken niet dat er reeds 3,5 miljoen torrents op The Pirate Bay staan.

#### *Proportionaliteit – belang van de abonnees van Ziggo en XS4ALL*

4.23. Ziggo en XS4ALL bestrijden dat de gevorderde blokkade proportioneel is omdat een blokkade een onbepaald aantal abonnees zal treffen waarvan niet zeker is dat zij in de toekomst onrechtmatig zullen handelen en waarvan vaststaat dat het overgrote deel geen inbreukmakende handelingen heeft verricht. Een blokkade van de toegang naar The Pirate Bay verhindert voorts niet alleen de toegang tot bestaand illegaal materiaal maar ook tot legaal en toekomstig materiaal, aldus Ziggo en XS4ALL.

4.24. XS4ALL heeft ook aangevoerd dat de gevorderde maatregelen het eigendomsrecht van de abonnees aantasten. Als de abonnees van XS4ALL de toegang tot een deel van het internet wordt ontzegd, dan worden zij gehinderd in de uitoefening van hun eigendomsrechten omdat zij niet meer onbezwaard en vrij gebruik kunnen maken van hun router, modem, computer en internetverbinding.

4.25. De rechtbank onderkent dat het bevelen van een IP-adres en domeinnaam/(sub)domein blokkade tot gevolg heeft dat abonnees van Ziggo en XS4ALL geen toegang meer hebben tot legaal materiaal op The Pirate Bay. Ook treft een dergelijke maatregel abonnees die geen inbreuk hebben gemaakt op de rechten van de rechthebbenden. Gelet hierop dient de rechtbank terughoudend te zijn bij het bevelen van dergelijke maatregelen. De rechtbank dient aldus een belangenafweging te maken tussen enerzijds het recht van de rechthebbenden om hun auteursrechten en naburige rechten te handhaven en anderzijds het recht van vrijheid van meningsuiting en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen van de abonnees van Ziggo en XS4ALL.

4.16. De rechthebbenden hebben recht op en belang bij de bescherming van hun auteursrechten en naburige rechten. Dat de rechthebbenden schade lijden door het gratis aanbod van illegaal materiaal via The Pirate Bay door onder andere de abonnees van gedaagden, zoals Brein gemotiveerd heeft gesteld, is naar het oor-

deel van de rechtbank evident. Zij lopen hierdoor immers inkomsten mis. Dat er ook andere oorzaken zijn voor de malaise in de entertainmentindustrie zoals de huidige slechte economische situatie en het feit dat rechthebbenden zich onvoldoende toeleggen op online distributie terwijl anderzijds de games industrie wel groeit, zoals Ziggo en XS4ALL stellen, doet hier niet aan af. De precieze omvang van de schade behoeft door de rechtbank niet te worden vastgesteld.

4.27. Zoals hiervoor overwogen in 4.9 betreft circa 90% tot 95% van de 3,5 miljoen torrents die via The Pirate Bay ter beschikking worden gesteld illegaal materiaal. Als wordt gekeken naar welk materiaal daadwerkelijk via The Pirate Bay wordt uitgewisseld, ligt het percentage illegaal materiaal nog hoger omdat legaal materiaal (veel) minder wordt gedownload. De voorbeelden van legale torrents waar Ziggo en XS4ALL naar verwijzen, te weten de via The Pirate Bay openbaar gemaakte film 'Die Beauty' en een muziekalbum van 'Sick of Sarah' werden op het moment van de TNO-onderzoeken in ieder geval zelfs in het geheel niet uitgewisseld via The Pirate Bay, zoals Brein onweersproken heeft gesteld. Voorts heeft Brein onweersproken gesteld dat torrents die verwijzen naar legaal materiaal ook op andere websites (dan The Pirate Bay) worden aangeboden. Tot slot heeft Brein aangevoerd dat de legale content – anders dan torrents – die op The Pirate Bay zelf staat, beperkt is tot informatie over The Pirate Bay, een webpagina 'juridische vraagstukken', een 'blog', 'gebruikersvoorwaarden', en een pagina 'downloads en doodles' waar bijvoorbeeld logo's van The Pirate Bay kunnen worden gedownload. Overige links die op de homepage van The Pirate Bay staan, te weten 'Cloud, Forum, TPB-t-shirts, Bayfiles, Baywords, Bayimg, IPREDator, Follow TPB on', verwijzen naar andere websites. Het voorgaande is door XS4ALL en Ziggo niet bestreden. Het percentage legaal materiaal althans legaal verkeer dat door een blokkade van The Pirate Bay zou worden geblokkeerd, is naar het oordeel van de rechtbank dan ook marginaal.

4.28. Onder de gegeven omstandigheden dient de belangenafweging naar het oordeel van de rechtbank in het voordeel van de rechthebbenden uit te vallen. Dat het merendeel van de abonnees van Ziggo en XS4ALL (thans) niet filesharen via The Pirate Bay en dus geen inbreuk maken op de rechten van de rechthebbenden terwijl zij toch worden getroffen door een blokkade, zoals Ziggo en XS4ALL op zich terecht stellen, leidt niet tot een ander oordeel. Voor zover die abonnees van plan waren om via The Pirate Bay illegaal materiaal te gaan uitwisselen en daarbij inbreuk te maken, is dat geen rechtens te respecteren belang. Voor zover zij voor-nemens waren om The Pirate Bay te bezoeken zonder inbreuk te maken, is hun belang beperkt, gegeven het marginale legale aanbod en de mogelijkheid om via andere websites kennis te nemen van dat legale aanbod. Dat beperkte belang weegt niet op tegen de bescherming van de partijen die bij Brein zijn aangesloten tegen de in aantal omvangrijke inbreuken op hun rechten via The Pirate Bay die door toewijzing van de blokkade kunnen worden voorkomen. Daarbij neemt de rechtbank voorts in aanmerking dat het gaat om het blokkeren van de toegang naar een website waarvan de beheerders door de rechtbank Amsterdam reeds zijn veroordeeld om die website – derhalve met inbegrip van de daarop aangeboden legale content – ontoegankelijk te maken (zie het vonnis van 16 juni 2010).

4.29. Ziggo en XS4ALL hebben nog aangevoerd dat een op te leggen bevel tot blokkade voor onbepaalde tijd zou gaan gelden terwijl The Pirate Bay mogelijk in de toekomst de focus zou kunnen gaan verleggen naar filesharing van legale content. Gelet op het feit dat (de beheerders van) The Pirate Bay tot dusver geen enkel tegen haar gewezen rechterlijk vonnis naleeft, acht de rechtbank de kans dat The Pirate Bay in de (nabije) toekomst de focus verlegt naar legale content niet groot. Mocht de situatie in de toekomst alsnog veranderen dan kunnen Ziggo en XS4ALL in een executiegeschil opheffing van het bevel vorderen.

4.30. Ziggo heeft gesteld dat er voor haar operationele risico's kleven aan het doorvoeren van de gevorderde blokkades. Een IP-blokkade komt tot stand door het blokkeren van de betreffende IP-adressen in de core-router hetgeen kan leiden tot storingen, aldus Ziggo. Ook het blokkeren van domeinnamen/(sub)domeinen brengt operationele risico's met zich mee omdat dit veelal betekent dat de DNS server moet worden opgestart waardoor die DNS server op dat moment niet beschikbaar is, aldus nog steeds Ziggo. Dit leidt dan tot het risico van verminderde gebruikservaring, overbelasting van de helpdesk, schadeclaims en afbreuk aan het kwaliteitsimago, aldus nog steeds Ziggo. Zowel Ziggo als XS4ALL stellen dat zij door oplegging van de gevorderde maatregelen zullen zijn benadeeld ten opzichte van hun concurrenten.

4.31. De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt. Ziggo en XS4ALL hebben niet betwist dat de gevorderde blokkades op zich technisch eenvoudig zijn uit te voeren, zoals Brein aan de hand van een concreet voorbeeld heeft laten zien (paragraaf 130 e.v. pleitnota en productie 66 van Brein). Ziggo heeft wel gesteld dat het doorvoeren van de gevorderde IP-adres en (sub)domein blokkade mogelijk (operationele) risico's met zich brengt, namelijk een tijdelijke verstoring van de geleverde diensten. Zij heeft echter onvoldoende onderbouwd dat er een reële kans bestaat dat die risico's zich zullen verwezenlijken, afgezien van de tijdelijke verstoring door het opstarten van de DNS-server. De rechtbank weegt hierbij mee, zoals Brein onweersproken heeft gesteld, dat in het buitenland vergelijkbare blokkades reeds zijn bevolen en geïmplementeerd. Dat zich daar de door Ziggo en XS4ALL gestelde risico's hebben verwezenlijkt, is gesteld, noch gebleken.

4.32. XS4ALL heeft wel gesteld dat het doorvoeren van de gevorderde maatregelen grote organisatorische inspanningen vergt en tot hoge kosten leidt omdat aanpassingen in infrastructuur nodig zijn. Zoals hiervoor al is vastgesteld, zijn de aanpassingen die gedaagden moeten doen om de blokkades uit te voeren in technisch opzicht beperkt. In het licht daarvan kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet worden aangenomen dat die aanpassingen wel grote organisatorische inspanningen vergen of hoge kosten meebrengen.

4.33. Onder de gegeven omstandigheden dient de afweging tussen enerzijds de bescherming van de auteursrechten en de naburige rechten van de rechthebbenden en anderzijds de bescherming van de vrijheid van ondernemerschap van Ziggo en XS4ALL naar het oordeel van de rechtbank in het voordeel van de rechthebbenden uit te vallen.

#### Proportionaliteit – effectiviteit

4.34. Tot slot hebben Ziggo en XS4ALL aangevoerd dat de gevorderde bevelen niet proportioneel zijn omdat ze niet effectief zullen zijn. Ziggo en XS4ALL stellen dat abonnees de blokkades eenvoudig kunnen en zullen omzeilen waartoe diverse technische mogelijkheden bestaan zoals bijvoorbeeld door gebruik te maken van een anonieme webproxy aanbieder of van 'virtual hosting'.

4.35. Naar het oordeel van de rechtbank faalt het verweer dat een blokkade niet effectief en daardoor disproportioneel is. Er zullen ongetwijfeld abonnees zijn die de blokkades zullen (weten te) omzeilen zoals Ziggo en XS4ALL stellen. Dat is echter onvoldoende grond om de gevorderde blokkades af te wijzen. De blokkades zullen in ieder geval een extra barrière betekenen. Dat blijkt reeds uit de omstandigheid dat in Italië, getuige de door Brein overgelegde en niet weersproken stukken, nadat de toegang tot The Pirate Bay was geblokkeerd, in enkele maanden het aantal bezoekers van

The Pirate Bay afnam van 140.000 naar minder dan 10.000 unieke bezoekers per dag. Een zelfde trend valt te zien bij de blokkade in Denemarken, zoals Brein onweersproken heeft gesteld.

4.36. Dat abonnees van Ziggo en XS4ALL die moedwillig een door een rechter bevolen IP-adres- of (sub)domeinblokkade omzeilen daarbij computer beveiligingsrisico's lopen zoals door Ziggo nog is gesteld, moge zo zijn. De schade die deze abonnees hierdoor eventueel lijden, is echter naar het oordeel van de rechtbank geen rechtens te respecteren belang.

#### Artikel 10 EVRM

4.37. Ziggo en XS4ALL hebben tevens aangevoerd dat de gevorderde bevelen in strijd zijn met artikel 10 EVRM dat bepaalt dat de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen slechts kan worden beperkt indien dit bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving, bijvoorbeeld ter bescherming van de rechten van anderen.

4.38. Dat het gevorderde bevel een beperking van de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen in de zin van artikel 10 EVRM inhoudt, is niet in geschil. Het betoog van Ziggo en XS4ALL dat het gevorderde bevel niet bij wet is voorzien, faalt. De artikelen 26d Aw en 15e Wnr vormen naar het oordeel van de rechtbank een voldoende specifieke wettelijke grondslag in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM voor een bevel tot blokkade van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen. Deze wetsartikelen zijn voldoende kenbaar en met precisie geformuleerd. Zowel in de parlementaire geschiedenis van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr als in de considerans van de Auteursrechtlijn onder punt 59 wordt immers specifiek verwezen naar inbreuken in de digitale omgeving en naar het feit dat tussenpersonen oftewel internet service providers, het meest aangewezen zijn om een eind te maken aan inbreukmakende handelingen.

4.39. Ziggo en XS4ALL stellen dat uit de zogenaamde Speerpuntenbrief van de staatssecretaris van 11 april 2011<sup>5</sup> en de reactie van de regering op het verslag van de Vaste Commissie voor veiligheid en Justitie<sup>6</sup> naar aanleiding van de Speerpuntenbrief blijkt dat de huidige artikelen 26d Aw en 15e Wnr niet de mogelijkheid bieden de gevorderde bevelen op te leggen. Aan deze documenten komt naar het oordeel van de rechtbank geen doorslaggevende betekenis toe omdat de rechter gehouden is de wettelijke bepalingen uit te leggen aan de hand van de parlementaire geschiedenis en in het licht van de Handhavingsrichtlijn en de Auteursrechtlijn.

4.40. Het bevel moet in dit geval ook worden aangemerkt als noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van de rechten van anderen in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM. In dit verband kan worden volstaan met een verwijzing naar de voorgaande beoordeling van de subsidiariteit en proportionaliteit, in het bijzonder de proportionaliteit van het bevel ten opzichte van het belang van de abonnees (r.o. 4.23 e.v.).

#### Due process

4.41. Ziggo en XS4ALL hebben voorts aangevoerd dat de gevorderde blokkering van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen in strijd is met artikel 1, lid 3bis van richtlijn 2002/21/EG, zoals gewijzigd door richtlijn 2009/140/EG. Die bepaling luidt: "Maatregelen betreffende toegang tot of gebruik van diensten en toepassingen door de eindgebruikers via elektronische communicatienetwerken die [de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen zoals die door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht worden gewaar-

5 TK 2010-2011, 29 838, nr. 29.

6 Reactie van de regering op het verslag van de Vaste Commissie voor Veiligheid

en Justitie met nr. 2011D26675 over de speerpuntenbrief auteursrecht 20(c)20 van 11 april 2011 (Kamerstukken, 2010-2011, nr. 29).

borgd] kunnen beperken, mogen alleen worden opgelegd indien zij passend, evenredig en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, en zij worden uitgevoerd met inachtneming van adequate procedurele waarborgen overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, waaronder doeltreffende rechtsbescherming en eerlijke rechtsbedeling. Deze maatregelen mogen derhalve alleen worden genomen met inachtneming van het beginsel van het vermoeden van onschuld en het recht op een persoonlijke levenssfeer. Een voorafgaande, eerlijke en onpartijdige procedure wordt gegarandeerd, inclusief het recht van de betrokkene of betrokkenen om te worden gehoord, met dien verstande dat voor naar behoren gestaafde spoedeisende gevallen geëigende voorwaarden en procedurele regelingen gelden overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het recht op een daadwerkelijke en tijdige beroepsmogelijkheid bij een rechterlijke instantie is gegarandeerd.” Ziggo en XS4ALL hebben aangevoerd dat de vorderingen van Brein niet voldoen aan de voorwaarden van een eerlijke rechtsbedeling (due process) en het vermoeden van onschuld omdat van geen enkele Ziggo dan wel XS4ALL abonnee in rechte is vastgesteld dat deze inbreuk maakt op de rechten van de rechthebbenden. Brein beschuldigt de abonnees van Ziggo en XS4ALL van inbreukmakend handelen terwijl zij zich niet kunnen verweren, aldus nog steeds Ziggo en XS4ALL.

4.42. De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt. Het opleggen van het gevorderde bevel voldoet aan de eisen van “due process”. De maatregel wordt immers opgelegd na een voorafgaande, eerlijke en onpartijdige procedure, te weten de onderhavige procedure. Anders dan Ziggo en XS4ALL betogen, is niet vereist dat al haar abonnees partij zijn in de procedure of worden gehoord. Artikel 1 lid 3bis eist niet uitdrukkelijk dat de eindgebruiker wordt gehoord. Het bepaalt dat “de betrokkene of de betrokkenen” moeten worden gehoord. In een zaak zoals de onderhavige, waarin een bevel wordt gevorderd tegen tussenpersonen, zijn die tussenpersonen aan te merken als de betrokkenen in de zin van die bepaling. Die tussenpersonen zijn gehoord. Een andere uitleg zou de regeling voor bevelen tegen tussenpersonen die de Europese wetgever met de Handhavingsrichtlijn heeft ingevoerd, voor een belangrijk deel zinledig maken. Aan die regeling is inherent dat aan onder meer internet providers een bevel kan worden opgelegd om hun diensten te staken in een procedure waarbij de vermeende inbreukmaker niet, althans niet noodzakelijk partij is, en waarin die dus niet wordt gehoord. Een van de redenen voor invoering van die mogelijkheid is immers juist de situatie dat de vermeende inbreukmaker niet in rechte kan worden betrokken, bijvoorbeeld omdat diens identiteit onbekend is (zie nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 392, nr. 6, p. 10 en 11).

4.43. De maatregel is ook niet strijdig met het vermoeden van onschuld. De door artikel 1 lid 3bis vereiste toepassing van het vermoeden van onschuld zal blijkens de tekst van die bepaling moeten worden uitgelegd in het licht van het EVRM. In het EVRM wordt de toepassing van het vermoeden van onschuld geëist in – kort gezegd – strafrechtelijke procedures (artikel 6 lid 2 EVRM). Daarvan is in dit geval geen sprake alleen al omdat de gevorderde maatregel geen punitief karakter heeft, maar slechts dient ter beëindiging en voorkoming van inbreuken. Daar komt bij dat uit-

gangspunt van deze procedure is dat Brein dient te bewijzen dat abonnees van Ziggo en XS4ALL inbreuk hebben gemaakt en dat zonder dat bewijs er geen grond is voor toewijzing van het bevel. Dat bewijs heeft Brein naar het oordeel van de rechtbank geleverd. Ook in dat opzicht is er dus geen sprake van strijd met het vermoeden van onschuld.

4.44. Het voorgaande laat onverlet dat de afwezigheid van de vermeende inbreukmakers in de procedure wel meebrengt dat de rechter terughoudend moet zijn met maatregelen betreffend de toegang tot internet. Die maatregelen kunnen alleen worden getroffen als de gestelde inbreuken met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld en als de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht zijn genomen. Uit het voorgaande blijkt dat naar het oordeel van de rechtbank die voorwaarden in dit geval zijn vervuld.

#### Netneutraliteit

4.45. Ziggo en XS4ALL stellen daarnaast dat de gevorderde blokkade in strijd is met het nieuwe artikel 7.4a van de Telecommunicatiewet inzake netneutraliteit dat door de Tweede Kamer op 22 juni 2011 is aangenomen ter implementatie van de voornoemde richtlijn.<sup>7</sup> Ook dit verweer faalt naar het oordeel van de rechtbank. Nog daargelaten dat de betreffende bepaling nog geen geldend recht is, valt een bevel tot blokkering van een IP-adres of domeinnaam/(sub)domein onder de in artikel 7.4a lid 1 sub d genoemde uitzondering dat een internet service provider een dienst op het internet mag belemmeren ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of rechterlijk bevel.

#### Actief toezicht

4.46. Anders dan XS4ALL betoogt, is een bevel tot blokkering van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen naar het oordeel van de rechtbank niet in strijd met artikel 15 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel.<sup>8</sup> Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat die bepaling zich met name uitstrekt tot maatregelen die een tussenpersoon verplichten tot het actief toezicht houden op alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen (zie het hiervoor geciteerde arrest *L'Oréal-eBay*, r.o.139). Daarvan is in dit geval geen sprake. Ten eerste is voor de uitvoering van de gevorderde blokkade niet vereist dat gedaagden alle gegevens van hun abonnees controleren. Tussen partijen staat vast dat de gevorderde blokkade van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen geen zogeheten *deep packet inspection* vergt. De maatregel kan dus worden uitgevoerd door controle van slechts de adresgegevens van de verzonden gegevensbestanden, zonder controle van de inhoud van de gegevensbestanden. Ten tweede is de blokkade beperkt tot inbreuken via een specifieke website, The Pirate Bay. De maatregel beoogt dus niet elke toekomstige inbreuk te voorkomen. Op deze twee punten onderscheidt de gevorderde blokkade zich ook van het filtersysteem dat onderwerp van geschil was in het recente arrest *Scarlet-Sabam* van het Hof van Justitie. In die procedure ging het om een filtersysteem dat veronderstelt:

- (i) dat de internetprovider uit de volledige elektronische communicatie van al zijn klanten de bestanden selecteert die behoren tot het “peer-to-peer”-verkeer;

7 TK, 2010-2011, 32549, nr. 29. Dit artikel luidt: 1. Aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiensten worden geleverd en aanbieders van internettoegangsdiensten belemmeren of vertragen geen diensten of toepassingen op het internet, tenzij en voor zover de betreffende maatregel waarmee diensten of toepassingen worden belemmerd of vertraagd noodzakelijk is:

- a. om de gevolgen van congestie te beperken, waarbij gelijke soorten verkeer gelijk worden behandeld;
- b. ten behoeve van de integriteit en de veiligheid van het netwerk en de dienst van de betrokken aanbieder of het randapparaat van de eindgebruiker;

c. om de doorgifte van ongevraagde communicatie als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, aan een eindgebruiker te beperken, mits de eindgebruiker daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, of

d. ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of rechterlijk bevel.

8 Die bepaling luidt: Met betrekking tot de levering van de in artikel 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.



- (ii) dat hij uit dit "peer-to-peer"-verkeer de bestanden selecteert die werken bevatten waarop houders van intellectuele eigendomsrechten beweren rechten te hebben;
- (iii) dat hij bepaalt welke van deze bestanden illegaal werden uitgewisseld, en
- (iv) dat hij door hem als illegaal gekwalificeerde uitwisselingen van bestanden blokkeert.

Het door Brein gevorderde bevel maakt dergelijke maatregelen niet nodig.

#### Aansprakelijkheidsbeperking voor providers

4.47. Anders dan Ziggo en XS4ALL betogen, staat naar het oordeel van de rechtbank het in artikel 6:196c BW neergelegde aansprakelijkheidsregime voor de internet service providers niet aan toewijzing van een stakingsbevel in de weg. In artikel 6:196c lid 5 BW wordt immers expliciet bepaald dat de in bedoeld artikel opgenomen aansprakelijkheidsbeperkingen (waarbij de dienstverlener onder voorwaarden wordt gevrijwaard van aansprakelijkheid ten opzichte van degene die ten gevolge van de doorgifte van een ander afkomstige onrechtmatige informatie schade heeft geleden) niet in de weg staan aan een rechterlijk verbod of bevel. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit onverkort geldt voor zogenaamde 'mere conduit' of 'access providers' – zoals Ziggo en XS4ALL – als bedoeld in artikel 6:196c lid 1 BW en het gelijkkluidende artikel 12 lid 3 van de Richtlijn inzake elektronische handel.<sup>9,10</sup> Dit punt is ook bij de implementatie van artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn in artikel 26d Aw en artikel 15e Wnr door de wetgever onder ogen gezien zoals blijkt uit de memorie van toelichting.<sup>11</sup> In gelijke zin oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 25 november 2005.<sup>12</sup>

#### Arrest Scarlet-Sabam en het stellen van prejudiciële vragen

4.48. De rechtbank heeft bij vonnis van 8 december 2010 de incidenteel door Ziggo gevorderde aanhouding van de zaak althans het verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen afgewezen met de overweging dat zulks in dat stadium van de procedure prematuur was. Ziggo heeft bij pleidooi verzocht dat partijen zich mogen uitlaten over het eind november 2011 verwachte arrest Scarlet-Sabam en de rechtbank (wederom) verzocht om prejudiciële vragen te stellen over de verenigbaarheid van de gevorderde maatregelen met het gemeenschapsrecht. [Zie AMI 2012/2 over het arrest Scarlet/Sabam, red.]

4.49. De rechtbank ziet geen aanleiding om partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over het arrest Scarlet-Sabam dat door het Hof van Justitie is gewezen na pleidooi. Ten tijde van het pleidooi was de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón reeds bekend en partijen hebben zich hier tijdens pleidooi ook over uitgelaten. In het arrest dat op 24 november 2011 is gewezen, zijn geen gezichtspunten aan de orde gekomen die partijen niet reeds aan de orde hebben gesteld en het Hof van Justitie heeft de lijn van advocaat-generaal Cruz Villalón gevolgd.

4.50. De rechtbank ziet ook geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. De beslissing van de rechtbank in de onderhavige procedure is naar het oordeel van de rechtbank, in overeenstemming met de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Scarlet-Sabam, tot stand gekomen na een

afweging van de betrokken grondrechten om een juist evenwicht te verzekeren tussen enerzijds het intellectuele eigendomsrecht van de rechthebbenden en anderzijds de vrijheid om informatie te ontvangen of te verstrekken van de abonnees, en de vrijheid van ondernemerschap van Ziggo en XS4ALL.

#### Overig

4.51. Hetgeen partijen overigens nog hebben gesteld en aangevoerd, waaronder het standpunt van Brein dat de diensten van Ziggo en XS4ALL door The Pirate Bay worden gebruikt om inbreuk te maken, behoeft gelet op het voorgaande geen bespreking meer.

#### Vorderingen

4.52. Brein heeft tijdens het pleidooi mondeling aangegeven haar eis nog op twee punten te willen wijzigen. Ten eerste wil Brein de domeinnamen <http://thepiratebay.nu> en <http://www.thepiratebay.nu> van de lijst te blokkeren domeinnamen als opgenomen in het petitum sub a schrappen. Ten tweede wil Brein het woord 'deze' in het petitum sub b wijzigen in 'juiste' om tegemoet te komen aan het bezwaar van Ziggo en XS4ALL dat zij het risico lopen dwangsommen te verbeuren indien Brein een onjuiste domeinnaam ter blokkering aan Ziggo en XS4ALL zou doorgeven.

4.53. XS4ALL heeft bezwaar gemaakt tegen de hiervoor vermelde eiswijziging tijdens het pleidooi.

4.54. De rechtbank verklaart het bezwaar ongegrond, nu de wijzigingen neerkomen op een vermindering van de eis hetgeen ingevolge artikel 129 Rv is toegestaan totdat eindvonnis is gewezen.

4.55. De rechtbank zal het gevorderde bevel tot blokkering van de IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen van The Pirate Bay toewijzen. XS4ALL heeft haar stelling dat door blokkering van de genoemde IP-adressen/domeinnamen/(sub)domeinen ook andere websites en/of domeinnamen worden geblokkeerd dan die van The Pirate Bay, gelet op de gemotiveerde betwisting door Brein, onvoldoende onderbouwd.

4.56. De rechtbank zal ook toewijzen het gevorderde bevel tot blokkering van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen die in de toekomst zullen leiden naar de website van The Pirate Bay. Mede gelet op de door Brein gewijzigde formulering van dit bevel dat Ziggo en XS4ALL gehouden zijn om de door Brein aangeleverde juiste adressen te blokkeren, zijn Ziggo en XS4ALL niet aansprakelijk voor eventuele onjuiste gegevens die zij van Brein zouden kunnen ontvangen. Daarbij geldt onverkort dat voor zover Brein onjuiste gegevens zou aanleveren, Ziggo en XS4ALL hierover een executie geschil kunnen starten, zoals ook overwogen in 4.29.

4.57. De rechtbank zal aan het uitvoeren van de gevorderde blokkering een termijn verbinden van tien werkdagen. Die termijn geldt zowel voor de blokkering van de thans opgesomde IP-adressen/domeinnamen/(sub)domeinen als voor eventuele latere aanvullingen aan deze lijst die zowel per fax als per aangetekende brief aan Ziggo en XS4ALL dienen te worden aangeleverd.

4.58. Brein zal niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vordering tot een verklaring voor recht dat Ziggo en XS4ALL in strijd handelen met artikel 26d Aw en artikel 15e Wnr, althans onrecht-

9 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatie-maatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('richtlijn inzake elektronische handel').

10 MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 27: "De drie besproken vrijwaringen van aansprakelijkheid laten de mogelijkheid onverlet dat de dienstverlener die als tussenpersoon optreedt door een rechterlijke autoriteit wordt bevolen om een inbreuk te beëindigen of te voorkomen (respectievelijk artikel 12 lid 3, artikel 13 lid 2 en artikel 14 lid 3 van de richtlijn

[inzake elektronische handel, rechtbank]").

11 Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 2005-2006, 30 392, nr. 3, p. 26.

12 HR 25 november 2005, LJN AU4019, *Lycos/Pessers*: "De in de Richtlijn inzake elektronische handel vastgestelde beperking van de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden doet geen afbreuk aan de mogelijkheid dat de nationale rechter die maatregelen treft die van deze tussenpersonen redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen."

matig handelen jegens de rechthebbenden. Zonder toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien welk belang Brein heeft bij die verklaring naast de toe te wijzen bevelen tot blokkering.

4.59. Ziggo en XS4ALL hebben bezwaar gemaakt tegen de gevorderde dwangsommen omdat dwangsommen in dit geval als prikkel voor naleving van het vonnis niet nodig zouden zijn. Dit bezwaar wordt door de rechtbank afgewezen, gezien onder meer het door Ziggo en XS4ALL aangevoerde eigen belang om niet te blokkeren. De gevorderde dwangsommen zullen worden gemaximeerd.

4.60. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zullen de vorderingen van Brein worden toegewezen zoals vermeld in het dictum.

#### Proceskosten

4.61. Ziggo en XS4ALL zullen als de in het ongelijk gestelde partijen worden veroordeeld in de proceskosten in de hoofdzaak. In het incident is in het tussenvonnis reeds overwogen dat Ziggo als in het ongelijk gestelde partij dient te worden veroordeeld in de kosten van het incident.

4.62. Brein maakt aanspraak op de volledige proceskosten overeenkomstig artikel 1019h Rv en heeft haar advocaatkosten (inclusief verschotten) voorzien van een specificatie, begroot op € 148.262,44. Ziggo en XS4ALL betwisten dat een proceskostenveroordeling in de zin van artikel 1019h Rv aan de orde is omdat zij zelf geen auteursrechtinbreuk plegen, zij ook overigens niet onrechtmatig handelen jegens Brein en een proceskostenveroordeling niet strookt met het beperkte aansprakelijkheidsregime voor access providers van de Richtlijn elektronische handel.

4.63. Naar het oordeel van de rechtbank zien de vorderingen van Brein op handhaving van intellectuele eigendomsrechten zodat artikel 1019h Rv van toepassing is. De gevorderde kosten kunnen uitsluitend worden toegewezen voor zover deze redelijk en evenredig zijn, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. Gelet op het feit dat Ziggo en XS4ALL geen verwijt treft van de inbreuk op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden en Ziggo en XS4ALL het recht hebben om verweer te voeren in deze procedure tegen de gevorderde bevelen waarmee zij zowel haar eigen belangen als de belangen van hun abonnees dienen, verzet de billijkheid zich ertegen dat Ziggo en XS4ALL de volledige proceskosten van Brein dienen te voldoen. In het incident en in de hoofdzaak matigt de rechtbank de proceskosten aan de zijde van Brein tot het liquidatietarief.

De kosten aan de zijde van Brein worden zodoende als volgt begroot:

in het incident:

- salaris advocaat € 452,- (1,0 punt x tarief € 452,-)

in de hoofdzaak:

- salaris advocaat € 1.808,- (4,0 punt x tarief € 452,-)
- vast recht € 263,-
- kosten dagvaarding € 147,78 (2 x € 73,89)

Totaal hoofdzaak € 2.218,78.

## 5. De beslissing

De rechtbank

in het incident:

5.1. veroordeelt Ziggo in de kosten in het incident, tot zover aan de zijde van Brein begroot op € 452,-;

5.2. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

in de hoofdzaak:

5.3. beveelt Ziggo en XS4ALL binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis hun sub VI van de dagvaarding bedoelde diensten die worden gebruikt om inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van de rechthebbenden wier belangen Brein behartigt, te staken en gestaakt te houden, door middel van het blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van hun klanten tot de domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert, te weten:

IP-adressen:

- (i) 194.71.107.15
- (ii) 194.71.107.18
- (iii) 194.71.107.19

Domeinnamen/(sub)domeinen:

- (i) thepiratebay.org;
- (ii) www.thepiratebay.org;
- (iii) thepiratebay.com;
- (iv) thepiratebay.net;
- (v) thepiratebay.se;
- (vi) piratebay.org;
- (vii) piratebay.net;
- (viii) piratebay.no;
- (ix) piratebay.se;
- (x) www.thepiratebay.com;
- (xi) www.thepiratebay.net;
- (xii) www.thepiratebay.se;
- (xiii) www.piratebay.org;
- (xiv) www.piratebay.net;
- (xv) www.piratebay.no;
- (xvi) www.piratebay.se.
- (xvii) depiraatbaai.be
- (xviii) piratebay.am
- (xix) suprnova.com
- (xx) themusicbay.net
- (xxi) themusicbay.org
- (xxii) www.suprnova.com
- (xxiii) www.themusicbay.net
- (xxiv) www.themusicbay.org

5.4. beveelt Ziggo en XS4ALL, voor het geval dat (de website van) The Pirate Bay via andere/aanvullende IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen dan die onder 5.3) genoemd zou gaan opereren, de toegang van hun klanten tot deze andere/aanvullende IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen te blokkeren en geblokkeerd te houden, binnen tien werkdagen na aanlevering door Brein, zowel per fax als per aangetekende brief, aan Ziggo en XS4ALL van de juiste IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen;

5.5. veroordeelt de gedaagde die de onder 5.3 en/of 5.4 gegeven bevelen overtreedt aan Brein een dwangsom te betalen van € 10.000,- (zegge: tienduizend euro) voor iedere overtreding van dat bevel, te vermeerderen met een dwangsom van € 10.000,- (zegge: tienduizend euro) voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 250.000,-;

5.6. veroordeelt Ziggo en XS4ALL in de kosten van de hoofdzaak, tot zover aan de zijde van Brein begroot op € 2.218,78;

5.7. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.8. verklaart Brein niet-ontvankelijk in haar vordering tot het geven van een verklaring voor recht;

5.9. wijst het meer of anders gevorderde af.

## Noot

Axel Arnbak

A.M. Arnbak, LL.M., is promovendus aan het Instituut voor Informatierecht.

In de bodemprocedure *Stichting BREIN/Ziggo & XS4ALL* staat auteursrechthandhaving op het internet centraal, een onderwerp dat de gemoederen bepaald niet onberoerd laat. De overweldigende belangstelling voor de zoveelste episode in het juridisch gevecht tussen BREIN en The Pirate Bay was dan ook te verwachten. Nadat een voorlopige voorziening eerder door de Haagse voorzieningenrechter was afgewezen,<sup>1</sup> zal de onderhavige uitspraak voor velen als een verrassing zijn gekomen. De Haagse rechtbank oordeelde op 11 januari 2012 dat de accessproviders de toegang van hun klanten tot 3 IP-adressen en 24 (sub-)domeinen die stichting BREIN associeert met de website The Pirate Bay moeten blokkeren. Bovendien zullen de providers voortaan binnen één week moeten voldoen aan directe verzoeken van BREIN, de belangenbehartiger van de entertainmentindustrie, om ook andere IP-adressen en (sub-)domeinen van The Pirate Bay te blokkeren.

De uitspraak krijgt waarschijnlijk vele, en in ieder geval twee staartjes: Ziggo en XS4ALL hebben met veel tamtam hoger beroep aangekondigd, terwijl BREIN via een kort geding hetzelfde gedaan wil krijgen bij onder meer access providers UPC en Tele2.<sup>2</sup> De vraag of, en onder welke voorwaarden, filterverplichtingen aan access providers opgelegd kunnen worden om de auteursrechtshandelingen te doen stoppen, zal in de komende jaren dus nog vaak behandeld worden. Hoog tijd voor een aantal eerste reflecties op de uitspraak van de rechtbank.

### Voorgeschiedenis en vordering

In het vonnis van de rechtbank ligt het vertrekpunt bij de eerdere pogingen van BREIN om The Pirate Bay aan banden te leggen (r.o. 2.11-16). De rechtbank Amsterdam had al in 2010 bij verstekvonnis The Pirate Bay en de hoster bevolen onrechtmatig handelen te staken en gestaakt te houden.<sup>3</sup> The Pirate Bay bleek zich niets aan te trekken van dit vonnis en van eerdere uitspraken in Zweden. Daarop vordert BREIN in deze bodemprocedure dat de rechtbank Ziggo en XS4ALL gebiedt hun diensten die gebruikt worden om inbreuk te maken te staken en gestaakt te houden door middel van de gevorderde toegangsblokkade (r.o. 3.1). Daarnaast vordert BREIN een verklaring voor recht dat de providers in strijd handelen met art. 26d Aw en art. 15e Wnr, althans onrechtmatig handelen, indien zij de toegang tot The Pirate Bay niet blokkeren.

### Toegang verschaffen tot internet: grond voor 'verplichting' ex art. 3:296 BW?

Volgens de rechtbank zijn providers aan te merken als 'tussenpersoon' in de zin van art. 26d Aw, sinds het Hof van Justitie met zijn *LSG-Tele2*-beschikking access providers binnen het begrip 'tussenpersoon' van art. 8 lid 3 Richtlijn 2001/29/EG<sup>4</sup> heeft gebracht (r.o. 4.14). De rechtbank acht het vaststellen van onrechtmatig handelen door de provider zelf niet vereist (r.o. 4.15) – ook al was dit wel gevorderd door BREIN. Alleen al het aanbieden van internettoegang aan abonnees vormt derhalve voldoende aanleiding om access providers een filterverplichting op te leggen wegens vermeend onrechtmatig handelen door hun abonnees (r.o. 4.16 e.v.).

Los van de feitelijke en statistische oneffenheden in het vonnis over het aantal abonnees van Ziggo en XS4ALL die daadwerkelijk van The Pirate Bay gebruik maakten,<sup>5</sup> geeft deze benadering van de rechtbank aanleiding tot boeiende discussies. Want scheidt alleen al die karakterisering als 'tussenpersoon' de verplichting voor een access provider om zijn dienstverlening te staken en gestaakt te houden, zonder de vaststelling van onrechtmatig handelen door die provider zelf? Twee aspecten van deze vraag, de begrippen 'tussenpersoon' en de 'verplichting', worden hier kort uitgelicht.

Allereerst 'de tussenpersoon': zijn we bij de access provider wel aan het juiste adres? De rechtbank volgt de ruime interpretatie van het begrip 'tussenpersoon' door het Hof, maar reflecteert niet op de fundamentele kwestie of deze benadering tot het gewenste maatschappelijke effect leidt. Access providers vervullen immers een *bottleneck*-functie in de huidige elektronische communicatieomgeving. Hun traditionele passieve functie, de *mere conduit* ('doorgeefluik') in het communicatieproces, verandert de afgelopen jaren in allerlei dossiers stilaan in een actievore.<sup>6</sup> Dit is niet alleen een juridisch relevante constatering – met *L'Oréal/eBay* is die passieve functie (de 'louter technische en automatische gegevensverwerking') het criterium geworden voor de toepassing van de aansprakelijkheidsbeperkingen van de E-Commercerichtlijn.<sup>7</sup> Maatschappelijk gezien verlangen we met het opleggen van internetfilters bij access providers dat een essentiële bottleneck in de informatiesamenleving steeds actiever betrokken raakt bij de communicatieve handelingen van eindgebruikers. Dommering vergeleek dit onlangs nog met het aansprakelijk stellen van de wegbeheerder voor alle onrechtmatige daden op de weg,<sup>8</sup> zoals het negeren van een stopteken. De Nederlandse wetgever is evenmin enthousiast voor een actievore rol van access providers bij auteursrechthandhaving. Als reactie op de bodemprocedure verzoekt de op 22 december 2011 aangenomen motie-Verhoeven de regering expliciet om af te zien van internetfilters bij access providers. Ongewenste maatschappelijke effecten, zoals 'disproportionele inperking van de vrijheid van meningsuiting' en het 'maken van isp's tot politieagent', liggen ten grondslag aan de motie.<sup>9</sup> Het is niet onwaarschijnlijk dat zulke maatschappelijke overwegingen

1 Vrz. Rb. 's-Gravenhage 19 juli 2010, LjN BN1445 (*Brein/Ziggo & XS4ALL*).

2 Vlak voor het ter perse gaan van dit nummer werd uitspraak in kort geding gedaan: Vrz. Rb. 's-Gravenhage 10 mei 2012, LjN BW5407 (*Brein/KPN, UPC, T-Mobile en Tele2*). De in deze noot besproken bodemprocedure wordt in hoofdlijnen gevolgd, met als belangrijke verschil dat de vordering van BREIN om zonder rechterlijke tussenkomst het bevel te kunnen uitbreiden met later aan te leveren IP-adressen en (sub)domeinnamen wordt afgewezen (r.o. 4.42). De problematische verhouding met art. 7 lid 3 Gw, zoals verderop betoogd in deze noot, heeft hiervoor de doorslag gegeven (r.o. 4.29).

3 Rb. Amsterdam 16 juni 2006, LjN BN1626 (*BREIN/X*).

4 Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij ('Auteursrechtlijn'), *PbEG* 2001, L 167/10.

5 De extrapolatie van het aantal Ziggo klanten dat een download aanzette via The Pirate Bay viel te hoog uit, en had 10% in plaats van 30% (r.o. 4.13) moeten zijn op basis van door BREIN aangeleverde cijfers [geraadpleegd 4 april 2012]: <http://webwereld.nl/nieuws/109167/rechter-blundert-in-vonnis-the-pirate-bay.html>.

html. Het meest interessante punt m.b.t. deze cijfers is echter, dat de providers geen tegenonderzoek hebben verricht (r.o. 4.5). Aangezien de filterverplichting inmiddels in werking is getreden, kunnen de providers geen tegenonderzoek meer verrichten voor het aankomende hoger beroep in deze zaak. De BREIN studies zullen dus leidend zijn. Dat geldt natuurlijk niet voor de procedures tegen de overige providers. Er is los van de providers zelfs een aparte stichting opgericht, SOS internet (geïnitieerd door de NLnet foundation: <http://nlnet.nl/SOS-internet/>), die tegenonderzoek zal verrichten. Dat onderzoek zou dan onder leiding komen te staan van Cees de Laat, hoogleraar System and Network Engineering aan de Universiteit van Amsterdam.

6 Zie daarover uitvoerig: N.A.N.M. van Eijk, T.M. van Engers, C. Wiersma, C.A. Jasserand, W. Abel, *Op weg naar evenwicht: een onderzoek naar zorgplichten op het internet*, WODC / Universiteit van Amsterdam, 2010.

7 HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), par. 119.

8 E.J. Dommering, 'De zaak Scarlet/Sabam: naar een horizontale integratie van het auteursrecht', *AMI* 2012/2, p. 49 e.v.

9 *Kamerstukken II* 2011/12, 29 838, nr. 44.

voldoende politiek tegengas vormen om toekomstige procedures over internetfilters in een geheel ander daglicht te zetten.

Dan de 'verplichting'. Een veroordeling iets te doen of te laten is in algemene zin neergelegd in art. 3:296 lid 1 BW. Hiervoor is een verplichting van de ene partij jegens de andere vereist. Zo kan een contractuele verplichting van een rechthebbende jegens de provider of de rechtsplicht geen onrechtmatige daad te plegen een verbintenisrechtelijke 'verplichting' – en daarmee een veroordeling – effectueren. Tussen BREIN en de providers bestond geen overeenkomst en de onrechtmatigheid van het handelen van de provider werd nu juist niet beoordeeld door de rechtbank. Vloeit dan uit het aanbieden van internettoegang aan eindgebruikers in zichzelf een verplichting voort tot het staken van die dienstverlening – het blokkeren van een website ingeval van auteursrechtinbreuk – zonder dat onrechtmatigheid van die dienstverlening vaststaat? Deze vraag heeft de rechtbank zichzelf niet gesteld, maar de facto beantwoordt de rechtbank haar bevestigend.

Hier laat de invloed van Europa zich gelden. De E-Commercerichtlijn<sup>10</sup> voorziet in art. 12 lid 3 al in de mogelijkheid om tussenpersonen maatregelen op te leggen. De *L'Oréal/eBay*-uitspraak breidde de werking van art. 11 van de Handhavingsrichtlijn uit naar het voorkomen van auteursrechtinbreuken, mits de maatregelen 'eerlijk en billijk' zijn, beperkt zijn in de tijd en niet onnodig kostbaar of ingewikkeld zijn.<sup>11</sup> Ook al voerden de providers aan dat art. 26d Aw en art. 15 Wnr alleen zien op het beëindigen van concrete en individualiseerbare inbreuken, sterkt het Europese juridisch kader inzake auteursrechtshandhaving de rechtbank in haar oordeel dat filteringsverplichtingen met het oog op toekomstige inbreuken gerechtvaardigd zijn (r.o. 4.15 en r.o. 4.18), zonder dat onrechtmatigheid van het handelen van de access provider afzonderlijk vastgesteld hoeft te worden. De 'verplichting' van art. 3:296 lid 1 BW lijkt daarmee onder invloed van Europese wetgeving en jurisprudentie over de handhaving van het auteursrecht te worden opgerekt. In het verlengde van deze constatering, ligt de vraag hoe vaak een Nederlandse rechter een verbod heeft opgelegd aan een partij, zonder onrechtmatigheid vast te stellen. Een interessant vraagstuk voor verdere reflectie.

#### Openstaande vragen: gebrekkige effectiviteit, vrijheid van onderneming en art. 7 Grondwet

De rechtbank is zich ervan bewust dat internetfilters een uitwerking hebben op de informatiegrondrechten en betracht daarom 'terughoudendheid' met betrekking tot eventuele toewijzing (r.o. 4.25). Waar het vonnis de gebruikelijke Straatsburgcriteria (proportionaliteit, subsidiariteit, voorzienbaarheid) toepast om de toelaatbaarheid van het gevorderde filter te wegen, vormt de gebrekkige effectiviteit een welbekend en serieus bezwaar tegen het toegewezen filtersysteem. Dat de 'blokkades in ieder geval een extra barrière betekenen' (r.o. 4.35) is geen overtuigend argument – gebruikers kunnen het filter binnen een paar clicks omzeilen, ofwel te rade gaan bij honderden alternatieven.<sup>12</sup>

Verder is er de aanvullende werking van het EU Charter en de Grondwet ten opzichte van het EVRM, dat de rechtbank als wegingskader hanteert. Zo is de vrijheid van onderneming uit art.

16 EU Charter, dat niet in het EVRM voorkomt, met de uitspraak *Scarlet/Sabam* van het Hof van Justitie als grondrecht op de voorgrond getreden.<sup>13</sup> In algemene zin werpt de uitspraak van het Hof de vraag op, of de grondrechtelijke bescherming van eindgebruikers door de economische inslag van het Hof een kwestie wordt van parallelle of conflicterende belangen tussen rechthebbenden en tussenpersonen, nu ondernemingsbelangen een grondrechtelijke status hebben gekregen. In *BREIN/Ziggo & XS4ALL* zijn die belangen duidelijk tegengesteld en vormden de providersbelangen 'slechts' een onderdeel van de proportionaliteitsanalyse van de rechtbank. Het valt te verwachten dat dit onderbelichte en 'onvoldoende onderbouwde' aspect in het vonnis (r.o. 4.31-32) een prominenter rol krijgt in de aankomende procedures, waarbij volgens *Scarlet/Sabam* de prijs, complexiteit, kostendistributie en de looptijd van het filter als doorslaggevende parameters gelden.<sup>14</sup>

Bovendien verrast het geheel ontbreken in de uitspraak van een verwijzing naar art. 7 lid 3 Grondwet. Het daarin expliciet verwoorde verbod op 'voorafgaand verlot' biedt een ruimere bescherming van de uitingsvrijheid dan art. 10 EVRM, met name op het gebied van publicatie- en verspreidingsbeperkingen. Alhoewel *Scarlet/Sabam* in algemene zin de mogelijkheid biedt voor de nationale rechter om maatregelen te treffen gericht op het voorkomen van auteursrechtinbreuken in de toekomst,<sup>15</sup> lijkt de preventief werkende bevoegdheid van BREIN om direct bij providers het blokkeren van toekomstige IP-adressen en (sub-)domeinen te vorderen problematisch. Volgens de rechtbank heeft XS4ALL het risico van *overblocking* onvoldoende onderbouwd (r.o. 4.55), maar daags na de uitspraak bleken drie door BREIN aangedragen sub-domeinen niet te verwijzen naar The Pirate Bay, maar naar andere websites.<sup>16</sup> De rechtbank heft de aansprakelijkheid van providers voor dergelijke fouten dan wel op (r.o. 4.56), maar uit deze kwestie blijken direct de serieuze consequenties van private handhavingsarrangementen voor de uitingsvrijheid. Er is geen onafhankelijk toezicht, geen rechterlijke toetsing, de filterlijsten zijn niet openbaar en zo zijn er nog tal van bezwaren te bedenken. Zal BREIN dezelfde terughoudendheid betrachten als de rechtbank? De lopende procedures zullen dit punt ongetwijfeld adresseren.

#### Filteren in de EU: beperkte betekenis *Scarlet/Sabam*, divergentie wetgeving en rechtspraak lidstaten

Met enige goede wil kunnen uit de verwerping van het door Sabam gevorderde algemene filtersysteem algemene wegingscriteria voor filtersystemen herleid worden: i) is het filtersysteem van toepassing op alle elektronische communicatie; ii) zonder onderscheid op alle klanten; iii) heeft het een preventieve werking, in de zin dat het ook bescherming veronderstelt van werken die nog niet gecreëerd zijn; iv) door wie worden de kosten gedragen en v) kent de filtering een beperking in de tijd?<sup>17</sup> Desondanks heeft het Hof van Justitie met *Scarlet/Sabam* geen algemene visie ontwikkeld over de vraag hoe de aan de orde zijnde informatiegrondrechten van het EU Charter in het geval van internet filtersystemen in evenwicht te brengen zijn – volgens vele commentatoren een gemiste kans.<sup>18</sup>

De toelaatbaarheid van specifieke filtersystemen krijgt daarmee vanuit Europeesrechtelijk perspectief een sterk casuïstisch karakter en zal per *thema* (auteursrechtshandhaving, online gokken,

10 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* 2000, L 178/1).

11 HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), par. 131. Zie uitgebreider: S. Kulk & F. Zuiderveen Borgesius, annotatie bij Hof van Justitie 24 november 2011 (*Scarlet/Sabam*), *Mediaforum* 2012-3, p. 98.

12 De eenvoudige omzeiling is breed bekend. Zie onder meer *de Volkskrant* [geraadpleegd 4 april 2012]: <http://bit.ly/wku3GR> en internethit <http://www.ikwilthepiratebay.nl/>. Via de laatste website worden vijf omzeilingstechnieken op heldere wijze uiteengezet. Zo kunnen Ziggo en XS4ALL abonnees via hun browser en een proxyserver binnen 10 seconden alsnog gebruik maken van The Pirate Bay.

13 HvJ EU 24 november 2011, nr. C-70/10, para. 48.

14 *Ibid.*, para. 48.

15 *Ibid.*, para. 31.

16 R. Schoenmaker, 'BREIN past Pirate Bay blokkade aan – UPDATE', 17 januari 2012, <http://webwereld.nl/nieuws/109222/brein-past-pirate-bay-blokkadelijst-aan-update.html>

17 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, para. 47 & dictum.

18 A.W. Hins, annotatie bij HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/Sabam*), *European Human Rights Cases*, 2012-3, nr. 35; N. Helberger & J.V.J. van Hoboken, '(Fast)food for thoughts: de uitspraak van het Hof van Justitie in de *Scarlet/Sabam*-zaak', *NTER*, 2012-2, p. 81-82; S. Kulk & F. Zuiderveen Borgesius, annotatie bij HvJ EU 24 november 2011 (*Scarlet/Sabam*), *Mediaforum* 2012-3, p. 98.

seksueel misbruik van kinderen), per *lidstaat* en zelfs per *macht* (rechtsprekend, wetgevend) steeds sterker kunnen divergeren. In buurland Duitsland zijn rechters en wetgevers kritisch, in Denemarken is men weer enthousiaster. In Spanje is zeer onlangs wetgeving aangenomen, die alom bekritiseerd wordt.<sup>19</sup> In Nederland is met *BREIN/Ziggo & XS4ALL* voor het eerst door een rechter een internetfilter toegewezen, maar de hiervoor al genoemde motie-Verhoeven<sup>20</sup> kan in volgende procedures invloed uitoefenen op de toelaatbaarheid van internetfilters.<sup>21</sup> Deze divergentie roept de vraag op in hoeverre de toenemende afwijkingen op nationaal niveau verenigbaar zijn met de uniforme Europese interne markt en in welke mate de nationale rechter onder het Handvest en het EVRM beoordelingsvrijheid toekomt als het gaat om auteursrecht-handhaving op internet.

Gezien de belangen die op het spel staan in alle dossiers waar filtersystemen worden overwogen, zullen zowel rechters als wetgevers op nationaal en Europees niveau zich in de komende jaren met regelmaat moeten buigen over de toelaatbaarheid van specifieke internetfilters. De grenzen van het toelaatbare zullen door al die belanghebbenden vast en zeker afgetast worden. Het debat over internetfilters is al enige jaren geleden op gang gekomen, maar lijkt nu in alle hevigheid te zijn losgebarsten.

19 Voor commentaar, zie P. Letai, 'A futile attempt. Spain implements web-blocking regulation', 9 januari 2012, <http://kluwercopyrightblog.com/2012/01/09/a-futile-attempt-spain-implements-web-blocking-regulation/> [geraadpleegd 4 april 2012]. Voor een helder overzicht van nationale situaties op verschillende dossiers is de themapagina 'Internet Blocking' onder het EDRI-gram van European Digital Rights een goede bron: <http://edri.org/taxonomy/term/44>.

20 Zie noot 13.

21 Ook in het kader van de bestrijding van seksueel kindermisbruik verwierpen minister Opstelten en de Kamer internetfilters, vanwege gebrekkige effectiviteit. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500 VI, nr. 86, p.4-5 en A.M. Arnbak, 'Internetfilter: Kamer kiest voor belang kind, tegen censuur', 20 mei 2011, <https://www.bof.nl/2011/05/20/internetfilter-kamer-kiest-voor-belang-kind-tegen-censuur/> [geraadpleegd 4 april 2012].

## Nr. 14 Cozzmoss/ANBO

Rechtbank Utrecht 16 november 2011  
zaaknummer/rolnummer 728111 UC EXPL 10-21066  
(mr. R.A. Steenbergen)

**Schadevergoeding wegens ongeautoriseerde overneming artikelen uit Volkskrant op website ANBO. Vergoeding begroot op vaste hergebruiksvergoeding. Algemene voorwaarden NVJ niet van betekenis. Compensatie proceskosten.**

Vonnis in de zaak van:

de besloten vennootschap Cozzmoss BV, statutair gevestigd en kantoorhoudende te Eindhoven, eiseres, gemachtigde mr. T. Berendsen, advocaat te Eindhoven,

tegen

de vereniging ANBO, gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht, gedaagde, gemachtigde mr. L. Bakers, advocaat te Utrecht.

[...]

*De feiten*

2.1. Cozzmoss is een onderneming die zich bezig houdt met het handhaven en exploiteren van auteursrechten van bij haar aangesloten (rechts)personen, waarbij het met name auteursrechten betreft die rusten op geschreven teksten of artikelen.

[...]

2.5. Bij brief van 2 februari 2010 heeft Cozzmoss ANBO gewezen op haar beweerdelijk inbreukmakend en onrechtmatig handelen met betrekking tot de plaatsing van de genoemde artikelen en ANBO gesommeerd om dit handelen te staken en gestaakt te houden. Daarnaast is ANBO gesommeerd tot betaling van de door de Volkskrant geleden schade en gemaakte kosten ad € 4.385,84. De genoemde som bestaat uit een hoofdsom ter zake van de zogenaamde economische waarde van de in geding zijnde artikelen, alsmede uit bijkomende kosten. Die hoofdsom beloopt € 3.767,04, zijnde tweemaal die economische waarde. Het gaat daarbij om € 1.883,52 als eenmaal die waarde, welke is berekend door per woord van de artikelen € 0,36 te berekenen, zijnde de door de Volkskrant gehanteerde hergebruiksvergoeding, welke zij rekent aan personen of instellingen die onder haar auteursrecht vallende artikelen (verder) openbaar willen maken.

2.6. ANBO heeft de artikelen direct na de genoemde sommatie verwijderd en verwijderd gehouden, doch heeft geweigerd enig bedrag aan Cozzmoss te voldoen.

[...]

*Het geschil*

*Vorderingen van Cozzmoss*

3.1. Cozzmoss vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. te verklaren voor recht dat ANBO: [...]
2. ANBO te bevelen met onmiddellijke ingang iedere inbreuk op de auteursrechten die rusten op door de Volkskrant openbaar gemaakte artikelen te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van een dwangsom van € 1.000 voor iedere dag of in ieder geval, zulks ter keuze van Cozzmoss, van gehele of gedeeltelijke niet nakoming van dit bevel;
3. ANBO primair te veroordelen tot betaling aan Cozzmoss van een bedrag van € 4.088,34, subsidiair ANBO te veroordelen tot betaling aan Cozzmoss van een bedrag van € 2.204,82, meer subsidiair ANBO te veroordelen tot betaling aan Cozzmoss van een bedrag dat de kantonrechter in goede justitie juist acht;
4. ANBO te veroordelen in de kosten van deze procedure ex artikel 1019h Rv (tot en met de comparitie van partijen in totaal € 3.520,64) en met bepaling dat ANBO de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is vanaf 14 dagen na de dag van het te dezen te wijzen vonnis.

[...]

*De verdere beoordeling van de vordering*

4.3. De vordering van Cozzmoss ziet op een hoofdsom ad € 4.088,34, zijnde het totaal van € 3.764,04 (tweemaal de genoemde 'economische waarde') en van € 270 en de daarover te berekenen 19% btw. Laatstgenoemd bedrag betreffen administratiekosten, welke beweerdelijk voorafgaand aan het geding zijn gemaakt.

4.4. Uit de inhoud van de in het geding zijnde artikelen kan genoegzaam worden afgeleid dat het 'andere geschriften' betreft zoals omschreven in artikel 10, lid 1 aanhef en onder 10° Aw, reden waarom ter zake van die artikelen in beginsel de door de Aw geboden bescherming kan worden ingeroepen. Op grond van artikel 1 Aw heeft de Volkskrant als auteursrechthebbende dan ook het uitsluitend recht om deze artikelen openbaar te maken en te verveelvoudigen. Anderen mogen dit in beginsel niet dan met voorafgaande toestemming van de Volkskrant, tenzij zij zich op een beperking van de Auteurswet kunnen beroepen, doch daarentrent is niets gesteld of gebleken. Dat betekent dat ANBO in