

het Amsterdamse Hof niet moeilijk om het vonnis van de rechtbank in stand te houden; zie Hof Amsterdam 29 juni 2006, AMI 2007/1, p. 11 m.nt. K.J. Koelman.

Enkele maanden later maakte het Hof van Justitie aan alle eventueel overblijvende onzekerheid een einde door in het arrest *SGAE/Rafael Hoteles* te overwegen dat de Lagardère-maatstaf niet alleen geldt voor de uitleg van het in art. 1 lid (2) specifiek geregelde recht van mededeling aan het publiek per satelliet, maar ook voor het in algemene termen gestelde mededelingsrecht van art. 3 van de Auteursrechtlijn. Het Hof overwoog 'dat het woord "publiek" ziet op een onbepaald aantal potentiële televisiekijkers [...]'.³ Met dat al kon de Hoge Raad in deze zaak moeilijk anders beslissen.

Het praktisch belang van het arrest lijkt op het eerste gezicht beperkt. Ook al is de aanvoer van televisieprogramma's naar de kabelkopstations en DTH-platforms niet als openbaarmaking te bestempelen, het daarop volgende uitzenden door de kabelexploitanten en DTH-providers is dat natuurlijk wel. In veel gevallen gebeurt dit zelfs door bedrijven zoals UPC die net als Chellomedia deel uitmaken van het wereldwijd opererende Liberty-concern.

Het gevolg van het arrest is enkel dat Buma en andere rechthebbenden geen afzonderlijke auteursrechtelijke claims kunnen uitoefenen ten aanzien van de aanvoer van programmadragende signalen naar de kabelkopstations en DTH-platforms. Dat lijkt een billijk resultaat. Het aanvoeren van signalen is in enigszins vergelijkbare situaties, zoals de transmissie van een concertregistratie naar de studio van een omroep, evenmin auteursrechtelijk belast.

De indirecte gevolgen van het arrest zijn groter. Nu definitief is vastgesteld dat satelliettransmissie van gecodeerde programma's geen openbaarmaking oplevert, is de daarop volgende uitzending van deze programma's door de kabelexploitanten niet (meer) aan te merken als heruitzending. Op hun uitzendingen is het door art. 26a Aw (art. 9 lid 1 Satelliet- en kabelrichtlijn) voorgeschreven collectieve rechtenbeheer derhalve niet van toepassing, hetgeen impliceert dat individuele rechthebbenden, zoals filmproducenten, hun rechten ter zake hiervan individueel mogen uitoefenen en desgewenst toestemming daarvoor kunnen weigeren. Daarmee zijn de door de richtlijngever gevreesde en uitgebannen 'zwarte gaten' in het aanbod van de kabelexploitanten ineens weer in zicht geraakt. Dat een zodanige uitleg van het recht van openbaarmaking gevolgen kan hebben voor het mandaat van de betrokken rechtenorganisaties was al eerder gebleken in de zaak *Norma/NLKabel* (Rb. 's-Gravenhage 28 januari 2009, AMI 2009/4, p. 163). Overigens staat het arrest in de zaak *Chellomedia* geheel los van de vraag of de doorgifte van programma's door kabelexploitanten als openbaarmaking is aan te merken. De in de jaren 80 door de Hoge Raad gewezen Kabelarresten⁴ blijven hiervoor maatgevend.

3 HvJEG 7 december 2006, zaak C-306/05, AMI 2007/2, p. 45 (*SGAE/Rafael Hoteles*), r.o. 37.
4 HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 (*Columbia e.a./CAI Amstelveen*); HR 25 mei 1984, NJ 1984, 697 (*CAI Amstelveen/Columbia e.a.*).

Nr. 2 Neij c.s./Brein

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 22 oktober 2009
zaaknummer / rolnummer: 436360 / KG ZA 09-1809 WT/RV
(mr. W. Tonkens-Gerkema)

Exploitatie van torrent-site The Pirate Bay die ongeautoriseerde file sharing faciliteert geldt niet als openbaarmaking in auteursrechtelijke zin, maar is wel onrechtmatig omdat The Pirate Bay gelegenheid geeft tot het structureel verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal en daardoor auteursrechtin-

breuk bevordert. Oprichters van The Pirate Bay zijn wegens hun betrokkenheid persoonlijk aansprakelijk.
(art. 6:162 BW)

Vonnissen in verzet in kort geding in de zaak van

1. Hans Frederik Lennart Neij, wonende te Stockholm, Zweden,
 2. Peter Kalevi Sunde Kolmisoppi, wonende te Limhamn (Malmö), Zweden,
 3. Per Gottfrid Svartholm Warg, wonende te Stockholm, Zweden,
- isers in verzet bij dagvaarding van 25 augustus 2009, tevens eisers in reconventie, advocaat mr. E.J. Louwers te Eindhoven,

tegen

de stichting
Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland, Brein, gevestigd te Amsterdam, gedaagde in verzet, verweerder in reconventie, advocaten mr. J.C.H. van Manen en mr. D. F. Groenevelt te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. De terechtzitting van 5 oktober 2009 is door de voorzieningenrechter verplaatst naar 8 oktober 2009. Ter terechtzitting van die datum hebben eisers in verzet, verder gezamenlijk Neij, Kolmisoppi en Warg genoemd, gesteld en gevorderd overeenkomstig de aan dit vonnis gehechte verzetsdagvaarding, waarin zij tevens een voorwaardelijke eis in reconventie hebben ingesteld, met dien verstande dat zij die eis hebben vermindert als na te melden. Gedaagde in het verzet, verder Stichting Brein genoemd, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. De door Stichting Brein pas bij pleitnota ingediende eiswijziging is wegens strijd met de goede procesorde niet toegestaan. Ter zitting heeft Stichting Brein subsidiair haar eis zonder bezwaar van Neij, Kolmisoppi en Warg nog verminderd overeenkomstig de veroordeling van Mininova B.V. (verder Mininova) door de rechtbank Utrecht in de zaak van Stichting Brein tegen Mininova (rechtbank Utrecht, 26 augustus 2009, LJN BJ6008). Na verder debat hebben partijen vonnis gevraagd.

[...]

2. De feiten

2.1. Stichting Brein heeft als statutaire doelstelling het juridisch handhaven van de intellectuele eigendomsrechten van de bij haar aangesloten partijen.

2.2. Stichting Brein vertegenwoordigt het overgrote deel van de Nederlandse auteursrechthebbenden op het gebied van muziek en film en computergames.

2.3. The Pirate Bay is in 2004 gelanceerd als website thepiratebay.org waarop zogenaamde torrents worden aangeboden. Met torrents is het direct uitwisselen van bestanden tussen computers die op een netwerk (in dit geval het internet) zijn aangesloten mogelijk. Daarbij staan de computers van de gebruikers in direct onderling contact (peer-to-peer protocol). De gebruiker die een bestand wil downloaden wordt leecher (of downloader) genoemd en de gebruiker die een bestand aanbiedt, wordt seeder (of uploader) genoemd.

2.4. In een BitTorrent systeem zijn de volgende componenten te onderscheiden:

2.4.1. Torrent: bestand waarin informatie is opgeslagen over welke gebruiker welke bestanden aanbiedt en met welke server (Tracker, zie 2.4.5) de torrent een verbinding dient te maken. De torrents bevatten verder een beschrijving van de inhoud en andere techni-

sche informatie, zoals de grootte van het uit te wisselen bestand en het computerformaat van dat bestand.

2.4.2. Torrent Upload: een server waar gebruikers torrents kunnen uploaden en zo ter beschikking stellen van andere gebruikers.

2.4.3. Website: de webpagina waarop de leecher kan zoeken naar beschikbaar gestelde torrents en waarvan de leecher die torrent kan downloaden.

2.4.4. Index: een systeem dat de beschikbare torrents categoriseert en voorziet van een beschrijving van de inhoud en technische informatie. De Index biedt de gebruiker een overzicht van beschikbare torrents op de website en stelt hem in staat daarin te zoeken naar de door hem gewenste torrent.

2.4.5. Tracker: verzorgt de verbinding tussen de huiscomputer van de leecher en de huiscomputer van de seeder. De Tracker houdt verder bij welke gebruikers welke (gedeelten van) bestanden beschikbaar hebben gesteld, en wie van die gebruikers online zijn (zie ook 2.5). De bestanden die op deze wijze worden uitgewisseld zijn niet fysiek aanwezig op de Tracker (of een andere server van de website van het BitTorrent systeem).

2.4.6. Cliënt software: nadat de gebruiker de torrent op de huiscomputer heeft gedownload kan hij die torrents activeren in een softwareprogramma zoals bijvoorbeeld Maketorrent of Vuze (voorheen Azareus). Dit programma maakt de verbinding tussen de huiscomputer van de gebruiker en de Tracker, en handelt vervolgens de communicatie tussen de huiscomputers van de verschillende gebruikers af. Daarbij splitst het softwareprogramma de uit te wisselen bestanden op in kleine delen aan de kant van de seeder, en aan de zijde van de leecher maakt het softwareprogramma van de gedownloade delen weer één bestand.

2.5. Bij het uitwisselen van bestanden wordt het gedeelte daarvan dat al is gedownload direct beschikbaar gesteld aan andere gebruikers (de leecher wordt automatisch seeder voor anderen). De bestanden zijn op die wijze van meer huiscomputers, zolang die online en actief zijn in het BitTorrent systeem via de cliënt softwareprogramma, te downloaden en worden per nieuwe download automatisch verder verspreid.

2.6. The Pirate Bay heeft in ieder geval een Torrent Upload faciliteit, een website en een Index.

2.7. The Pirate Bay maakt gebruik van websites bereikbaar via de volgende domeinnamen: thepiratebay.org, piratebay.org, piratebay.net, piratebay.se, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.nu, thepiratebay.se. Deze domeinnamen leiden de gebruiker automatisch door naar de eerstgenoemde website, thepiratebay.org. Op die website staan enkele pagina's met informatie voor gebruikers over hoe te downloaden en welk beleid The Pirate Bay hanteert met betrekking tot beschikbare torrents. Op één van de hulppagina's staat vermeld:

Dit is een publieke tracker waar iedereen torrent files kan downloaden. Om torrents te kunnen uploaden, opmerkingen posten of persoonlijke berichten versturen, moet je je registreren. [...] The Pirate Bay verwijderd alleen torrents indien de naam niet overeenkomt met de inhoud. Men moet kunnen weten wat hij/zij download. (accordance with the content also means any torrents which description is made to match a certain search phrase that is not relevant will also be deleted) [...].

Verder biedt The Pirate Bay de gebruikers gelegenheid tot chatten met haar medewerkers. De uitleg daarover is ook in het Nederlands beschikbaar.

2.8. Op The Pirate Bay wordt thans gemiddeld twee miljoen torrents aangeboden. De website is automatisch in de Nederlandse taal beschikbaar indien een gebruiker vanuit Nederland (of via

een Nederlandse provider) naar thepiratebay.org surft, ook als die gebruiker dat voor de eerste keer doet. Op de website staan advertenties gericht op de Nederlandse markt. Uit onderzoek, verricht in week 18 van 2009, is Stichting Brein gebleken dat met behulp van The Pirate Bay de op haar website beschikbare torrents kunnen worden gedownload voor 90 van de 100 in Nederland best verkochte titels waarvan de auteurs- en naburige rechten toebehoren aan bij Stichting Brein aangesloten organisaties.

2.9. In Zweden heeft een strafzaak gediend tegen Neij, Kolmisoppi en Warg en Carl Lundström. Bij vonnis van 17 april 2009 van de Zweedse strafrechter van de rechtbank te Stockholm, in het geding gebracht door Stichting Brein in een Engelse vertaling, zijn zij ieder veroordeeld tot één jaar gevangenisstraf op grond van overtreding van de 'Copyright Act 1960:729' en het Zweedse wetboek van strafrecht. [...]

2.10. Op 19 april 2009 is op The Pirate Bay de volgende tekst geplaatst:

*[...] So the first verdict finally came, almost 3 years after the raid. [...] The site will live on! We are more determined than ever that what we do is right. [...] If you [...] want to help out, here is a list:
* Seed those torrents a little bit more than you usually do!
* Buy a t-shirt and show the world where your sympathy is. [...]
* Continue to build the internets! Start more torrent sites [...]
* Do not be afraid of using the network. Invite your friends to this and other file sharing systems. [...]*

[...]

2.13. Stichting Brein heeft als productie 6 in het geding gebracht afdrukken van de 'Folkbokföringsinformation' (in het Nederlands: bevolkingsregisterinformatie) met de adresgegevens van Neij, Kolmisoppi en Warg. Op de afdruk met de gegevens van Neij is vermeld dat hij als postadres hanteert: Box 161 te Stockholm.

2.14. Op 5 mei 2009 heeft Stichting Brein Neij, Kolmisoppi en Warg, door Stichting Brein gezien als de oorspronkelijke oprichters, en thans als eigenaren en beheerders van The Pirate Bay, gesommeerd onmiddellijk de activiteiten gericht op de Nederlandse markt te beëindigen. Bij e-mail van 6 mei 2009 heeft Neij, althans is vanaf zijn e-mailadres, geantwoord met, voor zover van belang: '[...] I'm awaiting the day you will be brought to trial for your war crimes! I hope you all suffer greatly for the things that you have done!'

2.15. Op 17 juni 2009 is door de website Dayrobber.com een interview met Neij en Kolmisoppi op de website www.youtube.com geplaatst:

*Kolmisoppi: 'I am Peter, I am from The Pirate Bay and I do press and media.'
Neij: 'And I am Fredrik from The Pirate Bay and I do tech-stuff.'*

Verder in het interview over The Pirate Bay:

*Kolmisoppi: 'It's a philosophy maybe, it's a network.'
Interviewer: 'And what's the idea?'
Kolmisoppi: 'Uncensored sharing.'
Interviewer: 'Where do you draw the line?'
Kolmisoppi: 'Stuff that is illegal, such as child porn [...] videos of people getting killed.'*

2.16. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard verstekvonnis van 30 juli 2009 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank beslist:

[...] 3.2. Gebiedt Neij, Kolmisoppi en Warg, ieder afzonderlijk en gezamenlijk, om binnen tien dagen na betekening van dit vonnis de inbreuken in Nederland op de auteurs- en naburige rechten van de

aangesloten van Stichting Brein te staken en gestaakt te houden, daaronder begrepen het aanbieden van hun diensten als tussenpersonen als bedoeld in artikel 26d Auteurswet en artikel 15e Wet op de naburige rechten, op straffe van een dwangsom voor iedere dag dat zij hiermee in strijd handelen van EUR 30.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.

3.3. Gebiedt Neij, Kolmisoppi en Warg, ieder afzonderlijk en gezamenlijk, uitvoering te geven aan het gebod onder 3.2 door de websites *thepiratebay.org*, *piratebay.org*, *piratebay.net*, *piratebay.se*, *thepiratebay.com*, *thepiratebay.net*, *thepiratebay.nu* en *thepiratebay.se*, of andere variaties daarop, alsook de bij die websites behorende (tracker)servers en databases, ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland, op straffe van een dwangsom voor iedere dag dat zij hiermee in strijd handelen van EUR 30.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.

3.4. Stelt de termijn als bedoeld in artikel 1019i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vast op twee maanden vanaf de datum van dit vonnis.

3.5. Veroordeelt gedaagden in de proceskosten, aan de zijde van eiseres tot op heden begroot op EUR 42.762,00. [...]

[...]

5. De beoordeling

5.1. Bij verstekvonnis van 30 juli 2009 zijn Neij, Kolmisoppi en Warg veroordeeld tot – kort samengevat – het staken van de door Stichting Brein gestelde inbreuken in Nederland op de auteurs- en naburige rechten van de aangesloten van Stichting Brein, onder meer door de website *thepiratebay.org* (en andere domeinnamen die automatisch daartoe leiden) ontoegankelijk te maken voor gebruikers in Nederland. Doordat zij tegen dat verstekvonnis tijdig in verzet zijn gekomen moet de zaak thans in conventie alsnog op tegenspraak worden beoordeeld. De tegen Neij, Kolmisoppi en Warg bij de inleidende dagvaarding ingestelde vorderingen zijn in kort geding slechts toewijsbaar indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter de vorderingen van Stichting Brein zal toewijzen. Hiervan kan sprake zijn indien geoordeeld zal worden dat Neij, Kolmisoppi en Warg met de website The Pirate Bay onrechtmatig jegens Stichting Brein handelen, hetzij doordat zij inbreuk maken op de auteursrechten van de bij Stichting Brein betrokken rechthebbenden, hetzij doordat zij dat mogelijk maken en bevorderen en daarvan profijt trekken. Indien aannemelijk is dat de bodemrechter het handelen van Neij, Kolmisoppi en Warg onrechtmatig jegens Stichting Brein zal achten, is het spoedeisende belang van de vorderingen in die zin gegeven, dat iedere dag dat de inbreuk op haar rechte voortduurt tot (meer) schade kan leiden aan de zijde van Stichting Brein.

Niet ontvankelijkheid van de vorderingen van Stichting Brein en (on)bevoegdheid voorzieningenrechter

[...]

5.3. De door Stichting Brein gestelde inbreuken op de auteurs- en naburige rechten vinden, voor zover hier van belang, ook plaats in Nederland, zodat deze rechtbank, en daarmee de voorzieningenrechter, bevoegd is kennis te nemen van het onderhavige geschil, dat alleen ziet op Nederland. Bovendien kan, gelet op het Ladbroskes-arrest (HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404), worden geconcludeerd dat het aanbieden van torrents via de website The Pirate Bay specifiek op Nederland is gericht. The Pirate Bay komt immers bij gebruik vanuit Nederland of via een Nederlandse provider (zie 2.8) op in de Nederlandse taal zonder dat de internetgebruiker daartoe enige speciale handeling hoeft te verrichten. Daarnaast staan op de (Nederlandstalige) pagina's van de website advertenties bedoeld voor de Nederlandse consument. Tot slot zijn op de website veel torrents beschikbaar die verwijzen naar bestanden met een Nederlandstalige inhoud.

5.4. Het meest verstrekkende verweer van Neij, Kolmisoppi en Warg is dat deze zaak zich niet leent voor behandeling in kort geding. De technische complexiteit van een BitTorrent Systeem maakt dat in kort geding niet kan worden vastgesteld dat sprake is van onrechtmatig handelen jegens Stichting Brein en de bij haar aangesloten rechthebbenden op auteursrechten, aldus Neij, Kolmisoppi en Warg. De aard van het kort geding brengt echter een belangenafweging mee waarbij enerzijds onder meer het voorlopig karakter van het rechterlijk oordeel en de ingrijpendheid van een eventueel verbod voor de verweerder in aanmerking dienen te worden genomen, en anderzijds de omvang van de schade die voor de eiser dreigt indien een verbod zou uitblijven (HR 15 december 1995, NJ 1996, 509; Procter & Gamble/Kimberley-Clark). Met het oog op deze belangenafweging moeten, gelet op de door Stichting Brein gestelde grootschalige en voortdurende inbreuk op de auteursrechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden door The Pirate Bay, althans dat die website zulks mogelijk maakt, de stellingen van partijen in kort geding nader worden onderzocht. Tijdens de behandeling van het verzet is bovendien door beide partijen besproken het vonnis in de bodemprocedure van de rechtbank Utrecht van 26 augustus 2009 gewezen tussen Stichting Brein en Mininova over de exploitatie door laatstgenoemde van een BitTorrent platform, waarbij een aantal voorzieningen tegen Mininova zijn toegewezen.

De primaire grondslag: schending van de Auteurswet

5.5. Stichting Brein heeft gesteld dat The Pirate Bay voortdurend en op grote schaal werken openbaart, dan wel als tussenpersoon daartoe de gelegenheid biedt, zonder toestemming van de rechthebbenden. Zij heeft betoogd dat de Tracker van The Pirate Bay een faciliteit is om bestanden uit te wisselen. In dat proces is het uploaden van die bestanden essentieel. Die bestanden bevatten voor zeker 90% auteursrechtelijk beschermd materiaal, aldus Stichting Brein.

5.6. Tot uitgangspunt bij de beoordeling of van schending van de Auteurswet sprake is, geldt (zoals ook de rechtbank Utrecht overwoog) het volgende. Onder openbaarmaking van een werk in de zin van de Auteurswet (en het 'ter beschikking stellen' van een werk in de zin van de Wet op de Naburige Rechten) moet worden verstaan een handeling waardoor het werk voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt. Bij het bepalen van het antwoord op de vraag welke handelingen onder 'openbaarbaarmakingshandelingen' kunnen vallen, is bij kwesties als de onderhavige, die internet betreffen, met name van belang het 'Agreed Statement' bij artikel 8 van het (ook voor Nederland geldende) Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WIPO-auteursrechtverdrag) dat luidt als volgt: 'It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention.' Hieruit volgt dat 'openbaarmaking' niet ziet op het enkele ter beschikking stellen van de faciliteiten om werken openbaar te maken. Verder acht de voorzieningenrechter in dit kader van belang het arrest van de Hoge Raad van 8 maart 1957 in de zaak BUMA/De Vries (NJ 1957, 271). In dit arrest sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat de persoon die zeggenschap had over de personen die auteursrechtinbreuk pleegden, niet op basis van de Auteurswet, maar op basis van het leerstuk van onrechtmatige daad een verbod kon worden opgelegd. Indien de lijn die volgt uit voormeld 'Agreed Statement' en het arrest van de Hoge Raad wordt toegepast op de onderhavige casus moet geoordeeld worden dat het enkele feit dat The Pirate Bay gelegenheid biedt aan anderen om inbreuk op auteursrechten te plegen, onvoldoende is om The Pirate Bay zelf als 'openbaarmaker' aan te merken.

5.7. De vraag is vervolgens of The Pirate Bay zoveel verder gaat dan het ter beschikking stellen van faciliteiten voor het plegen van inbreuken op auteursrechten dat haar activiteiten toch als 'openbaarbaarmakingshandelingen' hebben te gelden.

5.7.1. Vast staat dat de website The Pirate Bay in ieder geval de mogelijkheid biedt om torrents te uploaden, zoeken en downloaden. Tussen partijen is niet in geschil dat The Pirate Bay door het enkele bieden van die mogelijkheid het auteursrecht niet schendt. Voor een dergelijke schending is een Tracker noodzakelijk, aldus partijen. Niet in het debat betrokken, maar essentieel voor het uitwisselen van bestanden, en daarmee de gestelde schending van het auteursrechten, zijn ook de gebruikers, met name de seeders of uploaders, en het onder 2.4.6 omschreven cliënt softwareprogramma.

5.7.2. Om vast te stellen of The Pirate Bay inbreuk maakt op auteursrechten, dan wel rechtstreeks dan wel als tussenpersoon, moet dus tenminste vast komen te staan dat The Pirate Bay Tracker faciliteiten aanbiedt. Neij, Kolmisoppi en Warg ontkennen dat dit het geval is. Het uitwisselen van bestanden vindt niet plaats via The Pirate Bay, aldus Neij, Kolmisoppi en Warg. Stichting Brein heeft in de verstekprocedure producties overgelegd waaruit blijkt dat toen de domeinnaam 'tracker.thepiratebay.org' in gebruik is geweest. In deze verzetprocedure heeft zij productie 50 ingebracht waaruit blijkt dat voor uitwisseling van bestanden thans het domein 'tracker.openbittorrent.com' wordt gebruikt. De conclusie van Stichting Brein dat daaruit blijkt dat The Pirate Bay een (centrale) rol speelt in het uitwisselen van bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal kan echter niet zonder meer worden gedeeld. Uit de afdruk van de geactiveerde torrent, door Stichting Brein als productie 50 overgelegd, blijkt immers niet dat het cliënt softwareprogramma een verbinding heeft gemaakt met The Pirate Bay. Op die afdruk is te lezen dat het domein tracker.thepiratebay.org 'offline' (verlopen) is en dat het domein tracker.openbittorrent.com werkend is. Dat de domeinnamen openbittorrent.com en thepiratebay.org zijn geregistreerd door personen die hetzelfde postadres (van Neij) gebruiken (zie 2.12) maakt nog niet dat in kort geding kan worden vastgesteld dat The Pirate Bay wel degelijk Tracker faciliteiten aanbiedt en zo de auteursrechten van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden schendt, dan wel dit als tussenpersoon mogelijk maakt. De ter zitting overgelegde een afdruk van de homepage van The Pirate Bay van de avond (zie 2.18) is daartoe voorshands onvoldoende.

5.8. Al met al kan, gelet op de verweren van Neij, Kolmisoppi en Warg in deze verzetprocedure, niet zonder meer worden geconcludeerd dat The Pirate Bay na het downloaden van de torrent een rol speelt in de uitwisseling van de in die torrent omschreven bestanden. Niet duidelijk is geworden welke (verdere) rol The Pirate Bay in de uitwisseling van bestanden speelt. Daarvoor is nader onderzoek vereist naar de technische feiten van de zaak, bijvoorbeeld om de vragen te beantwoorden waar in het BitTorrent Systeem sprake is van uploaden van bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal en in hoeverre The Pirate Bay daarin een rol speelt. Het kort geding leent zich niet voor een dergelijk feitenonderzoek. De conclusie is dat thans niet kan worden vastgesteld dat The Pirate Bay de auteursrechten (en de naburige rechten) van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden schendt. Voorshands is daarom onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter de verdering van Stichting Brein op deze grondslag zal toewijzen.

De subsidiaire grondslag: onrechtmatig handelen door The Pirate Bay

5.9. Resteert de vraag of The Pirate Bay door het aanbieden van Torrents waarmee bestanden met auteursrechtelijke werken kunnen worden uitgewisseld onrechtmatig handelt jegens Stichting Brein, zoals zij subsidiair heeft gesteld.

5.9.1. Stichting Brein heeft onweersproken gesteld dat The Pirate Bay de op haar servers ge-uploade torrents categoriseert, indexeert en opneemt in de Index van de website. Daardoor stelt The Pirate Bay de gebruiker (de leecher) in de gelegenheid om torrents te zoeken en te downloaden.

5.9.2. Daarnaast is niet betwist dat medewerkers van The Pirate Bay zich actief bezighouden met de torrents die worden ge-upload door gebruikers. Torrents die verwijzen naar lege bestanden, kinderporno of virussen worden verwijderd. The Pirate Bay biedt ook gelegenheid tot chatten met haar medewerkers over de beschikbare torrents.

5.9.3. Verder heeft Stichting Brein een onderzoek van TNO overgelegd waaruit blijkt dat van minimaal 90% van de best verkopende werken in Nederland een torrent op The Pirate Bay aanwezig is. Neij, Kolmisoppi en Warg hebben de uitkomsten van dit onderzoek niet bestreden.

5.9.4. Uit het bericht (zie 2.10) dat daags na het vonnis van 17 april 2009 van de Zweedse strafrechter op The Pirate Bay is geplaatst blijkt dat zij haar gebruikers aanmoedigt om meer torrents beschikbaar te stellen en meer torrent sites op te starten. Verder wordt de gebruikers geadviseerd om ook vrienden en familie uit te nodigen gebruik te gaan maken van The Pirate Bay (en andere gelijksoortige websites).

5.9.5. Stichting Brein heeft tot slot betoogd dat The Pirate Bay profiteert van de door de gebruikers van haar website gepleegde inbreuk op auteursrechten door reclame-inkomsten. Het enkele verweer van Neij, Kolmisoppi en Warg dat The Pirate Bay nimmer inkomsten heeft verworven met haar activiteiten wordt niet gevolgd. Onbetwist is immers dat de website op Nederland gerichte advertenties heeft en dat de website enorm populair is. Die populariteit bepaalt in grote mate de prijs voor de door The Pirate Bay aangeboden advertentieruimte op haar webpagina's. Daarnaast biedt The Pirate Bay op haar website producten met haar logo aan. Daarom is thans niet uit te sluiten dat The Pirate Bay omzet heeft gegenereerd, en genereert, met haar webactiviteiten en dus profiteert van het feit dat zij torrents op haar website aanbiedt.

5.10. Uit het voorgaande volgt dat voorshands aannemelijk is dat de bodemrechter de subsidiaire stelling van Stichting Brein volgt en zal concluderen dat The Pirate Bay, evenals de rechtbank Utrecht dat heeft gedaan ten aanzien van Mininova, gelegenheid geeft tot het structureel verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal, inbreuken op auteursrechten bevordert en van die inbreuken profiteert.

Onrechtmatigheid van handelen

5.11. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de hiervoor vastgestelde handelswijze van The Pirate Bay inhoudt dat zij onrechtmatig handelt jegens Stichting Brein.

5.11.1. De stelling van Neij, Kolmisoppi en Warg dat The Pirate Bay op grond van artikel 6:196c BW niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schending van auteursrechten van (de rechthebbenden aangesloten bij) Stichting Brein wordt niet gevolgd. Naast het aanbieden van de onder 5.9 al omschreven diensten stelt The Pirate Bay haar gebruikers ook in de gelegenheid om torrents naar haar servers te uploaden. Dit soort diensten omvat meer dan die van de in dat artikel bedoelde diensten van de informatiemaatschappij. The Pirate Bay kan dus niet als Internet Service Provider worden gezien. Het betoog van Neij, Kolmisoppi en Warg dat The Pirate Bay slechts doet aan 'caching' houdt daarom geen stand, zoals Stichting Brein terecht heeft betoogd.

5.11.2. The Pirate Bay stelt haar gebruikers stelselmatig in staat om inbreuk te maken op auteursrechten. The Pirate Bay stelt daartoe torrents ter download beschikbaar, helpt gebruikers bij het vinden van de gewenste torrent, moedigt gebruikers aan meer torrents te uploaden, en zorgt ervoor dat de torrents bruikbaar zijn voor haar gebruikers. Door deze handelswijze worden de gebruikers beter in staat gesteld om bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal met elkaar te delen. Daardoor wordt het belang van de auteursrechthebbenden om zelf te bepalen op welke

wijze en onder welke voorwaarden hun werken de gebruiker bereik- en, geschaad.

5.12. Dat de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden schade lijden door de handelwijze van The Pirate Bay is zeer aannemelijk. De voorlopige conclusie is dan ook dat The Pirate Bay onrechtmatig handelt jegens Stichting Brein.

Aansprakelijkheid van Neij, Kolmisoppi en Warg

5.13. Stichting Brein heeft gesteld dat Neij, Kolmisoppi en Warg de website The Pirate Bay hebben opgericht en thans als eigenaar, dan wel als de beheerders, van die website dienen te gelden.

5.14. Ter zitting hebben Neij en Warg te kennen gegeven dat zij de website in 2004 hebben opgericht en in 2006 hebben verkocht. Ter zitting hebben zij de naam van de koper echter niet kunnen of willen noemen. Zij hebben verder betoogd dat de website thans eigendom is van Reservella Ltd, een onderneming gevestigd te de Seychellen. Kolmisoppi heeft aangevoerd slechts een sympathisant, en woordvoerder, van de website te zijn.

5.15. Neij, Kolmisoppi en Warg hebben geen koopovereenkomst overgelegd, of enig ander stuk, waaruit blijkt dat Neij en Warg in 2006 The Pirate Bay hebben verkocht. Bovendien blijkt uit het vonnis van 17 april jongstleden van de Zweedse strafrechter dat Neij en Warg in 2005 de website hebben ingebracht in een bedrijf, en dat Kolmisoppi de oprichtingsakte van dat bedrijf mede heeft ondertekend. Deze visie van de Zweedse strafrechter op de gang van zaken van toen is niet betwist in deze procedure, zodat voorshands wordt aangenomen dat Neij, Kolmisoppi en Warg in 2006 eigenaars waren van het verkopende bedrijf bij de door hen gestelde overdracht van The Pirate Bay. Dat zij nu niet weten aan wie The Pirate Bay toen is verkocht overtuigt dan ook niet. De stelling van Neij, Kolmisoppi en Warg dat in 2006 de website aan een derde is verkocht kan daarom niet worden gevolgd.

5.16. Bovendien wordt Reservella Ltd. op de Seychellen vertegenwoordigd door een administratiekantoor. Daaruit volgt dat voorshands aannemelijk is dat op de Seychellen geen personeel aanwezig is dat The Pirate Bay beheert. Het internet is naar zijn aard wereldwijd toegankelijk en een website kan in beginsel op iedere plek, waar ook ter wereld, worden gehost. Beheerders van de website hebben van iedere plek op de wereld toegang tot de servers van de hostingmaatschappij voor onderhoudstaken van de website. Zelfs als wordt vastgesteld dat Reservella Ltd. thans economisch eigenaar is van The Pirate Bay, hetgeen nog niet vast is komen te staan, maakt dat vooralsnog niet dat anderen feitelijk niet de leiding (zouden kunnen) hebben over het beheer van de website. Daarom kan het betoog van Neij, Kolmisoppi en Warg dat uit het rapport van 10 augustus 2009 van Kronofogden (zie 2.17) blijkt dat zij niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het handelen van The Pirate Bay, niet worden gevolgd. Uit dat rapport volgt immers slechts dat Neij, Kolmisoppi en Warg niet beschikken over voor beslag vatbare activa in Zweden en dat niet is aangetoond dat zij, hetzij als aandeelhouders van Reservella Ltd., hetzij als begunstigen, aanspraak kunnen maken op een eventueel door GGF wegens aankoop van The Pirate Bay verschuldigde koopsom. Voor zover in dat rapport wordt vermeld dat onvoldoende is aangetoond dat zij eigenaar van aandelen in Reservella Ltd. zijn, volgt daaruit niet dat Neij, Kolmisoppi en Warg het feitelijke beheer, dan wel de feitelijke leiding daarover, van The Pirate Bay hebben overgedragen.

5.17. Door de Zweedse strafrechter in eerste instantie is de betrokkenheid van Neij, Kolmisoppi en Warg bij The Pirate Bay bewezen verklaard. Hoewel dit oordeel nog onderhevig is aan hoger beroep, vormt het wel een aanwijzing voor hun betrokkenheid. Bovendien hebben Neij en Kolmisoppi na het vonnis van 17 april 2009 van de Zweedse strafrechter veelvuldig de publiciteit gezocht en daarin te kennen gegeven dat The Pirate Bay zal doorgaan ondanks de ver-

oordeling van hen en Warg tot een gevangenisstraf. Daaruit moet worden geconcludeerd dat Neij en Kolmisoppi op dat moment van mening waren, of die indruk hebben willen wekken, dat zij The Pirate Bay vertegenwoordigen, dan wel een leidinggevende rol bij de website vervullen.

5.18. Daarnaast heeft Neij zelf in zijn reactie op de sommatie van 5 mei 2009 van Stichting Brein niet naar voren gebracht dat hij geen zeggenschap over de website heeft. Verder heeft hij de domeinregistratie van thepiratebay.org pas op 18 juni 2009 aangepast en is Reservella als organisatie van de domeinhouder geregistreerd. Neij heeft niet uitgelegd, of een productie daartoe in het geding gebracht, waaruit blijkt welke rechtsverhouding bestaat tussen hem en Reservella.

5.19. Gelet op hetgeen onder 5.14 tot en met 5.18 is overwogen is voorshands voldoende aannemelijk dat de bodemrechter tot de slotsom komt dat Neij, Kolmisoppi en Warg verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het onrechtmatig handelen van The Pirate Bay jegens Stichting Brein.

Vrijheid van meningsuiting

5.20. Neij, Kolmisoppi en Warg hebben tot slot aangevoerd dat de activiteiten van The Pirate Bay onder de uitsluitingsvrijheid van artikel 10 EVRM vallen en dat de vorderingen van Stichting Brein disproportioneel zijn en verder niet voldoen aan de criteria om de uitsluitingsvrijheid te beperken.

5.21. De vrijheid van meningsuiting kan slechts worden beperkt indien dit bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving bijvoorbeeld ter bescherming van de rechten van anderen (artikel 10 lid 2 EVRM). De handelingen waarvoor The Pirate Bay, en ook Neij, Kolmisoppi en Warg, verantwoordelijk worden gehouden, zijn onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW. Bij toewijzing van de vorderingen van Stichting Brein die een beperking van hun uitsluitingsvrijheid inhoudt, is dit dus voorzien bij wet. Verder valt een belangenafweging, waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken, in het voordeel van Stichting Brein uit. Bij toewijzing van de vorderingen worden de auteursrechten van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden beschermd. Bij een afwijzing kan The Pirate Bay doorgaan met het structureel en voortdurend mogelijk maken van grootschalige inbreuk op die auteursrechten. Een verbod daarop, ook al zou dat inhouden een beperking van de vrijheid van meningsuiting van The Pirate Bay, dan wel Neij, Kolmisoppi en Warg, is dus proportioneel.

De conclusie

5.22. Uit het voorgaande wordt geconcludeerd dat voorshands aannemelijk is dat de bodemrechter de vorderingen van Stichting Brein zal toewijzen, zodat deze in kort geding eveneens toewijsbaar zijn, als na te melden. Ter zitting heeft Stichting Brein te kennen gegeven subsidiair haar vordering te verminderen overeenkomstig de veroordeling van Mininova in het vonnis van 26 augustus 2009 van de rechtbank Utrecht. De aldus verminderde vordering is toewijsbaar, nu daarbij ook rekening wordt gehouden met het belang van The Pirate Bay bij het kunnen blijven aanbieden aan gebruikers uit Nederland van torrents van bestanden waarvan de rechthebbenden aan The Pirate Bay toestemming hebben verleend voor het verspreiden daarvan. De termijn om te voldoen aan dit vonnis als na te melden wordt daarbij redelijk geacht. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als volgt. Aangezien Stichting Brein de bodemprocedure jegens Neij, Kolmisoppi en Warg al heeft ingeleid, zal de vordering om een termijn daartoe te bepalen op grond van artikel 1019i Rv niet worden toegewezen.

5.23. Neij, Kolmisoppi en Warg zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten worden veroordeeld. Stichting Brein heeft vergoeding van de volledige advocaatkosten gevorderd op

grond van artikel 1019i Rv. Een dergelijke veroordeling is slechts aan de orde indien de vorderingen van Stichting Brein op grond van intellectuele eigendomsrechten worden toegewezen. Dit is echter niet het geval zodat de kosten aan de zijde van Stichting Brein worden begroot op:

- exploit kosten	€	72,25
- vast recht		262,-
- salaris advocaat		816,-

Totaal € 1.150,25

6. De beoordeling in reconventie

6.1. Gelet op hetgeen onder 5.1 is overwogen met betrekking tot het spoedeisend belang van Stichting Brein bij haar vorderingen zijn de (voorwaardelijke) vorderingen in reconventie van Neij, Kolmisoppi en Warg niet toewijsbaar.

6.2. Neij, Kolmisoppi en Warg zullen als de in het ongelijk gestelde partij in reconventie in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Stichting Brein in de reconventie wordt, gelet op de samenhang van die vordering met het verzet begroot op nihil.

7. De beslissing

De voorzieningenrechter

in verzet

7.1. Vernietigt het verstekvonnis uitgesproken op 30 juli 2009 tussen Stichting Brein enerzijds en Neij, Kolmisoppi en Warg anderzijds.

7.2. Gebiedt Neij, Kolmisoppi en Warg, ieder afzonderlijk en gezamenlijk, om binnen drie maanden na betekening van dit vonnis alle op de websites van The Pirate Bay ter downloaden aangeboden torrents, waarmee bestanden met werken waarop de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden auteursrechten hebben, kunnen worden uitgewisseld te verwijderen en verwijderd te houden, op straffe van een dwangsom voor iedere keer dat zij hiermee in strijd handelen van € 5.000,-, met een maximum van € 3.000.000,-.

7.3. Gebiedt Neij, Kolmisoppi en Warg, ieder afzonderlijk en gezamenlijk, uitvoering te geven aan het gebod onder 7.2 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, de onder 7.2 bedoelde torrents ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland, op straffe van een dwangsom voor iedere dag dat zij hiermee in strijd handelen van € 5.000,-, met een maximum van € 3.000.000,-.

7.4. Veroordeelt Neij, Kolmisoppi en Warg in de proceskosten, aan de zijde van Stichting Brein tot op heden begroot op € 1.150,25.

7.5. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

7.6. Wijst het meer of anders gevorderde af.
in reconventie

7.7. Weigert de gevraagde voorzieningen.

7.8. Veroordeelt Neij, Kolmisoppi en Warg in de proceskosten in deze procedure, aan de zijde van Stichting Brein tot op heden begroot op nihil.

Noot

P.B. Hugenholtz

The Pirate Bay (what's in a name?) is een van de grootste en bekendste torrent-sites ter wereld. Op de website van The Pirate Bay zijn grote aantallen geïndexeerde torrent-bestanden te vinden. Torrents zijn metadata die verwijzen naar 'echte' bestanden (hoofdzakelijk muziek, films en games) op de pc's van de talloze gebruikers van BitTorrent-software die deze bestanden – doorgaans zonder toestemming van de rechthebbenden – met andere gebruikers 'delen'. Geen wonder dat torrent-sites door rechthebbenden hard worden aangepakt. Zo heeft de Nederlandse torrent-site Mininova, die The Pirate Bay in wereldwijde populariteit naar de kroon stak, na een door Brein gewonnen bodemprocedure zijn activiteiten inmiddels vrijwel gestaakt; zie Rb. Utrecht 26 augustus 2009, rol. nr. 250077/HA ZA 08-1124, samengevat in AMI 2009/5, p. 215-216.

Een verschil met de *Mininova*-zaak is dat The Pirate Bay niet vanuit Nederland, maar vanuit Zweden opereert. De voorzieningenrechter overweegt echter dat TPB mede in de Nederlandse taal opereert en Nederlandse adverteerders trekt (r.o. 2.7 en 2.8), waaruit kennelijk wordt geconcludeerd dat aan de voorwaarde van art. 5 lid 3 van de Jurisdictieverordening is voldaan. Een tweede verschil is dat Brein haar pijlen ditmaal richt op de oprichters en vermoedelijke eigenaars van de torrent-site, hetgeen de nodige complicaties oproept die in deze noot buiten beschouwing blijven. Met deze persoonlijke aanval riskeert Brein de gram van drie zeer boze jongemannen. '[...] I'm awaiting the day you will be brought to trial for your war crimes! I hope you all suffer greatly for the things that you have done!' (r.o. 2.14). Inderdaad, dit zijn geen frisse Zweedse jongens. De rechtbank van Stockholm heeft het trio in april 2009 – in een geruchtmakende zaak – voor een jaar naar de gevangenis verwezen, tezamen met Carl Lundström, de geheime financier van TPB die in Zweden vooral bekend staat om zijn met WASA-knäckbröd vergaard familiefortuin en zijn nationaalsocialistische sympathieën. De populariteit van TPB heeft hier in eigen land echter nauwelijks onder geleden, getuige het succes van 'Piratpartiet' (de Piratenpartij), een politieke *off-shoot* van TPB bij de verkiezingen voor het Europees Parlement in 2009. De PP kreeg 7,1 van de in Zweden uitgebrachte stemmen, goed voor één zetel in het EP. Het spreekt vanzelf dat het auteursrecht een centraal punt is op de politieke agenda van de PP; zie <http://www.piratpartiet.se/international/english>. Het auteursrecht afschaffen wil de PP nog net niet; wèl het recht bekorten tot vijf jaar en alle vormen van niet-commercieel gebruik, waaronder natuurlijk het delen van bestanden via P2P, legaliseren. Hoe dat moet worden geregeld zonder de Berner Conventie en het TRIPs-verdrag te wijzigen vertelt het piratenpartijprogramma niet.

Het vonnis van de voorzieningenrechter volgt het stramien van het grondig gemotiveerde vonnis van de Utrechtse rechtbank in de *Mininova*-zaak. Dat vonnis volgt op zijn beurt in grote lijnen de analyse van de Haarlemse rechtbank en het Amsterdamse Hof in de zaak *Brein/Techno Design*, waarin het ging om de vraag of website/zoekmachine 'ZoekMP3', die systematisch verwees naar illegale mp3-bestanden, jegens Brein onrechtmatig handelde; zie Hof Amsterdam 15 juni 2006, AMI 2006/5, p. 173 m.nt. K.J. Koelman.

De voorzieningenrechter verwerpt om te beginnen de primaire grondslag van de vordering van Brein (schending van de Auteurswet). Uitgangspunt is dat de beschikbaarstelling van technische faciliteiten op zich zelf geen openbaarmaking oplevert. Daarbij verwijst de rechter niet alleen naar het standaardarrest *BUMA/De Vries* (over de zaaleigenaar die niet zelf openbaar maakte, maar wel inbreuk bevorderde), maar ook naar het welbekende *Agreed Statement* bij art. 8 van het WIPO Auteursrechtverdrag. De rechter ziet hier echter over het hoofd dat dit verdrag op de datum van het vonnis nog niet door Nederland was geratificeerd. Dat is pas gebeurd op 14 december 2009 (inwerkingtreding per 14 maart 2010), tegelijk met de ratificatie van het verdrag door een groot aantal andere

lidstaten van de Europese Unie en de EU zelf. Beter had de rechter kunnen verwijzen naar overweging 27 bij de Auteursrechtlijn ('De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn').

R.o. 5.7 wekt mogelijk de suggestie dat voor de vraag of TPB openbaar maakt van beslissende betekenis is of de uitwisseling van bestanden fysiek door TPB wordt ondersteund. Hoewel technische betrokkenheid zeker een rol kan spelen bij de openbaarmakingsvraag (zie HR 14 januari 1984, NJ 1984, 696 (Kabelpiraten)) is die niet van beslissende betekenis. Zo zijn naar algemeen wordt aangenomen hosting service providers geen 'openbaarmakers', ook al worden er via de servers van de providers op grote schaal auteursrechtelijk beschermde werken aan het publiek beschikbaar gesteld; zie Rb 's-Gravenhage 9 juni 1999, Informatierecht/AMI 1999-7, p. 113 (*Scientology/XS4ALL*). Hoewel de rechter in r.o. 5.8 nog een slag om de arm houdt, lijkt het inderdaad aannemelijk dat torrent-sites zoals TPB niet zelf openbaar maken.

Daarmee verplaatst de analyse zich naar de vraag of TPB auteursrechtinbreuk *bevordert* en dusdoende onrechtmatig handelt. De rechter overweegt in r.o. 5.11.2: 'The Pirate Bay stelt haar gebruikers stelselmatig in staat om inbreuk te maken op auteursrechten. The Pirate Bay stelt daartoe torrents ter download beschikbaar, helpt gebruikers bij het vinden van de gewenste torrent, moedigt gebruikers aan meer torrents te uploaden, en zorgt ervoor dat de torrents bruikbaar zijn voor haar gebruikers. Door deze handelswijze worden de gebruikers beter in staat gesteld om bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal met elkaar te delen. [...]'. Op grond hiervan concludeert de voorzieningenrechter (voorlopig) dat de handelwijze van TPB onrechtmatig is, een conclusie waarop mijns inziens weinig valt af te dingen.

Nr. 3 Hermans/Stichting Vredesduif

Rechtbank Breda 18 september 2009
zaaknummer / rolnummer: 208673 / KG ZA 09-520
(mr. C.J.G.M. van der Weide)

Lagere dan overeengekomen plaatsing van werk van beeldende kunst in de openbare ruimte. Primaire vordering tot hogere plaatsing reeds op contractuele basis toewijsbaar. Lagere plaatsing brengt bovendien nadeel toe aan eer en naam van de maker, temeer daar het kunstwerk daardoor vatbaarder wordt voor vandalisme.
(artikel 25 lid 1 sub d Auteurswet)

Vonnis in kort geding in de zaak van

Paul Hermans, wonende te Bavel, gemeente Breda, eiser, advocaat mr. F.E.R.M. Verhagen,

tegen

de stichting De Stichting Vredesduif, gevestigd en zaakdoende te Breda, gedaagde, advocaat mr. J.H.A. Klompmakers.

Partijen zullen hierna Hermans en de Stichting genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 11 september 2009 met producties, genummerd 1 tot en met 6;
- de bij faxbericht van 14 september 2009 ingediende producties, genummerd 1 tot en met 8 van de zijde van de Stichting;

- de bij faxbericht van 15 september 2009 ingediende producties, genummerd 9 tot en met 13 van de zijde van de Stichting;
- de bij faxbericht van 15 september 2009 ingediende producties, genummerd 7 en 8 van de zijde van Hermans;
- de mondelinge behandeling gehouden op 15 september 2009;
- de pleitnota van de zijde van de Stichting.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil

2.1. Hermans vordert samengevat - bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

primair de Stichting te verbieden om het vredesmonument zonder sokkel van tenminste 3,5 meter te plaatsen en te onthullen op het Groenedijkplein danwel een andere plek, niet zijnde een rotonde in Breda-Noord; te bepalen dat de Stichting bij overtreding van het onder I gevorderde verbod, een dwangsom van € 25.000,- zal verbeuren; subsidiair dat de Stichting binnen vier weken na betekening van dit vonnis zorg zal dragen voor plaatsing van het kunstwerk van Hermans op een sokkel van 3,5 meter; dat bij overtreding van het onder III gevorderde de Stichting een dwangsom verbeurt van € 1.000,- per dag; onder veroordeling van de Stichting in de kosten van de procedure.

2.2. De Stichting voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

3. De beoordeling

3.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de volgende feiten: Hermans is beeldend kunstenaar.

In 2007 is door de projectgroep Vredesweek Breda Noord/Haagse Beemden een prijsvraag uitgeschreven voor het ontwerp van een vredesmonument in de wijk Hoge Vught.

Op 23 februari 2008 is uit vijf inzendingen het ontwerp van Hermans genaamd 'Noach's olijftak' uitgekozen als winnend ontwerp.

Voor de realisatie van het vredesmonument - hierna aan te duiden als het kunstwerk - is de Stichting Vredesduif opgericht.

Op 5 februari 2009 is in het kader van de realisatie van het kunstwerk door partijen een overeenkomst gesloten waarbij twee, in die overeenkomst genoemde, bijlagen zijn gevoegd. Een bijlage betreft een foto (artist impression) van het kunstwerk en de andere bijlage betreft een offerte voor de realisatie van het kunstwerk, afkomstig van Polynova, gedateerd 11 januari 2009. In deze offerte is voorzien in plaatsing van het kunstwerk op een sokkel van 3,5 meter hoogte.

In deze overeenkomst is onder meer opgenomen dat '[...] Opdrachtgever zal kunstenaar steeds informeren over de gang van zaken en daar waar nodig kunstenaar betrekken bij de voortgang. [...] Kunstenaar zal door opdrachtgever betrokken worden bij de nadere detaillering van het monument, hierbij zal kunstenaar samenwerken met de uitvoerende bedrijven. [...] Daar waarzaken aan de orde komen die niet in deze overeenkomst zijn vastgelegd zullen kunstenaar en opdrachtgever een nadere afspraak maken waarbij de invloed van kunstenaar zich beperkt tot inhoudelijke inbreng m.b.t. het te vervaardigen beeld. [...]'

Op 10 april 2009 heeft de heer A een nadere offerte van 22 maart 2009 van Polynova voor akkoord ondertekend. Daarin is een handgeschreven wijziging aangebracht ten aanzien van de hoogte van de sokkel welke is veranderd van 3,5 naar 1 meter.