

Datum uitspraak: 30-07-2009
Datum publicatie: 04-08-2009
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie: The Pirate Bay wordt bij verstekvonnis van de voorzieningenrechter geboden haar websites ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland omdat door The Pirate Bay inbreuk wordt gepleegd op de auteursrechten van bij Stichting Brein aangesloten organisaties van auteursrechthebbenden. De Global Gaming Factory X AB krijgt hetzelfde gebod, vanaf het moment dat zij eigenaar wordt van The Pirate Bay.

Uitspraak

vonnis
RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 432071 / KG ZA 09-1411 WT/RV

Vonnis in kort geding van 30 juli 2009

in de zaak van

de stichting
STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN
gevestigd te Amsterdam,
eiseres bij dagvaarding van 6 juli 2009,
advocaten mr. D.F. Groenevelt en mr. J.C.H. van Manen te Amsterdam,

tegen

de vennootschap naar buitenlands recht
GLOBAL GAMING FACTORY X AB,
kantoorhoudende te Stockholm, Zweden,
gedaagde,
advocaten mr. R. Dijkstra en mr. P.A. van den Brink te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Stichting Brein en GGF worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 21 juli 2009 is deze zaak gelijktijdig behandeld met de zaak van Stichting Brein tegen [gedaagde1], [gedaagde2] en [gedaagde3] (zaak- en rolnummer 428212 / KG ZA 09-1092). Stichting Brein heeft gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. GGF heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. Ter zitting waren namens Stichting Brein aanwezig: [bedrijfsjurist], bedrijfsjurist, [hoofd handhaving], hoofd handhaving, [bedrijfsjurist], bedrijfsjurist, en mrs. Groenevelt en Van Manen. Namens GGF waren mrs. Dijkstra en Van den Brink aanwezig.

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. GGF is een onderneming die zich bezighoudt met internetadvertenties en softwareontwikkeling, speciaal gericht op toepassing in internetcafé's en speelhallen ('gaming centers'). GGF is genoteerd aan de Zweedse beurs Aktietorget. Op dinsdag 30 juni 2009 heeft GGF aangekondigd dat zij de hele onderneming van The Pirate Bay, waaronder alle daaraan gelieerde websites, zal overnemen.

2.4. The Pirate Bay is in 2004 gelanceerd als website thepiratebay.org waarop zogenaamde BitTorrents worden aangeboden. Met BitTorrents is het uitwisselen van bestanden tussen op het internet aangesloten computers mogelijk, waarbij computers van internetgebruikers direct in onderling contact staan voor het uitwisselen van bestanden (het peer-to-peer protocol).

2.5. 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.mu, thepiratebay.se.

2.6. Op 5 mei 2009 heeft Stichting Brein de oorspronkelijke oprichters, en thans gezien als eigenaren en beheerders, van The Pirate Bay gesommeerd onmiddellijk de activiteiten gericht op de Nederlandse markt te beëindigen. Bij vonnis van 30 juli 2009 van de voorzieningenrechter van deze rechtbank zijn de eigenaren/beheerders van The Pirate Bay - onder meer - bevolen de website ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland.

2.7. Op 30 juni 2009 heeft GGF een persbericht gepubliceerd waarin zij de overname van The Pirate Bay heeft aangekondigd. In het persbericht is, voor zover van belang, opgenomen: "(...) The responsibility for, and operation of the site will be taken over by GGF in connection with closing the transaction, which is scheduled for August 2009. "We would like to introduce models which entail that content providers and copyright owners get paid for content that is downloaded via the site," said [persoon1], CEO GGF. (...)"

3. Het geschil

3.1. Stichting Brein vordert samengevat - GGF te gebieden om, op straffe van een dwangsom, de (dreigende) inbreuken op de auteurs- en naburige rechten van de aangeslotenen van Stichting Brein te staken en gestaakt te houden, en daaraan uitvoering te geven door de website thepiratebay.org, alsook de bijbehorende (tracker)servers en databases, waaronder ook de (tracker)servers die toegankelijk zijn via andere websites (zie 2.8) of andere

varianties daarop, ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland. Verder vordert Stichting Brein de termijn als bedoeld in artikel 1019i Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) te bepalen op twee maanden en veroordeling van GGF in de volledige proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv.

3.2. Stichting Brein legt - zeer kort samengevat - het volgende ten grondslag aan haar vorderingen. Op de websites van The Pirate Bay (zie 2.8) staan lijsten van zogenaamde torrents die een verwijzing in zich hebben naar computerbestanden met auteursrechtelijk beschermde werken, zoals muziek, film en computergames, en ook andere software. The Pirate Bay maakt het door middel van de torrent technologie mogelijk dat internetgebruikers auteursrechtelijk beschermde werken kunnen downloaden van computer van anderen. Dit is een openbaarmaking in de zin van artikel 1 juncto 12 Auteurswet (Aw) en een ter beschikking stellen in de zin van de artikelen 2 lid 1 sub d, 6 lid 1 sub c en 7a lid 1 sub c Wet naburige rechten (Wnr).

De auteursrechtelijken die zijn aangesloten bij Stichting Brein, en wiens belangen zij behartigt, hebben voor die openbaarmaking en ter beschikking stelling geen toestemming verleend. Zij zijn evenmin schadeloos gesteld voor dit (onrechtmatig) handelen. De geleden schade spreekt voor zich, ieder gratis gedownload werk zal niet worden verkocht via de officiële kanalen. Daarmee is ook het spoedeisend belang van Stichting Brein bij haar vorderingen gegeven.

GGF heeft eind juni 2009 aangekondigd The Pirate Bay over te nemen van de oorspronkelijke oprichters (die in de andere gelijktijdig behandelde zaak zijn gedagvaard). Zij zal dus de gepleegde inbreuk op de auteursrechten mogelijk voortzetten.

3.3. GGF voert - kort gezegd - aan dat de overname van The Pirate Bay nog niet is afgerond. GGF is thans ten onrechte in dit geding betrokken geraakt omdat zij de gestelde inbreuk op de auteursrechten van de aangeslotenen bij Stichting Brein niet mogelijk maakt. GGF heeft nog niet het beheer van de websites die bij The Pirate Bay behoren, zodat zij niet kan voldoen aan het gevorderde. Stichting Brein heeft dus geen belang bij haar vorderingen jegens GGF. Verder zijn bij de overeenkomst tot overname van The Pirate Bay opschortende voorwaarden opgenomen, waaronder de voorwaarde dat de websites volledig legaal moeten zijn. GGF wil dit in ieder geval bereiken door gebruikers te laten betalen voor het downloaden van games, films en muziek en door afdracht van auteursrechtelijke gelden aan de rechthebbenden of hun belangenbehartigers. Pas als zeker is dat GGF op legale wijze gebruik kan maken van The Pirate Bay zal zij de overname afronden.

4. De beoordeling

4.1. De door Stichting Brein gestelde inbreuken op de auteurs- en naburige rechten vinden, voor zover hier van belang, plaats in Nederland, zodat deze rechtbank, en daarmee de voorzieningenrechter, bevoegd is kennis te nemen van het onderhavige geschil, dat alleen ziet op Nederland.

4.2. GGF heeft aangevoerd dat Stichting Brein geen belang heeft bij haar vorderingen jegens GGF, omdat zij thans nog geen eigenaar is van de website The Pirate Bay, en na de overname daarvan de website op legale wijze wil gebruiken. Die overname van The Pirate Bay is onder een daartoe strekkende opschortende voorwaarde overeengekomen, aldus GGF. De stelling van Stichting Brein daartegen luidt dat de kans aanwezig is dat de inbreuk op de auteursrechten van bij haar aangesloten rechthebbenden zal worden voortgezet door GGF. Stichting Brein heeft daartoe onweersproken betoogd dat GGF tot op heden nog niet met haar in overleg is getreden over de benodigde stappen om The Pirate Bay op korte termijn te legaliseren. De overname door GGF van The Pirate Bay staat gepland in augustus 2009. Als die overname plaatsvindt zonder nader voorzieningen in de huidige werkwijze van The Pirate Bay, dreigt GGF inbreuk te maken op de auteursrechten van de bij Stichting Brein aangesloten organisaties. Door die dreigende inbreuk heeft Stichting Brein een belang bij haar vorderingen jegens GGF. Bij een (beweerde) inbreuk op een auteursrecht is de vereiste spoedeisendheid van de gevraagde voorzieningen in die zin gegeven, dat de inbreuk voortduurt tot (meer) schade aan de zijde van de rechthebbenden kan leiden.

4.3. GGF heeft niet betwist dat The Pirate Bay thans inbreuk maakt op de auteursrechten van de bij Stichting Brein aangesloten organisaties, zodat daar vanuit wordt gegaan.

4.4. De verder niet weersproken vorderingen van Stichting Brein jegens GGF zijn daarmee in kort geding toewijsbaar. GGF heeft nog aangevoerd dat zij thans The Pirate Bay niet in eigendom heeft, zodat zij niet kan voldoen aan het gevorderde. Dit verweer leidt niet tot afwijzing van het gevorderde, maar wordt wel gehonoreerd in de zin dat de vorderingen jegens GGF zullen worden toegewezen vanaf het moment dat zij The Pirate Bay heeft overgenomen.

4.5. Nu de vorderingen jegens GGF vanaf een thans nog onzeker moment worden toegewezen geldt dat partijen gedeeltelijk in het (on)gelijk zijn gesteld. Daarom worden de proceskosten gecompenseerd als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. Gebiedt GGF vanaf het moment dat zij The Pirate Bay heeft overgenomen de inbreuken in Nederland op de auteurs- en naburige rechten van de aangeslotenen 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 handelt van EUR 30.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.

5.2. Gebiedt GGF vanaf het moment dat zij The Pirate Bay heeft overgenomen uitvoering te geven aan het gebod onder 5.1 door de websites thepiratebay.org, piratebay.org, piratebay.net, piratebay.se, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.nu en thepiratebay.se, of andere varianties 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 handelt van EUR 30.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.

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

5.4. Compenseert de proceskosten aldus dat ieder de eigen kosten draagt.

5.5. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

5.6. Wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. W. Tonkens - Gerkema, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. R. Verloof, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 30 juli 2009.?

Datum uitspraak: 03-07-2008
Datum publicatie: 03-07-2008
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Kort geding
Inhoudsindicatie: De website Everlasting.nl faciliteert het up- en downloaden van bestanden met film-, muziek- en andere auteursrechtelijk beschermde werken. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter te Amsterdam waarbij de provider Leaseweb op vordering van de stichting Brein op straffe van verbeurte van een dwangsom is veroordeeld Everlasting.nl van het internet te verwijderen en de NAW-gegevens van de houder van deze website te verschaffen.

Uitspraak

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM
VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid LEASEWEB B.V., gevestigd te Amsterdam,
APPELLANTE in het principaal hoger beroep,
GEÏNTEERDE in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer,

t e g e n

de stichting STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN,
gevestigd te Amsterdam,
GEÏNTEERDE in het principaal hoger beroep,
APPELLANTE in het incidenteel hoger beroep,
procureur: mr. F.B. Falkena.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna Leaseweb en Brein genoemd.

Bij dagvaarding van 10 juli 2007 is Leaseweb in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank te Amsterdam in het kort geding tussen partijen (Brein als eiseres in conventie/verweerster in reconventie en Leaseweb als gedaagde in conventie/eiseres in reconventie) onder zaaknummer/rolnummer 369220/KG ZA 07-840 AB/MV heeft gewezen en dat is uitgesproken op 21 juni 2007.

Leaseweb heeft bij memorie negentien grieven (er zijn twee grieven genummerd XVII) voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd, kort gezegd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vordering in conventie zal afwijzen en die in – voorwaardelijke – reconventie zal toewijzen, met veroordeling van Brein in de kosten van het geding in beide instanties.

Daarop heeft Brein geantwoord, de grieven bestreden en van haar kant eveneens appel ingesteld. Daarbij heeft zij twee grieven voorgesteld en geconcludeerd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen voor zover haar grieven zich tegen dat vonnis richten, dat het hof zal oordelen dat de houder van Everlasting zelfstandige en/of mede-openbaaringshandelingen in de zin van de Auteurswet (AW) en de Wet op de naburige rechten (WNR) verricht, alsmede dat het hof Leaseweb zal veroordelen in de volledige door Brein gemaakte proceskosten in beide instanties en ten slotte dat het hof het vonnis voor het overige zal bekrachtigen.

Vervolgens heeft Leaseweb in het incidenteel hoger beroep geantwoord en geconcludeerd, zo begrijpt het hof, dat het hof de grieven in het incidenteel hoger beroep zal verwerpen en Brein zal veroordelen in de werkelijke, subsidiair de forfaitaire kosten van Leaseweb in het incidenteel hoger beroep.

Partijen hebben de zaak doen bepleiten op 11 juni 2008, Leaseweb door mr. J.J. van der Goen, advocaat te Soest, en Brein door mr. D.J.G. Visser, advocaat te Amsterdam, aan de hand van door ieder van partijen overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid heeft elk van partijen nog een aantal bewijsstukken overgelegd.

Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

2. Grieven

Voor de grieven verwijst het hof naar de desbetreffende memories.

3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.5 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. In grief III in het principaal hoger beroep voert Leaseweb aan dat de voorzieningenrechter ten onrechte alleen het citaat onder 2.5 in de feitenopsumming heeft opgenomen. Het hof zal daar hieronder voor zover nodig op in gaan. Voor het overige bestaat tussen partijen geen geschil over deze feiten, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan.

4. Beoordeling

4.1 Brein is opgericht door de stichting Stemra, de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers (NVPI), de Motion Picture Association (MPA) en de Nederlandse Vereniging van Filmverhuurders (NVF). Deze en andere organisaties zijn aangesloten bij Brein. Brein stelt zich naar blijkt uit haar statuten ten doel

het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van haar aangeslotenen, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin.

Leaseweb is een internet service provider. Zij 'host' de website www.everlasting.nu (verder Everlasting). Via Everlasting worden tal van bestanden bevattende onder meer

- ? films (waaronder Mr. Beans Holiday, The Da Vinci Code, Hot Fuzz (2007), Kruistocht in Spijkerbroek, Das Leben der Anderen en De Aanslag),
- ? muziek (waaronder K3 ya ya yippie, Marco Borsato, Clouseau, Doe Maar en 538 Dance Smash 2007 vol 2),
- ? computerspellen (waaronder Command and Conquer 3 en Civilization IV),
- ? software applicaties (waaronder Tom Tom 675, Zonealarm Internet Security v7.0, Adobe Acrobat 8 Pro, AND Wandelroutewijzer Natuur) en
- ? E-books (waaronder Playboy mei 2007, Windows Vista Magazine nr. 2 en Knipvellenboek 3 D Special-Bunny to love)

aan derden aangeboden en door derden gedownloadend zonder toestemming van de desbetreffende rechthebbenden. Daarbij wordt gebruik gemaakt van het zogeheten BitTorrent systeem.

Bij brief van 6 april 2007 heeft Brein aan Leaseweb verzocht de website Everlasting ontoegankelijk te maken en opgave te doen van naam, adres en woonplaats (verder de NAW-gegevens) van de houder van die website. Leaseweb heeft daaraan niet willen voldoen.

Bij inleidende dagvaarding heeft Brein gevorderd dat Leaseweb wordt veroordeeld de NAW-gegevens van de houder van Everlasting te verschaffen en de website van het internet te verwijderen en verwijderd te houden, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom. Voorts heeft zij op de voet van artikel 1019h Rv gevorderd Leaseweb te veroordelen tot betaling van de volledige proceskosten.

In voorwaardelijke reconventie – voor het geval dat Brein in haar vordering kan worden ontvagen – heeft Leaseweb gevorderd Brein op straffe van verbeurte van een dwangsom te verbieden nog langer sommities tot het verstrekken van NAW-gegevens en tot het ontoegankelijk maken van websites aan Leaseweb te sturen, tenzij deze aan bepaalde in de vordering omschreven voorwaarden voldoen.

De voorzieningenrechter heeft de vordering in conventie grotendeels toegewezen en die in reconventie afgewezen. De grieven van Leaseweb keren zich tegen deze toewijzing respectievelijk afwijzing en de gronden waarop de beslissing rust.

De grieven van Brein richten zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat 'niet zonder meer (kan) worden vastgesteld of het handelen van Everlasting kan worden aangemerkt als een zelfstandige openbaarmaking in de zin van de Auteurswet (of de WNR), alsmede tegen de beslissing de vordering tot betaling van de volledige proceskosten (dat wil zeggen: voor zover deze het forfaitaire tarief overschrijden) af te wijzen.

4.2 Volgens grieven I en II van Leaseweb had de voorzieningenrechter Brein niet mogen ontvangen in haar vorderingen

- omdat Brein niet de keus heeft gemaakt of zij optrad als gevolmachtigde van de bij de rechteninbreuk betrokkenen dan wel uit eigen hoofde op de voet van artikel 3:305a BW, terwijl zij die keus wel had moeten maken, en
- omdat Brein 'onvoldoende (heeft) getracht het gevorderde door het voeren van overleg te bereiken', zodat zij 'klaarblijkelijk' in strijd met het tweede lid van voormelde bepaling heeft gehandeld.

Aan Leaseweb moet worden toegegeven dat Brein – ook in hoger beroep en ondanks de uitnodiging tot duidelijkheid vervat in de grieven – enigszins dubbelzinnig blijft spreken over het instellen van 'vorderingen als de onderhavige (-) namens, althans ten behoeve van de bij haar aangeslotenen'. Dat neemt niet weg dat het de onmiskenbare bedoeling van Brein is de vordering in te stellen tot bescherming van gelijksoortige belangen van de bij haar aangesloten rechtspersonen en – zo begrijpt het hof – van de door die rechtspersonen beschermde belangen.

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft Brein – onbestreden – aangevoerd dat partijen al in 2005 overleg hebben gevoerd over (de manier van) het indienen van een claim en dat de thans aan de orde zijnde zaak slechts een voorbeeld is van vergelijkbare zaken tussen partijen. In die andere zaken hebben partijen elkaar niet kunnen vinden, aldus Brein. Dit wordt ook bevestigd door de eerste zin in de brieven van 6 april 2007 van Brein aan Leaseweb respectievelijk aan haar advocaat, waarin Brein schrijft: 'gelet op onze zeer recente correspondentie over de illegale Bittorrent website DSB-tracker vertrouw ik u er graag mee akkoord de standaard alinea's over te slaan en direct ter zake te komen' (versie van de brief aan de advocaat van Leaseweb). Kennelijk verwachtte Brein niets van hernieuwd overleg.

In zijn reactie van 12 april 2007 van de advocaat van Leaseweb gaat deze wel in op andere gebreken die aan de aanpak van Brein kleven, maar niet op het ontbreken van overleg overeenkomstig artikel 3:305a BW. In de gegeven omstandigheden kan dan ook niet worden gezegd dat van Brein verlangd kon worden dat zij eerst nog eens een overlegpoging deed en wegens het ontbreken daarvan in haar vorderingen niet onvankelijk verklaard zou moeten worden.

Het hof verwierpt de grieven I en II van Leaseweb.

4.3 Het gaat in deze zaak om door Brein gestelde voortdurende en omvangrijke rechtenschending. Daarmee is haar spoedeisend belang hier voldoende gegeven. Weliswaar heeft Leaseweb gesteld dat 'het uitbannen van Bittorrentsites een illusie is' (memorie van grieven 30), maar dat staat nog geenszins vast. Grieven IV en V van Leaseweb falen.

4.4 Het hof leidt uit de door producties ondersteunde stellingen van partijen, in het bijzonder uit paragraaf 3.2 van het door Leaseweb overgelegde 'Deskundigenbericht inzake Brein en Leaseweb' van 8 oktober 2007 van dr. ing. J.B.F. Mulder en prof. dr. ir. P. van Mieghem (productie 1 bij memorie van grieven, verder het rapport Mulder en Van Mieghem) alsmede uit het TNO-rapport 'Hoe werkt BitTorrent?' van 16 april 2008 van ir. H.M. Stokking en drs. E. Werkman (productie 39 van Brein in hoger beroep, verder het rapport Stokking en Werkman) het volgende af met betrekking tot het eerder genoemde BitTorrent systeem en het daarmee verrichte up- en downloaden.

Met dit systeem is het mogelijk om – in het geval van Everlasting – de computers van een groot aantal gebruikers ('peers') in die zin aan elkaar te koppelen dat zij bestanden zoals hiervoor vermeld aan elkaar en van elkaar kunnen uploaden respectievelijk downloaden. Om dat mogelijk te maken en efficiënt te laten verlopen wordt het bestand in blokjes verdeeld, zodat 'de kost van het uploaden gelijkmatiger over de x gebruikers en de server' (rapport Mulder en Van Mieghem 3.1) wordt verdeeld. Om de verdeling in blokken en het verkeer van die blokken correct en ordelijk te laten verlopen zijn torrentfiles en een 'tracker' nodig. Zij zijn essentieel voor het functioneren van het systeem.

Een bezitter (de 'seed' of 'seeder') van een bestand dat zou kunnen worden geupload 'maakt en plaatst' (rapport Mulder en Van Mieghem, figuur 1 op blz 6) een torrentfile, waarin de verdeling in blokjes (dus niet de blokjes zelf, die blijven bij de uploader om rechtstreeks aan een of meer downloaders te worden geupload) is geregistreerd en waarin tevens het adres (URL) van de tracker is te vinden. De tracker is een eenvoudig protocol dat downloaders

van een zelfde bestand helpt elkaar en daarmee de nog noodzakelijke blokjes te vinden (rapport Mulder en Van Mieghem blz 7), zodat deze kunnen worden geupload. Het gevolg is dat de blokjes zich verspreiden over de downloaders en deze ook onderling naar en van elkaar de inmiddels ontvangen blokjes kunnen uploaden respectievelijk downloaden zodat zij niet allen tegelijk afhankelijk zijn van de seed.

4.5 Everlasting heeft op haar website met gebruikmaking van dit systeem een uitwisselingsmogelijkheid van bestanden gecreëerd. Haar website functioneert hierbij als server, in ieder geval in die zin dat de tracker zich op haar website bevindt. Wie wil deelnemen aan de uitwisselingsmogelijkheid moet zich bij Everlasting als gebruiker/lid laten registreren. Aannemelijk is voorts dat Everlasting – door middel van een beoordelingsstelsel van de wijze waarop de deelnemers gebruik maken van de website – een rol speelt bij de kwaliteitsbewaking van de aangeboden bestanden (zie hiervoor de in zoverre niet bestreden verklaring van A. Piest, die de website – en de tracker – beheerde, productie 38 van Brein in hoger beroep).

4.6 Gelet op dit alles is voorshands aannemelijk

- dat via Everlasting tal van bestanden die films, muziekopnamen, computerspeltjes, software en E-books bevatten aan derden werden aangeboden en door hen werden gedownload zonder toestemming van de desbetreffende rechthebbenden en dat daarmee inbreuk werd gemaakt op auteursrechten en/of naburige rechten,
- dat Everlasting deze faciliteit welbewust in het leven heeft geroepen alsmede
- dat Everlasting bij de uitvoering ervan een essentiële en kwaliteitsbevorderende rol speelde.

4.7 Dit een en ander leidt naar het voorlopige oordeel van het hof tot de conclusie dat Everlasting welbewust een faciliterende rol speelde bij het op grote schaal inbreuk maken op de auteursrechten en/of naburige rechten – naar moet worden aangenomen – (mede) van diegenen voor de bescherming van wier belangen Brein in dit geding opkomt. Daarmee handelt zij onmiskenbaar onrechtmatig jegens diegenen.

Een aantal verdere verweren van Leaseweb zal het hof hieronder bespreken, omdat deze ten dele ook betrekking hebben op de thans te bespreken beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen in conventie tot het verstrekken van de NAW-gegevens van de houder van Everlasting en tot verwijdering van de website.

4.8 Ten aanzien van de vordering tot verstrekking van de NAW-gegevens overweegt het hof het volgende. Tegenover elkaar staan enerzijds het belang van Brein om op te komen tegen de rechtenschending die hier aan de orde is en anderzijds het belang van de houder van Everlasting om (op niet commerciële wijze) op het internet contacten te leggen en gegevens uit te wisselen zonder het risico te lopen dat zijn identiteit tegen zijn wens wordt onthuld door Leaseweb aan wie hij zijn NAW-gegevens heeft verstrekt, alsmede daarnaast of wellicht beter: daartussen het belang van Leaseweb om op basis van adequate gegevens een zorgvuldige beslissing te nemen omtrent het verstrekken van die gegevens, indien dat van haar wordt/kan worden verlangd.

Het belang dat Brein zich aantrekt is omvangrijk: het betreft de bescherming van de auteursrechten en naburige rechten van al diegenen wier werken via Everlasting worden verspreid. Het belang van de houder van Everlasting zich tegen het prijsgeven van zijn identiteit te verzetten moet daarvoor wijken. Zonder verstrekking van diens NAW-gegevens kan Everlasting in de praktijk onbeperkt het onrechtmatige handelen voortzetten. Brein heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij binnen redelijke grenzen naar alternatieve wegen heeft gezocht om achter de identiteit van de houder van Everlasting te komen (memorie van antwoord/grievens 92 ev) en voldoende vast staat dat die wegen niet tot het gewenste doel hebben geleid. Er bestaat voorts geen redelijke twijfel dat de gegevens die worden gevraagd leiden tot degene die het onrechtmatige handelen, het faciliteren van de rechtenschending, verricht.

Ten aanzien van haar belangen heeft Leaseweb aangevoerd 'dat van Leaseweb niet kan worden verwacht dat zij bij elke summier geformuleerde klacht en waarbij het gaat om bestanden die zich niet op haar servers bevinden gaat uitzoeken of de klacht gegrond is met alle te besteden manuren en kosten van dien' (pleitnota eerste aanleg 28).

Naar het voorlopig oordeel van het hof voldoen de hiervoor genoemde brieven van 6 april 2007 van Brein aan Leaseweb en aan haar advocaat echter aan de eis, dat Brein haar die gegevens verschafte op grond waarvan Leaseweb redelijkerwijs – en zonder zodanig uitgebreid onderzoek dat dat in redelijkheid niet van haar kon worden verwacht – kon beoordelen of het handelen van de houder van de website inderdaad onrechtmatig was. Daarmee had Brein – alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen – voldoende gegevens verschafte.

Het voorgaande leidt – naar het voorlopig oordeel van het hof en behoudens de behandeling van de verweren die hierna nog aan de orde komen – tot de conclusie dat de voorzieningenrechter de vordering tot verstrekking van de NAW-gegevens terecht heeft toegewezen.

4.9 De voorzieningenrechter heeft ook de vordering tot verwijdering en tot het verwijderd houden van de website terecht toegewezen. Nu het handelen van Everlasting onmiskenbaar onrechtmatig was, dit handelen plaats vond op de door Leaseweb ge-'hoste' website en Brein Leaseweb daar voldoende adequaat op had geattendeerd, handelde Leaseweb op haar beurt onrechtmatig door de website niet te verwijderen.

4.10 Het voorgaande leidt tevens tot de conclusie dat de voorzieningenrechter de reconventionele vordering van Leaseweb terecht heeft afgewezen, reeds omdat de door Leaseweb in het algemeen aan sommities gestelde eisen te ver gaan.

4.11 Thans komen de hierboven bedoelde verdere verweren aan de orde.

4.12 Volgens Leaseweb was er 'slechts sprake van een klein aantal leden' en was Everlasting 'slechts bedoeld voor een zeer kleine groep bekenden die het interessant vonden met P2P-techniek bezig te zijn' (pleitnota eerste aanleg 38 en memorie van grieven 42). Brein heeft echter gedocumenteerd aangevoerd dat hier in ieder geval 'geen sprake was van een familie- of vriendenkring of een groep personen tussen wie nauwelijks minder hechte banden van persoonlijke aard bestaan als bedoeld in artikel 12 lid 4 Aw.' (onder meer memorie van antwoord/grievens 77). In het bijzonder op grond van de in eerste aanleg door Brein overgelegde producties 3 en 5 tot en met 8 acht het hof inderdaad aannemelijk dat deelname en gebruik op substantiële schaal plaats vond en dat dit niet zodanig beperkt was dat op die grond geconcludeerd zou moeten worden dat geen inbreuk op auteursrechten of naburige rechten werd gemaakt. Leaseweb heeft ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep desgevraagd ook geen nadere informatie kunnen geven over de aantallen gebruikers, die het door haar bedoelde 'kleine aantal leden' zouden kunnen bevestigen.

4.13 Voorts heeft Leaseweb nog aangevoerd

- dat het uploaden uitgeschakeld kan worden (pleitnota eerste aanleg 33 en grief VII),
- de blokjes geen beschermde werken vormen (pleitnota eerste aanleg 39 en grief VII),
- dat de torrentfiles geen auteursrechtelijk beschermde werken bevatten (grief VI),
- dat de naam van een bestand wel dezelfde kan zijn als de titel van een beschermd werk, maar dat dat niets zegt over de inhoud (pleitnota eerste aanleg 26 en grief VI),
- dat niet zeker is dat de desbetreffende werken niet rechtmatig in het verkeer zijn gebracht (pleitnota eerste aanleg 26 en grief XI) en
- dat de tracker en de website van Everlasting niet onontbeerlijk zijn voor het downloaden van de files (onder meer pleitnota in eerste aanleg 35 en die in hoger beroep 19 ev).

Al deze verweren moeten worden verworpen. Het uploaden kan weliswaar worden uitgeschakeld, maar dat gebeurt kennelijk niet op grote schaal. Het systeem kan immers niet werken zonder het uploaden.

Of de blokjes op zichzelf en of de torrentfiles beschermde werken vormen kan in het midden blijven. Het zijn de noodzakelijke middelen die tot de rechtenschending leiden.

Dat de naam niet altijd de lading dekt moge zo zijn, maar doet er niet aan af dat het zich – naar mag worden aangenomen – (veel) vaker zal voordoen dat dat wel het geval is. Een systeem van bestandenuitwisseling functioneert bij de gratie van een voldoende betrouwbare benaming van die bestanden.

Iets soortgelijks geldt voor de vraag of de bestanden rechtmatig in het verkeer zijn gebracht. Het zal ongetwijfeld – en mogelijk zelfs regelmatig – voorkomen dat ook bestanden die door de producent zijn voorzien van een beveiligingscode worden aangeboden. Zonder de sleutel van de code kan de gebruiker echter niets met die bestanden. Het zijn dan ook niet die bestanden waar het bij de uitwisseling om gaat en zij zullen bij de uitwisseling geen rol van betekenis spelen.

In een bij pleidooi door Brein als productie 9 overgelegde verklaring hebben Mulder en Van Mieghem voornoemd – overeenkomstig hun eerder in hun rapport op vragen van Leaseweb gegeven antwoorden – tegenover het TNO-rapport inderdaad bevestigd de dat stellingen die leiden tot 'de conclusie dat de tracker en de website van Everlasting onontbeerlijk zouden zijn voor het downloaden van de door Brein genoemde files (-) ten onrechte (worden) gepresenteerd als incontestabel'. De omstandigheid echter dat het mogelijk is de bestanden uit te wisselen zonder tracker en zonder de website, doet er niet aan af dat de houder van Everlasting de uitwisseling heeft geïnitieerd en dat deze uitwisseling in dit geval wel degelijk via de website, gestuurd door de daarop geplaatste tracker, plaats vindt. Het ligt ook niet voor de hand om aan te nemen dat de uitwisseling in de praktijk op deze schaal van de grond zou (kunnen) komen zonder een initiërende website als Everlasting.

5. Slotsom

De grieven van Leaseweb die geen verdere afzonderlijke behandeling vergen falen. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen in conventie terecht toegewezen en die in reconventie terecht afgewezen.

Het hof is voorts van oordeel dat de voorzieningenrechter terecht slechts de proceskosten overeenkomstig het liquidatietarief heeft toegewezen. Gelet op het feit dat Leaseweb geen duidelijk eigen belang heeft bij de beoordeling van en de keuze tussen de belangen van Brein en Everlasting, zij ook zorgvuldigheid heeft te betrachten jegens Everlasting en het hier gaat om een nog niet duidelijk uitgekristalliseerde materie, verzet de billijkheid bij toepassing van artikel 1019h Rv zich ertegen Leaseweb in meer dan de forfaitaire proceskosten te verwijzen. Dit betekent dat grief II van Brein dient te worden verworpen. Ten slotte brengt deze uitkomst mee dat Brein geen belang heeft bij behandeling van haar grief I.

Het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Het hof zal Leaseweb verwijzen in de kosten gevallen op het principaal hoger beroep en Brein in de kosten gevallen op het incidenteel hoger beroep. Het hof is van oordeel dat de billijkheid zich eveneens ertegen verzet dat bij de vaststelling van de proceskosten ten gunste van Leaseweb een andere maatstaf zou moeten gelden dan bij de vaststelling van de proceskosten ten gunste van Brein, zodat over en weer het forfaitaire tarief zal worden toegepast. Daar komt nog bij dat de door Leaseweb ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep overgelegde specificatie geen aanknopingspunt biedt voor de vaststelling van haar met alleen het incidenteel hoger beroep gemoeide kosten.

6. Beslissing

Het hof:

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verwijst Leaseweb in de kosten van het geding in het principaal hoger beroep, aan de zijde van Brein tot op heden begroot op € 2.982,-;

verwijst Brein in de kosten van het geding in het incidenteel hoger beroep, aan de zijde van Leaseweb tot op heden begroot op € 1.341,-;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Ingelse, M. Coeterier en E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 3 juli 2008.
