

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,  
GEÏNTIMEERDE 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,  
GEÏNTIMEERDE 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 houdster 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.

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 ontvankelijk verklaard zou moeten worden.

Het hof verwerpt 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 beoordelingssysteem 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, computerspulletjes, software en E-books bevatten aan derden werden aangeboden en door hen werden gedownload zonder toestemming van de

#### 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,-;