

vonnis

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 413085 / KG ZA 12-156

Vonnis in kort geding van 10 mei 2012

in de zaak van

de stichting
**STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE
NEDERLAND, BREIN,**
statutair gevestigd te Amsterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. J.C.H. van Manen te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
UPC NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
advocaat mr. A. Killan te 's-Gravenhage,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KPN B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
advocaat mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
T-MOBILE NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,
advocaat mr. R.D. Chavannes te Amsterdam,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TELE2 NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
advocaat mr. R.D. Chavannes te Amsterdam,
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TELE2 INTERNETDIENSTEN B.V.,
gevestigd te Amsterdam,
advocaat mr. R.D. Chavannes te Amsterdam,
gedaagden in conventie,
eiseressen in reconventie.

Eiseres in conventie, verweerster in reconventie, zal hierna worden aangeduid als BREIN. Gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie, zullen hierna afzonderlijk worden aangeduid als respectievelijk UPC, KPN, T-Mobile en (Tele2 Nederland B.V. en Tele2 Internetdiensten B.V. samen) Tele2 en gezamenlijk de providers worden genoemd.

Inhoudelijk is de zaak behandeld voor BREIN door haar hiervoor genoemde advocaat en door mr. R. van Kleeff, advocaat te Amsterdam, voor UPC door haar hiervoor genoemde advocaat, door mr. T.M. van den Heuvel, advocaat te 's-Gravenhage, en door prof. M.R.F. Senfleben, *Rechtsanwalt*, voor KPN door haar hiervoor genoemde advocaat en door mr. M.M.E. Antic, advocaat te Amsterdam, en voor T-Mobile en Tele2 door hun hiervoor genoemde advocaat.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaardingen van 20 februari 2012;
- de akte overlegging producties van BREIN met producties 1-26;
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in voorwaardelijke reconventie van UPC met producties 1-4;
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in voorwaardelijke reconventie van T-Mobile en Tele2 met producties 1-16;
- de akte overlegging producties van KPN, met producties 1-13;
- de akte overlegging nadere producties, tevens verduidelijking van de vorderingen c.q. aanvulling van gronden van BREIN, met producties 27-56;
- de akte overlegging nadere producties van T-Mobile en Tele2 met producties 17-21;
- de akte houdende aanvullende producties van KPN met producties 14-20;
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in voorwaardelijke reconventie van KPN;
- de akte uitlating producties van BREIN;
- de proceskostenoverzichten van partijen;
- de mondelinge behandeling van 19 april 2012 en de daarbij door partijen overgelegde pleitnotities.

1.2. T-Mobile, Tele2 en KPN hebben bij faxbericht van 5 maart 2012 verzocht om wraking van de behandelend voorzieningenrechter (rekestnummer 414667/ HA RK 12-125). Bij beschikking van 6 april 2012 heeft de wrakingskamer van deze rechtbank het verzoek afgewezen.

1.3. T-Mobile, Tele2 en KPN hebben bezwaar gemaakt tegen de akte "verduidelijking van de vorderingen c.q. aanvulling van gronden" van BREIN. De voorzieningenrechter heeft, na het horen van partijen, ter zitting beslist dat het stuk wordt toegelaten. Gedaagden hebben wel extra pleittijd gekregen om zich tegen de nieuwe gronden te verdedigen.

1.4. Vonnis is bepaald op heden.

2. De feiten

BREIN

2.1. BREIN is in 1998 opgericht door verschillende organisaties van rechthebbenden. De bij BREIN aangesloten partijen zijn de rechthebbenden ten aanzien van het leeuwendeel van de muziek, film, games en e-books op de Nederlandse markt.

2.2. BREIN heeft als statutaire doelstelling het behartigen van de belangen van de rechthebbenden, waaronder met name de bij haar aangesloten partijen, in het bijzonder door het handhaven van de rechten van deze partijen.

BitTorrent

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

2.4. Er is een persoon (hierna: *initial seeder*) die een film, muziek of ander bestand (hierna: *content*) op zijn computer heeft staan en dit wenst te delen met zijn *peers*. Met behulp van een BitTorrent computerprogramma (hierna: *client*) deelt de *initial seeder* de *content* op in kleine delen en maakt hij een bestand met informatie over de *content* (hierna: *torrent*). De *torrent* bevat onder meer *hash*-codes die de delen waarin de *content* is opgedeeld, identificeren. Daarnaast bevat de *torrent* een verwijzing naar een of meer zogeheten *trackers* (zie over *trackers* hierna r.o. 2.9).

2.5. De *initial seeder* kan de *torrent* vervolgens aanbieden aan zijn *peers*. Daartoe kan de *initial seeder* de *torrent* bijvoorbeeld uploaden naar een website waar *torrents* worden geïndexeerd, gecategoriseerd en ter beschikking gesteld aan het publiek (hierna: *index*). De *torrents* kunnen ook op andere manieren worden verspreid, bijvoorbeeld via e-mail of blogs.

2.6. Daarnaast kan de *initial seeder* een zogeheten *magnet link* voor de *torrent* maken. Een *magnet link* is een *hash*-code die de betreffende *torrent* identificeert. Omdat een *magnet link* bestaat uit leesbare ongecodeerde tekst kan de *initial seeder* een *magnet link* relatief gemakkelijk verspreiden onder zijn *peers*, via e-mailberichten, blogs, chatberichten en advertenties.

2.7. Een *peer* die op zoek is naar bepaalde *content* kan bijvoorbeeld via een *index* de *magnet link* achterhalen die voor de *torrent* voor die *content* is gemaakt. Wanneer de *peer* die *magnet link* heeft gevonden en hij die aanklikt, downloadt de *browser* van de *peer* de *magnet link* en stuurt die door naar de *client* van de *peer*. De *client* gaat vervolgens in het netwerk van *peers* op zoek naar een *peer* die de *torrent* ter beschikking stelt die de *magnet link* identificeert. Daarbij maakt de *client* gebruik van een zogeheten *Distributed Hash Table* (DHT). Als de *client* de *torrent* heeft gelokaliseerd, downloadt de *client* de *torrent*.

2.8. Als de *peer* al dan niet met behulp van een *magnet link* een *torrent* heeft gelokaliseerd en gedownload, gaat de *client* met behulp van die *torrent* in het netwerk van *peers* op zoek naar de *peers* die de betreffende *content* ter beschikking stellen. Dat kan op twee manieren: centraal (met een *tracker*) en decentraal (*trackerless*).

2.9. Bij een centraal geregelde aanpak is er een zogenaamde *tracker*. Dit is een server die bijhoudt welke *peers* tot de zogeheten "zwerm" van *peers* behoren die de *content* ter beschikking stellen waarop de *torrent* betrekking heeft. De *tracker* coördineert ook de uitwisseling van de *content* tussen *peers*. In de *torrent* staat met welke *tracker* contact kan worden gezocht voor die *torrent*. Als de *client* contact maakt met (een van de) *trackers* om zich bekend te maken als deelnemer in de zwerm, krijgt die van de *tracker* een lijst met IP-adressen van de *peers* die de *content* ter beschikking stellen.

2.10. Bij een decentrale aanpak wordt geen gebruik gemaakt van een centrale *tracker*. Bij deze aanpak fungeert in feite iedere *peer* als *tracker* en wordt dus het netwerk van *peers* gebruikt om bij te houden welke *peers* beschikbaar zijn voor een bepaalde *torrent*. Hiervoor wordt de eerder genoemde DHT gebruikt. Om de werking van DHT te initiëren worden centrale plekken gebruikt (zogenaamde routers) waar gevraagd kan worden om IP-adressen van actieve *peers*.

2.11. Als bekend is welke *peers* de *content* ter beschikking stellen, start de *client* het downloaden daarvan. In beginsel stelt de *client* de (delen van de) *content* die zijn gedownload, direct ter beschikking aan andere *peers*.

The Pirate Bay

2.12. The Pirate Bay is een BitTorrent index die in 2003 is gelanceerd. The Pirate Bay is op dit moment 's werelds grootste index en een van de best bezochte websites. Sinds februari van dit jaar worden op The Pirate Bay hoofdzakelijk *magnet links* aangeboden. Voor die tijd bestond het aanbod hoofdzakelijk uit *torrents*.

2.13. Momenteel worden op The Pirate Bay circa 4,3 miljoen *magnet links* aangeboden. De *magnet links* worden door The Pirate Bay geïndexeerd, gecategoriseerd en ontsloten. Gebruikers kunnen aldus op The Pirate Bay zoeken naar een *magnet link* die een *torrent* identificeert die betrekking heeft op de door hen gewenste *content* en die *magnet link* vervolgens downloaden. Ten minste 90% van de *magnet links* die op The Pirate Bay worden aangeboden betreft *content* die zonder toestemming van de rechthebbenden openbaar is gemaakt (hierna: illegale *content*).

2.14. The Pirate Bay wordt geëxploiteerd door drie natuurlijke personen, te weten de heren Warg, Neij en Kolmisoppi, die The Pirate Bay ook hebben opgericht (hierna: de beheerders). Zij waren allen oorspronkelijk woonachtig in Zweden.

procedures om The Pirate Bay ontoegankelijk te maken

2.15. BREIN en buitenlandse rechthebbendenorganisaties hebben de afgelopen jaren op verschillende manieren opgetreden tegen (de beheerders van) The Pirate Bay. In Zweden

zijn de beheerders strafrechtelijk veroordeeld. Civielrechtelijk is hen een verbod opgelegd, waaraan de beheerders evenwel geen gevolg hebben gegeven.

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

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

2.18. De beheerders zijn van het voormelde verstekvonnis in verzet gekomen. Op 22 oktober 2009 heeft de voorzieningenrechter vonnis in verzet gewezen. De voorzieningenrechter heeft daarin overwogen dat voorshands niet kan worden vastgesteld dat The Pirate Bay – kort gezegd – auteursrechtinbreuk pleegt. Wel is aangenomen dat The Pirate Bay onrechtmatig handelt door haar gebruikers stelselmatig in staat te stellen inbreuk te maken op auteursrechten. De voorzieningenrechter heeft de beheerders – samengevat – bevolen alle op de website aangeboden *torrents* waarmee bestanden met werken waarop de bij BREIN aangesloten rechthebbenden auteursrechten hebben, kunnen worden uitgewisseld, te verwijderen en verwijderd te houden. Aan dit bevel diende uitvoering te worden gegeven door de op de websites thepiratebay.org, piratebay.org, piratebay.net, piratebay.se, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.nu en the.piratebay.se, of andere variaties daarop, bedoelde *torrents* ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland.

2.19. De beheerders zijn de in het vonnis van 22 oktober 2009 neergelegde bevelen niet nagekomen. BREIN heeft het vonnis, waarvan de beheerders niet in beroep zijn gekomen, bij gebreke van enige bekende woon- of verblijfplaats van de beheerders, openbaar doen betekenen.

2.20. Bij vonnis van 16 juni 2010, hersteld bij herstellvonnis van 23 juni 2010 (hierna: het vonnis van 16 juni 2010), heeft de rechtbank Amsterdam in de bodemprocedure tussen BREIN en de beheerders vonnis gewezen bij verstek. Het dictum omvat een verbod inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van de bij BREIN aangesloten rechthebbenden, althans het aanbieden van hun diensten als tussenpersoon in de zin van artikel 26d Auteurswet (hierna: Aw) en 15e Wet op de naburige rechten (hierna: Wnr), althans het

onrechtmatig handelen in Nederland te staken en gestaakt te houden, alsmede – kort gezegd – de website The Pirate Bay ontoegankelijk te maken voor gebruikers in Nederland.

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

2.22. Vooral nog is de website van The Pirate Bay nog steeds online. Ook worden daarop nog steeds miljoenen *magnet links* aangeboden die hoofdzakelijk betrekking hebben op illegale *content*.

de procedures tegen Ziggo en XS4ALL

2.23. BREIN heeft op 6 mei 2010 een aanbieder van breedbandinternet, Ziggo, gedagvaard in kort geding en kort gezegd gevorderd Ziggo te bevelen de toegang van haar abonnees tot door BREIN genoemde IP-adressen en domeinnamen via welke The Pirate Bay opereert, te blokkeren. XS4ALL heeft zich in het kort geding gevoegd aan de zijde van Ziggo.

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

2.25. Bij dagvaardingen van 28 juni 2010 heeft BREIN tegen Ziggo en XS4ALL dezelfde vorderingen als BREIN in het hiervoor genoemde kort geding naar voren had gebracht, ingesteld bij de bodemafdeling van deze rechtbank. Bij vonnis van 11 januari 2012 heeft deze rechtbank de vorderingen toegewezen. BREIN heeft het vonnis aan Ziggo en XS4ALL betekend. Per 1 februari 2012 blokkeren deze partijen de toegang tot The Pirate Bay voor hun abonnees. Ziggo en XS4ALL zijn van het vonnis in beroep gegaan. Ook deze appelprocedure loopt nog.

het buitenland

2.26. Ook in België, Denemarken, Italië en Finland zijn internetproviders veroordeeld The Pirate Bay voor hun abonnees te blokkeren. In het Verenigd Koninkrijk was ten tijde van de zitting in de onderhavige zaak ook een zaak aanhangig, waarin de *High Court* bij tussenvonnis heeft geoordeeld dat The Pirate Bay zich schuldig maakt aan auteursrechtinbreuk.

de providers

2.27. De providers zijn aanbieders van breedbandinternet in Nederland. Zij hebben samen met Ziggo en XS4ALL circa 90% van de Nederlandse breedbandmarkt in handen. Die markt bestond in 2010 uit ongeveer 6 miljoen breedbandinternetaansluitingen.

2.28. Na het bodemvonnis heeft BREIN zich gewend tot de providers en hen verzocht de toegang tot The Pirate Bay te blokkeren voor hun abonnees. De providers hebben geweigerd vrijwillig aan het verzoek te voldoen.

3. Het geschil

in conventie

3.1. BREIN vordert – samengevat – dat de voorzieningenrechter, uitvoerbaar bij voorraad, de providers beveelt hun diensten die gebruikt worden om inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van rechthebbenden wier belangen BREIN behartigt, te staken en gestaakt te houden door middel van het blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van haar abonnees tot in de dagvaarding genoemde domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert en, voor het geval dat The Pirate Bay via andere IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen zou gaan opereren, de toegang van haar klanten tot deze andere IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen binnen tien werkdagen na aanlevering door BREIN te blokkeren en geblokkeerd te houden, onder bepaling van een dwangsom, met veroordeling van de providers in de volledige proceskosten ex artikel 1019h van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv).

3.2. BREIN heeft aan haar vorderingen primair de artikelen 26d Aw en 15e WNR ten grondslag gelegd. BREIN stelt zich op het standpunt dat de providers tussenpersonen zijn wier diensten door de abonnees van de providers worden gebruikt om inbreuk te maken. Subsidiair stelt BREIN dat die diensten ook door The Pirate Bay worden gebruikt om inbreuk te maken en meer subsidiair heeft BREIN aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de providers onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden.

3.3. In de dagvaarding had BREIN de vorderingen ook ingesteld tegen UPC Broadband Operations B.V. en Koninklijke KPN N.V. Omdat deze partijen hebben verklaard geen internettoegangsdiensten te verrichten heeft BREIN verklaard haar vorderingen tegen deze partijen in te trekken. Wat betreft Koninklijke KPN N.V. is het verweer pas ter zitting naar voren gebracht en heeft BREIN de vordering dus pas ter zitting kunnen “intrekken”. Formeel kunnen vorderingen echter niet meer worden ingetrokken na het uitroepen van de zaak (artikel 9.1 van het Procesreglement kort gedingen). De voorzieningenrechter begrijpt uit de opstelling van partijen echter dat zij hebben bedoeld te verzoeken om doorhaling van de zaak tegen Koninklijke KPN N.V. (artikel 14.1 van het Procesreglement kort gedingen). Daarom hoeft in dit vonnis geen uitspraak te worden gedaan in de zaken tegen UPC Broadband Operations B.V. en Koninklijke KPN N.V.

3.4. De providers voeren verweer.

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

in reconventie

3.6. Voor het geval dat de vorderingen in conventie worden toegewezen, vorderen de providers – samengevat – BREIN te bevelen de geblokkeerde IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen voortdurend te monitoren en BREIN te verbieden de blokkering te handhaven als de reden voor de blokkade is komen te vervallen, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.7. Aan hun vorderingen leggen de providers ten grondslag dat er een prikkel voor BREIN moet bestaan om "overblokkade" te voorkomen.

3.8. BREIN voert verweer. Op de stelling van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

spoedeisend belang

4.1. Het spoedeisende belang van BREIN bij de gevorderde maatregel vloeit voort uit het voortdurende karakter van de gestelde inbreuken. Het feit dat BREIN al geruime tijd bekend is met die inbreuken neemt in dit geval de spoedeisendheid niet weg. Vast staat immers dat BREIN en haar buitenlandse zusterorganisaties al op diverse manieren hebben opgetreden tegen die inbreuken door middel van andere maatregelen, zoals de procedures tegen de beheerders van The Pirate Bay en tegen grootschalige *initial seeders*.

geen obscuur libel

4.2. Het betoog van de providers dat de dagvaarding onbegrijpelijk is omdat daarin The Pirate Bay niet is gedefinieerd, is ongegrond. In de dagvaarding staat voldoende duidelijk aangeduid wat BREIN onder de website The Pirate Bay verstaat en uit het verweer dat de providers hebben gevoerd blijkt dat ook voor hen voldoende duidelijk is geweest wat BREIN bedoelt. De providers beschrijven immers gedetailleerd de inhoud en werking van de website.

verhouding tot het bodemvonnis

4.3. De providers hebben er terecht op gewezen dat het oordeel van deze rechtbank in de bodemzaak tegen Ziggo en XS4ALL niet bindend is voor hen. Dit kort geding betreft een zaak tegen andere gedaagden en dient dus uitsluitend te worden beoordeeld op basis van de stellingen en argumenten die de partijen in deze zaak innemen.

4.4. Het voorgaande laat onverlet dat het bodemvonnis een rol speelt in dit kort geding. Een voorzieningenrechter dient bij zijn voorlopig oordeel immers een inschatting te geven van het oordeel dat de bodemrechter zal geven. In dit geval ligt er al een oordeel van de rechtbank in een zaak waarin dezelfde eiser identieke vorderingen heeft ingesteld tegen partijen die dezelfde diensten verlenen als de gedaagden in deze zaak. Voor zover de gronden en verweren die in die bodemzaak naar voren zijn gebracht overeenkomen met de gronden en verweren die in dit kort geding zijn aangevoerd, is het oordeel daarover van de bodemrechter richtinggevend. In overeenstemming daarmee hebben de providers hun verweer geconcentreerd op punten die naar hun mening niet of onvoldoende zijn onderkend in het bodemvonnis. Daarom zal in dit vonnis ook met name op die punten worden ingegaan.

inbreuk

4.5. Voorop staat dat de providers niet hebben bestreden dat een abonnee inbreuk maakt als een abonnee zonder toestemming van de rechthebbende *content* uploadt via het BitTorrent-protocol. Evenmin is bestreden dat voor games en e-books geldt dat ook het downloaden daarvan via het BitTorrent-protocol zonder toestemming van de rechthebbende kwalificeert als een inbreuk. Daarvan zal hierna worden uitgegaan.

4.6. De providers hebben niet, of niet steekhoudend bestreden dat er abonnees van de providers zijn die The Pirate Bay bezoeken om daar *magnet links* te plaatsen of op te halen en die inbreuk maken door de *content* waarop de *magnet link* betrekking heeft, via het BitTorrent-protocol uit te wisselen met *peers*. De providers betwisten wel uitdrukkelijk dat het om aanzienlijke aantallen inbreuken gaat. Dat verweer moet op de navolgende gronden worden verworpen.

4.7. Ten eerste heeft BREIN aangevoerd dat The Pirate Bay een zeer populaire website is die wereldwijd miljoenen bezoekers per maand trekt. BREIN heeft daarbij gesuggereerd dat meer dan twee miljoen van die bezoekers afkomstig zijn uit Nederland. In dit geding gaat zij echter "veiligheidshalve" uit van één miljoen Nederlandse bezoekers. De providers hebben die aantallen betwist. Daarbij hebben ze opgemerkt dat BREIN in de bodemprocedure tegen Ziggo en XS4ALL nog het standpunt innam dat The Pirate Bay 500.000 Nederlandse bezoekers per maand trok. Nu enerzijds BREIN dat verschil niet heeft toegelicht en anderzijds de providers niet aannemelijk hebben gemaakt dat The Pirate Bay minder dan 500.000 Nederlandse bezoekers per maand trekt, zal voorshands worden uitgegaan van dat aantal. Dat dit cijfer betrekking heeft op de situatie voor de ingang van de blokkering door Ziggo en XS4ALL is niet relevant omdat voorshands niet aannemelijk is dat die blokkering effect heeft gehad op het gebruik van The Pirate Bay door de abonnees van andere providers dan Ziggo en XS4ALL, zoals gedaagden, en ook de overige gegevens in de navolgende berekeningen betrekking hebben op die situatie of daar niet significant van afwijken.

4.8. Ten tweede heeft BREIN aangevoerd dat de verdeling van de Nederlandse bezoekers van The Pirate Bay over de Nederlandse providers min of meer gelijk is aan de marktverdeling op de breedbandmarkt. Op basis van gegevens van OPTA zou dat volgens BREIN voor gedaagden neerkomen op de volgende percentages:

KPN (incl. XS4ALL)	40-50%
UPC	10-15%
Tele2	5-10%
T-Mobile	0-5%

Ter toelichting heeft BREIN aangevoerd dat er geen reden is om te veronderstellen dat de abonnees van een provider veel meer of minder gebruik maken van The Pirate Bay dan abonnees van een andere provider, zij het dat Ziggo en UPC een wat hoger aandeel zullen hebben omdat zij relatief snel internet bieden. Daarnaast heeft BREIN in dit verband gewezen op de meetresultaten die zijn opgenomen in het UvA-rapport dat de providers in het geding hebben gebracht (productie 20 van T-Mobile en Tele2, productie 4 van UPC en productie 15 van KPN). Die meetresultaten geven de verdeling van *seeders* over de Nederlandse providers weer in de vorm van een percentage per provider. Partijen lijken het

erover eens te zijn dat de resultaten van die metingen niet geschikt zijn om een precies percentage vast te stellen omdat het gaat om momentopnamen. De voorzieningenrechter begrijpt dat BREIN in dit kader heeft bedoeld te betogen dat de gemiddelden van die percentages wel grofweg overeenkomen met de door BREIN geschetste verdeling. Dat die cijfers betrekking hebben op de situatie na ingang van de blokkering impliceert niet dat het aandeel van de abonnees van gedaagden wordt overschat, want de onderzoekers constateren juist dat de blokkering geen significant effect heeft op het aandeel van de abonnees van Ziggo en XS4ALL. De providers hebben de door BREIN gestelde verdeling wel betwist, maar zij hebben geen alternatieve verdeling voorgesteld. Evenmin hebben zij inzichtelijk gemaakt waarom hun abonnees The Pirate Bay substantieel minder zouden bezoeken dan de abonnees van andere providers. Daarom moet voorshands worden uitgegaan van de door BREIN gesuggereerde verdeling.

4.9. Als de verdeling van de Nederlandse bezoekers van The Pirate Bay over de providers min of meer correspondeert met de marktverdeling, zal het percentage van de abonnees dat The Pirate Bay bezoekt min of meer gelijk zijn bij iedere provider. Derhalve zou, zoals BREIN terecht heeft aangevoerd, dit percentage bij gedaagden min of meer gelijk moeten zijn aan het percentage bij Ziggo en XS4ALL. Partijen zijn het erover eens dat de in het bodemvonnis voor Ziggo en XS4ALL gehanteerde percentages onjuist zijn berekend op basis van de in dat vonnis vastgestelde feiten. Volgens BREIN zou bij een juiste berekening het percentage voor Ziggo 20% bedragen. De providers hebben echter naar voorlopig oordeel terecht opgemerkt dat uitgaande van de in het bodemvonnis genoemde gegevens, circa 10% van de Ziggo abonnees The Pirate Bay bezoekt. In het bodemvonnis is aangenomen dat gemiddeld circa 30% van de IP-adressen in de onderzochte zwermen van *peers*, abonnees van Ziggo betroffen. Ervan uitgaande dat het aandeel van de abonnees van Ziggo in de zwermen ongeveer gelijk zal zijn aan het aandeel van de abonnees van Ziggo in het bezoek aan The Pirate Bay zal circa 30% van de 500.000 bezoekers van The Pirate Bay, ofwel 150.000 bezoekers, abonnee van Ziggo zijn. Dat correspondeert met een percentage van 10% van de abonnees van Ziggo (150.000 van de 1.500.000 abonnees van Ziggo). Dit percentage stemt bovendien min of meer overeen met de in het bodemvonnis opgenomen gegevens over het totale aantal Nederlandse bezoekers van The Pirate Bay (500.000) en het totale aantal Nederlandse breedbandabonnees (circa 6.000.000). Daarvan uitgaande bezoekt iedere maand circa 8,33% van de abonnees van alle Nederlandse providers The Pirate Bay. Voorshands moet worden aangenomen dat bij gedaagden min of meer hetzelfde percentage van de abonnees The Pirate Bay zal bezoeken.

4.10. Ten derde moet worden aangenomen dat het overgrote deel van de abonnees die The Pirate Bay bezoeken, dat doen om inbreuk te maken. The Pirate Bay is immers een index-website. Het overgrote deel van de bezoekers zal de website dus bezoeken om de *magnet links* op te halen. Partijen zijn het er ook over eens dat het overgrote deel van de opgehaalde *magnet links* betrekking heeft op illegale *content* (dat wil zeggen dat de opgehaalde *magnet links torrents* identificeren die verwijzen naar illegale *content*). BREIN heeft onweersproken aangevoerd dat tenminste 90% van de *magnet links* die op The Pirate Bay worden aangeboden, betrekking heeft op illegale *content* en dat van het deel van de *magnet links* die daadwerkelijk worden opgehaald, een nog groter percentage betrekking heeft op illegale *content*, omdat illegale *content* populairder is dan legale *content*.

4.11. De stelling van de providers dat er *clients* bestaan die de abonnees de mogelijkheid bieden om het uploaden van gedownloadde *content* uit te zetten (productie 8 van T-Mobile en

Tele2), kan niet leiden tot een ander oordeel. Ervan uitgaande dat het downloaden van andere *content* dan games en e-books is toegestaan op grond van de artikelen 16c Aw en 10 sub e WNR, zou die stelling meebrengen dat er gevallen denkbaar zijn waarin een abonnee die een *magnet link* ophaalt op The Pirate Bay, vervolgens geen inbreuk zal maken. De providers hebben echter niet gesteld dat een substantieel deel van hun abonnees dit type *client* gebruikt en dat die abonnees de instellingen van die *client* ook daadwerkelijk zodanig hebben aangepast dat zij niet uploaden. Voorshands is ook niet aannemelijk dat veel abonnees de upload-functie zullen uitzetten. De efficiëntie van de bestandsuitwisseling via het BitTorrent-protocol is namelijk gebaseerd op het principe dat iedere downloader ook uploadt.

4.12. Ten vierde moet worden aangenomen dat de hiervoor bedoelde inbreuken hoofdzakelijk betrekking hebben op materiaal waarvan de rechten berusten bij partijen die zijn aangesloten bij BREIN. De providers hebben weliswaar voor een deel van de werken die BREIN als voorbeeld had overgelegd, aangevoerd dat de rechten bij partijen berusten die niet zijn aangesloten bij BREIN, maar zij hebben niet bestreden dat de bij BREIN aangesloten partijen de rechthebbenden zijn ten aanzien van het leeuwendeel van de betreffende *content*.

4.13. Gelet op het voorgaande kunnen de overige bewijsmiddelen die BREIN heeft overgelegd ter onderbouwing van de omvang van de inbreuken buiten beschouwing blijven (producties 17, 18, 22, 23, 28 en 29). Daarom kan in het midden blijven of BREIN die bewijsmiddelen onrechtmatig heeft verkregen.

wettelijke grondslag

4.14. Naar voorlopig oordeel moet worden aangenomen dat de abonnees die de hiervoor vastgestelde inbreuken plegen, de door de providers aangeboden internettoegangdienst gebruiken om die inbreuken te maken en dat aan hen dus op grond van de artikelen 26d Aw en 15e WNR een bevel kan worden opgelegd om die diensten te staken. Het betoog van de providers dat die artikelen in dit geval niet van toepassing zijn omdat de specifieke dienst waarvan de staking wordt gevorderd (toegang tot The Pirate Bay) niet wordt gebruikt om inbreuk te maken, treft naar voorlopig oordeel geen doel.

4.15. Daarbij moet voorop staan dat, zoals BREIN terecht heeft aangevoerd, de rechtbank in het bodemvonnis uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat een dienst bestaande uit het verlenen van toegang tot The Pirate Bay kan worden aangemerkt als een dienst die wordt gebruikt om inbreuk te maken in de zin van de artikelen 26d Aw en 15e WNR (zie r.o. 4.15 en 4.16). De voorzieningenrechter moet zich in beginsel richten naar dat bodemoordeel (zie hiervoor r.o. 4.4). Het betoog van de providers dat de rechtbank bij het oordeel zou zijn uitgegaan van een onjuiste voorstelling van de werking van The Pirate Bay, is naar voorlopig oordeel ongegrond. De providers suggereren dat de rechtbank is uitgegaan van de onjuiste aanname dat de *magnet links* en *torrents* die abonnees op The Pirate Bay kunnen downloaden, illegale *content* bevatten of dat de uitwisseling van de *content* anderszins via de servers van The Pirate Bay loopt. In het bodemvonnis staat echter uitdrukkelijk beschreven dat de *torrents* alleen metadata bevatten (r.o. 2.4) en dat de *content* via het BitTorrent-protocol wordt uitgewisseld tussen de *peers* onderling al dan niet met behulp van een *tracker* (r.o. 2.3 en 2.5).

4.16. De providers hebben onvoldoende aangevoerd om in deze zaak tot een andere uitleg van de artikelen 26d Aw en 15 WNR te komen, met name voor de meest voorkomende situatie dat de abonnee zijn toegang tot The Pirate Bay gebruikt om een *magnet link* op te halen die betrekking heeft op illegale *content*. Uitzonderingen daargelaten (zie hiervoor r.o. 4.11) is het automatische gevolg en enige doel van het ophalen van een *magnet link* van The Pirate Bay immers dat het proces van uitwisseling van de illegale *content* wordt gestart. Tussen partijen staat vast dat het aanklikken van een *magnet link* op The Pirate Bay tot gevolg heeft dat de browser van de abonnee de *magnet link* zal downloaden en doorsturen naar de *client* van de abonnee. De *client* zal vervolgens automatisch binnen het *peer-to-peer* netwerk op zoek gaan naar de *torrent* die de *magnet link* identificeert, waarna die *torrent* wordt download. Vervolgens zal de *client* met behulp van de *torrent*, al dan niet via een *tracker*, de illegale *content* lokaliseren, downloaden en (doorgaans) automatisch weer uploaden naar andere *peers*. De providers hebben niet bestreden dat die laatste stap, te weten het uploaden, moet worden aangemerkt als een inbreukmakende handeling van de betreffende abonnee. Evenmin is bestreden dat voor games en e-books ook de daaraan voorafgaande stap van het downloaden van de *content* al inbreukmakend is. Daarvan uitgaande kan, zoals BREIN heeft aangevoerd, het aanklikken van een *magnet link* op The Pirate Bay worden gekarakteriseerd als het indrukken van een knop die de inbreuk in gang zet. In die zin gebruiken de abonnees die een *magnet link* ophalen op The Pirate Bay, hun toegang tot The Pirate Bay om inbreuk te maken in de zin van de artikelen 26d Aw en 15e WNR. Het feit dat met het ophalen van de *magnet link* op The Pirate Bay nog geen bestand wordt uitgewisseld en dat de uitwisseling van het bestand die het gebruik van de *magnet link* in gang zet, niet via de servers van The Pirate Bay loopt, doet daar niets aan af. De artikelen 26d Aw en 15e WNR eisen, anders dan de providers hebben gesuggereerd, naar voorlopig oordeel namelijk niet dat de inbreuk wordt gemaakt *tijdens* het gebruik van de dienst. Het volstaat dat de dienst wordt gebruikt *om* inbreuk te maken en dat is het geval.

noodzaak

4.17. Naar voorlopig oordeel heeft BREIN terecht aangevoerd dat de gevorderde blokkering van The Pirate Bay noodzakelijk is ter bescherming van de rechten van de bij haar aangesloten partijen tegen de massale inbreuken door de abonnees van de providers. Zoals hiervoor is vastgesteld, vormen de *magnet links* in feite de knop waarmee de abonnees die inbreuken starten. Als onweersproken staat vast dat The Pirate Bay veruit de belangrijkste bron van die *magnet links* is en daarmee dus het belangrijkste startpunt van de inbreuken van de abonnees vormt. The Pirate Bay biedt die *magnet links* in zeer grote aantallen aan, te weten circa 4,3 miljoen, indexeert deze op gebruiksvriendelijke wijze en maakt ze makkelijk vindbaar via haar zoekmachine en lijsten met populaire en nieuwe titels. Daarnaast verstrekt The Pirate Bay informatie op basis waarvan de bezoekers de kwaliteit van de *content* kunnen beoordelen, zoals gegevens over het aantal *seeders* en *leechers*, commentaren van gebruikers en informatie over de betrouwbaarheid van de *initial seeder*. Vanwege die informatie en het gebruiksgemak is The Pirate Bay met afstand de populairste index-website. Gelet hierop is naar voorlopig oordeel een effectieve rechtsbescherming voor de bij BREIN aangesloten partijen niet mogelijk zonder blokkering van The Pirate Bay.

effectiviteit

4.18. Het voorgaande laat onverlet dat voorshands ook aannemelijk is dat een effectieve aanpak van de inbreuken door de abonnees van de providers meer zal vergen dan enkel de blokkering van The Pirate Bay. Niet in geschil is namelijk dat er technieken bestaan waarmee de abonnees de blokkering kunnen omzeilen, zoals *proxies* en *virtual private networks*. Daarnaast staat tussen partijen vast dat de abonnees kunnen uitwijken naar andere bronnen van *magnet links* of *torrents*, zoals alternatieve index-websites en zogeheten *mirrors* (kopieën van The Pirate Bay). De inbreuken door de abonnees zullen daarom alleen kunnen worden teruggedrongen als ook wordt opgetreden tegen de aanbieders van de omzeilingstechnieken en de beheerders van de alternatieve bronnen van *magnet links* en *torrents*. De gevorderde blokkering is dus wel een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde voor een effectieve aanpak van de inbreuken.

4.19. In het licht van het voorgaande moet het betoog van de providers dat de gevorderde blokkering niet zal leiden tot minder inbreuken door hun abonnees, naar voorlopig oordeel worden gepasseerd. Hun betoog is gebaseerd op de veronderstelling dat er geen aanvullende maatregelen zullen worden genomen. Die veronderstelling moet voorshands worden verworpen. Vast staat namelijk dat BREIN al optreedt tegen de aanbieders van technieken waarmee de door Ziggo en XS4ALL geïmplementeerde blokkering van The Pirate Bay kan worden omzeild. BREIN heeft onweersproken aangevoerd dat die inspanningen er in de afgelopen weken toe hebben geleid dat 37 *proxies* zijn “neergehaald”. Daarnaast heeft BREIN onweersproken aangevoerd dat ook wordt opgetreden tegen andere bronnen van *magnet links* en *torrents* dan The Pirate Bay. Naar eigen zeggen heeft BREIN het laatste jaar 600 websites uit de lucht gehaald, waaronder websites waarop veel *torrents* werden aangeboden, zoals BTJunkie. Buitenlandse zusterorganisaties van BREIN boeken vergelijkbare resultaten, zoals het recente neerhalen van Megaupload en het opleggen van een filterverplichting aan Rapidshare. Daar komt bij dat vast staat dat BREIN en haar buitenlandse zusterorganisaties ook op andere manieren de inbreuken door bestandsuitwisselingen via BitTorrent proberen tegen te gaan, zoals het optreden tegen grootschalige *initial seeders* en het stimuleren van legaal online aanbod. Voorshands moet worden aangenomen dat BREIN en haar buitenlandse zusterorganisaties daarmee zullen doorgaan en dat die maatregelen in combinatie met de blokkering van The Pirate Bay inbreuken kunnen voorkomen. De providers hebben aangegeven dat zij die combinatie van maatregelen ongewenst vinden omdat BREIN daarmee “het internet grondig kapot zou maken”, maar hebben niet bestreden dat op die manier een effectieve aanpak mogelijk is.

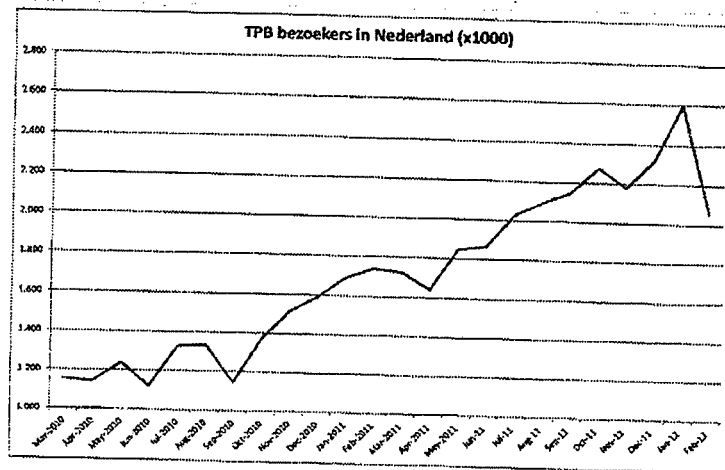
4.20. Het voorgaande geldt ook voor het rapport van onderzoekers van de Universiteit van Amsterdam (hierna: het UvA-rapport), dat de providers in het geding hebben gebracht ter onderbouwing van het gestelde gebrek aan effectiviteit. Het UvA-rapport bevat de resultaten van een onderzoek naar de gevolgen van de vergelijkbare maatregel die deze rechtbank bij het vonnis van 11 januari 2012 heeft bevolen in de zaak van BREIN tegen de providers Ziggo en XS4ALL. In grote lijnen komt het onderzoek neer op een herhaling van de steekproeven die BREIN in die zaak in het geding had gebracht om aan te tonen dat een relevant deel van de *seeders* van een aantal populaire films abonnee was bij Ziggo en XS4ALL. Omdat de herhaling heeft plaatsgevonden na de blokkering, is de verhouding tussen het aandeel van de abonnees van Ziggo en XS4ALL in enerzijds de steekproeven van BREIN en anderszijds de steekproeven van de onderzoekers, een maat voor de

effectiviteit van de blokkering, aldus de onderzoekers. De conclusie van het UvA-rapport luidt als volgt:

De claim (hypothese) dat het opleggen van een blokkade van The Pirate Bay aan Ziggo en XS4ALL leidt tot een daling van Auteursrechteninbreuk door hun abonnees via Bittorrent-uitwisseling, moet worden verworpen. Er is geen significant meetbaar effect van deze maatregel.

Deze conclusie doet niets af aan het voorgaande oordeel. De "claim" is namelijk niet dat de blokkering op zichzelf genomen zal leiden tot een daling van het aantal inbreuken, maar dat de inbreuken niet effectief kunnen worden bestreden zonder de blokkering en dat de blokkering in combinatie met andere maatregelen geschikt is om inbreuken te voorkomen (wat niet hetzelfde is als dat het aantal inbreuken zal dalen). Vast staat dat niet alle aanvullende maatregelen al waren genomen op het moment dat het onderzoek werd verricht.

4.21. Daar komt bij dat de beschikbaarheid van omzeilingstechnieken minder invloed op het bezoek aan The Pirate Bay lijkt te hebben, dan de providers stellen. BREIN heeft namelijk gegevens overgelegd waaruit onbestreden blijkt dat vergelijkbare blokkeringsmaatregelen ondanks het bestaan van omzeilingstechnieken hebben geleid tot een significante afname van het aantal bezoekers van The Pirate Bay. Zo heeft BREIN gewezen op de navolgende grafiek met betrekking tot het aantal Nederlandse bezoekers van The Pirate Bay:



Die grafiek laat een duidelijke daling van het bezoek aan The Pirate Bay zien rond het moment dat Ziggo en XS4ALL uitvoering hebben gegeven aan het bij het vonnis van 11 januari 2012 opgelegde bevel tot blokkering van The Pirate Bay (1 februari 2012). Daarnaast heeft BREIN er – eveneens onbestreden – op gewezen dat The Pirate Bay in een ranglijst van de in Nederland meest populaire websites is gedaald van plaats 26 naar plaats 40. Eenzelfde effect blijkt uit door BREIN overgelegde cijfers over het teruglopende bezoek aan The Pirate Bay na blokkades in het buitenland. Ook die gegevens zijn niet weersproken.

subsidiariteit

4.22. Naar voorlopig oordeel voldoet de gevorderde maatregel ook aan het beginsel van subsidiariteit. Dat beginsel vereist dat een maatregel pas mag worden toegepast als het beoogde doel niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden bereikt.

4.23. Naar voorlopig oordeel hebben de providers op zich terecht aangevoerd dat het individueel aanpakken van uitsluitend grootschalige *initial seeders* een minder ingrijpende maatregel is dan de blokkering van de toegang tot The Pirate Bay voor alle abonnees van de providers. Voorshands kan echter niet worden aangenomen dat met die maatregel de inbreuken door de abonnees van de providers effectief kunnen worden bestreden als The Pirate Bay, die de *initial seeders* een breed platform biedt om hun *magnet links* en *torrents* onder het publiek te verspreiden, gewoon toegankelijk blijft. Vast staat immers dat BREIN en haar buitenlandse zusterorganisaties de afgelopen jaren vele grootschalige *initial seeders* hebben aangepakt. Dat heeft er vooralsnog niet toe geleid dat alle inbreuken door middel van bestanduitwisseling via BitTorrent zijn uitgebannen of substantieel zijn afgenomen. Voor zover de aanpak van bepaalde *initial seeders* succes heeft gehad, zijn daar weer nieuwe *initial seeders* bij gekomen. Bovendien laat de aanpak van de *initial seeders* onverlet dat er op dit moment meer dan 4,3 miljoen *magnet links* op The Pirate Bay worden aangeboden die hoofdzakelijk betrekking hebben op illegale *content*. Die *magnet links* blijven beschikbaar, ook nadat de *initial seeders* die de *magnet links* op The Pirate Bay hebben geplaatst, zijn gedwongen hun activiteiten te staken.

4.24. Hetzelfde geldt voor de andere door de providers voorgestelde alternatieven, te weten een "educatieprogramma" en de verbetering van het legale aanbod. Naar voorlopig oordeel kunnen deze maatregelen weliswaar worden aangemerkt als minder ingrijpend, maar voorshands is onvoldoende aannemelijk dat met die maatregelen de inbreuken door de abonnees van de providers effectief kunnen worden bestreden als The Pirate Bay, die voor de abonnees een populair en efficiënt hulpmiddel vormt om inbreuk te maken, gewoon toegankelijk blijft. Ook hier geldt dat BREIN en de rechthebbenden initiatieven ontplooiën op deze gebieden en dat met die initiatieven het gewenste effect vooralsnog niet volledig is bereikt.

uitingsvrijheid

4.25. De providers hebben op zich terecht aangevoerd dat een van de meest problematische aspecten van de blokkeringsmaatregel is dat de maatregel ook de legitieme bezoeken aan The Pirate Bay belemmert en de uitwisselingen van legale *content* bemoeilijkt. BREIN heeft er evenzeer terecht op gewezen dat de bodemrechter in de zaak tegen Ziggo en XS4ALL dit aspect al heeft beoordeeld. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat The Pirate Bay hoofdzakelijk wordt bezocht om inbreuk te maken en het belang bij toegang tot de legale *content* beperkt is, gegeven het marginale legale aanbod en de mogelijkheid om via andere websites kennis te nemen van het legale aanbod. Volgens de rechtbank weegt dit beperkte belang niet op tegen het belang van de bij BREIN aangesloten rechthebbenden bij de gevorderde blokkering. Zoals hiervoor is overwogen (zie r.o. 4.4), moet de voorzieningenrechter zich in beginsel richten naar dat oordeel. Hetgeen de providers in deze zaak hebben aangevoerd, is onvoldoende om ervan af te wijken.

4.26. Anders dan de providers hebben betoogd, is de omstandigheid dat de legale *content* elders beschikbaar is, naar voorlopig oordeel niet een factor die spreekt tegen de blokkering. Een tegenovergesteld oordeel volgt in ieder geval niet uit het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens waarnaar de providers in dit verband verwijzen (EHRM 26 november 1991, *LJN AD1542, Observer & The Guardian / The United Kingdom*). Die zaak gaat namelijk niet over “overblokkering”, dat wil zeggen maatregelen tegen onrechtmatige uitingen die dusdanig breed zijn dat ook rechtmatige uitingen wordt belemmerd. In die zaak heeft het Hof geoordeeld dat als staatsgeheimen eenmaal op diverse plekken openbaar zijn gemaakt, de staat minder belang heeft bij een publicatieverbod dan op het moment dat de geheimen nog geheim zijn. Dat is in deze zaak niet aan de orde.

4.27. Daarnaast hebben de providers gewezen op de vrijheid van meningsuiting van de beheerders van The Pirate Bay. Dat de gevorderde maatregel een beperking inhoudt van de vrijheid van die beheerders om via hun website informatie te verstrekken is evident, maar die beperking is naar voorlopig oordeel noodzakelijk ter bescherming van de rechten van de rechthebbenden. De beheerders hebben diverse rechterlijke bevelen om onrechtmatige handelingen via The Pirate Bay te staken, naast zich neergelegd. Onder die omstandigheden moet hun recht om via The Pirate Bay informatie te verspreiden, ook voor zover het gaat om de beperkte hoeveelheid legale *content* die daarop staat, naar voorlopig oordeel wijken voor de bescherming van de rechten van de partijen die bij BREIN zijn aangesloten.

4.28. Voorts hebben de providers aangevoerd dat het belang van de abonnees bij het downloaden van illegale *content* moet worden meegewogen omdat het recht op het ontvangen van informatie ook het ontvangen van “onrechtmatige informatie” omvat en omdat het downloaden uit illegale bron bij bepaalde *content* is toegestaan. Bij de beoordeling daarvan dient naar voorlopig oordeel voorop te staan dat het publiek ook na de blokkering van The Pirate Bay kennis kan blijven nemen van alle *content*. Die *content* wordt namelijk, zoals BREIN onweersproken heeft aangevoerd, ook verspreid via kanalen die wel de instemming van rechthebbenden hebben. De gevorderde maatregel beoogt slechts te voorkomen dat die *content* door middel van inbreuken ter beschikking wordt gesteld aan het publiek. Een dergelijke beperking van het recht op het ontvangen van informatie is naar voorlopig oordeel noodzakelijk ter bescherming van de rechten van die rechthebbenden. Een andere uitleg zou meebrengen dat het openbaarmakingsrecht van de rechthebbenden onaanvaardbaar wordt uitgehold, omdat tegenover het exclusieve recht op openbaarmaking van werken van de rechthebbende altijd een recht van het publiek op kennisneming van die werken staat.

4.29. Ten slotte hebben de providers betoogd dat de gevorderde blokkeringsmaatregel een vorm van preventieve censuur is in de zin van artikel 7 lid 3 van de Grondwet (hierna: Gw) omdat de maatregel niet beperkt is in de tijd en de informatie die via The Pirate Bay wordt gepubliceerd in de toekomst kan veranderen. Het eerste punt (onbeperkte duur) is ongegrond. BREIN heeft terecht aangevoerd dat een in dit kort geding op te leggen maatregel uit de aard der zaak een voorlopige maatregel is die alleen geldt voor de periode tot de uitspraak in de bodemzaak. Die periode is relatief kort, mede gelet op het feit dat de bodemprocedure al aanhangig is. Het tweede punt (wijziging van de inhoud van de website) is onder ogen gezien door de rechtbank in de zaak tegen Ziggo en XS4ALL en verworpen in het licht van handelswijze van de beheerders van The Pirate Bay tot op heden. De providers hebben niets aangevoerd waaruit blijkt dat dit oordeel onjuist is voor de beperkte periode dat de voorlopige voorziening zal gelden. Het betoog dat de gevorderde mogelijkheid om de

lijst met te blokkeren IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen zonder rechterlijke tussenkomst te laten uitbreiden, strijdig is met artikel 7 lid 3 Gw, kan worden gepasseerd omdat dat deel van de vordering zal worden afgewezen (zie hierna r.o. 4.42).

recht op privacy

4.30. De providers hebben ook gewezen op het recht op privacy van de abonnees en het recht op vertrouwelijke communicatie. De providers hebben naar voorlopig oordeel echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat die rechten in het geding zijn bij de implementatie van de gevorderde blokkeringsmaatregel. Uit de technische beschrijving die de providers zelf naar voren hebben gebracht, blijkt immers dat de blokkering van de IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen wordt geëffectueerd door een aanpassing van respectievelijk de router en de *nameserver* van de provider. Bij de implementatie van die aanpassingen worden geen gegevens van de abonnees verwerkt. De aanpassingen aan de router en *nameservers* leiden er ook niet toe dat er meer of andere gegevens over de abonnees worden verwerkt dan zonder de blokkering het geval zou zijn. De aanpassingen leiden er slechts toe dat de router dataverkeer dat een IP-adres van de The Pirate Bay als bestemming heeft, niet doorleidt in de richting van The Pirate Bay, respectievelijk dat de *nameserver* de abonnee niet het IP-adres van The Pirate Bay verschaft na invoering van een van de domeinnamen van The Pirate Bay. Voor dat doel hoeven de router en *nameserver* geen onderscheid te maken tussen de individuele abonnees en hoeven er dus geen IP-adressen van de abonnees of (andere) identificerende gegevens te worden verwerkt. Voor zover onder die omstandigheden nog kan worden gesproken van een inbreuk op het recht op privacy of het recht op vertrouwelijke communicatie, is de inbreuk naar voorlopig oordeel zeer beperkt, en weegt die niet op tegen het belang van de bij BREIN aangesloten rechthebbenden bij de gevorderde blokkering.

vrijheid van ondernemerschap

4.31. Voorts hebben de providers gewezen op hun vrijheid van ondernemerschap in de zin van artikel 16 van het Handvest van Grondrechten in de Europese Unie (hierna: het Handvest). De providers hebben op zich terecht aangevoerd dat de gevorderde maatregel een innenging vormt in die vrijheid. Naar voorlopig oordeel is die innenging beperkt. BREIN heeft in dit verband opgemerkt dat in de bodemzaak tegen Ziggo en XS4ALL is vastgesteld dat de gevorderde blokkeringsmaatregelen technisch eenvoudig zijn uit te voeren en geen hoge kosten voor de providers meebrengen. De providers hebben in dit geding onvoldoende aangevoerd om tot een andere conclusie te kunnen komen. Hun voornaamste bezwaar is dat het veel tijd vergt om voortdurend te controleren of de geblokkeerde IP-adressen en domeinnamen nog wel betrekking hebben op The Pirate Bay. Niet in geschil is echter dat die controle een verantwoordelijkheid is van BREIN. BREIN heeft verklaard dat zij ook daadwerkelijk voortdurend zal controleren. De providers hebben onvoldoende toegelicht waarom zij desondanks ook zelf moeten controleren. Zij hebben slechts aangevoerd dat de aan Ziggo en XS4ALL opgelegde blokkering vier domeinen omvatte die na het vonnis geen relatie meer hadden met The Pirate Bay. Vast staat echter dat BREIN het vonnis ook niet ten uitvoer heeft gelegd met betrekking tot die domeinen.

4.32. Daarnaast hebben de providers aangevoerd dat hun kosten en inspanningen worden verveelvoudigd als BREIN de gelegenheid krijgt om IP-adressen en domeinnamen/

(sub)domeinen aan de lijst toe te voegen. Dat betoog kan worden gepasseerd omdat dat deel van de vordering van BREIN zal worden afgewezen (zie r.o. 4.42).

4.33. Ten slotte hebben de providers een beroep gedaan op de vrijheid van onderneming van de beheerders van The Pirate Bay. Dat beroep strandt naar voorlopig oordeel op artikel 54 van het Handvest dat bepaalt dat geen van de bepalingen van het Handvest zo mag worden uitgelegd als zou zij het recht inhouden een activiteit aan de dag te leggen met als doel andere door het Handvest erkende rechten teniet te doen. Onder die andere door het Handvest erkende rechten valt ook het recht op bescherming van intellectuele eigendom (art. 17 lid 2 Handvest).

eigendom

4.34. De providers hebben opgemerkt dat de rechtbank in het bodemvonnis tegen Ziggo en XS4ALL het recht op eigendom van de abonnees wel heeft genoemd, maar niet heeft behandeld. Wat daar ook van zij, de providers hebben in deze zaak geen beroep gedaan op een eigendomsrecht, laat staan dat zij voldoende hebben toegelicht waarom dat recht in deze zaak in het geding zou zijn. De genoemde opmerking moet daarom worden gepasseerd.

beperking grondrechten

4.35. Naar voorlopig oordeel voldoet de beperking van de hiervoor genoemde rechten die de gevorderde blokkeringsmaatregel meebrengt, ook aan de eisen die het EVRM en het Handvest aan beperkingen stellen.

4.36. Ten eerste is de beperking “voorzien bij wet” in de zin van het EVRM, respectievelijk “bij wet [...] gesteld” in de zin van artikel 52 van het Handvest. Zoals hiervoor voorshands is vastgesteld, kan de gevorderde blokkeringsmaatregel worden gebaseerd op de artikelen 26d Aw en 15e WNR. De reikwijdte en uitvoeringsmodaliteiten van die bepalingen zijn ook voldoende precies aangegeven. Niet in geschil is dat de Auteurswet en de Wet Naburige Rechten voldoende duidelijk regelen wanneer er sprake is van een inbreuk in de zin van artikel 26d Aw en 15e WNR. Voor het overige maakt de parlementaire geschiedenis voldoende duidelijk onder welke voorwaarden de rechter gebruik kan maken van de door de betreffende artikelen geschapen bevoegdheid (*Kamerstukken II 2005/2006, 30392, nr. 6, p. 10*), te weten:

- De verlangde maatregel moet [...] evenredig zijn ten opzichte van de inbreuk.
- Het moet voor de tussenpersoon mogelijk zijn om tegen aanvaardbare kosten en met personele en technische maatregelen op te treden.
- Er mogen geen andere, minder verstrekkende mogelijkheden openstaan om een einde te maken aan de onrechtmatige situatie en de gevorderde maatregelen mogen niet verder strekken dan strikt noodzakelijk.

Bovendien dienen deze bepalingen naar voorlopig oordeel te worden uitgelegd in het licht van artikel 3 van de Handhavingsrichtlijn (richtlijn 2004/48/EG), dat eveneens de nodige voorwaarden stelt aan de toepassing van handhavingsmaatregelen zoals de gevorderde blokkering. Zeker in combinatie beschouwd bieden deze voorwaarden naar voorlopig oordeel voldoende waarborgen tegen misbruik en willekeur in de toepassing van de in artikel 26d Aw en 15e WNR neergelegde rechterlijke bevoegdheid.

4.37. De beperking is tevens “noodzakelijk in een democratische samenleving [...] ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen” in de zin van het EVRM en “noodzakelijk” in de zin van het Handvest en beantwoordt “aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen” in de zin van het Handvest. Zoals hiervoor voorshands is vastgesteld, dient de maatregel de bescherming van de rechten van de bij BREIN aangesloten rechthebbenden, is de maatregel geschikt voor dat doel, kan dat doel niet worden bereikt met minder ingrijpende maatregelen en is de beperking van de rechten van de providers en derden proportioneel ten opzichte van het belang van de maatregel. Naar voorlopig oordeel verzekert de gevorderde maatregel dan ook een juist evenwicht tussen enerzijds de rechten van de rechthebbenden en anderzijds de verschillende rechten van de providers en derden, zowel afzonderlijk als in combinatie beschouwd.

hellend vlak

4.38. Het beroep van de provider op een “hellend vlak” moet worden verworpen. Zij betogen dat als eenmaal wordt toegestaan om providers te bevelen de toegang tot een website te blokkeren, vele andere zaken zullen volgen en de grens steeds verder zal verschuiven. De rechter dient echter steeds in een concreet geval te beslissen of er grond is voor blokkering. Waar de grens moet worden getrokken in andere zaken kan niet worden beslist in deze procedure. In ieder geval impliceert het feit dat de grens niet wordt getrokken bij de onderhavige zaak, niet dat er geen adequate grens kan worden getrokken in andere zaken.

artikel 7 EVRM

4.39. Het beroep van de providers op artikel 7 lid 1 EVRM kan niet slagen. In dat artikel is het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel neergelegd. Dat beginsel is in deze zaak alleen al niet geschonden omdat er in deze zaak geen straf wordt opgelegd. De stelling van de providers dat hun abonnees worden gestraft omdat de providers de kosten van de blokkering zullen doorberekenen aan hun abonnees, maakt dat niet anders. De gestelde kostenverhoging is naar voorlopig oordeel geen veroordeling in de zin van artikel 7 lid 1 EVRM.

overige verweren

4.40. De overige verweren die de providers naar voren hebben gebracht zijn op dezelfde wijze ook naar voren gebracht in de bodemzaak tegen Ziggo en XS4ALL en zijn toen door de rechtbank verworpen. De voorzieningenrechter moet zich naar dat oordeel van de bodemrechter richten. Dat geldt voor het beroep op de vrijstelling van aansprakelijkheid van acces providers (art. 6:196c BW), het verbod op het opleggen van een algemene toezichtverplichting of verplichting om actief te zoeken naar onwettige activiteiten (art. 15 lid 1 van richtlijn elektronische handel, 2000/31/EG), het oordeel van het Hof van Justitie in de zaak Sabam/Scarlet (HvJ EU 24 november 2011, C-70/10), het beginsel van netneutraliteit (het concept art. 7.4a lid 1 van de Telecommunicatiewet en artikel 1 lid 3bis van de Kaderrichtlijn, 2002/21/EG zoals gewijzigd door 2009/140/EG), het betoog dat, mede gelet op het arrest L'Oréal/eBay (HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09), op basis van de artikelen 26d Aw en 15e WNR alleen geïndividualiseerde inbreuken kunnen worden beëindigd, het vermoeden van onschuld (art. 6 lid 2 EVRM) en de schending van het

evenredigheidsbeginsel vanwege het feit dat het overgrote deel van de abonnees geen inbreuk maakt.

vorderingen

4.41. Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de gevorderde blokkering toewijsbaar is. Het bevel zal worden toegewezen ten aanzien van alle in de dagvaarding genoemde domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen, met uitzondering van het IP-adres 194.71.107.18. Tussen partijen staat vast dat het laatstgenoemde IP-adres correspondeert met het subdomein static.thepiratebay.se waarop inhoud van de website staat die niet frequent wijzigt, zoals tekst en plaatjes die worden gebruikt voor de opbouw van de pagina's van The Pirate Bay. Desgevraagd heeft BREIN ter zitting erkend dat het niet strikt noodzakelijk is om de toegang tot dit IP-adres te blokkeren. Het bevel zal wel worden toegewezen voor het IP-adres 194.71.107.19. BREIN heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat dit IP-adres correspondeert met het subdomein torrents.thepiratebay.se waarop de *magnet links* en *torrents* staan. Het feit dat de *magnet links* en *torrents* niet direct zichtbaar zijn op de *default* pagina op dit adres, betekent niet dat de *magnet links* en *torrents* niet toegankelijk zijn.

4.42. De gevorderde uitbreiding van het bevel tot andere, door BREIN later aan te leveren IP-adressen en domeinnamen zal worden afgewezen. De providers hebben aangevoerd dat deze uitbreiding extra problematisch is, onder meer omdat het BREIN de mogelijkheid biedt om het bevel zonder rechterlijke tussenkomst uit te breiden. Dat heeft BREIN niet weersproken en zij heeft ook niet gesteld, laat staan voldoende aannemelijk gemaakt dat er in de relatief korte periode dat de voorlopige maatregel zal gelden, behoefte bestaat aan die uitbreiding.

4.43. Aan het toe te wijzen bevel zal de gevorderde dwangsom worden verbonden.

4.44. De providers zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. Gelet op het feit dat de providers geen verwijt treft van de inbreuken en gelet op het feit dat hun verweer in deze procedure mede de belangen van derden dient, verzet de billijkheid zich ertegen dat de providers de volledige proceskosten van BREIN dienen te voldoen. De proceskosten aan de zijde van BREIN worden daarom gematigd tot het liquidatietarief en dus begroot op € 1.597,27 (€ 575,00 aan griffierecht, € 206,27 aan kosten deurwaarder en € 816,00 aan kosten advocaat).

4.45. Het bepalen van een termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak in de zin van artikel 1019i Rv is in dit geval niet nodig aangezien BREIN al een bodemprocedure heeft aangespannen tegen de providers.

in reconventie

4.46. Zoals hiervoor in conventie al is overwogen, hebben de providers onvoldoende aannemelijk gemaakt dat BREIN haar verplichting om de te blokkeren domeinnamen en IP-adressen te monitoren en eventuele wijzigingen aan de providers door te geven niet zal nakomen. Er is daarom geen grond voor de in reconventie gevorderde maatregelen.

4.47. De providers zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten. De kosten worden, onder verwijzing naar hetgeen in conventie is overwogen over de proceskosten, begroot op basis van het liquidatietarief, dat wil zeggen op € 408,00 aan kosten advocaat (0,5 × € 816,00).

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

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

IP-adressen:

- (i) 194.71.107.15
- (ii) 194.71.107.19

Domeinnamen/(sub)domeinen:

- (i) thepiratebay.org;
- (ii) www.thepiratebay.org;
- (iii) thepiratebay.com;
- (iv) www.thepiratebay.com;
- (v) thepiratebay.net;
- (vi) www.thepiratebay.net;
- (vii) thepiratebay.se;
- (viii) www.thepiratebay.se
- (ix) piratebay.org;
- (x) www.piratebay.org;
- (xi) piratebay.net;
- (xii) www.piratebay.net;
- (xiii) piratebay.se;
- (xiv) www.piratebay.se;
- (xv) depiraatbaai.be;
- (xvi) piratebay.am;

- (xvii) themusicbay.net;
(xviii) www.themusicbay.net;
(xix) themusicbay.org;
(xx) www.themusicbay.org

5.2. veroordeelt de gedaagde die het bevel overtreedt aan BREIN een dwangsom te betalen van € 10.000,00 (zegge: tienduizend euro) voor iedere overtreding van dat bevel, te vermeerderen met een dwangsom van € 10.000,00 (zegge: tienduizend euro) voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 250.000,00;

5.3. veroordeelt de providers in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van BREIN begroot op € 1.597,27;

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af;

in reconventie

5.6. wijst de vorderingen af;

5.7. veroordeelt de providers in de proceskosten, tot op heden aan de zijde van BREIN begroot op € 408,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.H. Blok en in het openbaar uitgesproken op 10 mei 2012.

