

AB/MB

vonnis 24 augustus 2006

**RECHTBANK IN HET ARRONDISSEMENT AMSTERDAM**  
**VOORZIENINGENRECHTER IN KORT GEDING**  
**VONNIS**

i n d e z a a k m e t n u m m e r s 345291 / KG 06-1112 AB v a n:

de stichting STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND (STICHTING BREIN), gevestigd te Amsterdam,  
e i s e r e s bij dagvaarding van 21 juli 2006,  
procureur mr. J.M.B Seignette,  
advocaten mr. J.M.B. Seignette en mr. R.M. Brouwer te Amsterdam,

t e g e n :

de besloten vennootschap UPC NEDERLAND B.V., gevestigd te Amsterdam,  
g e d a a g d e ,  
procureur mr. Chr. A. Alberdingk Thijm.

**VERLOOP VAN DE PROCEDURE**

Ter terechtzitting van 15 augustus 2006 heeft eiseres, verder te noemen BREIN, na vermindering van eis als na te melden, gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Gedaagde, verder te noemen UPC, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

**GRONDEN VAN DE BESLISSING**

1. In dit vonnis wordt uitgegaan van de volgende feiten.
  - a. BREIN stelt zich volgens artikel 3 van haar statuten (onder meer) ten doel:  
*“a. het voorkomen en bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie in de ruimste zin ;*  
*b. het bijstaan van de aangeslotenen van de Stichting als ook van de individuele leden van die aangeslotenen bij de verdediging van hun belangen;*

*c. het voeren en doen voren van rechtsgedingen ter bescherming van de rechten en belangen van haar aangeslotenen en de leden van die aangeslotenen en ter verkrijging van vergoeding van de door dezen tengevolge van de onrechtmatige exploitatie van informatie te lijden schade (...).”*

Tot de bij BREIN aangeslotenen behoren onder andere BUMA en STEMRA, de leden van de Motion Picture Association of America, de leden van de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van beeld- en geluidsdragers en de Nederlandse Vereniging van Filmverhuurders.

- b. UPC is een Internet service provider en verleent deze diensten onder de naam Chello. Chello verleent haar abonnees via de kabel toegang tot het internet. Abonnees van Chello krijgen een e-mailadres, en/of kunnen dat aanmaken, eindigende op @chello.nl.
- c. Service providers kennen aan de computers (of servers) van hun abonnees voor de verrichtingen op het internet een zogenaamd IP-adres toe, voor iedere keer dat een abonnee het internet opgaat. Met het IP-adres kunnen bepaalde verrichtingen op het internet worden herleid tot de computer (of server) waarmee desbetreffende handelingen zijn verricht.
- d. Op 15 april 2005 heeft een aantal service providers (waaronder UPC) BREIN gedagvaard in een bodemprocedure bij de rechtbank te Haarlem. In deze procedure vorderen de service providers onder meer te verklaren voor recht, samengevat, dat zij niet onrechtmatig handelen jegens BREIN door geen NAW (Naam, Adres, Woonplaats) gegevens van abonnees te verstrekken en dat zij op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens ook niet tot het verstrekken van die gegevens zijn gehouden.
- e. In de periode van 1 april 2005 tot 9 februari 2006 zijn via het zogenoemde Bit Torrent netwerk “Dikke Donder” (in die periode beschikbaar via [www.dikkedonder.org](http://www.dikkedonder.org), [www.dikkedonder.nl](http://www.dikkedonder.nl), [www.dikkedonder.be](http://www.dikkedonder.be) en [www.dikkedonder.tk](http://www.dikkedonder.tk)) (gedeelten van) speelfilms, televisieseries, muziek, software en computerspellen aangeboden, zonder dat daarvoor toestemming is gevraagd aan de rechthebbenden. Met behulp van de Bit Torrent technologie kan een bestand in stukjes vanaf meerdere computers tegelijk worden gedownload waarbij de gedownloade stukjes direct weer geupload worden naar andere gebruikers. Bit Torrent is daarom geschikt voor het uitwisselen van grote bestanden via internet.
- f. Na daartoe verkregen verlov van de voorzieningenrechter te Dordrecht heeft BREIN op 9 februari 2006 de computerserver van de Dikke Donder website (verder: de server) in beslag genomen. Sindsdien is het Dikke Donder netwerk niet meer via voormelde domeinnamen beschikbaar. De eigenaar van de server heeft daarvan ten behoeve van BREIN afstand gedaan. Op de site van Dikke Donder was te zien welke titels via Dikke Donder zijn aangeboden, op welk tijdstip en door wie. Op de site werd tevens een Top 250 bijgehouden van de grootste uploaders. Bovenaan stonden onder meer de uploaders met de gebruikersnamen lex1a, muzan en bws. Deze uploaders hebben onder meer films aangeboden, zoals Harry Potter en de Vuurbeker, Monster in Law, Memoirs of a Geisha,

Bambi 2, Flodder in Amerika, veelal op tijdstippen dat deze films in Nederland nog niet in de bioscoop draaiden en/of nog niet op DVD waren uitgebracht.

- g. Op de server staan de IP adressen van de drie genoemde uploaders, alsmede de e-mailadressen, waarmee zij zich op of omstreeks april 2005 bij Dikke Donder hebben aangemeld, namelijk a.koch5@chello.nl (lex1a) (bijbehorend IP adres volgens de dagvaarding 80.57.185.45), muzan@chello.nl (muzan) (IP adres volgens dagvaarding 24.132.140.25) en b.sanderse@chello.nl (IP adres volgens de dagvaarding 213.93.135.66).
- h. Bij e-mail van 3 maart 2006 heeft T. Kuik, directeur van BREIN aan F. Weening, manager beleid en regelgeving van UPC, onder meer het volgende geschreven:  
*“Zoals wij bespraken zullen wij in de nabije toekomst de afgifte de bijbehorende persoonsgegevens van jullie verzoeken. In verband daarmee bespraken wij dat ik jou alvast de IP nummers zou geven zodat je de bijbehorende NAW alvast kunt opzoeken en bewaren.”*
- i. Op 11 en 16 mei 2006 heeft BREIN de uploaders op genoemde e-mailadressen aangeschreven, aansprakelijk gesteld voor de door de inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten geleden schade en verzocht een onthoudingsverklaring te ondertekenen. Hierop is geen reactie gekomen. Ook is geen melding teruggekomen dat de desbetreffende e-mail adressen niet (meer) zouden bestaan.
- j. Bij brief van 12 juni 2006 heeft BREIN aan UPC verzocht de NAW gegevens te verstrekken behorend bij genoemde drie e-mailadressen.
- k. Op 10 augustus 2006 heeft UPC aan haar raadsman e-mailberichten doorgezonden van (de technische dienst van) UPC van 3 en 7 maart 2006 waarin de NAW gegevens staan van de e-mailadressen a.koch5@chello.nl en b.sanderse@chello.nl, mede op basis van een onderzoek naar de IP adressen. Met betrekking tot het adres muzan@chello.nl zijn geen gegevens verstrekt. Onderaan de uitdraai op basis van het eerdergenoemde IP-adres van de gebruiker muzan is vermeld: *“Geen klant kunnen matchen”*. UPC heeft deze stukken, inclusief de NAW gegevens van twee van de drie uploaders in het geding gebracht, door toezending aan de voorzieningenrechter en de raadvrouw van BREIN.
- l. In een op verzoek van (de raadvrouw van) BREIN opgesteld rapport van 11 augustus 2006 van onderzoekers Dr. R.J. Veldwijk en Ir. F.G.W. van Orden (informatici opgeleid aan de Vrije Universiteit Amsterdam, respectievelijk de Universiteit Twente) concluderen dezen *“dat de koppeling in de Dikke Donder Database van een bepaalde email adres aan een bepaalde User ID zo goed als zeker betekent dat de gebruiker van dat email adres de torrent files en de content bestanden heeft geupload van de titels die in de database bij die User ID zijn vermeld.”*
- m. In een e-mail bericht van 14 augustus 2006 heeft Kuik aan Weening verzocht om alsnog de NAW-gegevens van het e-mail adres muzan@chello.nl te verstrekken. UPC is daar niet op ingegaan.

2. BREIN heeft haar vordering tot het verstrekken van de NAW gegevens behorend bij de e-mailadressen a-koch5@chello.nl en b.sanderse@chello.nl ingetrokken, omdat zij die gegevens inmiddels via de door UPC overgelegde producties had ontvangen. Zij vordert thans alleen nog veroordeling van UPC tot het (schriftelijk) verstrekken van de NAW gegevens behorend bij het e-mailadres muzan@chello.nl, onder vermelding van de periode dat deze persoon (vanaf 1 april 2005 tot aan de datum van opgave) abonnee van UPC is geweest, op straffe van een dwangsom en met veroordeling van UPC in de kosten van de procedure.
  
3. BREIN heeft haar vordering als volgt toegelicht. Het uploaden van werken als films en muziek is een vorm van openbaar maken in de zin van artikel 12 van de Auteurswet en van het ter beschikking stellen in de zin van de artikelen 2 lid 1 sub d en 7a lid 1 sub c van de Wet naburige rechten. Nu dit zonder toestemming van de rechthebbenden is gebeurd, is sprake van onrechtmatig handelen jegens hen. Om dit te kunnen aanpakken dient BREIN te beschikken over de NAW gegevens. Zelfs als geen sprake zou zijn van evident onrechtmatig handelen van de uploaders, wat hier wel het geval is, is de service provider, UPC in dit geval, gehouden de desbetreffende gegevens aan BREIN te verstrekken. Zij handelt onrechtmatig door dat na te laten. De privacybelangen van de abonnees wegen in een dergelijk geval minder zwaar dan de belangen van BREIN bij het kunnen treffen van maatregelen tegen inbreukmakers. Het is vrijwel zeker dat degene die het desbetreffende e-mailadres hanteert ook de daadwerkelijke inbreukmaker is. Ook is buiten redelijke twijfel verheven dat de persoon die zich in april 2005 bij Dikke Donder heeft aangemeld met het e-mailadres muzan@chello.nl dit adres nadien heeft behouden, in elk geval gedurende de periode dat hij onder de gebruikersnaam muzan illegaal films heeft geupload. De kans dat een andere, onschuldige gebruiker, dit adres inmiddels hanteert is minimaal. Bovendien zou UPC dat in haar abonnee administratie moeten kunnen nagaan. De omstandigheid dat het IP adres op bepaalde tijdstippen niet aan de desbetreffende gebruiker gekoppeld kon worden, doet aan het voorgaande niet af. Bovendien benadert BREIN de mogelijk betrokkenen op zorgvuldige wijze, zodat in het theoretische geval dat het e-mailadres van een ander is dan de inbreukmaker, deze derde daarvan nauwelijks nadeel zal ondervinden. Weliswaar is Dikke Donder inmiddels uit de lucht, maar de kans is groot dat de grote uploaders een ander Bit Torrent netwerk zullen zoeken om hun praktijken voort te zetten. Filmmakers, producenten en andere rechthebbenden lopen daardoor vele inkomsten mis. BREIN, die hun belangen behartigt, heeft dan ook een groot en spoedeisend belang bij toewijzing van de vordering. UPC had aanvankelijk toegezegd zich te zullen refereren aan het oordeel van de rechter over het verstrekken van de NAW gegevens, maar is op het laatste moment, tot verbazing van BREIN, alsnog inhoudelijk verweer gaan voeren.

4. UPC heeft betwist te hebben toegezegd zich te zullen refereren en heeft tegen de vordering gemotiveerd verweer gevoerd, welk verweer hierna, bij de beoordeling van het geschil, zal worden besproken.

#### Beoordeling van het geschil.

5. Uitgangspunt is dat het beschikbaar stellen van muziek, video's en films via internet, waardoor deze toegankelijk worden voor andere gebruikers, kan worden aangemerkt als openbaarmaking in de zin van de Auteurswet en als ter beschikking stellen in de zin van de Wet naburige rechten. Dit betekent dat, wanneer dat zonder toestemming van de rechthebbenden gebeurt, in beginsel sprake zal zijn van inbreuk op (intellectuele eigendoms- (en/of naburige)) rechten van die rechthebbenden en dus van onrechtmatig handelen jegens hen. Niet in geschil is dat de rechthebbenden op een (groot) deel van de via het Dikke Donder netwerk aangeboden titels, zijn aangesloten bij BREIN en dat BREIN dus, vanwege haar doelstelling, gerechtigd is tot en belang heeft bij het instellen van de vordering tot het verstrekken van de NAW gegevens.
6. Anders dan UPC heeft betoogd, heeft BREIN een voldoende - spoedeisend - belang bij de gevraagde voorziening, te weten haar belang om aan vermeende inbreuk makende activiteiten zo snel mogelijk een einde te maken. Van haar kan niet worden gevergd daartoe de uitkomst van de inmiddels aanhangig zijnde bodemprocedure af te wachten.
7. Een service provider kan onder omstandigheden gehouden zijn om de gevraagde gegevens te verstrekken aan (een belangenbehartiger van de) rechthebbenden. Ten eerste moet daarvoor voldoende aannemelijk zijn dat sprake is van inbreukmakend (onrechtmatig) handelen van de desbetreffende abonnees en ten tweede dient buiten redelijke twijfel te zijn dat degene(n) van wie de identificerende gegevens ter beschikking worden gesteld ook daadwerkelijk degenen zijn die zich aan dit handelen schuldig zouden hebben gemaakt. In dat geval kan het zo zijn dat de privacybelangen van de betrokkenen bij het geheim houden van hun gegevens moeten wijken voor het belang van de rechthebbenden om tegen het onrechtmatig handelen op te treden.
8. Voldoende aannemelijk is geworden dat de personen die bestanden ter beschikking hebben gesteld ("geupload") via Dikke Donder onder de gebruikersnamen lex1a, muzan en bws, dat zonder toestemming hebben gedaan van de rechthebbenden en dat zij inbreuk hebben gemaakt op hun auteurs- (en of naburige) rechten. Het is niet waarschijnlijk dat sprake is geweest van het slechts incidenteel of in kleine gedeeltes uploaden van bestanden (vergelijkbaar met het maken van een kopietje voor privé-gebruik), in welk geval mogelijk van een inbreuk geen sprake zou zijn geweest, dan wel het aanpakken van de inbreukmakers buitenproportioneel zou zijn. De bestanden die zijn aangetroffen in de

server van BREIN duiden immers op het op enorme schaal ter beschikking stellen van tal van (beschermd) werken.

9. Verder heeft UPC niet betwist dat genoemde gebruikers bij de aanmelding bij Dikke Donder de in het geding zijnde e-mailadressen hebben gebruikt. Daarbij komt dat de onderzoekers in het onder 1 l genoemde rapport hebben geconcludeerd dat de gebruiker van het bijbehorende e-mailadres zo goed als zeker degene is die de bestanden onder de bijbehorende gebruikersnaam ter beschikking heeft gesteld. Van twee van de drie adressen heeft UPC inmiddels de NAW-gegevens aan BREIN doen toekomen. De vraag die thans resteert is of buiten redelijke twijfel is dat het derde adres, muzan@chello.nl (nog steeds) toebehoort aan de persoon met gebruikersnaam muzan en deze persoon daadwerkelijk degene is die onrechtmatig heeft gehandeld. UPC heeft betoogd dat deze persoon zich weliswaar aanvankelijk met dit e-mailadres heeft aangemeld, maar dat dit een zogenaamd “secundair” e-mailadres” is (niet door UPC, maar door betrokkene zelf aangemaakt), dat te allen tijde kan worden gewijzigd, zonder dat UPC daarvan een administratie bijhoudt. UPC heeft wel kunnen constateren dat dit secundaire e-mailadres thans actief is, maar weet niet sinds wanneer dat het geval is en dus ook niet of het dat onafgebroken is geweest. Muzan kan bij wijze van spreken de dag na zijn aanmelding het adres hebben opgeheven, waarna het voor anderen weer vrij beschikbaar was. Nu Muzan een vrij veel voorkomende Arabische naam is, bestaat volgens UPC een gerede kans dat een derde, “onschuldige” gebruiker het adres vervolgens heeft aangenomen, zodat wel degelijk twijfel aanwezig is over de vraag of het e-mailadres thans nog wel hoort bij de daadwerkelijke uploader. Om deze twijfel weg te nemen en de mogelijke inbreukmaker afdoende te identificeren zou BREIN op zijn minst drie combinaties van identificerende gegevens (IP adressen) met data en tijdstippen hebben moeten verstrekken, aldus UPC
10. Op grond van de gegevens in de Dikke Donder server moet in elk geval worden aangenomen dat “muzan” in de periode april 2005 tot februari 2006 onder deze gebruikersnaam bestanden ter beschikking heeft gesteld. Als contactadres had hij bij aanmelding muzan@chello.nl opgegeven. Ten tijde van de zitting was datzelfde e-mailadres “in de lucht”. Dat was ook het geval in mei 2006, aangezien BREIN de naar dat adres gezonden sommatie anders als “onbestelbaar” retour zou hebben moeten ontvangen. UPC heeft niet weersproken dat in het Dikke Donder netwerk de gebruikersnaam en het e-mailadres in die zin aan elkaar gekoppeld waren, dat iemand die zijn gebruikersnaam niet wijzigde hetzelfde e-mailadres hield. Als muzan dus berichten van het Dikke Donder Netwerk wilde ontvangen, zou dat slechts hebben gekund via hetzelfde e-mailadres. Een secundair e-mailadres is – naar namens UPC ter zitting is verklaard –gekoppeld aan een primair e-mailadres. Gesteld noch gebleken is dat het primaire e-mailadres dat bij muzan@chello.nl hoort sinds april 2005 is gewijzigd.

11. De samenloop van omstandigheden zoals door UPC geschetst – dat muzan wel steeds dezelfde gebruikersnaam heeft gehanteerd, maar zijn aan Dikke Donder verschaft e-mailadres heeft opgegeven, zodat hij geen berichten van Dikke Donder meer kon ontvangen, dat een onschuldige derde, die sinds april 2005 over een primair e-mailadres beschikt, precies het opgegeven adres als secundair adres heeft aangemaakt en is gaan gebruiken, maar niet reageert op de sommatie van Brein, is echter dermate theoretisch dat deze niet kan worden gelijkgesteld met het bestaan van “redelijke twijfel” over de vraag of het e-mailadres (nog steeds) toebehoort aan degene van wie aangenomen moet worden dat deze onder de gebruikersnaam muzan onrechtmatig heeft gehandeld. Dat een betrouwbare identificatie via het verstrekken van de IP-adressen in combinatie met verschillende data en tijdstippen waarop deze on-line zijn geweest eveneens mogelijk zou zijn, maakt dat niet anders.
12. UPC heeft nog betoogd dat de vordering van BREIN niet kan worden toegewezen, aangezien dit zou leiden tot een “onomkeerbare situatie”, namelijk het ter beschikking stellen van gegevens van een mogelijk onschuldige derde. De enkele omstandigheid dat de gevorderde maatregel onherstelbaar nadeel kan toebrengen aan een abonnee, leidt echter niet tot het oordeel dat BREIN niet in haar vordering kan worden ontvangen, of dat deze reeds om die reden zou moeten worden afgewezen. De onomkeerbaarheid van de gevolgen is een omstandigheid die wordt meegewogen bij het oordeel of de gevraagde voorziening toewijsbaar is. In dit geval zijn de gevolgen voor de mogelijk onschuldige derde niet dermate zwaarwegend dat de vordering alleen daarom moet worden afgewezen.
13. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat, nu aan de in overweging 7 genoemde criteria is voldaan en BREIN bij de gevraagde voorziening een voldoende spoedeisend belang heeft, de vordering zal worden toegewezen, waarbij de dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd, als na te melden. Nu UPC heeft gesteld niet te kunnen nagaan in welke periode de gebruiker van het adres muzan@chello.nl vanaf 1 april 2005 abonnee is geweest, tenzij in de afgelopen periode van drie maanden een wijziging heeft plaatsgevonden, aangezien dat de bewaartermijn is die UPC als service provider moet hanteren, zal veroordeling tot de vermelding van de opgave van de periode gedurende welke het abonnement heeft voortgeduurd, tot die periode worden beperkt.
14. Als de in het ongelijk gestelde partij zal UPC worden veroordeeld in den kosten van dit geding.

## BESLISSING IN KORT GEDING

De voorzieningenrechter:

1. Veroordeelt UPC om binnen twee dagen na de betekening van dit vonnis aan de raadvrouw van BREIN schriftelijk opgave te doen van de naam en het woonadres van de (voormalige) abonnee van UPC met het e-mailadres muzan@chello.nl, onder vermelding van de periode gedurende welke deze persoon in de afgelopen drie maanden abonnee is geweest.
2. Bepaalt dat UPC een dwangsom verbeurt van € 1.000,- per dag of gedeelte van een dag dat zij nalaat om aan de veroordeling onder 1 te voldoen, met een maximum van € 50.000,-.
3. Veroordeelt UPC in de kosten van dit geding, tot heden aan de zijde van BREIN begroot op:
  - € 84,87 aan exploitkosten,
  - € 248,= aan vastrecht en
  - € 816,= aan salaris procureur.
4. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.
5. Wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door de vice-president mr. A.J. Beukenhorst, voorzieningenrechter in kort geding in de rechtbank te Amsterdam, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van donderdag 24 augustus 2006, in tegenwoordigheid van de griffier.

Coll.:



