



vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht
handelskamer

locatie Lelystad

zaaknummer / rolnummer: : C/16/448423 / KG ZA 17-382

Vonnis in kort geding van 12 januari 2018

in de zaak van

de stichting
STICHTING BREIN,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mrs. J.C.H. van Manen en R. van Kleeff te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KPN B.V., m.h.o.d.n. **KPN HOTSPOT EN TELFORT**,
gevestigd te Den Haag,
gedaagde in conventie,
advocaat mr. Chr. A. Alberdingk Thijm,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
T-MOBILE NETHERLANDS B.V.,
gevestigd te Den Haag,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mrs. R.D. Chavannes en A. Strijbos te Amsterdam,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
TELE2 NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Diemen,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mrs. R.D. Chavannes en A. Strijbos te Amsterdam,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ZEELANDNET B.V.,
gevestigd te Middelburg,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. J.R. Spauwen te Amsterdam,
5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CAIW DIENSTEN B.V.,
gevestigd te Naaldwijk,
gedaagde in conventie,

eiseres in reconventie,
advocaat mr. S. A. Killan en T.M. van den Heuvel te Naaldwijk.

Eiseres zal hierna BREIN worden genoemd. Gedaagden zullen gezamenlijk “de providers” worden genoemd en afzonderlijk KPN, T-Mobile, Tele2, Zeelandnet en CAIW.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 9 november 2017,
- de akte houdende overlegging producties, genummerd A, B, C, 0 tot en met 12, van de zijde van BREIN,
- de akte houdende overlegging producties, genummerd 13 tot en met 28, van de zijde van BREIN,
- de akte houdende vermindering c.q. wijziging van eis in conventie,
- de conclusie van antwoord, tevens voorwaardelijke conclusie van eis in reconventie en akte overlegging producties, genummerd 1 en 2, van de zijde van T-Mobile en Tele2,
- de akte houdende overlegging nadere producties, genummerd 3 en 4, tevens wijziging van eis, van de zijde van T-Mobile en Tele2,
- de door Zeelandnet overgelegde producties, genummerd 1, 2 en 3,
- de conclusie van antwoord, tevens voorwaardelijke conclusie van eis in reconventie en akte overlegging producties, genummerd 1 en 2, van de zijde van CAIW,
- de akte houdende overlegging productie genummerd 3 tevens vermeerdering van eis, van de zijde van CAIW,
- de mondelinge behandeling gehouden op 18 december 2017,
- de pleitnota van de zijde van BREIN,
- de pleitnota van de zijde van T-Mobile en Tele2,
- de pleitnota van de zijde van Zeelandnet, exceptie van onbevoegdheid,
- de pleitnota van de zijde van Zeelandnet, tevens akte houdende vorderingen in voorwaardelijke reconventie,
- een door Zeelandnet ter zitting overgelegde productie ‘proceskostenoverzicht’,
- de pleitnota van de zijde van CAIW.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. BREIN heeft volgens haar statuten als doel de collectieve bestrijding van auteursrechtinbreuken. De Nederlandse en internationale (leden van de) aangesloten van BREIN bestaan uit makers inclusief uitvoerende kunstenaars enerzijds en producenten, uitgevers en distributeurs anderzijds. De werkterreinen zijn muziek, film en tv, boeken, beeld en games.

2.2. De providers leveren internetdiensten aan hun klanten. Door gebruik te maken van die diensten kunnen klanten zichzelf toegang verschaffen tot de website(s) van The Pirate Bay (hierna te noemen: TPB).

2.3. BREIN heeft eerder procedures gevoerd tegen providers. In het vonnis in kort geding van 10 mei 2012 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5387) zijn onder meer de providers KPN, T-Mobile en Tele2 bevolen tot – kort gezegd – het blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van hun abonnees tot de domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke TPB opereert met vervolgens een nadere aanduiding van die adressen. Op 5 maart 2012 heeft BREIN een bodemprocedure aanhangig gemaakt tegen onder meer de hiervoor genoemde providers. Die bodemprocedure is doorgehaald nadat het gerechtshof Den Haag in een andere zaak (ECLI:NL:GHDHA:2014:88, BREIN jegens Ziggo/XS4ALL) het eindvonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 januari 2012 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BV0549) had vernietigd en vervolgens de vorderingen van BREIN tot samengevat het blokkeren door de providers Ziggo en XS4ALL van de toegang tot TPB had afgewezen. Op 13 december 2017 heeft BREIN de providers in deze zaak opnieuw gedagvaard in een bodemprocedure.

2.4. In de zaak van BREIN jegens Ziggo/XS4ALL heeft – na voornoemd arrest van het gerechtshof Den Haag – de Hoge Raad op 13 november 2015 en vervolgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) op 14 juni 2017 arrest gewezen. De Hoge Raad wijst naar verwachting op 2 april 2018 wederom arrest in die zaak in vervolg op de beantwoorde prejudiciële vragen door het HvJ EU.

2.5. Op 6 juli 2017 heeft BREIN Ziggo en XS4ALL gedagvaard in een kortgedingprocedure voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. Die voorzieningenrechter heeft op 22 september 2017 een vonnis in kort geding gewezen. Dit vonnis zal hieronder grotendeels worden geciteerd omdat dit een goed en relevant overzicht geeft van de voorafgaande procedure alsmede omdat het oordeel van die voorzieningenrechter van grote waarde is bij de beslissing in de onderhavige zaak.

"(...)

2. De feiten

2.1. *Op 28 juni 2010 heeft Brein Ziggo c.s. gedagvaard in een bodemprocedure voor de onderhavige rechtbank. De rechtbank heeft op 11 januari 2012 eindvonnis gewezen (hierna ook: het vonnis van de rechtbank). In dit vonnis is - voor zover relevant voor de onderhavige zaak - het volgende opgenomen:*

(...)

2. De feiten

Brein

2.1. *Brein is in 1998 opgericht door verschillende rechthebbendenorganisaties. De bij Brein aangesloten partijen zijn de rechthebbenden ten aanzien van het leeuwendeel van de muziek- en filmwerken en computergames op de Nederlandse markt.*

2.2. *Blijkens artikel 3.1 van haar statuten stelt Brein zich ten doel het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van de bij haar aangeslotenen, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin.*

BitTorrent

2.3. *BitTorrent is een protocol voor het online uitwisselen van bestanden (filesharing) tussen gebruikers (zogeheten 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.*

2.4. *Het uitwisselingsproces werkt als volgt. Er is een seeder, een persoon die een film, muziek of ander bestand in zijn bezit heeft (en op zijn computer heeft staan) en dit wenst te delen met andere gebruikers, zijn peers. Deze seeder maakt daartoe een torrent. Een torrent is een bestand met metadata over het onderliggende te delen bestand zoals informatie over het type bestand (film, audio, game, software), de omvang etc. De torrent bevat ook een koppeling met een tracker. Een tracker is een centrale server die bijhoudt bij welke seeder het onderliggende bestand zich bevindt. De torrent wordt vervolgens door de seeder geupload naar een index, een website waar de torrent wordt geïndexeerd en gecategoriseerd en wordt ontsloten voor de peers. In de index wordt de torrent zichtbaar voor de peers en kunnen de peers de torrent aanklikken. Om bestanden te kunnen downloaden dient de gebruiker te beschikken over zogenaamde client software. Client software zit in sommige gevallen ingebouwd in de browser of in het besturingssysteem van een computer maar kan ook (eenmalig) kosteloos van derden worden gedownload en geïnstalleerd.*

2.5. *Wanneer een gebruiker vervolgens een torrent opent en op de knop 'download' klikt, start het downloadproces. De aan de torrent gekoppelde tracker zorgt ervoor dat de leecher in contact wordt gesteld met de computers van de seeder(s) van het bijbehorende bestand en zo wordt de bestandsoverdracht in werking gesteld. De client zorgt ervoor dat de leecher het bestand in verschillende stukjes kan downloaden en dat volgende peers die de torrent openen en vervolgens het bestand downloaden verschillende stukjes van het onderliggende bestand tegelijkertijd kunnen downloaden van de verschillende seeders die het bestand of stukken van dat bestand – op dat moment al bezitten en ter beschikking stellen aan het netwerk. Inmiddels is het ook mogelijk om zonder tracker maar met andere technologie, bestanden via het BitTorrent protocol uit te wisselen.*

The Pirate Bay

2.6. *The Pirate Bay is een BitTorrent index die in 2004 is gelanceerd. The Pirate Bay is op dit moment 's werelds grootste index en een van de best bezochte websites.*

2.7. *Op The Pirate Bay worden zo'n 3,5 miljoen torrents aangeboden die zijn gekoppeld aan bestanden die audio, video, games, software of boeken (e-books) kunnen bevatten en zich bevinden op de computers van de gebruikers van The Pirate Bay. De torrents worden door The Pirate Bay geïndexeerd, gecategoriseerd en ontsloten. Gebruikers kunnen aldus op The Pirate Bay zoeken naar de door hen gewenste mediabestanden en deze vervolgens downloaden.*

2.8. *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

(...)

2.14. Bij vonnis van 16 juni 2010, hersteld bij herstelvonnis 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.

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

2.16. Vooralsnog is de website van The Pirate Bay nog steeds online.

(...)

3. Het geschil

3.1. Na wijziging van eis vordert Brein – samengevat – dat de rechtbank, uitvoerbaar bij voorraad, Ziggo en XS4ALL gebiedt hun diensten die gebruikt worden om inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van rechthebbenden wier belangen Brein behartigt (hierna: de rechthebbenden), te staken en gestaakt te houden door middel van het blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van haar abonnees tot in de bij pleidooi overgelegde akte aanvulling van eis 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 24 uur na verzoek daartoe van Brein te blokkeren en geblokkeerd te houden, onder bepaling van een dwangsom, alsmede dat de rechtbank verklaart voor recht dat Ziggo en XS4ALL in strijd handelen met artikel 26d Aw en artikel 15e Wnr, althans onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden indien zij verzuimen de hiervoor bedoelde IP adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen van The Pirate Bay te blokkeren en geblokkeerd te houden voor hun abonnees, met veroordeling van Ziggo en XS4ALL in de volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv.

(...)

4. De beoordeling

Inbreuk door abonnees

(...)

4.9. Bij deze stand van zaken, gaat de rechtbank ervan uit dat gelet op de TNO rapporten hiervoor vermeld in 4.1 circa 90% tot 95% van de torrents die via The Pirate Bay kunnen worden gedownload illegaal materiaal betreft. Dit percentage is per definitie een schatting omdat de verzameling torrents die via The Pirate Bay worden aangeboden geen statisch geheel vormt maar ieder moment verandert. Om die reden maakt de rechtbank ook geen onderscheid tussen de verschillende soorten bestanden (audio, video, games etc). Dat dit een minimum percentage is, volgt uit de onweersproken stelling van Brein dat van de torrents die daadwerkelijk worden gedownload via The Pirate Bay het percentage illegaal materiaal nog hoger ligt omdat illegaal materiaal veel vaker wordt gedownload dan legaal materiaal.

4.10. Tevens gaat de rechtbank ervan uit dat gelet op de Brein steekproeven hiervoor vermeld in 4.2 circa 30% van de Ziggo abonnees en 4,5% van de XS4ALL abonnees recentelijk illegaal materiaal via The Pirate Bay hebben gedownload.

4.11. Tussen partijen is niet in geschil dat uploaden van illegaal materiaal door gebruikers van The Pirate Bay naar Nederlands recht inbreuk maakt op de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden. Ziggo en XS4ALL betwisten evenwel de stelling van Brein dat een gebruiker die illegaal materiaal downloadt dit materiaal automatisch uploadt en dus inbreuk pleegt. Het BitTorrent protocol schrijft het uploaden niet voor en een gebruiker kan de 'upload rate' op '0' kan zetten, aldus Ziggo en XS4ALL.

(...)

4.13. Gelet op het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat kan worden aangenomen dat circa 30% van de abonnees van Ziggo en 4,5% van de abonnees van XS4ALL recentelijk illegaal materiaal via The Pirate Bay hebben gedownload en dus geupload en aldus inbreuk hebben gemaakt op de auteursrechten en de naburige rechten van de rechthebbenden. Gelet op de rapporten kan worden aangenomen dat dit nog steeds zo is en zal zijn.

Tussenpersoon

4.14. Naar het oordeel van de rechtbank zijn Ziggo en XS4ALL te beschouwen als tussenpersonen wier diensten worden gebruikt voor de hiervoor vastgestelde inbreuken als bedoeld in de artikelen 26d Aw en 15e Wnr. (...)

(...)

Het gevorderde bevel

4.16. Gegeven het feit dat abonnees de diensten van Ziggo en XS4ALL gebruiken om inbreuk te maken, kan op grond van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr een bevel aan Ziggo en XS4ALL worden opgelegd om die diensten te staken.

4.17. Anders dan Ziggo en XS4ALL hebben betoogd, kan de gevorderde blokkade van IP-adressen en (sub) domeinen worden aangemerkt als een bevel tot het staken van diensten in de zin van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr. (...)

4.18. De reikwijdte van de bevelen die op basis van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr kunnen worden opgelegd is, anders dan Ziggo en XS4ALL hebben aangevoerd, ook niet beperkt tot de beëindiging van een specifieke inbreuk, ofwel een concrete en individualiseerbare inbreuk. De bepalingen moeten immers worden geïnterpreteerd in het licht van (onder meer) artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn. Het Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat dit artikel aldus moet worden uitgelegd dat een rechter een tussenpersoon ook moet kunnen gelasten om maatregelen te treffen om nieuwe inbreuken te voorkomen (HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, LJN BR3605, L'Oréal-eBay). Het betoog van Ziggo en XS4ALL dat een bevel in de zin van het artikel enkel betrekking kan hebben op specifieke en duidelijk omschreven inbreuken, heeft het Hof daarmee expliciet verworpen.

4.19. Uit het genoemde arrest en latere rechtspraak van het Hof (HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, IEPT 2011/1124, Sabam - Scarlet) blijkt wel dat bij de toepassing van deze bepalingen een juist evenwicht moet worden verzekerd tussen de grondrechten en belangen van alle betrokkenen. Een vergelijkbare eis volgt uit de parlementaire geschiedenis van de artikel 26d Aw en 15e Wnr, waarin wordt benadrukt dat bij de toepassing van die bepalingen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht moeten worden genomen. Hierna zal worden toegelicht dat in dit geval aan die eisen is voldaan.

Subsidiariteit

(...)

4.21. Naar het oordeel van de rechtbank is aan het subsidiariteitsvereiste voldaan. Brein en andere collectieve rechtenorganisaties hebben reeds diverse procedures gevoerd tegen The Pirate Bay en haar beheerders en voorts tegen hosting providers van The Pirate Bay. The Pirate Bay is echter nog steeds online omdat (de beheerders van) The Pirate Bay de rechterlijke uitspraken naast zich neerleggen. Aldus kunnen de gebruikers van The Pirate Bay, waaronder een deel van de abonnees van Ziggo en XS4ALL, doorgaan met hun inbreukmakende handelingen. Anders dan Ziggo stelt, is het treffen van rechtsmaatregelen tegen vele duizenden individuele gebruikers die in Nederland via The Pirate Bay downloaden en uploaden naar het oordeel van de rechtbank geen minder ingrijpende maatregel die Brein eerst dient te benutten. (...)

4.22. Voorts treedt Brein, zoals XS4ALL zelf heeft gesteld, reeds op tegen Nederlandse commerciële uploaders, zoals Dutch Release Team, 2Lions en DivXNL-Team. Het aanpakken van Nederlandse commerciële uploaders laat onverlet dat ook buiten Nederland op grote schaal illegaal materiaal wordt geupload door commerciële uploaders en release groups die zij niet kan traceren en dus niet kan aanpakken. Ook verandert het aanpakken van commerciële uploaders en van aanbieders van software die het uitwisselen mogelijk maken niet dat er reeds 3,5 miljoen torrents op The Pirate Bay staan.

Proportionaliteit - belang van de abonnees van Ziggo en XS4ALL

(...)

4.25. De rechtbank onderkent dat het bevelen van een IP-adres en domeinnaam (sub)domein blokkade tot gevolg heeft dat abonnees van Ziggo en XS4ALL geen toegang meer hebben tot legaal materiaal op The Pirate Bay. Ook treft een dergelijke maatregel abonnees die geen inbreuk hebben gemaakt op de rechten van de rechthebbenden. Gelet hierop dient de rechtbank terughoudend te zijn bij het bevelen van dergelijke maatregelen. De rechtbank dient aldus een belangenafweging te maken tussen enerzijds het recht van de rechthebbenden om hun auteursrechten en naburige rechten te handhaven en anderzijds het recht van vrijheid van meningsuiting en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen van de abonnees van Ziggo en XS4ALL.

4.26. De rechthebbenden hebben recht op en belang bij de bescherming van hun auteursrechten en naburige rechten. Dat de rechthebbenden schade lijden door het gratis aanbod van illegaal materiaal via The Pirate Bay door onder andere de abonnees van gedaagden, zoals Brein gemotiveerd heeft gesteld, is naar het oordeel van de rechtbank evident. (...)

4.27. Zoals hiervoor overvogen in 4.9 betreft circa 90% tot 95% van de 3,5 miljoen torrents die via The Pirate Bay ter beschikking worden gesteld illegaal materiaal. Als wordt gekeken naar welk materiaal daadwerkelijk via The Pirate Bay wordt uitgewisseld, ligt het percentage illegaal materiaal nog hoger omdat legaal materiaal (veel) minder wordt gedownload. De voorbeelden van legale torrents waar Ziggo en XS4ALL naar verwijzen, te weten de via The Pirate Bay openbaar gemaakte film 'Die Beauty' en een muziekalbum van 'Sick of Sarah' werden op het moment van de TNO-onderzoeken in ieder geval zelfs in het geheel niet uitgewisseld via The Pirate Bay, zoals Brein onweersproken heeft gesteld. Voorts heeft Brein onweersproken gesteld dat torrents die verwijzen naar legaal materiaal ook op andere websites (dan The Pirate Bay) worden aangeboden. Tot slot heeft Brein aangevoerd dat de legale content - anders dan torrents - die op The Pirate Bay zelf staat, beperkt is tot informatie over The Pirate Bay, een webpagina 'juridische vraagstukken', een 'blog', 'gebruikersvoorwaarden', en een pagina 'downloads en doodles' waar bijvoorbeeld logo's van The Pirate Bay kunnen worden gedownload. Overige links die op de homepage van The Pirate Bay staan, te weten 'Cloud, Forum, TPB-t-shirts, Bayfiles, Baywords, BayImg, IPREDator, Follow TPB on', verwijzen naar andere

websites. Het voorgaande is door XS4ALL en Ziggo niet bestreden. Het percentage legaal materiaal althans legaal verkeer dat door een blokkade van The Pirate Bay zou worden geblokkeerd, is naar het oordeel van de rechtbank dan ook marginaal.

4.28. *Onder de gegeven omstandigheden dient de belangenafweging naar het oordeel van de rechtbank in het voordeel van de rechthebbenden uit te vallen. Dat het merendeel van de abonnees van Ziggo en XS4ALL (thans) niet filesharen via The Pirate Bay en dus geen inbreuk maken op de rechten van de rechthebbenden terwijl zij toch worden getroffen door een blokkade, zoals Ziggo en XS4ALL op zich terecht stellen, leidt niet tot een ander oordeel. Voor zover die abonnees van plan waren om via The Pirate Bay illegaal materiaal te gaan uitwisselen en daarbij inbreuk te maken, is dat geen rechtens te respecteren belang. Voor zover zij voornemens waren om The Pirate Bay te bezoeken zonder inbreuk te maken, is hun belang beperkt, gegeven het marginale legale aanbod en de mogelijkheid om via andere websites kennis te nemen van dat legale aanbod. Dat beperkte belang weegt niet op tegen de bescherming van de partijen die bij Brein zijn aangesloten tegen de in aantal omvangrijke inbreuken op hun rechten via The Pirate Bay die door toewijzing van de blokkade kunnen worden voorkomen. Daarbij neemt de rechtbank voorts in aanmerking dat het gaat om het blokkeren van de toegang naar een website waarvan de beheerders door de rechtbank Amsterdam reeds zijn veroordeeld om die website derhalve met inbegrip van de daarop aangeboden legale content ontoegankelijk te maken (zie het vonnis van 16 juni 2010).*

(...)

Proportionaliteit – belang van Ziggo en XS4ALL

4.30. *Ziggo heeft gesteld dat er voor haar operationele risico's kleven aan het doorvoeren van de gevorderde blokkades. (...)*

4.31. *De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt. Ziggo en XS4ALL hebben niet betwist dat de gevorderde blokkades op zich technisch eenvoudig zijn uit te voeren, zoals Brein aan de hand van een concreet voorbeeld heeft laten zien (paragraaf 130 e.v. pleitnota en productie 66 van Brein). Ziggo heeft wel gesteld dat het doorvoeren van de gevorderde IP-adres en (sub)domein blokkade mogelijk (operationele) risico's met zich brengt, namelijk een tijdelijke verstoring van de geleverde diensten. Zij heeft echter onvoldoende onderbouwd dat er een reële kans bestaat dat die risico's zich zullen verwezenlijken, afgezien van de tijdelijke verstoring door het opstarten van de DNS-server. De rechtbank weegt hierbij mee, zoals Brein onweersproken heeft gesteld, dat in het buitenland vergelijkbare blokkades reeds zijn bevolen en geïmplementeerd. Dat zich daar de door Ziggo en XS4ALL gestelde risico's hebben verwezenlijkt, is gesteld, noch gebleken.*

4.32. *XS4ALL heeft wel gesteld dat het doorvoeren van de gevorderde maatregelen grote organisatorische inspanningen vergt en tot hoge kosten leidt omdat aanpassingen in infrastructuur nodig zijn. Zoals hiervoor al is vastgesteld, zijn de aanpassingen die gedaagden moeten doen om de blokkades uit te voeren in technisch opzicht beperkt. In het licht daarvan kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet worden aangenomen dat die aanpassingen wel grote organisatorische inspanningen vergen of hoge kosten meebrengen.*

4.33. *Onder de gegeven omstandigheden dient de afweging tussen enerzijds de bescherming van de auteursrechten en de naburige rechten van de rechthebbenden en anderzijds de bescherming van de vrijheid van ondernemerschap van Ziggo en XS4ALL naar het oordeel van de rechtbank in het voordeel van de rechthebbenden uit te vallen.*

Proportionaliteit - effectiviteit

4.34. Tot slot hebben Ziggo en XS4ALL aangevoerd dat de gevorderde bevelen niet proportioneel zijn omdat ze niet effectief zullen zijn. Ziggo en XS4ALL stellen dat abonnees de blokkades eenvoudig kunnen en zullen omzeilen waartoe diverse technische mogelijkheden bestaan zoals bijvoorbeeld door gebruik te maken van een anonieme webproxy aanbieder of van 'virtual hosting'.

4.35. Naar het oordeel van de rechtbank faalt het verweer dat een blokkade niet effectief en daardoor disproportioneel is. Er zullen ongetwijfeld abonnees zijn die de blokkades zullen (weten te) omzeilen zoals Ziggo en XS4ALL stellen. Dat is echter onvoldoende grond om de gevorderde blokkades af te wijzen. De blokkades zullen in ieder geval een extra barrière betekenen. Dat blijkt reeds uit de omstandigheid dat in Italië, getuige de door Brein overgelegde en niet weersproken stukken, nadat de toegang tot The Pirate Bay was geblokkeerd, in enkele maanden het aantal bezoekers van The Pirate Bay afnam van 140.000 naar minder dan 10.000 unieke bezoekers per dag. Een zelfde trend valt te zien bij de blokkade in Denemarken, zoals Brein onweersproken heeft gesteld.

4.36. Dat abonnees van Ziggo en XS4ALL die moedwillig een door een rechter bevolen IP-adres- of (sub)domeinblokkade omzeilen daarbij computer beveiligingsrisico's lopen zoals door Ziggo nog is gesteld, moge zo zijn. De schade die deze abonnees hierdoor eventueel lijden, is echter naar het oordeel van de rechtbank geen rechtens te respecteren belang.

Artikel 10 EVRM

4.37. Ziggo en XS4ALL hebben tevens aangevoerd dat de gevorderde bevelen in strijd zijn met artikel 10 EVRM dat bepaalt dat de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen slechts kan worden beperkt indien dit bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving, bijvoorbeeld ter bescherming van de rechten van anderen.

4.38. Dat het gevorderde bevel een beperking van de vrijheid om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen in de zin van artikel 10 EVRM inhoudt, is niet in geschil. Het betoog van Ziggo en XS4ALL dat het gevorderde bevel niet bij wet is voorzien, faalt. De artikelen 26d Aw en 15e Wnr vormen naar het oordeel van de rechtbank een voldoende specifieke wettelijke grondslag in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM voor een bevel tot blokkade van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen. Deze wetsartikelen zijn voldoende kenbaar en met precisie geformuleerd. Zowel in de parlementaire geschiedenis van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr als in de considerans van de Auteursrechtrichtlijn onder punt 59 wordt immers specifiek verwezen naar inbreuken in de digitale omgeving en naar het feit dat tussenpersonen oftewel internet service providers, het meest aangewezen zijn om een eind te maken aan inbreukmakende handelingen.

4.39. Ziggo en XS4ALL stellen dat uit de zogenaamde Speerpuntenbrief van de staatssecretaris van 11 april 20115 en de reactie van de regering op het verslag van de Vaste Commissie voor veiligheid en Justitie naar aanleiding van de Speerpuntenbrief blijkt dat de huidige artikelen 26d Aw en 15e Wnr niet de mogelijkheid bieden de gevorderde bevelen op te leggen. Aan deze documenten komt naar het oordeel van de rechtbank geen doorslaggevende betekenis toe omdat de rechter gehouden is de wettelijke bepalingen uit te leggen aan de hand van de parlementaire geschiedenis en in het licht van de Handhavingsrichtlijn en de Auteursrechtrichtlijn.

4.40. Het bevel moet in dit geval ook worden aangemerkt als noodzakelijk in een democratische samenleving ter bescherming van de rechten van anderen in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM. In dit verband kan worden volstaan met een verwijzing naar de voorgaande beoordeling van de subsidiariteit en proportionaliteit, in het bijzonder de proportionaliteit van het bevel ten opzichte van het belang van de abonnees (r.o. 4.23 e.v.).

Due process

4.41. Ziggo en XS4ALL hebben voorts aangevoerd dat de gevorderde blokkering van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen in strijd is met artikel 1, lid 3bis van richtlijn 2002/21/EG, zoals gewijzigd door richtlijn 2009/140/EG. Die bepaling luidt: "Maatregelen betreffende toegang tot of gebruik van diensten en toepassingen door de eindgebruikers via elektronische communicatienetwerken die [de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen zoals die door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht worden gewaarborgd] kunnen beperken, mogen alleen worden opgelegd indien zij passend, evenredig en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, en zij worden uitgevoerd met inachtneming van adequate procedurele waarborgen overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, waaronder doeltreffende rechtsbescherming en eerlijke rechtsbedeling. Deze maatregelen mogen derhalve alleen worden genomen met inachtneming van het beginsel van het vermoeden van onschuld en het recht op een persoonlijke levenssfeer. Een voorafgaande, eerlijke en onpartijdige procedure wordt gegarandeerd, inclusief het recht van de betrokkene of betrokkenen om te worden gehoord, met dien verstande dat voor naar behoren gestaafde spoedeisende gevallen geëigende voorwaarden en procedurele regelingen gelden overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het recht op een daadwerkelijke en tijdige beroepsmogelijkheid bij een rechterlijke instantie is gegarandeerd." Ziggo en XS4ALL hebben aangevoerd dat de vorderingen van Brein niet voldoen aan de voorwaarden van een eerlijke rechtsbedeling (due process) en het vermoeden van onschuld omdat van geen enkele Ziggo dan wel XS4ALL abonnee in rechte is vastgesteld dat deze inbreuk maakt op de rechten van de rechthebbenden. Brein beschuldigt de abonnees van Ziggo en XS4ALL van inbreukmakend handelen terwijl zij zich niet kunnen verweren, aldus nog steeds Ziggo en XS4ALL.

4.42. De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt. Het opleggen van het gevorderde bevel voldoet aan de eisen van "due process". De maatregel wordt immers opgelegd na een voorafgaande, eerlijke en onpartijdige procedure, te weten de onderhavige procedure. Anders dan Ziggo en XS4ALL betogen, is niet vereist dat al haar abonnees partij zijn in de procedure of worden gehoord. Artikel 1 lid 3bis eist niet uitdrukkelijk dat de eindgebruiker wordt gehoord. Het bepaalt dat "de betrokkene of de betrokkenen" moeten worden gehoord. In een zaak zoals de onderhavige, waarin een bevel wordt gevorderd tegen tussenpersonen, zijn die tussenpersonen aan te merken als de betrokkenen in de zin van die bepaling. Die tussenpersonen zijn gehoord. Een andere uitleg zou de regeling voor bevelen tegen tussenpersonen die de Europese wetgever met de Handhavingsrichtlijn heeft ingevoerd, voor een belangrijk deel zinledig maken. Aan die regeling is inherent dat aan onder meer internet providers een bevel kan worden opgelegd om hun diensten te staken in een procedure waarbij de vermeende inbreukmaker niet, althans niet noodzakelijk partij is, en waarin die dus niet wordt gehoord. Een van de redenen voor invoering van die mogelijkheid is immers juist de situatie dat de vermeende inbreukmaker niet in rechte kan worden betrokken, bijvoorbeeld omdat diens identiteit onbekend is (zie nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2005-2006, 30 392, nr. 6, p. 10 en 11).

4.43. De maatregel is ook niet strijdig met het vermoeden van onschuld. De door artikel 1 lid 3bis vereiste toepassing van het vermoeden van onschuld zal blijkens de tekst van die bepaling moeten worden uitgelegd in het licht van het EVRM. In het EVRM wordt de toepassing van het vermoeden van onschuld geëist in - kort gezegd - strafrechtelijke procedures (artikel 6 lid 2 EVRM). Daarvan is in dit geval geen sprake alleen al omdat de gevorderde maatregel geen punitief karakter heeft, maar slechts dient ter beëindiging en voorkoming van inbreuken. Daar komt bij dat uitgangspunt van deze procedure is dat Brein dient te bewijzen dat abonnees van Ziggo en XS4ALL inbreuk hebben gemaakt en dat zonder dat bewijs er geen grond is voor toewijzing van het bevel. Dat bewijs heeft Brein naar het oordeel van de rechtbank geleverd. Ook in dat opzicht is er dus geen sprake van strijd met het vermoeden van onschuld.

4.44. Het voorgaande laat onverlet dat de afwezigheid van de vermeende inbreukmakers in de procedure wel meebrengt dat de rechter terughoudend moet zijn met maatregelen betreffend de toegang tot internet. Die maatregelen kunnen alleen worden getroffen als de gestelde inbreuken met voldoende zekerheid kunnen worden vastgesteld en als de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht zijn genomen. Uit het voorgaande blijkt dat naar het oordeel van de rechtbank die voorwaarden in dit geval zijn vervuld.
(...)

Overig

4.51. Hetgeen partijen overigens nog hebben gesteld en aangevoerd, waaronder het standpunt van Brein dat de diensten van Ziggo en XS4ALL door The Pirate Bay worden gebruikt om inbreuk te maken, behoeft gelet op het voorgaande geen bespreking meer.

Vorderingen

4.52. Brein heeft tijdens het pleidooi mondeling aangegeven haar eis nog op twee punten te willen wijzigen. Ten eerste wil Brein de domeinnamen <http://thepiratebay.nu> en <http://www.thepiratebay.nu> van de lijst te blokkeren domeinnamen als opgenomen in het petitum sub a schrappen. Ten tweede wil Brein het woord 'deze' in het petitum sub b wijzigen in 'juiste' om tegemoet te komen aan het bezwaar van Ziggo en XS4ALL dat zij het risico lopen dwangsommen te verbeuren indien Brein een onjuiste domeinnaam ter blokkering aan Ziggo en XS4ALL zou doorgeven.

4.53. XS4ALL heeft bezwaar gemaakt tegen de hiervoor vermelde eiswijziging tijdens het pleidooi.

4.54. De rechtbank verklaart het bezwaar ongegrond, nu de wijzigingen neerkomen op een vermindering van de eis hetgeen ingevolge artikel 129 Rv is toegestaan totdat eindvonnis is gewezen.

4.55. De rechtbank zal het gevorderde bevel tot blokkering van de IP adressen en domeinnamen/(sub)domeinen van The Pirate Bay toewijzen. XS4ALL heeft haar stelling dat door blokkering van de genoemde IP-adressen/domeinnamen/(sub)domeinen ook andere websites en/of domeinnamen worden geblokkeerd dan die van The Pirate Bay, gelet op de gemotiveerde betwisting door Brein, onvoldoende onderbouwd.

4.56. De rechtbank zal ook toewijzen het gevorderde bevel tot blokkering van IP adressen en domeinnamen/(sub)domeinen die in de toekomst zullen leiden naar de website van The Pirate Bay. Mede gelet op de door Brein gewijzigde formulering van dit bevel dat Ziggo en XS4ALL gehouden zijn om de door Brein aangeleverde juiste adressen te blokkeren, zijn Ziggo en XS4ALL niet aansprakelijk voor eventuele onjuiste gegevens die zij van Brein zouden kunnen ontvangen. Daarbij geldt onverkort dat voor zover Brein onjuiste gegevens zou aanleveren, Ziggo en XS4ALL hierover een executie geschil kunnen starten, zoals ook overwogen in 4.29.

4.57. De rechtbank zal aan het uitvoeren van de gevorderde blokkering een termijn verbinden van tien werkdagen. Die termijn geldt zowel voor de blokkering van de thans opgesomde IP-adressen/domeinnamen/(sub)domeinen als voor eventuele latere aanvullingen aan deze lijst die zowel per fax als per aangetekende brief aan Ziggo en XS4ALL dienen te worden aangeleverd.

4.58. Brein zal niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vordering tot een verklaring voor recht dat Ziggo en XS4ALL in strijd handelen met artikel 26d Aw en artikel 15e Wvnr, althans onrechtmatig handelen

jegens de rechthebbenden. Zonder toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien welk belang Brein heeft bij die verklaring naast de toe te wijzen bevelen tot blokkering.

4.59. *Ziggo en XS4ALL hebben bezwaar gemaakt tegen de gevorderde dwangsommen omdat dwangsommen in dit geval als prikkel voor naleving van het vonnis niet nodig zouden zijn. Dit bezwaar wordt door de rechtbank afgewezen, gezien onder meer het door Ziggo en XS4ALL aangevoerde eigen belang om niet te blokkeren. De gevorderde dwangsommen zullen worden gemaximeerd.*

4.60. *Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zullen de vorderingen van Brein worden toegewezen zoals vermeld in het dictum.*

(...)

5. De beslissing

De rechtbank

(...)

in de hoofdzaak:

5.3.

beveelt Ziggo en XS4ALL binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis hun sub V1 van de dagvaarding bedoelde diensten die 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 klanten tot de domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert, te weten:

(...)

5.4. *beveelt Ziggo en XS4ALL, voor het geval dat (de website van) The Pirate Bay via andere aanvullende IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen dan die onder 5.3) genoemd zou gaan opereren, de toegang van hun klanten tot deze andere aanvullende IP adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen te blokkeren en geblokkeerd te houden, binnen tien werkdagen na aanlevering door Brein, zowel per fax als per aangetekende brief, aan Ziggo en XS4ALL van de juiste IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen;*

(...) "

2.2. *Ziggo c.s. zijn in hoger beroep gekomen van het tussenvonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 8 december 2010 en van het vonnis van 11 januari 2012. Op 28 januari 2014 heeft het gerechtshof Den Haag arrest gewezen (hierna ook: het arrest van het gerechtshof). In dit arrest is - voor zover relevant voor de onderhavige zaak - het volgende opgenomen:*

"(...)

Het hoger beroep; inleidende overwegingen

(...)

3.3. *Het hof zal zijn onderzoek in hoger beroep eerst richten op de vorderingen van Brein op de primaire grondslag. In zoverre zijn deze vorderingen gebaseerd op de artikelen 26d Aw en 15e Wvnr die de implementatie vormen van artikel 11, 3e volzin, van Richtlijn 2004/48 EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (de Handhavingsrichtlijn, hierna: 'Hrl')*

en/of van het vergelijkbare artikel 8 lid 3 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (de Auteursrechtlijn, hierna: 'Arl'), (...)

3.4 Hierna zal kortheidshalve alleen worden gesproken over auteursrechten. Daarmee wordt echter tevens bedoeld op naburige rechten.

Inbreuk met gebruikmaking van de diensten van Ziggo c.s.?

(...)

4.4

De uploadende abonnees van Ziggo c.s. zijn aan te merken als derden die de door Ziggo c.s. doorgegeven of opgeslagen informatie aan Ziggo c.s. verstrekken (zie rov. 4.1 hiervoor). Naar ook de rechtbank heeft overwogen in rov. 4.14 van haar eindarrest, maken deze abonnees voor de door hen gepleegde auteursrechtinbreuken derhalve gebruik van de diensten van Ziggo c.s. die bestaan in het aan hun abonnees verschaffen van toegang tot internet, en zijn Ziggo c.s. dus aan te merken als tussenpersonen in de zin van de artikelen 8 lid 3 Arl, 11, 3e volzin, Hrl en 26d Aw. Grief 5 van Ziggo en grief VII van XS4All, die een andere opvatting verdedigen, gaan niet op.

4.5 In hoger beroep heeft Brein wederom betoogd dat ook de beheerders van TPB (The Pirate Bay, voorzieningenrechter) auteursrechtinbreuk plegen. Dit is door Ziggo c.s. betwist. De rechtbank is aan dit geschilpunt niet toegekomen (zie rov. 2.2).

4.6 De beheerders van TPB maken, al dan niet via magnet links, de in torrent-bestanden neergelegde meta-informatie toegankelijk voor het publiek (zie rov. 1.a). Zij bieden dus toegang tot de informatie die nodig is om toegang te kunnen krijgen tot de door de 'seeders' geuploadede werken. Dit handelen van de TPB-beheerders vormt naar het oordeel van het hof geen mededeling van die werken aan het publiek in de zin van artikel 3 Arl. Daarvoor is de tot die werken geboden toegang te indirect. (...) Dit laat overigens de mogelijkheid onverlet dat de beheerders van TPB onrechtmatig jegens de rechthebbenden handelen doordat zij auteursrechtinbreuk door anderen (waaronder in ieder geval de uploaders) faciliteren/bevorderen. Dit valt echter niet onder de reikwijdte van artikel 3 Arl.

4.7 Ter onderbouwing van haar stelling dat de beheerders van TPB zelf auteursrechtinbreuk plegen, heeft Brein verder nog aangevoerd dat op de server van TPB honderd duizenden covers van film- en game-DVD's, muziek-CD's, boeken, filmposters en ander 'art work' staan. Dit is door Ziggo c.s. niet (specifiek genoeg) weersproken. In dit geding moet het er daarom voor worden gehouden dat sprake is van auteursrechtinbreuk door de beheerders van TPB doordat zij het bedoelde 'art work' (zoals CD-hoesjes) mededelen aan het publiek. (...)

4.8 De conclusie van het voorgaande luidt dat met gebruikmaking van de diensten van Ziggo c.s. 'via TPB' auteursrechtinbreuk is gepleegd door:

- een relevant deel van de abonnees van Ziggo c.s.;*
- de beheerders van TPB, doch alleen met betrekking tot het 'art work'.*

Ten aanzien van (uitsluitend) deze handelingen is artikel 26d Aw van toepassing. Dit artikel en daaraan ten grondslag liggende artikelen 8 lid 3 Arl en 11, 3e volzin, Hrl zien niet op de situatie dat een derde met gebruikmaking van de diensten van tussenpersonen als Ziggo c.s. auteursrechtinbreuk door anderen (onrechtmatig) faciliteert/bevordert, maar niet zelf pleegt (verg. rov. 4.6 in fine).

Het beroep van Ziggo c.s. op het evenredigheidsbeginsel en non-effectiviteit

(...)

5.5 *Anders dan Brein meent, maakt effectiviteit (doeltreffendheid) deel uit van de in het L'Oréal eBay-arrest en artikel 52 lid 1 van het Handvest neergelegde evenredigheidseis (of proportionaliteitseis), die er op neerkomt dat de gevorderde maatregelen in een redelijke verhouding moeten staan tot het daarmee beoogde doel. In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat naarmate een maatregel minder effectief is, het beoogde doel daarmee minder gemakkelijk kan worden gerealiseerd en de maatregel dus minder snel in een redelijke verhouding tot dat doel zal staan. (...)*

5.6 *Uit het voorgaande volgt dat een van de voorwaarden voor de toewijsbaarheid van een artikel 26d Aw-vordering is, dat is voldaan aan de evenredigheidseis en de daarvan deel uitmakende effectiviteitseis. Het beroep van Ziggo c.s. op het beginsel van evenredigheid/effectiviteit kan bijgevolg niet worden gezien als een bevrijdend verweer, waarvoor zij de bewijslast hebben (vergelijk onder meer HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 en HR 11 juli 2008, LJN: BC8967). Dit betekent dat Brein moet stellen en bij gemotiveerde betwisting dient te bewijzen dat de door haar gevorderde maatregelen evenredig effectief zijn. De opmerking van Brein onder 141 PA, dat de bewijslast in deze bij Ziggo c.s. ligt, kan dus niet als juist worden aanvaard.*

(...)

5.12 *Door de afname van het bezoek aan TPB als gevolg van de blokkades wordt het aantal inbreuken dat de abonnees van Ziggo c.s. via TPB plegen, verminderd. Wanneer het evenwel zo zou zijn dat, zoals Ziggo c.s. stellen, deze abonnees de blokkades ontwijken door, indien zij deze al niet via proxy's omzeilen, hun toevlucht te zoeken in alternatieve torrentsites, dan vindt - ondanks de blokkades en de daardoor veroorzaakte afname van het bezoek aan TPB - geen vermindering van het door die abonnees gepleegde aantal inbreuken plaats, maar is slechts sprake van een verandering van de weg (bij omzeiling via een proxy) of de 'indexer' waarlangs waarmee zij die inbreuken plegen. In dat geval wordt het beoogde doel niet dichterbij gebracht en kan de gevorderde blokkade niet als effectief worden beschouwd. In zoverre gaat het in rov. 5.9 weergegeven betoog van Brein niet op. Met betrekking tot de inbreuken door de beheerders van TPB ligt dit enigszins anders aangezien, voor zover als gevolg van de blokkades is uitgeweken naar alternatieve (niet door de TPB-beheerders geëxploiteerde) torrentsites, deze blokkades ertoe geleid hebben dat de door de TPB-beheerders gedane mededingen een kleiner publiek bereiken dan zonder die blokkades het geval zou zijn geweest - de 'uitwijkers' zijn immers weggevallen als publiek van TPB - zodat door de blokkades de impact van inbreuken van de TPB-beheerders is afgenomen*

(...)

5.19 *Bij de hier aan te leggen effectiviteitstoets gaat het echter niet zozeer om het aantal abonnees dat (nog of niet langer) inbreuk pleegt, maar om het aantal inbreuken dat door de abonnees van Ziggo c.s. (nog of niet meer) wordt gepleegd: als er twee personen X en Y zijn die ieder 50.000 inbreuken plegen, dan is een maatregel die uitsluitend leidt tot het wegvallen van inbreukmaker Y effectief, maar als X 50.000 inbreuken pleegt en Y slechts 2, dan heeft het optreden tegen alleen Y nauwelijks effect. Nu de bevindingen in TNO III, dat het BitTorrent-gebruik onder de XS4All-abonnees na blokkade A gelijk is gebleven en dat dit is veroorzaakt door grootschalige ontwijking van die blokkade, blijkt het in rov. 5.15 overwogene niet zijn ontkracht, en die bevindingen derhalve in dit geding tot uitgangspunt zijn te nemen, moet worden geconcludeerd dat de in rov. 5.8 aangenomen afname van het bezoek aan TPB niet heeft geleid tot een significante vermindering van het aantal auteursrechtinbreuken door XS4All-abonnees. (...)*

5.20 *Het is aannemelijk dat het in TNO III voor de XS4All-abonnees gerapporteerde verschijnsel zich ook voor de Ziggo-abonnees voordoet. (...)*

(...)

5.22 Het voorgaande brengt met zich dat er in dit geding niet vanuit kan worden gegaan dat de op vordering van Brein door de rechtbank bevolen blokkade A/A1 effectief is geweest ten aanzien van de abonnees van Ziggo c.s. Door de gevorderde blokkade wordt de vrijheid van ondernemerschap van Ziggo c.s. – de vrijheid om naar eigen inzicht te handelen – aangetast, waaraan niet afdoet dat, naar door Brein bij MvA (onder 509, 544 e.v. en 609) is gesteld en door Ziggo c.s. (daarna) niet (meer) gemotiveerd is betwist, de gevorderde blokkade Ziggo c.s. vrijwel niets kost, zeer eenvoudig is en voor hen geen rompslomp oplevert en dat, naar door Brein eveneens onweersproken is gesteld, Ziggo c.s. verder op grote schaal hun abonnees blokkeren en afsluiten. Die blokkade vormt immers, ook wanneer daaraan voor Ziggo c.s. niet of nauwelijks kosten en moeite zijn verbonden, een inbreuk op hun vrijheid om naar eigen inzicht te handelen. Aangezien de gevorderde blokkade als niet-effectief moet worden beschouwd, en derhalve – in aanmerking ook nemend dat Ziggo c.s. zelf geen inbreuk maken (zie rov. 4.1) – niet bijdraagt aan het daarmee beoogde doel, de ook in het Handvest vastgelegde bescherming van intellectuele eigendom, brengt het evenredigheidsbeginsel met zich dat daardoor de aantasting van de door het Handvest eveneens gewaarborgde vrijheid van ondernemerschap van Ziggo c.s. niet is gerechtvaardigd.

5.23 Door Brein is nog naar voren gebracht (in de punten 563-564 MvA) dat het misplaatst zou zijn om aan het feit dat er andere wegen naar de illegaliteit zijn (de al eerder genoemde ontvrijkingsmogelijkheden), de gevolgtrekking te verbinden dat de door haar in deze zaak gevorderde maatregelen niet effectief zouden zijn. Deze andere wegen worden door haar namelijk ook aangepakt, of zullen door haar worden aangepakt, als onderdeel van een 'breder aanpak' van illegale verspreiding van beschermde werken. Het hof begrijpt, gezien ook de stellingen in de punten 597 en 598 MvA, dat Brein hiermee (tevens) wil betogen dat zij een 'stap-voor-stap-benadering' hanteert, waaraan inherent is dat zij ergens moet beginnen, in dit geval met blokkade A die Brein nodig achtte omdat het op haar vordering in 2010 in een Nederlandse bodemprocedure tegen de beheerders van TPB uitgesproken bevel om, op straffe van verbeurte van dwangsommen, die site ontoegankelijk te maken niet uitvoerbaar bleek (conclusie van repliek onder 208-210). De beheerders van TPB, die in Zweden zijn veroordeeld tot lange gevangenisstraffen, zijn 'ongrijpbaar', aldus Brein. Uit de stellingen van Brein valt op te maken dat haar bij de door haar voorgestane 'breder aanpak'/'stap-voor-stap-benadering' de volgende (vervolg-) maatregelen voor ogen staan:

- a. de access-providers te doen gelasten om ook alternatieven van TPB te blokkeren;
- b. het 'neerhalen' van proxy's;
- c. het optreden tegen de beheerders van alternatieve torrentsites.

Onder 147 PA heeft Brein opgemerkt dat zij – omdat de rechthebbenden zich ermee hebben verzoend dat niet al het illegaal verkeer op internet is tegen te houden – zich richt op 'de grootste uitwassen, zoals The Pirate Bay, Kickass.to en Torrentz.eu'. Onder 91 PA heeft Brein opgemerkt dat er 'op dit moment maar een handjevol BitTorrent-websites (is) die echt de concurrentie met The Pirate Bay aankunnen'. Onder 237 PA heeft Brein opgemerkt dat de zaken tegen andere illegale websites in voorbereiding zijn, en dat de onderhavige zaak een testcase tegen TPB is, waarmee klaarblijkelijk is bedoeld: een testcase tegen providers over de blokkade van TPB.

5.24 Niet goed is in te zien – zeker zonder nadere toelichting – waarom Brein in haar procedures tegen de providers (deze procedure en de procedure tegen KPN c.s., zie rov. 5.7) niet tevens meteen een bevel heeft gevorderd tot blokkade van het slechts 'handjevol' met TPB concurrerende BitTorrentsites die met TPB de 'grootste uitwassen' vormen (Kickass.to, Torrentz.eu en wellicht Isohunt). (...) Bij deze stand van zaken acht het hof ten aanzien van maatregel a. het beroep op een 'stap-voor-stap-benadering' niet gerechtvaardigd. Er was geen goede reden voor Brein om vervolgstap a. niet al te nemen, althans Brein heeft, hoewel dat in het licht van het zoguist overwogene en van het onder 5.6 overwogene op haar weg lag, niet (voldoende) duidelijk gemaakt dat zij daarvoor wel een goede reden had. Maatregel b. kan, zoals onder 5.15 in fine al is overwogen, eenvoudig worden onttrokken, terwijl maatregel c. evenmin verondersteld kan worden soulaas te bieden. (...)

(...)

5.26 Een en ander voert tot de conclusie dat de door Brein gevorderde maatregelen strijdig zijn met het evenredigheidsvereiste effectiviteitsvereiste. Grief 12 van Ziggo en grief XIII van XS4All, waarin de hiertoe strekkende verweren zijn neergelegd, treffen dus doel. Dit brengt met zich dat op de primair daartoe aangevoerde grondslag de vorderingen van Brein niet toewijsbaar zijn.

(...)

Bestlissing

Het gerechtshof:

(...)

- vernietigt het tussen partijen gewezen eindvonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 januari 2012, en opnieuw rechtdoende:

- wijst af de vorderingen van Brein;

(...)"

2.3. Brein heeft tegen het arrest van het gerechtshof van 28 januari 2014 beroep in cassatie ingesteld en Ziggo en XS4ALL hebben ieder afzonderlijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad heeft bij tussenarrest van 13 november 2015 (hierna ook: het arrest van de Hoge Raad) het geding geschorst en prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. In het tussenarrest is - voor zover relevant voor de onderhavige zaak - het volgende opgenomen:

"(.)

4. Beoordeling van middel III in het principale beroep en van de onderdelen 2, 3 en 4 van Ziggo en de onderdelen II en III van XS4ALL in de voorwaardelijke incidentele beroepen

4.1.1 Middel III in het principale beroep klaagt dat het hof in rov. 5.7-5.26 een onjuiste effectiviteitstoets heeft gehanteerd, dan wel zijn oordeel daaromtrent onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd.

4.1.2 Het middel betoogt onder meer dat het hof in rov. 5.10 heeft miskend dat het door Brein beoogde doel niet verder kan gaan dan datgene wat met haar vorderingen kan worden bereikt en dat het gevorderde gebod derhalve slechts ten doel heeft bepaalde inbreuken op de auteursrechten tegen te gaan (onderdeel III.3). Voorts is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip effectiviteit, omdat bij de beoordeling daarvan niet van belang is in hoeverre abonnees van Ziggo c.s. langs andere wegen inbreuk blijven maken. Zijn oordeel is bovendien onbegrijpelijk omdat Brein ook tegen de 'proxy's' en andere 'indexers' kan optreden en ook als zodanig optreedt. (onderdeel III.4) In rov. 5.24 heeft het hof verder ten onrechte aangenomen dat het proportionaliteitsvereiste meebrengt dat sprake moet zijn van 'onnmiddellijke effectiviteit' en/of dat de rechthebbende onmiddellijk alle mogelijke maatregelen (tegen eenieder) moet nemen teneinde auteursrechtinbreuken tegen te gaan (onderdeel III.10).

4.2.1 Bij de beoordeling van deze klachten is het volgende van belang.

(...)

4.2.3 De achtergrond van art. 11, derde volzin, Handhavingsrichtlijn en art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn is dat in toenemende mate de diensten van tussenpersonen worden gebruikt om inbreuk te maken op auteursrechten of naburige rechten en die tussenpersonen in veel gevallen het best in staat zijn om een eind te maken aan die

inbreuken (punt 59 van de considerans van de Auteursrechtlijn). Deze bepalingen verplichten de lidstaten dan ook ervoor te zorgen dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op die rechten.

4.2.4 *Het HvJ EU heeft in zijn arrest van 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (UPC Telekabel Wien), overwogen dat niet is uitgesloten dat een bevel als hier aan de orde niet leidt tot volledige beëindiging van inbreuken op het intellectuele eigendomsrecht (punt 58) en dat ook niet valt uit te sluiten dat er geen maatregel bestaat of praktisch realiseerbaar is die in voorkomend geval niet op een of andere manier zou kunnen worden omzeild (punt 60).*

4.2.5 *Het enkele feit dat inbreukmakers de mogelijkheid hebben om de maatregelen als bedoeld in art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn (en dus in art. 26d Aw) te omzeilen en aldus alsnog inbreuk te maken op de auteursrechten van de rechthebbenden, brengt dan ook nog niet mee dat de maatregel van het blokkeren van websites door internetproviders ineffectief is (zie ook conclusie van de A-G Cruz Villalón voor het arrest UPC Telekabel Wien, punt 100).*

4.2.6 *Het HvJ EU heeft in zijn arrest UPC Telekabel Wien verder nog overwogen:*
"62 De maatregelen die de adressaat van een bevel als dat van het hoofdgeding ter uitvoering van dit bevel neemt, moeten voldoende doeltreffend zijn om een effectieve bescherming van het betrokken grondrecht te verzekeren, wat inhoudt dat zij tot gevolg moeten hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adressaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met genoemd grondrecht voor hen beschikbaar gestelde werken.
63 Bijgevolg kan echter niet worden aangenomen dat de maatregelen die zijn genomen ter uitvoering van een bevel als dat van het hoofdgeding, ofschoon zij in voorkomend geval niet kunnen leiden tot een volledige beëindiging van de op het intellectuele-eigendomsrecht gemaakte inbreuken, onverenigbaar zijn met het overeenkomstig artikel 52, lid 1, in fine, van het Handvest na te streven rechtvaardige evenwicht tussen alle toepasselijke grondrechten, evenwel op de dubbele voorwaarde dat zij de internetgebruikers niet nodeloos de mogelijkheid ontnemen om zich rechtmatig toegang tot de beschikbare informatie te verschaffen en dat zij tot gevolg hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adressaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met het intellectuele-eigendomsrecht voor hen beschikbaar gestelde werken."
(...)

4.4.1 *Vast staat dat - los van de vraag of TPB (The Pirate Bay, voorzieningenrechter) inbreuk maakt, waaromtrent hieronder nader - een (relevant) deel van de abonnees van Ziggo c.s., met gebruikmaking van de diensten van TPB, zonder toestemming van rechthebbenden beschermde werken beschikbaar stelt en daarmee inbreuk maakt op het auteursrecht en de naburige rechten van die rechthebbenden. Omdat Ziggo c.s. de door die abonnees gemaakte inbreuken met betrekking tot beschermde werken via internet doorgeeft, zijn zij (zonder meer) aan te merken als tussenpersonen in de zin van art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn (zie UPC Telekabel Wien, punten 30-40).*

4.4.2 *De vordering van Brein strekt ertoe dat Ziggo c.s. wordt bevolen om de toegang van hun abonnees tot TPB te blokkeren. Het hof heeft de effectiviteit van het gevorderde bevel afgemeten aan het door Brein beoogde doel (alle mogelijke) inbreuken op de auteursrechten van rechthebbenden, gepleegd met gebruikmaking van internet, althans door middel van het gebruik van (BitTorrent)websites, geheel uit te bannen. Daarmee heeft het hof miskend dat ook als bepaalde maatregelen niet tot een volledige beëindiging van alle auteursrechtinbreuken kunnen leiden, zij nog wel verenigbaar kunnen zijn met het evenredigheidsvereiste van art. 52 lid 1 Handvest.*

Uit punt 62-63 van het arrest UPC Telekabel Wien van het HvJ EU volgt immers dat het enkele feit dat een blokkade wordt of kan worden ontweken, de blokkade nog niet ineffectief maakt. Voldoende is dat de blokkade - voor zover zij de inbreuken niet kan verhinderen - de inbreuken bemoeilijkt en internetgebruikers het maken van die inbreuken ernstig ontraadt.

4.4.3 *Het oordeel van het hof (in rov. 5.24) dat een vordering als de onderhavige alleen kan worden toegewezen, indien ook (alle) andere (relevante) BitTorrent-sites in de procedure waren betrokken, getuigt eveneens van een onjuiste rechtsopvatting. Een dergelijke eis vindt geen steun in Europese of nationale wetgeving. Zonder nadere motivering valt ook niet in te zien waarom Brein geen rechtens te respecteren belang heeft bij het om te beginnen blokkeren van één van die sites. Het oordeel van het hof dat de 'stap voor stap-benadering' die Brein in dit verband voorstaat, toewijzing van haar vordering strijd zou doen opleveren met de evenredigheids eis van art. 52 lid 1 Handvest, is dan ook onjuist.*

4.5 *Gelet op het voorgaande slagen de onderdelen III.3-III.4 en III.10 van het middel in het principale beroep.*

4.6.1 *Tot slot klaagt het middel dat het oordeel van het hof in rov. 5.25 dat de blokkade door Brein niet is gevorderd met het oog op de bescherming van de auteursrechten op het 'art work', onbegrijpelijk is, onder meer gelet op de uitdrukkelijke stelling van Brein dat zij (ook) de rechthebbenden op het 'art work' vertegenwoordigt (onderdeel III.11).*

4.6.2 *Ook deze klacht treft doel Brein heeft, blijkens rov. 4.7 en 4.8, de gevorderde maatregel mede gebaseerd op de inbreuken op de auteursrechten ter zake van het 'art work' en gesteld dat reeds die inbreuken het gevraagde verbod rechvaardigen. Het oordeel van het hof is dan ook onbegrijpelijk.*

(...)

5. Beoordeling van middel I in het principale beroep en van onderdeel I van Ziggo en onderdeel I van XS4ALL in de voorwaardelijke incidentele beroepen

(...)

5.2 *Onderdeel I.a betoogt, naar de kern genomen, dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat geen sprake is van een mededeling door TPB aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrecht richtlijn op de grond dat de tot de werken geboden toegang te indirect is. Onderdeel I.b klaagt onder meer dat het hof ten onrechte een scheiding heeft gemaakt tussen inbreuken door abonnees enerzijds en inbreuken door TPB anderzijds, waar zij in feite allen bijdragen tot de bedoelde inbreuken.*

5.3.1 *Ziggo c.s. stellen zich op het standpunt dat Brein geen belang heeft bij de behandeling van de klachten van middel I, aangezien reeds is komen vast te staan dat abonnees van Ziggo c.s., met gebruikmaking van de diensten van Ziggo c.s., auteursrechtinbreuk plegen evenals, voor zover het gaat om 'art works,' de beheerders van TPB.*

5.3.2 *Dit verweer van Ziggo c.s. mist doel. Het antwoord op de vraag of (naast de abonnees van Ziggo c.s. die van de diensten van TPB gebruikmaken, ook) de beheerders van TPB inbreuk maken op de auteursrechten, legt gewicht in de schaal bij de afweging die moet worden gemaakt in het kader van art. 26d Aw. Om die reden heeft Brein belang bij deze klachten.*

5.4

Bij de inhoudelijke beoordeling van de klachten is het volgende van belang.

(...)

5.7

Anders dan partijen in cassatie - in tegengestelde zin - betogen, volgt uit de Svensson-uitspraak niet het antwoord op de vraag of TPB met de hiervoor onder 5.5 weergegeven handelingen een mededeling aan het publiek doet als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn. (...)

(...)

7 Vragen van uitleg

De vragen van uitleg van Unierecht waarvan de Hoge Raad beantwoording door het HvJ EU nodig acht voor zijn beslissing op het cassatieberoep, zijn de volgende:

- 1. Is sprake van een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn door de beheerder van een website, indien op die website geen beschermde werken aanwezig zijn, maar een systeem bestaat (als beschreven hiervoor in 3.1 en 5.5) waarbij voor gebruikers meta-informatie over beschermde werken die op de computers van gebruikers staat, wordt geïndexeerd en gecategoriseerd, zodanig dat de gebruikers de beschermde werken aan de hand daarvan kunnen traceren en kunnen up- en downloaden?*
- 2. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt:
Bieden art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn en art. 11 Handhavingsrichtlijn ruimte voor een bevel aan een tussenpersoon als in die bepalingen bedoeld, indien deze tussenpersoon inbreukmakende handelingen van derden faciliteert op de wijze als bedoeld in vraag 1?*

(...)"

2.4. Het HvJ EU heeft bij arrest van 14 juni 2017 (hierna ook: het arrest van het HvJ EU) de prejudiciële vragen van de Hoge Raad beantwoord. In het arrest is - voor zover relevant voor de onderhavige zaak - het volgende opgenomen:

"(...)

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

(...)

48. Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het begrip „mededeling aan het publiek", in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, aldus moet worden uitgelegd dat, in omstandigheden als die van het hoofdgeding, het beschikbaar stellen en het beheer, op internet, van een platform voor de uitwisseling van bestanden dat, door de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmotor, de gebruikers van dit platform in staat stelt deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen, hieronder valt.

Tweede vraag

49. Gelet op het antwoord op de eerste vraag hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

(...)"

3. *Het geschil*

3.1. *Brein vordert - na wijziging en vermindering van eis - dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,*

a. Primair: Ziggo c.s. zal bevelen om binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodenzaak, die thans aanhangig is bij de Hoge Raad, definitief en onherroepelijk is beslist, hun diensten, die 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 klanten tot de domeinnamen (sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay (hierna: TPB) opereert, te weten:

(Sub)domeinnamen:

www.thepiratebay.org

thepiratebay.org

IPv4 IP-adressen:

i) 104.27.216.28

ii) 104.27.217.28

IPv6 IP-adressen

iii) 2400:cb00:2048:1::681b:d81c

iv) 2400:cb00:2048:1::681b:d91c

en de (sub)domeinnamen via welke TPB bereikbaar is, welke zijn opgenomen in productie 3 van de dagvaarding.

b. Ziggo c.s. zal bevelen om, voor het geval dat TPB gaat opereren via andere aanvullende IP-adressen en of (sub)domeinnamen dan de voornoemde, en of (de dienst van) TPB bereikbaar wordt via andere aanvullende (sub)domeinnamen dan de voornoemde, de toegang van hun klanten tot deze andere aanvullende IP adressen en/of (sub)domeinnamen te blokkeren en geblokkeerd te houden, binnen drie werkdagen na aanlevering door Brein, zowel per fax als per aangetekende brief, aan ieder van gedaagden afzonderlijk, van de juiste IP-adressen en of (sub)domeinnamen;

c. Subsidiar: Ziggo c.s. zal verbieden, vanaf tien dagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodenzaak, die thans aanhangig is bij de Hoge Raad, definitief en onherroepelijk is beslist, gebruikers van hun diensten toegang te verschaffen tot de website "The Pirate Bay", bedoeld in punt 5 e.v. van de dagvaarding;

d. dan wel een zodanige maatregel op zal leggen die het bovenbedoelde effect heeft, te weten dat de gebruikers van de diensten van gedaagden de toegang tot de dienst van TPB wordt ontzegd;

e. zal bevelen dat Ziggo c.s., ieder afzonderlijk, wanneer zij één of meer van de onder a en/of b en/of c en/of d gegeven bevelen overtreedt aan Brein een dwangsom zal betalen van € 25.000,- voor iedere overtreding van dat bevel, te vermeerderen met een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 1.000.000,-;

f. Ziggo c.s. zal veroordelen in de proceskosten conform het liquidatietarief.

3.2. *Ter onderbouwing van haar vorderingen stelt Brein dat met de gerechtelijke uitspraken (zoals genoemd onder de feiten) vaststaat dat TPB inbreuk maakt op de auteurs- en naburige rechten van de rechthebbenden. Daarbij gebruikt TPB Ziggo c.s. als tussenpersoon in de zin van artikel 26d Aw artikel 8 lid 3*

Arl en artikel 15e WNR om deze inbreuk te maken. Van Ziggo c.s. kan worden verlangd dat zij de diensten waarmee deze inbreuk wordt gepleegd, staakt, door TPB voor haar abonnees te blokkeren. Met de vernietiging door de Hoge Raad van de beslissingen op het punt van proportionaliteit en effectiviteit van het gerechtshof, staat genoegzaam vast dat in de bodenzaak in het voordeel van Brein zal worden beslist. Nu het echter geruime tijd zal duren voordat de Hoge Raad zijn eindarrest wijst, heeft Brein spoedeisend belang bij toewijzing van de onderhavige primaire dan wel subsidiaire vorderingen.

3.3. *Aan haar primaire vordering genoemd in 3.1 onder a legt Brein ten grondslag dat de genoemde IP- en DNS-blokkades specifiek gericht zijn op de IP-adressen en (sub)domeinnamen waaronder TPB op internet bereikbaar is. Omdat TPB regelmatig van IP-adres en domeinnaam wisselt, is daarnaast noodzakelijk dat deze toekomstige IP-adressen en (sub)domeinnamen eveneens kunnen worden geblokkeerd (de vordering genoemd in 3.1 onder b).*

3.4. *De subsidiaire vordering genoemd in 3.1 onder c is volgens Brein gemodelleerd naar de maatregel zoals door de Oostenrijkse rechter was opgelegd in de zaak die heeft geleid tot het arrest Telekabel Wien van het HvJ EU, nu deze maatregel door het HvJ EU is goedgekeurd, mits deze voldoet aan de door het HvJ EU geformuleerde "dubbele voorwaarde". Wanneer deze maatregel wordt opgelegd, kan Ziggo c.s. zelf kiezen hoe ze TPB zal blokkeren.*

3.5. *Ziggo c.s. voert verweer.*

3.6. *Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.*

4 De beoordeling

Inleidende overwegingen

4.1. *Kortheidshalve zal in dit vonnis gesproken worden over auteursrechten. Daarmee wordt echter tevens bedoeld op naburige rechten.*

(...)

Spoedeisend belang

4.3. *Als meest verstrekkend verweer betwist Ziggo c.s. dat Brein een spoedeisend belang heeft bij het onderhavige kort geding omdat partijen al sinds 2010 zijn verwickeld in een bodemprocedure en Brein geen nieuwe feitelijke omstandigheden heeft gesteld die thans een maatregel in kort geding rechtvaardigen. Al meer dan drie jaar, sinds het arrest van het gerechtshof, is TPB in Nederland niet (meer) geblokkeerd. Dat het spoedeisend belang is gelegen in het voorkomen van verdere, onnodige, schade betwist Ziggo c.s. Gezien de positieve ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan ondanks het ontbreken van een blokkade acht Ziggo c.s. het niet aannemelijk dat een blokkade ook maar enig dempend effect zal hebben op de schade.*

4.4. *De vraag of een eisende partij in kort geding voldoende spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorziening dient beantwoord te worden aan de hand van een afweging van de belangen van partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak. Daarbij heeft als uitgangspunt te gelden dat het spoedeisend belang in beginsel is gegeven zolang de gestelde inbreuk of het gestelde onrechtmatig handelen voortduurt. Indien daartegen echter onvoldoende voortvarend is opgetreden, kan dit een aanwijzing zijn dat het belang van de eisende partij kennelijk geen voorlopige maatregel vergt. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval.*

4.5. Voorop wordt gesteld dat zich na de opheffing van de blokkades ten gevolge van het arrest van het gerechtshof wel degelijk nieuwe feitelijke omstandigheden hebben voorgedaan, te weten het door de Hoge Raad gewezen arrest van 13 november 2015 en het arrest van 14 juni 2017 van het HvJ EU. Voor zover Ziggo c.s. bedoeld heeft te betogen dat Brein onvoldoende voortvarend is opgetreden omdat zij niet direct na het arrest van de Hoge Raad een kort geding aanhangig heeft gemaakt, verwerpt de voorzieningenrechter dit betoog. Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat het arrest van het gerechtshof op bepaalde punten zal worden vernietigd, maar tevens is duidelijk dat de Hoge Raad het antwoord op de door hem te stellen prejudiciële vragen van belang acht bij de te maken afweging in het kader van artikel 26d Aw 8 lid 3 Arl (vergelijk r.o. 5.3.2 onder 2.3). Daarmee is het Brein niet euvel te duiden dat zij het (voor haar positieve) antwoord van het HvJ EU heeft afgewacht alvorens onderhavig kort geding aanhangig te maken. Dat heeft zij aanhangig gemaakt binnen twee maanden na het arrest van 14 juni 2017 en dat is voortvarend genoeg.

Verbod op grond van artikel 26d Aw 8 lid 3 Arl

4.6. De bodemprocedure die relevant is voor het onderhavige kort geding is thans aanhangig bij de Hoge Raad, die nu na de beantwoording door het HvJ EU van de prejudiciële vraag bij (eind)arrest zal gaan beslissen. Indien in een kort geding moet worden beslist op een vordering tot het geven van een voorlopige voorziening nadat de bodemrechter reeds een vonnis in de hoofdzaak heeft gewezen, dient de voorzieningenrechter in beginsel zijn beslissing op dat oordeel van de bodemrechter af te stemmen, ongeacht of dit oordeel is gegeven in een tussenvonnis of in een eindvonnis, in de overwegingen of in het dictum van het vonnis, en ongeacht of het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan. Slechts onder omstandigheden kan plaats zijn voor het aanvaarden van een uitzondering op dit beginsel, bijvoorbeeld indien het vonnis van de bodemrechter klaarblijkelijk op een misslag berust en de zaak dermate spoedeisend is dat de beslissing op een tegen dat vonnis aangewend rechtsmiddel niet kan worden afgewacht, alsook indien sprake is van een zodanige wijziging van omstandigheden dat moet worden aangenomen dat de bodemrechter ingeval hij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, tot een andere beslissing zou zijn gekomen.

4.7. De voorzieningenrechter staat, dit juridische slagveld overziende, voor de vraag op welk (feitelijk) bodemoordeel afgestemd dient te worden. Naar voorlopig oordeel komt het vonnis van de rechtbank hiervoor thans het meeste in aanmerking. Het is immers duidelijk dat het arrest van het gerechtshof op enkele cruciale punten onjuist is bevonden. Ten eerste heeft de Hoge Raad reeds in zijn verwijzingsarrest geoordeeld dat de overwegingen van het gerechtshof aangaande de door Brein gehanteerde stap-voor-stap benadering onjuist zijn (r.o. 4.4.3) en dat aan het verbod niet de eis mag worden gesteld dat het downloadverkeer daarmee geheel wordt uitgebannen (r.o. 4.4.4). Ten tweede heeft de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof dat de gevraagde blokkade niet was gevraagd met het oog op het 'art work' onbegrijpelijk geoordeeld (r.o. 4.6.2). Ten derde is het oordeel van het gerechtshof dat de beheerders van TPB zelf geen mededeling aan het publiek doen van de betrokken werken (het gaat dan om de uitgewisselde bestanden en niet om het 'art work', zie r.o. 4.6 hof) in strijd met het antwoord van het HvJ EU op de daarover gestelde vragen van de Hoge Raad, kort gezegd inhoudende dat de handelwijze van TPB aangemerkt kan worden als een mededeling aan het publiek. Deze punten laten een dusdanig ander licht op de zaak schijnen dat het arrest van het gerechtshof als grotendeels achterhaald moet worden beschouwd. De (tussen)conclusie van het gerechtshof in r.o. 4.8 is immers hiermee niet in overeenstemming met een juiste uitleg van het auteursrecht en daarmee is het belang van Brein bij haar vordering door het gerechtshof onvoldoende onder ogen gezien. Thans is duidelijk dat de uitgewisselde werken ook op de website van TPB aan het publiek worden medegedeeld en moet qua effectiviteit van een blokkade dus niet slechts worden gekeken naar een afname van het downloadverkeer (dat peer-to-peer en zo, na downloaden van het torrent-bestand, verder buiten TPB om plaatsvindt) maar ook naar afname van het bezoek aan TPB zelf. Dat legt bij de te maken afweging gewicht in de schaal, zo onderkende ook de Hoge Raad al (r.o. 5.3.2). Evenzo was de manier waarop het gerechtshof de inbreuk op de auteursrechten voor het 'art work' als van onvoldoende

belang oordeelde ontoereikend maar dat aspect is wellicht thans minder van belang nu er door TPB ook mededeling van de uitgewisselde werken wordt gedaan in strijd met het auteursrecht.

4.8. *Zodoende is naar voorlopig oordeel de proportionaliteitsafweging van het gerechtshof onjuist geweest, althans is daarbij in elk geval onvoldoende gewicht aan de belangen van Brein gegeven. Aangezien over de proportionaliteit door ofwel de Hoge Raad (zoals Brein betoogt) ofwel het verwijzingshof (zoals Ziggo c.s. betoogt) opnieuw zal moeten worden geoordeeld, kan de voorzieningenrechter zijn oordeel afstemmen op het voor Brein positieve oordeel van de rechtbank aangaande de (subsidiariteit en) proportionaliteit van de gevraagde blokkade (r.o. 4.20 e.v.). In dat oordeel zijn zowel de belangen van Brein enerzijds als die van de abonnees van Ziggo c.s. (waaronder hun recht op informatie) en de Internet Service Providers (hierna: ISPs) zelf (waaronder hun recht op vrij ondernemerschap en technische bezwaren tegen de blokkade) anderzijds meegewogen. Steun voor de opvatting dat de blokkade proportioneel is, is te vinden in de conclusie van AG Szpunar in zijn advies aan het HvJ EU over de beantwoording van de tweede vraag van de Hoge Raad.*

4.9. *Het oordeel van de rechtbank over de proportionaliteit van de gevraagde maatregel heeft aan kracht gewonnen met het oordeel van het HvJ EU dat door TPB niet alleen het 'art work' maar ook de uitgewisselde werken zelf aan het publiek worden medegedeeld en daarmee rechtstreeks op die website inbreuk op het auteursrecht ter zake van ook die laatste werken wordt gemaakt (de rechtbank had dit kennelijk in het midden gelaten, zie r.o. 4.51). Ziggo c.s. moet immers ook ten aanzien van die inbreuk als tussenpersoon in de zin van artikel 26d Aw'8 lid 3 Arl worden gezien. Zoals hiervoor overwogen, betekent dit dat ook het tegengaan van bezoek aan TPB als zodanig in de proportionaliteits-/effectiviteitstoets meeweegt, los gezien derhalve van de vraag of het daadwerkelijke illegale downloaden door dat verhinderde bezoek afneemt. Het is zodoende niet langer juist om, zoals Ziggo c.s. nog voorstaat, de effectiviteit van een blokkade te beoordelen op enkel de afname van het illegale downloaden. De omstandigheid dat er methoden zijn om die blokkade te ontwijken, bijvoorbeeld via proxy's, mirror sites en Virtual Private Network (VPN)-verbindingen, en alsnog toegang te krijgen tot de website van TPB doet daar onvoldoende aan af. Het spreekt immers voor zich dat door een blokkade van de website TPB door de ISPs die website minder eenvoudig bereikbaar is, waardoor minst genomen de toegang wordt bemoeilijkt (zie r.o. 62 en 63 van HvJ EU Telekabel Wien). Anders gezegd, de minder doorgewinterde internetter zal minder eenvoudig op de website van TPB terecht kunnen komen en dat is voorshands voldoende. Hierbij komt dat met het op te leggen bevel een deel van die omzeilingen (door bijvoorbeeld mirror sites) kan worden voorkomen, omdat Brein die websites aan de providers kan doorgeven. Brein heeft bovendien desgevraagd aangegeven ook VPN-providers te willen aanspreken.*

4.10. *De omstandigheid dat in de Tweede Kamer in het kader van de wijziging van de Wet op de kansspelen (kamerstukken 33996) is aangegeven dat er geen blokkademogelijkheid van illegale goksites moet komen, maakt dit voorshands niet anders. Door het HvJ EU is nu eenmaal erkend dat een doorgifteverbod aan een ISP op basis van artikel 8 lid 3 Arl kan worden opgelegd en de voorzieningenrechter heeft zich op basis van het beginsel van Gemeenschapstrouw naar de uitspraken van die rechter te richten. Daargelaten de vraag hoeveel gewicht de interpretatie van onze nationale wetgever op bovendien een duidelijk ander rechtsgebied in de schaal kan leggen, heeft kennelijk in die afweging voorts meegespeeld dat er ook andere handhavingsmiddelen zijn, zoals blokkering van het betalingsverkeer (zie opmerking staatssecretaris Dijkhoff, prod. 3 Ziggo).*

4.11. *Ziggo c.s. heeft nog betwist dat er voldoende wettelijke grondslag is voor het te geven bevel en het voldoende voorzienbaar is. Dat verweer wordt verworpen onder verwijzing naar hetgeen AG Van Peursem heeft geconcludeerd in nrs. 3.1.6 e.v. en naar de overwegingen van de rechtbank ter zake.*

4.12. *De voorzieningenrechter zal gelet op het voorgaande een blokkade opleggen. Steun voor dit oordeel is te vinden in de omstandigheid dat inmiddels in een aanzienlijk aantal EU landen ISPs zijn gelast om de*

toegang tot een website voor hun abonnees te blokkeren (zie overzicht dagvaarding Brein nr. 38 en productie 4 Brein).

De vorderingen

4.13. Namens Ziggo c.s. is bezwaar gemaakt tegen de formulering van de vordering. Zij stelt dat in wezen sprake is van een zogenaamd Erfolgsverbod in de zin van voormeld arrest Telekabel Wien, terwijl het Nederlandse recht niet de waarborgen kent die het Oostenrijkse recht wel kent. Ziggo c.s. heeft haar bezwaar na de eisenwijziging ten aanzien van de thans primaire vordering niet herhaald, het geldt daarom kennelijk slechts voor de subsidiaire vordering (zie nr. 63 pleinnota XS4ALL). Nu het primair gevorderde zoals na te melden wordt toegewezen, komt de voorzieningenrechter zodoende niet toe aan de beoordeling van dit bezwaar.

4.14. Ziggo c.s. heeft voorts tegen de primaire vordering onder b als bezwaar genoemd dat het zo in wezen aan Brein (zonder nadere rechterlijke toets) zou worden overgelaten om te bepalen welke domeinnaam of welk ip-adres geblokkeerd wordt en Ziggo c.s. dwangsommen verbeurt indien zij het daar niet mee eens is. Zoals de rechtbank onder 4.56 reeds overwoog, wordt dit probleem ondervangen door opname van "juiste" voor "IP-adressen en of (sub)domeinnamen". Niettemin kan niet worden ontkend dat dit systeem bij twijfel de providers wellicht zal dwingen het zekere voor het onzekere te nemen en tot blokkering over te gaan omdat zij anders dwangsommen zouden verbeuren. Dat komt de voorzieningenrechter niet evenredig noch noodzakelijk in een democratische samenleving voor. De voorzieningenrechter ziet daarom aanleiding de verbeuring van dwangsommen op dit punt te herformuleren zoals na te melden. Bovendien zullen de dwangsommen worden gematigd en gemaximeerd. Er zal overigens geen redelijke termijn in de zin van 1019i Rv worden bepaald omdat de bodemprocedure reeds aanhangig is.

4.15. Ter vermijding van onduidelijkheden zal worden bepaald dat de toe te wijzen blokkade zal gelden totdat in de bodemprocedure daarover is beslist. Mocht de Hoge Raad het zelf afdoen dan geldt die beslissing als eindpunt, mocht de Hoge Raad de zaak verwijzen dan geldt de uitspraak van het verwijzingshof als eindpunt. Anders dan Brein wenst, is in het laatste geval niet geïndiceerd dat eerst de onherroepelijkheid van die beslissing wordt afgewacht. Ofwel het verwijzingshof wijst immers de gevorderde blokkade (al dan niet in gewijzigde vorm) toe zodat dat bevel dient te prevaleren ofwel het hof wijst het af, maar dan is er een nieuwe situatie ontstaan met bijbehorende nieuwe afweging. Hetzelfde geldt indien de bodemprocedure op andere wijze eindigt, bijvoorbeeld omdat deze geschikt wordt.

Proceskosten

(...)

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1 beveelt Ziggo c.s. om binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodemzaak, die thans aanhangig is bij de Hoge Raad, is beslist over de gevorderde blokkade of totdat deze op andere wijze is geëindigd, hun diensten, die 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 klanten tot de domeinnamen, (sub)domeinen en IP-adressen via welke TPB opereert, te weten:

(Sub)domeinnamen:
www.thepiratebay.org
thepiratebay.org

IPv4 IP-adressen:

- i) 104.27.216.28
- ii) 104.27.217.28

IPv6 IP-adressen:

- iii) 2400:cb00:2048:1::681b:d81c
- iv) 2400:cb00:2048:1::681b:d91c

en de (sub)domeinnamen via welke TPB bereikbaar is, welke zijn opgenomen in productie 3 van de dagvaarding.

5.2. beveelt Ziggo c.s. om met ingang van tien werkdagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodemzaak, die thans aanhangig is bij de Hoge Raad, is beslist over de gevorderde blokkade of totdat deze op andere wijze is geëindigd, voor het geval dat TPB gaat opereren via andere/aanvullende IP-adressen en/of (sub)domeinnamen dan de voornoemde, en/of (de dienst van) TPB bereikbaar wordt via andere/aanvullende (sub)domeinnamen dan de voornoemde, de toegang van hun klanten tot deze andere/aanvullende IP adressen en/of (sub)domeinnamen te blokkeren en geblokkeerd te houden, binnen drie werkdagen na aanlevering door Brein, zowel per fax als per aangetekende brief, aan ieder van gedaagden afzonderlijk, van de juiste IP-adressen en/of (sub)domeinnamen;

5.3. veroordeelt Ziggo c.s., ieder afzonderlijk, wanneer zij de onder 5.1 en 5.2 gegeven bevelen overtreedt aan Brein een dwangsom te betalen van € 10.000,- voor iedere overtreding van dat bevel, te vermeerderen met een dwangsom van € 2.000,- voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 1.000.000,- en met dien verstande dat voor het onder 5.2 gegeven bevel geen dwangsom verbeurd zal worden voor de periode dat daarover in redelijkheid tussen partijen discussie wordt gevoerd en op voorwaarde dat:

- door Ziggo c.s. binnen vermelde termijn van drie werkdagen na aanlevering door Brein, zowel per fax als per aangetekende brief de juistheid van blokkering gemotiveerd in twijfel wordt getrokken en wordt aangekondigd dat dit aan de bevoegde executierechter zal worden voorgelegd en
- door Ziggo c.s. binnen een termijn van acht werkdagen na aanlevering door Brein een datum voor een executie kort geding ter zake zal worden aangevraagd bij de bevoegde rechter, een en ander totdat door de aldus bevoegde executierechter (bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard of in kracht van gewijsde gegaan vonnis) is beslist;

(...)"

3. Het geschil

in conventie

- 3.1. BREIN vordert, na wijziging van eis, bij vonnis – uitvoerbaar bij voorraad –:
- a) de providers te bevelen om binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodemzaak, die thans tussen partijen bij de rechtbank Den Haag aanhangig is, en voor wat betreft KPN totdat in de bodemzaak, die thans tussen Ziggo/XS4ALL enerzijds en BREIN anderzijds aanhangig is bij de Hoge Raad, is beslist over de gevorderde blokkade of totdat deze op andere wijze is geëindigd, hun diensten, die 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 klanten tot de

domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke TPB opereert, te weten:

(sub)domeinnamen

(i) www.thepiratebay.org

(ii) thepiratebay.org

IPv4 IP-adressen

(iv) 104.27.216.28

(v) 104.27.217.28

IPv6 IP-adressen

(vi) 2400:cb00:2048:1::681b:d81c

(vii) 2400:cb00:2048:1::681b:d91c

en de (sub)domeinnamen via welke TPB bereikbaar is, die zijn opgenomen in productie 27 bij de akte houdende overlegging producties, tevens wijziging van eis van 13 december jl.;

- b) de providers te bevelen om, met ingang van tien werkdagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodemzaak, die thans tussen partijen bij de rechtbank Den Haag aanhangig is, en voor wat betreft KPN totdat in de bodemzaak, die thans tussen Ziggo/XS4ALL enerzijds en BREIN anderzijds aanhangig is bij de Hoge Raad, is beslist over de gevorderde blokkade of totdat deze op andere wijze is geëindigd, voor het geval dat TPB gaat opereren via andere/aanvullende IP-adressen en/of (sub)domeinnamen dan de voornoemde, en/of (de dienst van) TPB bereikbaar wordt via andere/aanvullende (sub)domeinnamen dan de voornoemde, de toegang van hun klanten tot deze andere/aanvullende IP-adressen en/of (sub)domeinnamen te blokkeren en geblokkeerd te houden, binnen drie werkdagen na aanlevering door BREIN, zowel per fax als per aangetekende brief, dan wel volgens een nader afgesproken protocol, aan ieder van de providers afzonderlijk, van de juiste IP-adressen en/of (sub)domeinnamen;
- c) dan wel een zodanige maatregel op te leggen aan de providers, met uitzondering van KPN, die het bedoelde effect heeft, te weten dat de gebruikers van de diensten van de providers de toegang tot de dienst van TPB, wordt ontzegd;
- d) de providers ieder afzonderlijk, te veroordelen, wanneer zij de onder a, b en c gegeven bevelen overtreedt aan BREIN een dwangsom te betalen van € 10.000,00 voor iedere overtreding van dat bevel, te vermeerderen met een dwangsom van € 2.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 1.000.000,00 en met dien verstande dat voor het onder b. gegeven bevel geen dwangsom verbeurd zal worden voor de periode dat daarover in redelijkheid tussen partijen discussie wordt gevoerd en op voorwaarde dat:
- door de providers binnen vermelde termijn van drie werkdagen na aanlevering door BREIN, zowel per fax als per aangetekende brief de juistheid van blokkering gemotiveerd in twijfel wordt getrokken en wordt aangekondigd dat dit aan de bevoegde executierechter zal worden voorgelegd en
 - door de providers binnen een termijn van acht werkdagen na aanlevering door BREIN een datum voor een executie kort geding ter zake zal worden aangevraagd bij de bevoegde rechter,
- een en ander totdat door de aldus bevoegde executierechter (bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard of in kracht van gewijsde gegaan vonnis) is beslist;

- e) de providers, met uitzondering van KPN, te veroordelen in de volledige kosten van dit geding conform artikel 1019h Rv.

3.2. De providers voeren verweer.

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

in voorwaardelijke reconventie

3.4. T-Mobile, Tele2, Zeelandnet en CAIW vorderen, T-Mobile, tele2 en CAIW na wijziging van eis, bij vonnis – uitvoerbaar bij voorraad – in voorwaardelijke reconventie indien de vordering in conventie geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen:

- a) BREIN te verbieden een filter, blokkade of andere maatregel te vragen ten aanzien van enig IP-adres en/of domeinnaam en/of (sub)domein dat niet precies en sluitend voldoet aan het dictum van dit vonnis, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000,00, voor iedere keer (een individueel IP-adres of domeinnaam of subdomein daaronder begrepen) of – en zulks ter uitsluitende bepaling van ieder van de providers afzonderlijk – voor iedere dag dat BREIN in strijd met dit verbod handelt,
- b) BREIN te gebieden voortdurend en op basis van dit vonnis te filteren c.q. blokkeren IP-adressen en/of domeinnamen en/of (sub)domeinen dagelijks te monitoren en ieder van de providers afzonderlijk, binnen vierentwintig (24) uur nadat de grond voor filteren c.q. blokkeren is komen te vervallen, schriftelijk (per email en per fax) te informeren dat de maatregel ten aanzien van het betreffende IP-adres c.q. (sub)domeinnaam kan worden opgeheven, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000,00, voor iedere keer (een individueel IP-adres of domeinnaam of subdomein daaronder begrepen) of – en zulks ter uitsluitende bepaling van de providers afzonderlijk – voor iedere dag dat BREIN in strijd met dit verbod handelt,
- c) BREIN te veroordelen in de redelijke en evenredige kosten als bedoeld in artikel 1019h Rv.

3.5. BREIN voert verweer.

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

4. De beoordeling

in conventie

Algemeen

4.1. De vorderingen van BREIN zijn gebaseerd op de artikelen 26d Auteurswet (Aw) en 15e Wet op de naburige rechten (Wnr) die de implementatie vormen van artikel 11, 3e volzin, van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (de Handhavingsrichtlijn, hierna: 'Hrl') en van het vergelijkbare artikel 8 lid 3 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (de

Auteursrechttrichtlijn, hierna: 'Arl'). In dit vonnis wordt gesproken over auteursrechten. Daarmee wordt tevens bedoeld op de naburige rechten.

4.2. T-Mobile, Tele2 en CAIW hebben voorafgaand aan de mondelinge behandeling een eensluidende conclusie van antwoord ingediend. T-Mobile en Tele2 (tezamen), CAIW en Zeelandnet hebben ter zitting afzonderlijk gepleit. Zij hebben ter zitting verklaard dat de voorzieningenrechter alles wat door één van deze partijen schriftelijk dan wel mondeling is aangevoerd, mede namens de ander wordt geacht te zijn aangevoerd. Daarom zal de voorzieningenrechter de verweren behandelen als gezamenlijk door T-Mobile, Tele2, Zeelandnet en CAIW opgeworpen. De door Zeelandnet opgeworpen exceptie van onbevoegdheid valt daarbuiten en zal dan ook apart en vóór de bespreking van de hoofdzaak worden behandeld.

Regeling KPN

4.3. BREIN heeft met KPN een regeling getroffen. Gelet op die regeling, waarvan de precieze inhoud de voorzieningenrechter niet bekend is, handhaaft BREIN haar (gewijzigde) vorderingen jegens KPN. Daarbij zij opgemerkt dat BREIN haar vorderingen heeft aangepast conform de afspraken die zij met KPN heeft gemaakt. KPN heeft ter zitting verklaard zich niet inhoudelijk te verweren tegen de vorderingen en zich te refereren aan het oordeel van de voorzieningenrechter mits de vorderingen gelijk worden getrokken met het dictum van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 22 september 2017. Met inachtneming hiervan liggen de vorderingen jegens KPN voor toewijzing gereed.

Exceptie van onbevoegdheid Zeelandnet

4.4. Zeelandnet verzoekt de voorzieningenrechter zich onbevoegd te verklaren om van de door BREIN jegens Zeelandnet ingestelde vorderingen kennis te nemen en de zaak jegens haar te verwijzen naar de bevoegde rechter in het arrondissement Middelburg. Zeelandnet onderbouwt haar verzoek met de stelling dat de schade zich – in tegenstelling tot hetgeen BREIN beweert – niet in heel Nederland voordoet. Immers, Zeelandnet is een Zeeuwse provider met enkel aangeslotenen in Zeeland. Daarbij is van belang dat de vordering gaat over het filteren/blokken van bezoeken aan de website van TPB en niet over peer-to-peer verkeer. In die situatie blijft de dienst van Zeelandnet beperkt tot het gebied 'Zeeland'. Verder stelt Zeelandnet dat zij geen mobiel internet aanbiedt en in het geval klanten van Zeelandnet gebruik maken van WifiSpots zij gebruikmaken van (een verbinding door) Ziggo. Het gebied 'Zeeland' wordt dus niet uitgebreid. Voorts stelt Zeelandnet dat geen sprake is van eenzelfde maar van een vergelijkbaar feitencomplex als gekeken wordt naar de afzonderlijke providers. Zeelandnet heeft immers een eigen kenmerkende klantenkring, een eigen werkwijze en een eigen aanpak van de problematiek. Er is volgens Zeelandnet daarom geen sprake van samenhang in de zin van artikel 107 Rv.

4.5. BREIN betwist dat sprake is van onbevoegdheid van de voorzieningenrechter. Allereerst voert BREIN aan dat de incidentele eis en de gronden te laat zijn ingediend en verwijst hiervoor naar artikel 7.2 van het rolreglement voor civiele dagvaardingszaken. Zeelandnet heeft volgens BREIN voldoende tijd gehad om het bevoegdheidsincident en de gronden schriftelijk in te dienen. BREIN heeft haar verweer door de handelwijze van Zeelandnet niet, althans onvoldoende, kunnen voorbereiden en stelt dat zij daardoor is geschaad in haar verdediging. BREIN stelt dat sprake is van strijd met de goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor. Mocht de voorzieningenrechter anders beslissen,

dan voert BREIN het volgende aan. BREIN verwijst naar de inhoud van het vonnis in incident van 31 oktober 2012. BREIN stelt dat de rechthebbenden door het handelen van Zeelandnet – zijnde het niet ontzeggen van de toegang tot TPB – schade ondervinden in heel Nederland. De abonnees van Zeelandnet delen films, muziek, games en e-books met hun peers over de hele wereld. Bovendien is Zeelandnet bereikbaar door het aanbieden van gratis wifispots door heel Nederland. BREIN stelt dat de voorzieningenrechter daarom bevoegd is op grond van artikel 102 Rv. De voorzieningenrechter is volgens BREIN ook bevoegd op grond van artikel 107 Rv. Immers, er is sprake van een zodanige samenhang dat de eisen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling van de vorderingen jegens alle providers rechtvaardigen. Bovendien heeft het vonnis van 31 oktober 2012 gezag van gewijsde in deze procedure. Dat betekent dat de rechtbank Zeeland-West-Brabant niet exclusief bevoegd is.

4.6. De voorzieningenrechter is van oordeel dat BREIN door het opwerpen van het bevoegdheidsincident niet in haar belangen is geschaad; er is geen sprake van schending van de goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor. Dit om de navolgende reden. In het procesreglement kort gedingen rechtbanken handel/familie is de regel opgenomen dat een eis in reconventie – gronden en vordering – zo spoedig mogelijk, uiterlijk 24 vóór de terechtzitting schriftelijk moet worden meegedeeld aan de wederpartij, aan overige partijen en aan de voorzieningenrechter. Dit met als achterliggende gedachte de eisen van een goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor, zie voetnoot 6 van voornoemd procesreglement. Als een partij dit voorschrift niet naleeft, zal de voorzieningenrechter daaraan het gevolg verbinden dat hem met het oog op de aard van het voorschrift en de ernst van het verzuim passend voorkomt. Vaststaat dat Zeelandnet voorafgaand aan de mondelinge behandeling niet een eis in reconventie heeft ingediend. Wel heeft Zeelandnet ‘productie 1: stukken betreffende exceptie van onbevoegdheid’ overgelegd. Deze productie bestaat uit processtukken en het vonnis in incident van 31 oktober 2012. Gelet op die stukken heeft BREIN in haar pleitnota verweer gevoerd tegen de (verwachte) exceptie van onbevoegdheid. Door Zeelandnet zijn geen wezenlijk andere stellingen ingenomen dan destijds en voor zover de nuance anders zou zijn, heeft BREIN onvoldoende gemotiveerd dat zij daardoor is benadeeld. Gelet daarop is de voorzieningenrechter van oordeel dat de eisen van goede procesorde en het beginsel van hoor en wederhoor niet zijn geschonden. De voorzieningenrechter staat het (eenvoudig te beoordelen) onbevoegdheidsincident dan ook toe.

4.7. De hoofdregel met betrekking tot relatieve bevoegdheid van de rechter is opgenomen in artikel 99 Rv. Dit artikel bepaalt dat de rechter van de woonplaats van gedaagde bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen jegens die gedaagde. Artikel 102 Rv betreft – naast artikel 99 Rv – een alternatieve bevoegdheidsregel. Mede bevoegd is de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Voorts bepaalt artikel 107 Rv dat indien een rechter ten aanzien van een van de gezamenlijk in het geding betrokken gedaagden bevoegd is, die rechter ook ten aanzien van de overige gedaagden bevoegd is, mits tussen de vorderingen tegen de onderscheiden gedaagden een zodanige samenhang bestaat dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen.

4.8. In deze zaak is sprake van meerdere gedaagden en geldt artikel 107 Rv. De andere providers hebben immers abonnees mede in het arrondissement Midden-Nederland. De rechthebbenden ondervinden als gevolg daarvan ook schade in dit arrondissement. Daarmee

is de bevoegdheid ten aanzien van de overige providers gegeven. Vervolgens dient te worden beoordeeld of sprake is van voldoende samenhang. De voorzieningenrechter is van oordeel dat (grotendeels) sprake is van eenzelfde feitencomplex ten aanzien van ieder van de providers in deze zaak. Immers, de zaak draait in de kern om het verschaffen door een provider aan haar abonnees door middel van het aanbieden van internetdiensten (rechtstreeks) van toegang tot de website(s) van TPB. De gronden en de vorderingen zijn gelijklopend. Dat er in die zin een verschil bestaat tussen Zeelandnet en de andere providers is niet gesteld. Een onderbouwing van de stelling dat bij Zeelandnet andere omstandigheden (eigen kenmerkende klantenkring, eigen werkwijze en eigen aanpak van de problematiek) een rol spelen, ontbreekt. Gelet hierop is naar het oordeel van de voorzieningenrechter sprake van een zodanige samenhang dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen. De exceptie van onbevoegdheid wordt afgewezen.

Spoedeisend belang

4.9. Het spoedeisend belang bij de vorderingen vloeit reeds voort uit het voortdurende karakter van de gestelde inbreuken. Hierbij speelt mee het feit dat het HvJ EU arrest heeft gewezen waarmee op een essentieel onderdeel anders wordt geoordeeld dan het gerechtshof in 2014 namelijk dat TPB zelf ook auteursrechtinbreuk pleegt, waarna de voorzieningenrechter in Den Haag op basis van die arresten een voorlopige voorziening heeft getroffen waarbij de providers in die procedure zijn veroordeeld. Bovendien heeft BREIN kortgeleden een bodemprocedure jegens de providers aanhangig gemaakt, waarvan op korte termijn niet een eindvonnis is te verwachten. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat aan het vereiste van het spoedeisend belang is voldaan.

Verhouding tot andere gewezen vonnissen

4.10. BREIN verwijst bij de onderbouwing van haar stellingen in grote mate naar de bodemprocedure die aanhangig is tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL. In die procedure staat de zaak, zoals gezegd, voor arrest bij de Hoge Raad. De providers stellen dat deze kortgedingprocedure moet worden beoordeeld op zijn eigen merites. De voorzieningenrechter is het eens met de providers dat deze zaak op zichzelf staat. Immers, BREIN heeft andere providers gedagvaard. Dat betekent dat de voorzieningenrechter gehouden is deze zaak te beoordelen op grond van de stellingen, verweren en het bewijs dat in deze procedure naar voren is gebracht. De bodemprocedure tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL is dan ook niet bindend voor de providers in deze zaak. Daar doet echter niet aan af dat de uitkomsten in de bodemprocedure tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL wel een rol spelen in de beoordeling in deze zaak. De voorzieningenrechter geeft namelijk een voorlopig oordeel en bij die beoordeling dient hij een prognose te geven van hoe de bodemrechter in de bodemprocedure zal oordelen. Daar komt bij dat BREIN in deze zaak een vordering heeft ingesteld die vrijwel identiek is aan de veroordeling van de voorzieningenrechter in de kortgedingprocedure tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL. De providers die in deze procedure zijn gedagvaard voorzien hun klanten van dezelfde diensten als in de zaak tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL, althans waar het aankomt op het verschaffen van toegang tot internet en dus tot de website van TPB. Het voorgaande betekent dat de beslissingen in de bodemprocedure tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL alsmede het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dan ook richtinggevend zijn in deze zaak. Voor zover de stellingen en het verweer anders luiden, zullen die op zichzelf worden beoordeeld.

4.11. De voorzieningenrechter is van oordeel dat voor wat betreft de bodemprocedure tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL het vonnis van de rechtbank van 11 januari 2012 richtinggevend is. Op dit punt is het oordeel dus gelijklopend aan het oordeel van de voorzieningenrechter in de procedure tussen BREIN en Ziggo/XS4ALL. Het is duidelijk dat het arrest van het gerechtshof op enkele cruciale punten onjuist is bevonden. Ten eerste heeft de Hoge Raad reeds in zijn verwijzingsarrest geoordeeld dat de overwegingen van het gerechtshof aangaande de door BREIN gehanteerde stap-voor-stap benadering onjuist zijn (r.o. 4.4.3) en dat aan het verbod niet de eis mag worden gesteld dat het downloadverkeer daarmee geheel wordt uitgebannen (r.o. 4.4.4). Ten tweede heeft de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof dat de gevraagde blokkade niet was gevraagd met het oog op het 'art work' onbegrijpelijk geoordeeld (r.o. 4.6.2). Ten derde is het oordeel van het gerechtshof dat de beheerders van TPB zelf geen mededeling aan het publiek doen van de betrokken werken (het gaat dan om de uitgewisselde bestanden en niet om het 'art work', zie r.o. 4.6 gerechtshof) in strijd met het antwoord van het HvJ EU op de daarover gestelde vragen van de Hoge Raad, kort gezegd inhoudende dat de handelwijze van TPB aangemerkt kan worden als een mededeling aan het publiek. Deze punten laten een dusdanig ander licht op de zaak schijnen dat het arrest van het gerechtshof als grotendeels achterhaald moet worden beschouwd. De (tussen)conclusie van het gerechtshof in r.o. 4.8 is immers niet in overeenstemming met een juiste uitleg van het auteursrecht. Vaststaat dat de uitgewisselde werken ook op de website van TPB aan het publiek worden medegedeeld. Wat betreft de effectiviteit van een blokkade is het van belang dat wordt gekeken naar een afname van het downloadverkeer en naar afname van het bezoek aan TPB zelf. Dat legt bij de te maken afweging gewicht in de schaal, zo onderkende ook de Hoge Raad (r.o. 5.3.2).

Proportionaliteits- en effectiviteitstoets

4.12. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter valt het de proportionaliteits- en de effectiviteitstoets in het voordeel van BREIN uit. Zulks is in lijn met het oordeel van de rechtbank Den Haag in 2012 alsmede het oordeel van de voorzieningenrechter in de zaak BREIN tegen Ziggo/XS4All. Eveneens vindt de voorzieningenrechter dat het oordeel van de rechtbank Den Haag in 2012 over de proportionaliteit van de gevraagde maatregel aan kracht heeft gewonnen door de beslissing van het HvJ EU dat door TPB niet alleen het 'art work' maar ook de auteursrechtelijk beschermde werken zelf aan het publiek worden medegedeeld, waarmee middels die website inbreuk op de auteursrechten van die werken wordt gemaakt. De providers moeten ook ten aanzien van die inbreuk van TPB als tussenpersoon in de zin van artikel 26d Aw en 8 lid 3 Arl worden gezien. Zoals hiervoor overwogen, betekent dit dat ook het blokkeren van de TPB zelf als zodanig in de proportionaliteits-/effectiviteitstoets meeweegt, naast de omvang waarmee het daadwerkelijke illegale downloaden door dat verhinderde bezoek afneemt. BREIN heeft in dit kader onbetwist gesteld dat de populariteit van TPB (na de blokkade opgelegd door de voorzieningenrechter in Den Haag in september 2017) is gedaald en dat TPB in de ranking van Alexa, die informatie geeft over websitebezoek, van plaats 44 naar plaats 83 is gezakt. Dit gegeven kan ook worden waargenomen als gekeken wordt naar het effect van de door de bodemrechter opgelegde blokkade in 2012. TPB is in de ranking van Alexa destijds eveneens gedaald na het opleggen van een blokkade (van plaats 26 voor de blokkade naar plaats 131 na de blokkade). Die blokkade is na enige tijd opgeheven. De positie van TPB in de ranking van Alexa is daarna ophoog gegaan naar plaats 40. Indachtig deze golfbewegingen met als achtergrond het (al dan niet) bestaan van een blokkade, maakt dat de voorzieningenrechter van oordeel is dat het aannemelijk is dat

de plaats op de ranking en het al dan niet bestaan van een blokkade met elkaar samenhangt. De positie van TPB op de lijst van Alexa is hoger op het moment van het ontbreken van een blokkade en substantieel lager op het moment van een blokkade. Daaruit kan worden afgeleid dat een blokkade van TPB effectief en proportioneel is. Het verweer van de providers inhoudende dat het aantal legale streamingsdiensten enorm is gegroeid en het probleem van online piraterij aanzienlijk is gedaald, doet daaraan niet af, mede omdat TPB nog steeds hoog op de ranking van Alexa staat en dus nog steeds veel wordt bezocht. De stelling van de providers dat de doorsnee consument enkel nog op legale wijze downloadt en het slechts technisch onderlegde auteursrecht onverschillige gebruikers betreft die illegaal downloaden, is onvoldoende onderbouwd. Waar het om gaat is dat de klanten van de providers door een blokkade van TPB deze website dan niet meer, althans moeilijker kunnen bereiken. Dat sommige klanten die blokkade kunnen ontwijken, bijvoorbeeld via proxy's, mirror sites en Virtual Private Network (VPN)-verbindingen, en alsnog toegang kunnen krijgen tot de website van TPB, is onvoldoende grond om de gevorderde blokkade af te wijzen. Dat brengt immers nog niet mee dat de maatregel van het blokkeren van websites door providers ineffectief is.

De stelling van BREIN dat een dynamisch verbod goed werkt en praktisch goed uitvoerbaar is, is onvoldoende gemotiveerd betwist. BREIN heeft ter onderbouwing van haar stelling een voorbeeld overgelegd van een verzoek aan XS4ALL in november 2017 tot een blokkade van bepaalde adressen. Binnen één werkdag waren die adressen geblokkeerd. Ook heeft deblokkeren niet tot problemen geleid. Bovendien stelt BREIN een tool te hebben ontwikkeld waarmee zij in de gaten kan houden dat de IP-adressen en domeinnamen nog accuraat zijn. BREIN doet haar toezegging gestand dat zij de accuraatheid van de adressen zal blijven monitoren. Het risico dat abonnees van de providers lopen dat zij geen toegang kunnen krijgen tot rechtmatige informatie, is dan ook verwaarloosbaar klein. Alles overwegende komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat een blokkade toelaatbaar is en voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en effectiviteit.

4.13. De voorzieningenrechter is het met de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag verder eens dat de omstandigheid dat in de Tweede Kamer in het kader van de wijziging van de Wet op de kansspelen (kamerstukken 33996) is aangegeven dat er geen blokkademogelijkheid van illegale goksites moet komen, vorenstaand oordeel niet anders maakt. Door het HvJ EU is erkend dat een doorgifteverbod aan een ISP op basis van artikel 8 lid 3 Arl kan worden opgelegd en dat de voorzieningenrechter zich op basis van het beginsel van Gemeenschapstrouw naar de uitspraken van die rechter heeft te richten. Daargelaten de vraag hoeveel gewicht de interpretatie van onze nationale wetgever op bovendien een duidelijk ander rechtsgebied in de schaal kan leggen, heeft kennelijk in die afweging voorts meegespeeld dat er ook andere handhavingsmiddelen zijn, zoals blokkering van het betalingsverkeer. Dat dit oordeel een juridische misslag van de voorzieningenrechter in het vonnis van september jl. genoemd kan worden, zoals door de providers betoogd, volgt de voorzieningenrechter dus niet.

4.14. De providers betwisten dat er voldoende wettelijke grondslag bestaat voor het te geven bevel en het voldoende voorzienbaar is. Dat verweer wordt – conform het oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag – verworpen. De artikelen 26d Aw en 15e Wnr vormen een voldoende specifieke wettelijke grondslag in de zin van artikel 10 lid 2 Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) voor een bevel tot blokkade van IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen. Deze wetsartikelen zijn voldoende kenbaar en met precisie geformuleerd. Zowel in de

parlementaire geschiedenis van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr als in de considerans van de Arl onder punt 59 wordt immers specifiek verwezen naar inbreuken in de digitale omgeving en naar het feit dat tussenpersonen oftewel internet service providers, in veel gevallen het meest aangewezen zijn om een eind te maken aan inbreukmakende handelingen.

De stelling dat door TPB in relevante mate ook legaal materiaal wordt aangeboden, is niet aannemelijk gemaakt. Het staat namelijk niet vast dat het aanbod van TPB dat niet aanstonds te bestempelen valt als zijnde illegaal, legaal aanbod betreft. In het geval dat wel zo is, dan betreft dat een zeer klein percentage van het totale aanbod en daarbij geldt bovendien dat dat aanbod ook op andere (legale) websites wordt aangeboden.

Belangenafweging

4.15. De voorzieningenrechter is van oordeel dat een belangenafweging deels onderdeel uitmaakt van de vorenstaande proportionaliteits- en effectiviteitstoets en voor het overige het vorenstaande niet anders maakt. Nu vaststaat dat sprake is van het op grote schaal plegen van inbreukmakende activiteiten (door middel van gebruikmaking van TPB), dat de mate waarin die activiteiten plaatsvinden direct in relatie staat met het al dan niet bestaan van een blokkade, dat de maatregelen om een blokkade te bewerkstelligen in de basis niet moeilijk is en niet aantoonbaar onevenredig veel werk opleveren en voorts geen grondrechten worden geschonden, valt de belangenafweging in het voordeel van BREIN uit. Niet kan worden gevegd van BREIN dat zij de uitkomst in de bodemprocedure (BREIN jegens Ziggo/XS4ALL en de bodemprocedure tussen deze partijen) afwacht.

Dwangsom

4.16. De voorzieningenrechter ziet aanleiding de gevorderde (voorwaardelijke) dwangsom toe te wijzen en zal dat doen als in het dictum weergegeven.

in reconventie

4.17. De providers hebben naar het oordeel van de voorzieningenrechter in onvoldoende mate hun stelling onderbouwd dat BREIN blokkering van adressen vordert dan wel zal vorderen die niet leiden tot TPB. Daarmee zouden de providers een onredelijke organisatorische last moeten dragen. De providers hebben tijdens de zitting voorbeelden gegeven van deze “overblokkering” van door BREIN opgegeven adressen die niet zouden leiden tot een website van TPB. BREIN heeft vervolgens ter zitting laten zien dat de websites nog wel bereikbaar zijn en de stelling van de providers voldoende gemotiveerd betwist. Bij deze stand van zaken is de voorzieningenrechter van oordeel dat de providers geen belang hebben bij hun vordering in reconventie nu in onvoldoende mate aannemelijk is dat het gevaar zoals door de providers geschetst zich voordoet en zal deze afwijzen. Hierbij heeft de voorzieningenrechter betrokken de onbetwiste stelling van BREIN inhoudende dat zij – voor zover relevant – de in het kader van de blokkade opgegeven adressen zal blijven monitoren en gevonden wijzigingen direct aan de desbetreffende providers zullen doorgeven en daarbij de toezegging van BREIN dat indien het door de providers gevreesde scenario zich toch voordoet (dat zij een adres moeten blokkeren welke niet meer leidt tot TPB), daar geen consequenties aan verbonden zullen worden zoals het vorderen van dwangsommen.

in conventie en in reconventie

Proceskostenveroordeling

4.18. BREIN heeft – na wijziging van eis - geen proceskosten gevorderd jegens KPN. Nu KPN zich heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank, zullen de kosten van de procedure tussen BREIN en KPN worden gecompenseerd, in de zin dat ieder de eigen kosten zal dragen.

BREIN vordert in de conventie alsook de reconventie op de voet van artikel 1019h Rv veroordeling van de andere providers in de advocaatkosten ten bedrage van € 15.000,00 en aanvullend voor wat betreft het onbevoegdheidsincident van Zeelandnet een bedrag van € 6.000,00. Deze kosten zijn volgens BREIN gerechtvaardigd gezien de door haar overgelegde urenspecificatie die in totaal een bedrag ad € 25.816,99 belopen. Nu deze procedure ziet op de handhaving en bescherming van intellectuele eigendomsrechten is artikel 1019h Rv van toepassing. Op grond van dat artikel wordt de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. De providers hebben niet vrijwillig voldaan aan de vorderingen van BREIN. Daarom is BREIN naar het oordeel van de voorzieningenrechter in redelijkheid tot dagvaarden overgegaan. Voorts hebben de providers (met uitzondering van KPN die zich aan het oordeel van de rechtbank heeft gerefereerd) uitgebreid verweer gevoerd, niet alleen bij pleidooi (met verlengde spreektijd) aan de hand van pleitnotities, maar ook met van te voren in het geding gebrachte conclusies van antwoord. In dit licht wordt het argument dat het onredelijk zou zijn hen in de kosten van de procedure te veroordelen, verworpen. Bij de vaststelling van de redelijke en evenredige kosten gaat de voorzieningenrechter uit van de door de rechtbank gehanteerde Indicatie tarieven in IE-zaken. In dit geval neemt de voorzieningenrechter als uitgangspunt het (maximum) tarief behorend bij een normaal kort geding, te weten € 15.000,00, vanwege de moeilijkheidsgraad van de te beantwoorden rechtsvragen en gezien het uitgebreide verweer van de providers. En voor wat betreft het incident neemt de voorzieningenrechter als uitgangspunt het (maximum) tarief behorend bij een normaal incident in bodemzaken, te weten € 2.500,00. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat de volledige door BREIN gevorderde advocaatkosten niet toewijsbaar zijn, nu deze boven de voornoemde tarieven uitkomen en zal de proceskosten beperken tot genoemd bedrag van € 15.000,00 en voor wat betreft het incident tot € 2.500,00.

Het voorgaande betekent dat T-Mobile, Tele2, Zeelandnet en CAIW als de grotendeels in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten zullen worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van BREIN worden begroot op:

- dagvaardingen	€	241,26
- griffierecht	€	618,00
- salaris advocaat	€	15.000,00
Totaal	€	15.859,26

Aanvullend zal Zeelandnet in de kosten van de incidentele procedure worden veroordeeld ad € 2.500,00.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

5.1. beveelt de providers om binnen tien werkdagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodemzaak, die thans tussen partijen bij de rechtbank Den Haag aanhangig is, en voor wat betreft KPN totdat in de bodemzaak, die thans tussen Ziggo en XS4ALL enerzijds en BREIN anderzijds aanhangig is bij de Hoge Raad, is beslist over de gevorderde blokkade of totdat deze op andere wijze is geëindigd, hun diensten, die 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 klanten tot de domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke TPB opereert, te weten:

(sub)domeinnamen

- (i) www.thepiratebay.org
- (ii) thepiratebay.org

IPv4 IP-adressen

- (iv) 104.27.216.28
- (v) 104.27.217.28

IPv6 IP-adressen

- (vi) 2400:cb00:2048:1::681b:d81c
- (vii) 2400:cb00:2048:1::681b:d91c

en de (sub)domeinnamen via welke TPB bereikbaar is, die zijn opgenomen in productie 27 bij de akte houdende overlegging producties, tevens wijziging van eis van 13 december 2017,

5.2. beveelt de providers om met ingang van tien werkdagen na betekening van dit vonnis en totdat in de bodemzaak, die thans tussen partijen bij de rechtbank Den Haag aanhangig is, en voor wat betreft KPN totdat in de bodemzaak, die thans tussen Ziggo en XS4ALL enerzijds en BREIN anderzijds aanhangig is bij de Hoge Raad, is beslist over de gevorderde blokkade of totdat deze op andere wijze is geëindigd, voor het geval dat TPB gaat opereren via andere/aanvullende IP-adressen en/of (sub)domeinnamen dan de voornoemde, en/of (de dienst van) TPB bereikbaar wordt via andere/aanvullende (sub)domeinnamen dan de voornoemde, de toegang van hun klanten tot deze andere/aanvullende IP-adressen en/of (sub)domeinnamen te blokkeren en geblokkeerd te houden, binnen drie werkdagen na aanlevering door BREIN, zowel per fax als per aangetekende brief, aan ieder van de providers afzonderlijk, van de juiste IP-adressen en/of (sub)domeinnamen,

5.3. veroordeelt de providers ieder afzonderlijk, wanneer zij de onder 5.1. en 5.2. gegeven bevelen overtreedt aan BREIN een dwangsom te betalen van € 10.000,00 voor iedere overtreding van dat bevel, te vermeerderen met een dwangsom van € 2.000,00 voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een

maximum van € 1.000.000,00 en met dien verstande dat voor het onder 5.2. gegeven bevel geen dwangsom zal worden verbeurd voor de periode dat daarover in redelijkheid tussen partijen discussie wordt gevoerd en op voorwaarde dat:

- door de providers binnen vermelde termijn van drie werkdagen na aanlevering door BREIN, zowel per fax als per aangetekende brief de juistheid van blokkering gemotiveerd in twijfel wordt getrokken en wordt aangekondigd dat dit aan de bevoegde executierechter zal worden voorgelegd en
- door de providers binnen een termijn van acht werkdagen na aanlevering door BREIN een datum voor een executie kort geding ter zake zal worden aangevraagd bij de bevoegde rechter,

een en ander totdat door de aldus bevoegde executierechter (bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard of in kracht van gewijsde gegaan vonnis) is beslist,

in reconventie

5.4. wijst de vorderingen af,

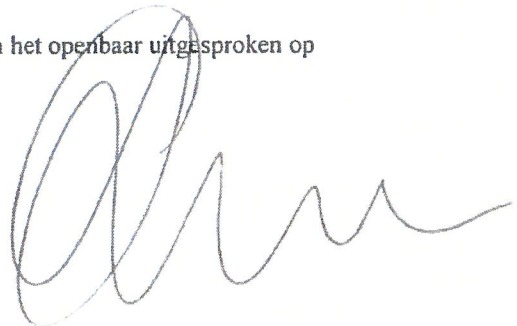
in conventie en in reconventie

5.5. veroordeelt de providers, met uitzondering van KPN, in de volledige kosten van dit geding ex artikel 1019h Rv, in totaal een bedrag van € 15.859,26, en Zeelandnet aanvullend in de kosten van het onbevoegdheidsincident van € 2.500,00,

5.6. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.A. Schuman en in het openbaar uitgesproken op 12 januari 2018.



Voor grosse



12 JAN. 2018

De griffier van de rechtbank
Midden-Nederland

type:
coll: