

beschikking

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

rekestnummer: KG RK 12-609

Beschikking van 20 maart 2012

in de zaak van

de stichting

STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE

NEDERLAND, BREIN,

gevestigd te Amsterdam,

verzoekster,

advocaten: mr. J.C.H. van Manen en mr. R. van Kleeff te Amsterdam,

tegen

de heer

wonende te Renswoude,

gerekwestreerde.

1. Het verzoek

- 1.1. Op 19 maart 2012 is bij het bureau algemene zaken van deze rechtbank ingekomen een verzoekschrift ex artikel 1019e Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) tot het treffen van een onmiddellijke voorziening bij voorraad zonder oproeping van gerekwestreerde om inbreuk op rechten van intellectuele eigendom te beëindigen, met daaraan gehecht veertien bijlagen. Het verzoekschrift is, voor zover van belang, hieronder opgenomen.

Verzoekschrift ex artikel 1019e Rv tot het treffen van een onmiddellijke voorziening bij voorraad zonder oproeping van Gerekwestreerde om inbreuk op rechten van intellectuele eigendom te beëindigen.

Verzoekster is:

De stichting **STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN**, statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende aan de Siriusdreef 22 te (2132 WT) Hoofddorp ("BREIN"), voor deze zaak woonplaats kiezende te Amsterdam (1096 HA) aan het Amstelplein 1, ten kantore van de advocaten mrs. J.C.H. van Manen en R. van Kleeff die door haar als advocaat wordt gesteld en als zodanig zullen optreden

Gerekwestreerde is:

de heer

0703812834

I. KERN

1. Dit verzoek ziet op een onmiddellijke voorziening tegen Gerekwestreerde, die een zogenaamde reverse proxydienst aanbiedt waarmee via een server van Gerekwestreerde één-op-één de website The Pirate Bay www.thepiratebay.se wordt doorgegeven. Hierdoor kunnen (o.a.) abonnees van Ziggo en XS4ALL The Pirate Bay bezoeken, zonder dat zij tegen worden gehouden door de IP- en DNS-blokkade die Ziggo en XS4ALL per 1 februari j.l. hebben ingesteld als gevolg van het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 11 januari 2012 (**productie 1**).

2. De volledige inhoud van The Pirate Bay (en niets anders) wordt via de reverse proxy van Gerekwestreerde ter beschikking gesteld. Deze sabotage van het vonnis van de Haagse Rechtbank van 11 januari 2012 dient zo spoedig mogelijk gestopt te worden. BREIN verzoekt u Gerekwestreerde te bevelen met onmiddellijke ingang het ter beschikking stellen van The Pirate Bay via het subdomein tpb.dehomies.nl te staken en gestaakt te houden. De grondslag voor dit verzoek is artikel 26d en 12 Aw en artikel 15e en 8 lid1 sub e Wnr.

II. INHOUDSOPGAVE

3. Dit verzoek is als volgt opgebouwd:

- I. Kern
- II. Inhoudsopgave
- III. Feiten
 - BREIN
 - Website The Pirate Bay
 - Gerechtigde actie tegen The Pirate Bay en providers
 - Omzeiling van de opgelegde blokkade door Gerekwestreerde
- IV. Juridische beoordeling
 - Artikel 26d Aw en 15e Wnr
 - Ad a) de maatregel is evenredig
 - Ad b) maatregel is mogelijk tegen aanvaardbare kosten
 - Ad c) Minder verstreckende maatregelen staan niet open
 - Regime van artikel 6:196c BW
 - Openbaarmaking door Gerekwestreerde
- V. Verweer Gerekwestreerde
- VI. Onherstelbare schade en spoedelsend belang
- VII. Bevoegdheid
- VIII. Producties

III. FEITEN

BREIN

4. BREIN is in 1998 opgericht door verschillende rechthebbendenorganisaties en heeft als statutaire doelstelling het behartigen van de belangen van

rechthebbenden op informatie, waaronder met name de bij haar aangesloten partijen, overwegend uit de film- muziek- games en uitgeefindustrie. De statuten van de Stichting BREIN, (**productie 2**), vermelden dat het daarbij in het bijzonder gaat om het juridisch handhaven van de intellectuele-eigendomsrechten van deze partijen.

5. De bij BREIN aangesloten partijen zijn de rechthebbenden ten aanzien van het leeuwendeel van de muziek- en filmwerken en computergames en e-books op de Nederlandse markt. Bij BREIN zijn onder andere aangesloten de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van Beeld- en Geluidsdragers (NVPI), de Motion Pictures Association (MPA), de Nederlandse Vereniging van Filmdistributeurs (NVF), de Nederlandse Vereniging van Bioscoopexploitanten (NVB) en de Nederlandse Vereniging van Entertainment Retailers (NVER), inclusief de leden van al deze organisaties. Sinds kort is ook het Nederlands Uitgevers Verbond (NUV) bij BREIN aangesloten, in verband met het feit dat het illegale aanbod van e-books de laatste tijd een enorme vlucht heeft genomen. Voor een volledige lijst van aangeslotenen van BREIN wordt verwezen naar de website van BREIN: <http://anti-piracy.nl/aangeslotenen.php>.

6. BREIN is ingevolge haar statuten en op grond van art. 3:305a BW, toegevoegd om ter behartiging van de belangen van haar aangeslotenen en andere rechthebbenden het onderhavige verzoek in te dienen.

Website The Pirate Bay

7. TPB werd in 2003 gelanceerd. De website is in een aantal jaren uitgegroeid tot 's werelds grootste BitTorrent website. Elk uur komen er honderden verwijzingen naar content bij. Nieuwe verwijzingen betreffen met name recente en daarmee zeerpopulaire films, muziek, games en e-books. Ook in Nederland is TPB ongekend populair. In Alexa.com staat de website van TPB in Nederland op plaats 38 van meest bezochte websites.

8. Op TPB worden zogenaamde torrents en magnet links aangeboden, die gekoppeld zijn aan mediabestanden, die bijvoorbeeld audio, video, games, software of boeken (e-books) kunnen bevatten en die zich bevinden op de computers van de gebruikers van TPB (hierna gezamenlijk "torrents"). De torrents worden door TPB geïndexeerd, gecategoriseerd en ontsloten. (Zie **productie 3**, enkele screenshots van TPB).

9. Gebruikers kunnen aldus op TPB zoeken naar door hen gewenste mediabestanden. Zodra een gebruiker een gewenst bestand heeft gevonden, klikt hij op de link naar de torrent of op de magnet link en daarmee start hij een proces waardoor hij in verbinding wordt gesteld met de diverse aanbieders van het gekoppelde mediabestand, van wie hij stukjes van het totale bestand ontvangt. Ieder stukje van het bestand dat de gebruiker aldus binnenkrijgt, wordt door de gebruiker direct weer beschikbaar gesteld voor andere gebruikers (met andere woorden, alles wat een gebruiker downloadt, wordt door de gebruiker ook weer geüpload).

0703812834

10. Bezoekers van The Pirate Bay maken op grote schaal inbreuk op de rechten van door BREIN vertegenwoordigde rechthebbenden. Op The Pirate Bay worden thans meer dan vier miljoen torrents aangeboden. Het overgrote deel daarvan betreft illegaal materiaal - dat wil zeggen werken waarvan de auteurs- en/of naburige rechten toekomen aan rechthebbenden wier belangen BREIN behartigt en ten aanzien waarvan deze rechthebbenden géén toestemming hebben verleend voor openbaarmaking of verveelvoudiging (noch aan The Pirate Bay noch aan de gebruikers).

11. In het kader van eerdere, aan The Pirate Bay gerelateerde procedures, zijn diverse statistische analyses door TNO verricht, waaruit blijkt dat ruim 90% van het totaal aan aangeboden torrents dergelijk illegaal materiaal betreft. (Ziggo vonnis, sub 4.1 en 4.9)

Gerechtelijke actie tegen The Pirate Bay en providers

12. De beheerders van The Pirate Bay zijn in hun thuisland Zweden tot in hoogste instantie strafrechtelijk veroordeeld. Omdat TPB online bleef zijn ook haar hosting providers aangepakt. Ok dat bood geen soelaas, omdat TPB van hosting provider wisselde. Thans is zij, naar verluidt, haar eigen hosting provider. TPB is aldus nog altijd online. (Ziggo vonnis, sub 2.9 - 2.16).

13. Ook de Amsterdamse voorzieningenrechter¹ en de Amsterdamse rechtbank² hebben TPB bevolen hun inbreukmakende en onrechtmatige en gedragingen te staken (**productie 4a en b**), maar het illegale materiaal van TPB bleef bereikbaar voor Nederlandse gebruikers. De beheerders hebben inmiddels aanzienlijke dwangsommen verbeurd, maar zij houden zich schuil, buiten het bereik van BREIN en de autoriteiten.

14. BREIN heeft vervolgens een bevel gevorderd tegen Ziggo en XS4ALL om The Pirate Bay te blokkeren³. Deze vordering werd in kort geding afgewezen⁴, maar de Haagse rechtbank wees het stakingsbevel recent toe (**productie 1**)⁵. De rechtbank oordeelde dat Ziggo en XS4ALL onder de genoemde omstandigheden gehouden zijn aan de bedoelde inbreuken door cq. via The Pirate Bay in Nederland een einde te maken door middel van het blokkeren van de toegang tot TPB voor hun abonnees.

15. BREIN heeft het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 11 januari 2012 aan Ziggo en XS4ALL betekend en per 1 februari j.l. blokkeren deze partij-

¹ Vzr. Rb. Amsterdam 30 juli 2009, LJN: BJ4466, Vzr. Rb. Amsterdam 22 oktober 2009, LJN: BK1067

² Rb. Amsterdam 16 en 23 juni 2010, LJN: BN1626

³ Aanvankelijk werd dit bevel gevorderd tegen Ziggo, de grootste provider van kabelinternet in Nederland. XS4All wenste zich te voegen aan de zijde van Ziggo en BREIN heeft zich daar niet tegen verzet.

⁴ Vzr. Rb 's-Gravenhage 19 juli 2010, LJN: BN1445.

⁵ Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN: BV0549

en de toegang tot TPB voor hun abonnees. Inmiddels heeft BREIN de overige grote Nederlandse providers gedagvaard in kort geding en vordert dat zij eveneens TPB blokkeren voor hun abonnees.

16. Ook in België, Denemarken en Italië zijn internet providers veroordeeld The Pirate Bay voor hun abonnees te blokkeren (**productie 5a, b, c**). In het Verenigd Koninkrijk is een vergelijkbare zaak aanhangig, waarin de High Court bij tussenvonnis heeft geoordeeld dat The Pirate Bay zich schuldig maakt aan auteursrechtinbreuk (**productie 5d**). Die uitspraak bevat veel informatie over de werking van The Pirate Bay en het Europese wettelijk kader.

Omzeiling van de opgelegde blokkade door Gerekwestreerde

17. Gerekwestreerde is, samen met zijn broer eigenaar en beheerder van de website <http://dehomies>. Gerekwestreerde biedt via het subdomein <http://tpb.dehomies> een omzeiling van de genoemde blokkades van The Pirate Bay door middel van een zogenaamde "reverse proxy".

18. Een reverse proxy werkt als een "tussenstation" tussen de computer van de gebruiker en het internet. De gebruiker begeeft zich op het internet via de proxy en surft dus niet rechtsreeks naar een website, maar via de proxy. De bezochte website herkent de gebruiker dan ook als afkomstig van de proxy.

19. Anders dan de gewone proxy, leidt de reverse proxy de gebruiker niet eenvoudig via het tussenstation door naar de te bezoeken website, maar neemt deze de (zoek)opdrachten van de gebruiker aan en leidt hij deze door naar de website, waarna hij de van de website terugontvangen informatie weer doorstuurt naar de gebruiker.

20. De internet provider van de gebruiker ziet niet dat zijn abonnee naar de uiteindelijke website surft, maar ziet slechts dat hij naar de proxy surft. Een blokkeringsmaatregel ten aanzien van een website wordt aldus omzeild, omdat de proxy niet als een geblokkeerde website in het systeem van de provider is geregistreerd.

21. De reverse proxy van Gerekwestreerde(tpb.dehomies.nl) stelt één op één The Pirate Bay ter beschikking aan eenieder en doet niets anders dan dat. Abonnees van providers die TPB geblokkeerd hebben, zoals die van Ziggo en XS4ALL, kunnen via de dienst van Gerekwestreerde alsnog volledig gebruik maken van alle diensten van The Pirate Bay. Een uitleg van de werking van een proxy-dienst is als productie bijgevoegd (**Productie 6a**).

22. Gerekwestreerde noemt zichzelf een "webdeveloper/server admin" en beheert op zijn eigen domein dehomies.nl een proxy zoals hierboven beschre-

ven. Via de URL⁶ <http://tpb.dehomies.nl/> bereikt de gebruiker TPB. GBA informatie van gerekwestreerde is aangehecht als **productie 7a**.

23. Tpb.dehomies.nl is als gezegd een subdomein⁷ van dehomies.nl, dat blijkens de SIDN geregistreerd is op naam van Gerekwestreerde (**productie 7b**). Gerekwestreerde biedt op dit subdomein, via een door hem beheerde server, één-op-één TPB aan.

24. De home page van de website van Gerekwestreerde op zijn subdomein tpb.dehomies.nl is visueel vrijwel identiek aan die van The Pirate Bay (**productie 8** vergelijk met **productie 3**). Onderaan de home page staat "By jeroen.pro", een verwijzing naar Gerekwestreerde, wiens voornaam Jeroen is.

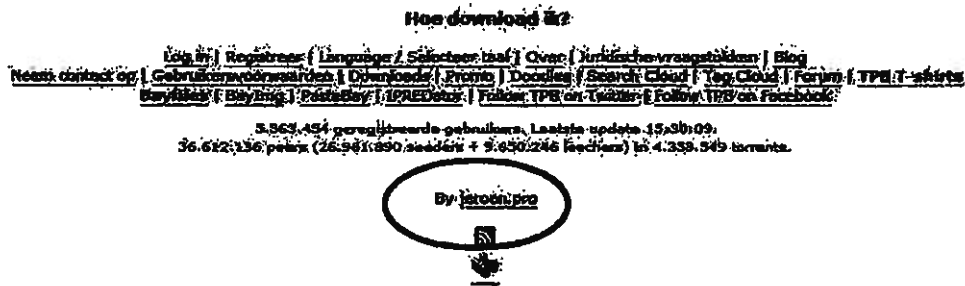


Hieronder is het betreffende deel van de home page uitvergroot weergegeven.

⁶ Een Uniform Resource Locator (afgekort URL) is een op een bepaalde wijze gestructureerde naam, die verwijst naar *resources* op het Internet. In de praktijk bevatten URLs een communicatieprotocol (bijv. hypertext transfer protocol, afgekort tot http), dat de meeste browsers toevoegen als de gebruiker het niet intypt en een domein (bijv. "thepiratebay.se" of "dehomies.nl") of een subdomein (bijv. "www.thepiratebay.se" of "tpb.dehomies.nl").

⁷ Subdomeinen worden vaak gebruikt door organisaties die een unieke naam willen toewijzen aan een bepaalde afdeling, functie of dienst gerelateerd aan de organisatie. De persoon of organisatie die een domeinnaam heeft geregistreerd kan zelf subdomeinen aanmaken door in te loggen op een speciale pagina van zijn registrar waarbij de domeinnaam werd geregistreerd.

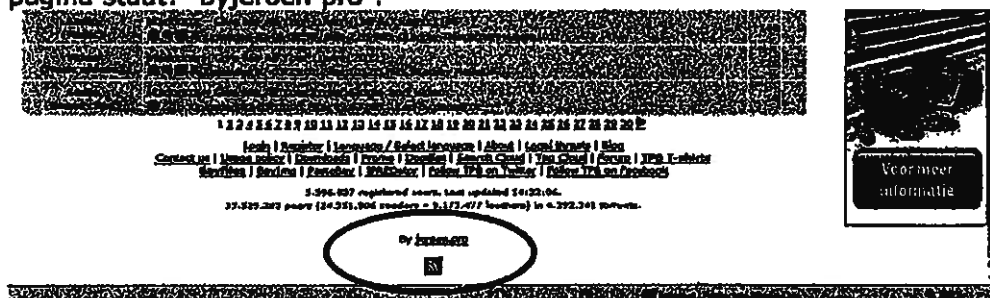
0703812834



25. De aanduiding "By jeroen.pro" is tevens een hyperlink. Klinkt men daarop, dan verschijnt een andere website van Gerekwestreerde (<http://jeroen.pro>), waarop de naam van Gerekwestreerde: groot is afgebeeld (**productie 9**). Op die website geeft Gerekwestreerde aierhande technische informatie en tips, in het bijzonder aan collega "administrators".

26. Bij het opvragen van willekeurig welke pagina van TPB staat steeds onderaan in het scherm "by jeroen.pro". In de reeks screenshots van tpb.dehomies.nl is dat goed te zien (**productie 7**).

27. Geeft men bijvoorbeeld in het zoekscherm "Madonna" in, dan verschijnt de resultatenlijst van torrents betreffende werken van Madonna. Onder in die pagina staat: "byjeroen pro".

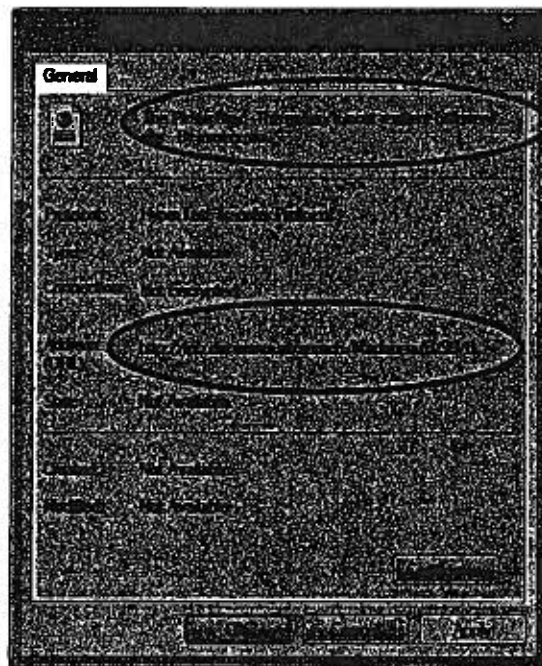


28. Deze resultatenpagina wordt ons dus door Gerekwestreerde aangeboden, zoals wordt bevestigd bovenaan in de browser, waar de volgende tekst verschijnt:

"The Pirate Bay, The galaxy's most resilient bittorent site, by Jeroen.pro"



Die tekst staat ook in de "properties" informatie van de webbrowser.



29. Bovendien blijkt uit die properties informatie (groene arcering) dat de opgevraagde pagina, met de resultatenlijst, wordt aangeboden vanaf het systeem van Gerekwestreerde. Dat blijkt uit de url waarvandaan de informatie verzonden wordt, te weten:

<http://tpb.dehomies.nl/search/Madonna/0/99/0>

30. Zoals dat bij een reverse proxy gebruikelijk is, is het Immers Gerekwestreerde die, op verzoek van de gebruiker, de informatie opvraagt bij The Pirate Bay en vervolgens, vanaf zijn eigen systeem aan de gebruiker verzendt.

31. Als **productie 7**, zijn diverse screenshots van [tpb.dehomies](http://tpb.dehomies.nl) overgelegd, betreffende het Madonna album, Give me all your luvn', de speelfilms De Heinen ontvoering The Iron Lady, oscarwinnaar The Artist, The Grey, Tintin, The Girl with the dragon tattoo, The Hangover II en The Descendants. Voorts de meest succesvolle game van het moment: Call Of Duty Modern Warfare 3, de complete John Grisham collectie (e-books) en de complete collectie van The Rolling Stones van 1963 tot 2009. Torrents met deze werken worden, net zoals alle andere torrents die op The Pirate Bay staan, door gerekwestreerde via zijn dienst aangeboden.

32. Aldus blijkt dat Gerekwestreerde (alle torrente en andere informatie van) The Pirate Bay onder eigen naam en via zijn eigen systeem aanbiedt. Gerekwestreerde omschrijft zijn dienst als een "mirror"(een volledige kopie)⁸ van The Pirate Bay (**productie 10**).

"Nu met eigen Thepiratebay.org mirror: tpb.thehomies #tpb #mirror #fuckbrein"

33. Uit dit twitterbericht van gerekwestreerde blijkt ook zijn intentie. Mirrors en reverse proxies worden bovendien niet zelden ingezet om in rechte opgelegde blokkades te omzeilen, zoals blijkt uit de pagina van Wikipedia, waar het fenomeen "mirror" wordt beschreven.

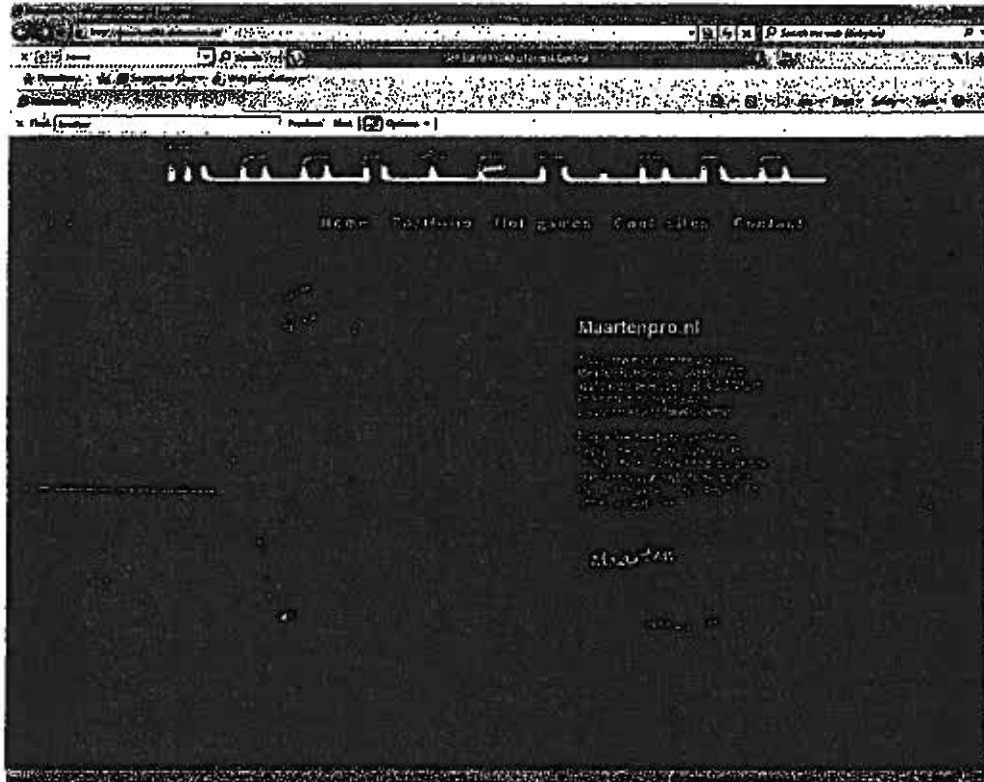
"To counteract censorship and promote freedom of information. For example, an activist might post pictures on a website of a company conducting illegal activities or make available information on secret government activity and be litigated for such. Other internet users will make the content in question available on other servers when the legal action results in the cancellation of ISP or DNS services for the original activist."

34. Dat Gerekwestreerde het niet hoog op heeft met BREIN moge ook blijken uit het feit dat BREIN in het verleden vanaf het adres van gerekwestreerde (dehomies.nl) is bestookt met mailbommen. Vrijwel gelijktijdig werden duizenden e-mails vanaf het domein van Gerekwestreerde (dehomies.nl) verstuurd aan het mailadres van BREIN info@anti-piracy.nl. Als **productie 13** zijn enkele voorbeelden van zulke brieven overgelegd. Het subject van de e-mails uit de mailbom luidde:

"Fack you, you owned by Maarten551's auto email system"

35. Maarten551 is de jongere broer van gerekwestreerde, zoals moge blijken uit zijn home page zijn subdomein van dehomies.nl: <http://maarten551.dehomies.nl> (**productie 14**).

⁸ Strikt genomen is geen sprake van een "mirror": dat is een volledige kopie van de dataset. Als gezegd is sprake van een reverse proxy, die zelf de door de gebruiker opgevraagde informatie opvraagt bij The Pirate Bay en vervolgens doorstuurt naar de gebruiker.



36. Net als zijn broer "Jeroenpro" heeft hij zijn voornaam voorzien van de suffix "pro" en beheert hij een subdomein op dehomies.nl: maarten551.dehomies.nl



Opzettelijk saboteren Ziggo vonnis

37. Gerekwestreerde is de reverse proxydienst tpbdehomies.nl kort na het wijzen van het vonnis d.d. 11 januari 2012 inzake BREIN tegen Ziggo en XS4ALL gestart, zoals ook blijkt uit het juist geciteerde recente twitterbericht van Gerekwestreerde ("Nu met eigen Thepiratebay.org mirror(...)". De onmiskenbare reden is om mensen die na het vonnis tegen Ziggo en XS4ALL niet meer naar TPB kunnen, de gelegenheid te bieden de website alsnog volledig te bezoeken en te benutten. Daarmee doorkruist en saboteert Gerekwestreerde doelbewust en opzettelijk het vonnis van de Haagse rechtbank tegen de providers.

38. De aandacht die gerekwestreerde heeft gevraagd voor zijn proxy op het internet is niet onopgemerkt gebleven. Anderen hebben dit opgepakt en verwijzen ernaar via veel bekeken sites als nu.nl; fok.nl en sociale media zoals twitter.com (**productie 11**).

39. Als **productie 12** zijn nog enkele screenshots overgelegd van enkele videogames, muziek- en filmwerken die (via Google) op tpb.dehomies te vinden zijn.

IV. JURIDISCHE BEOORDELING

Artikel 26d Aw en 15e Wnr

40. Als gevolg van het vonnis d.d. 11 januari 2012 van de Haagsche Rechtbank is TPB niet meer toegankelijk voor de abonnees van Ziggo en XS4ALL. Met zijn reverse proxy geeft Gerekwestreerde eenieder, waaronder abonnees van Ziggo en XS4ALL, de mogelijkheid één op één gebruik te maken van TPB. Daarmee saboteert hij het door de Rechtbank zorgvuldig afgewogen verbod.

41. De handelingen van de gebruikers van de reverse proxy tpb.dehomies.nl/The Pirate Bay kwalificeren als (zelfstandige), ongeautoriseerde openbaarstellingen en ter beschikking stellingen in de zin van art 12 Aw resp. art. 2 lid I sub d, 6 lid 1 sub c, 7a lid 1 sub c Wnr. (Ziggo vonnis, sub 35).

42. Gerekwestreerde en zijn dienst moet worden beschouwd als "tussenpersoon" wiens dienst wordt gebruikt door derden om inbreuk te maken, als bedoeld in art. 26d Aw en art 15e Wnr. Gerekwestreerde faciliteert deze inbreuken, met name voor abonnees van Ziggo en XS4ALL, heeft hier wetenschap van en is er bovendien actief bij betrokken. Op grond van artikel 26d Aw en 15e Wnr kan het Gerekwestreerde verboden worden The Pirate Bay nog langer ter beschikking te stellen.

43. In het bodemvonnis van de Rechtbank Amsterdam van 16 en 23 juni 2010 inzake BREIN / The PirateBay is in het dictum onder meer bepaald:

"3.1. gebiedt gedaagden, ieder afzonderlijk en gezamenlijk, (...), bedoelde inbreuken op de auteurs- en naburige rechten van de aangeslotenen van eiseres, althans het aldaar genoemde aanbieden van haar diensten als tussenpersoon bedoeld in artikel 26d Aw en 15e Wnr (artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn), al-

0703812834

thans het aldaar genoemde onrechtmatig handelen in Nederland te staken en gestaakt te houden,"

44. Gerekwestreerde en zijn dienst kunnen feitelijk gelijkgesteld worden met (de beheerders van) TPB zelf omdat Gerekwestreerde welbewust uitsluitend de volledige inhoud van TPB één-op-één ter beschikking stelt via zijn subdomein tpb.dehomies.nl en ook voor Gerekwestreerde geldt derhalve dat hij gedwongen kan worden op grond van 26d AW en 15e Wnr het faciliteren van inbreukmakend handelen te staken.

45. Artikel 26d Aw is een Implementatie van art. 8 lid 3 van Auteursrichtlijn en art. 11 van de Handhavingrichtlijn 2004/48/EG. Die artikelen bepalen dat rechthebbenden zonder meer een verbod kunnen verkrijgen tegen tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburig recht:

"Art. 8 Sancties en Rechtsmiddelen (...)

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten."

"Art. 11 Rechtelijk Bevel. (...) De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechtelijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen die hun diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op intellectuele eigendomsrecht te maken, onverminderd art. 8 lid 3 van Richtlijn 2001/29/EG."

46. Zie ook artikel 9 van de Handhavingrichtlijn, dat voor zover relevant, luidt:

"1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de rechterlijke instanties, op verzoek van eiser:

a) tegen de vermeende inbreukmaker een voorlopig bevel kunnen uitvaardigen dat bedoeld is om een dreigende inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te voorkomen of om, indien wenselijk en indien het nationale recht hierin voorziet, op straffe van een dwangsom tijdelijk voortzetting van de vermeende inbreuk op dat intellectuele eigendomsrecht te verbieden (...) onder dezelfde voorwaarden kan een voorlopig bevel worden uitgevaardigd tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om op een recht van intellectuele eigendom inbreuk te maken; het bevel tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of een naburig recht, wordt beheerst door Richtlijn 2001/29/EG.

(...)

4. De lidstaten dragen er zorg voor dat de in de leden 1 en 2 bedoelde maatregelen in passende gevallen kunnen worden genomen zonder dat de wederpartij is gehoord, met name indien uitstel onherstelbare schade voor de rechthebbende zou veroorzaken. In dat geval worden partijen uiterlijk onmiddellijk na de uitvoering van de maatregelen hiervan in kennis gesteld."

0703812834

47. Zie ook artikel 6:196c lid 5 (een implementatie van o.m. artikel 14 van Richtlijn 2001/29/EG) dat expliciet bepaalt dat een verbod verkregen kan worden tegen Internet tussenpersonen.

48. In de Notulen naar aanleiding van het Verslag (Kamerstukken II, 2005/2006, nr. 6. p. 10) heeft de wetgever enkele richtlijnen geformuleerd onder welke omstandigheden een verbod tegen een tussenpersoon kan worden verleend:

- a. de verlangde maatregel moet evenredig zijn ten opzichte van de inbreuk;*
- b. het moet voor de tussenpersoon mogelijk zijn om tegen aanvaardbare kosten in het personele en technische maatregelen op te treden; en*
- c. er mogen geen andere minder verstrekkende maatregelen openstaan om een einde te maken aan de onrechtmatige situatie en de gevorderde maatregelen mogen niet verder strekken dan strikt noodzakelijk."*

49. De wetgever heeft daaraan toegevoegd dat verdergaande voorwaarden niet kunnen worden gesteld.

50. Zoals hierboven reeds uiteengezet dient de dienst van Gerekwestreerde te worden beschouwd als die van een tussenpersoon, wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken ex artikel 26d Aw en 15e Aw. Ten minste is sprake van een dreigende inbreuk, hetgeen ingevolge artikel 9 1a Handhavingsrichtlijn (eerste zin) voldoende is voor het in dit verzoekschrift verzochte verbod.

51. Alle in de hierboven aangehaalde richtlijnen geformuleerde voorwaarden zijn in het onderhavige geval vervuld.

Ad a) de maatregel is evenredig

52. Het is duidelijk dat de rol van de Gerekwestreerde bij de bedoelde auteursrechtinbreuken door gebruikers van The Pirate Bay zodanig is, dat een maatregel jegens hem geëigend is.

53. In dit ex parte-verzoekschrift wordt uitsluitend verzocht de Gerekwestreerde te gebieden - kort gezegd - zijn dienst waarmee The Pirate Bay (één-op-één) wordt doorgegeven niet langer aan te bieden. Dat gebod zou een einde maken aan de grootschalige inbreuk en een dergelijke maatregel is onmiskenbaar evenredig ten opzichte van deze inbreuk. In dat verband is ook van belang dat het hier gaat om het faciliteren van een serieus vergrijp, nl. evident en opzettelijk inbreukmakend handelen dat als misdrijf strafbaar is gesteld in art. 31 Aw.

54. Nu Gerekwestreerde internetters aldus de gelegenheid verschaft (massaal) inbreuk op auteurs- en naburige rechten te plegen, maakt hij zich schuldig aan het aanbieden van "gelegenheid en middelen om een strafbaar feit te plegen" hetgeen op grond van artikel 133 Wetboek van strafrecht strafbaar is gesteld.

0703812834

Ad b) maatregel is mogelijk tegen aanvaardbare kosten

55. Gerekwestreerde kan zonder meer aan de verzochte voorziening voldoen zonder dat hij daarbij onaanvaardbare kosten hoeft te maken. Gerekwestreerde kan eenvoudigweg de door hem in werking gestelde proxy beëindigen door zijn server niet langer hiervoor beschikbaar te stellen. Dit levert Gerekwestreerde zelf een direct financieel voordeel op in de zin dat de site van Gerekwestreerde minder wordt bezocht en Gerekwestreerde dus ook minder hoeft te betalen voor dataverkeer dat via zijn server loopt.

Ad c) Minder verstreckende maatregelen staan niet open

56. Andere, minder verstreckende, mogelijkheden om een einde te maken aan de schending van de rechten van de bij BREIN aangesloten middels de proxy van Gerekwestreerde staan op dit moment niet open voor Verzoekster. Verzoekster heeft zich – zoals reeds opgemerkt – in het verleden reeds enorme inspanningen getroost om een einde te maken aan de schadelijke handelingen door TPB. Verwezen wordt naar hetgeen daarover hierboven is opgemerkt.

Regime van artikel 6:196c BW

57. Aan Gerekwestreerde komt geen beroep toe op artikel 6:196c BW en de daarin neergelegde aansprakelijkheidsexcepties voor verleners van mere conduit, caching en hosting diensten, die voortvloeien uit artikel 12, 13 en 14 van de E-Commercerichtlijn (2000/31).

58. Gerekwestreerde is immers geen "hosting provider" en is ook geen aanbieder van "mere conduit". Hij biedt zelf een website aan in de vorm van een gewijzigde home page van TPB, waarop hij ook zijn naam heeft aangebracht ("by jeroen.pro) en waarmee hij TPB één op één ter beschikking stelt aan het publiek. Hij biedt daarmee een eigen dienst aan, die in hoge mate gelijk is aan die van The Pirate Bay (die evenmin van de genoemde excepties gebruik kan maken) en daarom, net zo goed als The Pirate bay, in aanmerking komt voor een verbod.

59. Genoemde excepties zien bovendien slechts op de aansprakelijkheid van tussenpersonen en geven alle ruimte voor een verbod uitdrukkelijk open (6:196c lid 5 BW).

60. Zie ook de meergenoemde BREIN/Ziggo uitspraak van de Haagse rechtbank (**productie 1**, r.ov. 4.47) en die van de voorzieningenrechter (LJNBN1445). Zie voorts het arrest van de Hoge Raad en de conclusie van de A.G. in de zaak Lycos / Pessers (HR 25 november 2005, LJN: AU4019), r.ov. 5.1.4.

61. Voor de goede orde wordt nog opgemerkt dat er al eerder ex parte-verboden zijn opgelegd tegen tussenpersonen. Zie bijvoorbeeld: Vzgr Rb Rotterdam, 12 december 2008, B9 7413 (Kamer van Koophandel/Kantoor van

0703812834

Klanten en Sandd); en Vzgr Rb 'sGravenhage, 22 januari 2009, B9 7507 (Eredivisie N.V. & Eredivisieclubs/MyP2P) en Vzgr Rb Amsterdam, 12 mei 2011, Eredivisie/Strato AG, IEPT20110512.

Openbaarmaking door Gerekwestreerde

62. Daarnaast maakt Gerekwestreerde inbreuk op de auteurs- en/of naburige rechten die toekomen aan rechthebbenden wier belangen BREIN behartigt.

63. Naast de inbreuk die plaatsvindt als gevolg van het uitwisselen van bestanden via TPB, levert ook het ter beschikking stellen van bestanden, waaronder de covers van muziek cd's, film- en game dvd's een inbreuk op de rechten van de aangeslotenen bij BREIN op. Deze covers worden ter beschikking gesteld in de zogenaamde "torrents" van The Pirate Bay via de server van Gerekwestreerde. Als **productie 13** is een aantal torrents getoond, met de werken die daarin opgeslagen zijn.

64. Deze beschikbaarstelling vormt een mededeling / beschikbaarstelling aan het publiek, respectievelijk een openbaarmaking in de zin van artikel 3 van de Auteursrechtwet, artikel 12 Auteurswet (Aw) en artikelen 2 lid 1 sub d, 6 lid 1 sub c, 7a lid 1 sub c en artikel 8 lid 1 sub e Wet Naburige Rechten (Wnr).

65. Bovendien kwalificeert het onderhouden van een website die ten doel heeft het (zonder toestemming van de rechthebbenden) beschikbaar stellen van entertainmentbestanden als een inbreuk op de auteursrechten van de rechthebbenden. Door de beheerders van de website worden deze bestanden immers ter beschikking gesteld aan een nieuw publiek (vgl. HvJEU 4 oktober 2011 (Premier League) en HvJEU 13 oktober 2011 (Airfield)).

66. In het hierboven reeds genoemde vonnis van de Engelse High Court, (20 februari 2012, [2012] EWHC 268 (Ch), Case No: HC11C04518) (**productie 4d**), verwoorde de rechter de ongeautoriseerde openbaarmaking door de beheerders van TPB als volgt:

"81. Conclusion. In my judgment, the operators of TPB do authorise its users' infringing acts of copying and communication to the public. They go far beyond merely enabling or assisting. On any view, they "sanction, approve and countenance" the infringements of copyright committed by its users. But in my view they also purport to grant users the right to do the acts complained of. It is no defence that they openly defy the rights of the copyright owners. I would add that I consider the present case to be indistinguishable from 20C Fox v Newzbin in this respect. If anything, it is a stronger case".

67. Gerekwestreerde is voor de beschreven openbaarmaking verantwoordelijk. Hij heeft op eigen initiatief besloten een proxy ten behoeve van de omzeiling van de blokkade van TPB te ontwerpen en die (o.a. voor de abonnees van Ziggo en XS4ALL) ter beschikking te stellen.

68. Het is niet zo dat Gerekwestreerde enkel de faciliteiten beschikbaar stelt die het iemand anders mogelijk maken om openbaar te maken. Dit zou de andere partij immers meer verantwoordelijk maken dan Gerekwestreerde, terwijl het Gerekwestreerde is, en hij alleen, die heeft besloten om de omschreven proxy te ontwerpen en deze beschikbaar te stellen. Het is Gerekwestreerde en niemand anders dan Gerekwestreerde die bepaalt hoe en hoe lang de proxy werkt en wat er via zijn server loopt. Het is Gerekwestreerde die de inhoud van TPB via zijn server naar de computer van de eind(internet)gebruiker 'loodst'.

69. Sterker, uit de inrichting van de proxy en de berichten van Gerekwestreerde daaromtrent op zijn website en sociale media (zie hierboven) blijkt dat er sprake is van een opzettelijke auteursrechtinbreuk (vgl. HR 9 november 1954, NJ 1955/55 (Cicero) waardoor er sprake is van een strafrechtelijk misdrijf in de zin van artikel 31 Aw.

V. VERWEER GEREKWESTREERDE

70. Brein is niet bekend met enig verweer van Gerekwestreerde. De weren die Brein bekend zijn uit soortgelijke zaken, zijn hierboven aan de orde gekomen.

VI. ONHERSTELBARE SCHADE EN SPOEDEISEND BELANG

71. Elke dag dat TPB en de dienst van Gerekwestreerde langer voor Nederlanders toegankelijk zijn, neemt de schade van de rechthebbenden wier belangen BREIN behartigt verder toe. BREIN troost zich grote moeite en inspanningen om de schade die door TPB wordt aangericht te beëindigen cq. te beperken. De gerechtelijke procedures tegen accesproviders Ziggo en XS4ALL en de hangende kort geding procedure tegen de overige grote Nederlandse access providers waarin op 19 april pleidooi zal zijn vormen het meest recente bewijs hiervan. BREIN heeft dan ook een voldoende - spoedeisend - belang bij de gevraagde voorziening die mede de (effectiviteit van de) door BREIN van de Haagsche Rechtbank gevorderde en verkregen maatregel gestand moet doen houden.

72. Gerekwestreerde heeft aangetoond zich actief agressief op te stellen tegen BREIN. Dit blijkt onder meer uit tweets met de hashtag #fuckbrein en de eerdere "mailbom" aanval op de mailserver van BREIN. Mede om deze redenen is een ex parte verbod een geëigend middel om het beschreven (faciliteren van) inbreukmakend handelen van Gerekwestreerde een halt toe te roepen.

VII. BEVOEGDHEID

73. Het schade toebrengende handelen van Gerekwestreerde doet zich voor via internet en dus in heel Nederland. De reverse proxy is nu juist ook bedoeld voor Ziggo en XS4ALL abonnees die (mede) ruim vertegenwoordigd zijn in het arrondissement 's Gravenhage. Om die redenen is de Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage op grond van artikel 102 Rv bevoegd van dit verzoekschrift kennis te nemen.

0703812834

WESHALVE:

Verzoekster zich wendt tot U, Edelachtbare, met het eerbiedige verzoek:

A Gerekwestreerde te bevelen – bij beschikking uit te geven van grosse – met onmiddellijke ingang het (faciliteren van) inbreukmakend handelen zoals omschreven in dit verzoekschrift te staken en gestaakt te houden, meer in het bijzonder met onmiddellijke ingang het ter beschikking stellen van The Pirate Bay, al dan niet via het subdomein tpb.dehomies.nl, te staken en gestaakt te houden.

B Gerekwestreerde te veroordelen tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 1.000,- (zegge: duizend Euro) voor iedere dag (een gedeelte van een dag daaronder begrepen) dat hij in strijd handelt met het sub A genoemde gebod, althans zodanige dwangsommen als u E.A. Voorzieningenrechter in goede josititie zult gelasten;

C de termijn waarbinnen Verzoekster de eis in de hoofdzaak dient in te stellen tegen Gerekwestreerde als bedoeld in art. 1019e Rv te bepalen op 6 (zes) maanden na het in deze zaak te wijzen bevel, althans op zodanige termijn als u E.A. Voorzieningenrechter in redelijkheid voorkomt;

D de hierbij verzochte beschikking zonder zekerheidsstelling uitvoerbaar bij voorraad op de minuut en op alle dagen en uren te verklaren;

E de hierbij verzochte beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

2. De beoordeling

bevoegdheid

2.1. De voorzieningenrechter van deze rechtbank is krachtens artikel 102 Rv bevoegd om van het verzoek tot een verbod ex artikel 1019e Rv kennis te nemen, omdat het gestelde onrechtmatig handelen zich via het internet, dus in heel Nederland en derhalve ook binnen het arrondissement 's-Gravenhage plaatsvindt.

ex parte bevel

2.2. Het verzoek strekkende tot het geven van een voorlopig bevel zal worden toegewezen, nu voldoende aannemelijk is gemaakt dat gerekwestreerde is te beschouwen als tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt voor de in het verzoekschrift omschreven inbreuken zoals bedoeld in de artikelen 26d van de Auteurswet en 15e van de Wet op de naburige rechten. Immers, hij verleent derden een dienst (aanbod van een *reverse proxy*) die deze derden gebruiken om inbreuk te maken op het auteursrecht door via de website The Pirate Bay werken auteursrechtelijk beschermde werken te uploaden.

0703812834

- 2.3. Verzoekster heeft voldoende gesteld om te kunnen concluderen dat het nodig is de maatregelen bedoeld onder 2.2. te nemen zonder gerkwestreerde te horen.
- 2.4. De aan het bevel te verbinden dwangsom zal worden gemaximeerd.
- 2.5. Bij de verzochte uitvoerbaarverklaring op de minuut heeft verzoekster geen belang nu zij zal kunnen beschikken over een grosse van de beschikking. Het verzoek zal wat dit betreft worden afgewezen. Voor de uitvoerbaarverklaring op alle dagen en uren is onvoldoende aangevoerd. De voorzieningenrechter zal daarom bepalen dat de beschikking niet zal mogen worden betekend tussen vijf uur 's middags en negen uur 's ochtends en evenmin in het weekend of op een algemeen erkende feestdag.

3. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- 3.1. beveelt gerkwestreerde binnen zes uur na betekening van deze beschikking de dienst zoals omschreven in dit verzoekschrift te staken en gestaakt te houden, meer in het bijzonder het ter beschikking stellen van The Pirate Bay, al dan niet via het subdomein tpb.dehomies.nl, te staken en gestaakt te houden;
- 3.2. veroordeelt gerkwestreerde tot betaling van een onmiddellijk opeisbare dwangsom van EUR 1.000,- voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat hij in strijd handelt met het onder 3.1. gegeven bevel, tot een maximum van EUR 150.000,-;
- 3.3. bepaalt dat betekening van deze beschikking niet later zal plaatsvinden dan woensdag 21 maart 2012 en niet zal plaatsvinden tussen vijf uur 's middags en negen uur 's ochtends;
- 3.4. bepaalt dat voor het geval gerkwestreerde de herziening van het gegeven bevel wil vorderen, de voorzieningenrechter daartoe tijd heeft gereserveerd op woensdag 28 maart 2012, 10:00 uur, en bepaalt voorts dat gerkwestreerde, indien hij van de gereserveerde dag en uur gebruik wil maken, hij dat zo spoedig mogelijk doch uiterlijk op vrijdag 23 maart 2012, 16:00 uur, zal melden aan de griffie van de afdeling kort geding van deze rechtbank en dat hij de dagvaarding voor het aflopen van die termijn zal doen betekenen;
- 3.5. bepaalt de termijn voor het instellen van een eis in de hoofdzaak als bedoeld in artikel 1019i Rv op zes maanden na dagtekening van deze beschikking;
- 3.6. verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 3.7. weigert het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mr. Chr.A.J.F.M. Hensen en in het openbaar uitgesproken op 20 maart 2012 in aanwezigheid van de griffier.

0703812834



Voor gosse/

20 MAART 2012

De Griffier