

LJN: BN1445, Rechtbank 's-Gravenhage , 365643 / KG ZA 10-573

Datum uitspraak: 19-07-2010
Datum publicatie: 19-07-2010
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Kort geding
Inhoudsindicatie: Stichting Brein (Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland) eist dat Ziggo, een internet service provider, de site van The Pirate Bay blokkeert voor al haar klanten. XS4ALL heeft zich gevoegd aan de zijde van gedaagde. De vordering van Brein ziet op een stakingsbevel voor alle abonnees van gedaagde wegens het maken van inbreuk op de auteurs- en naburige rechthebbenden. Een dergelijke, verstrekkende, vordering, is op grond van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr naar voorlopig oordeel niet toewijsbaar. De gevraagde voorzieningen worden door de Rechtbank geweigerd. Eiser wordt veroordeeld in de kosten van de procedure, zowel in de hoofdzaak als in het incident.

Uitspraak

vonnis
RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 365643 / KG ZA 10-573

Vonnis in kort geding van 19 juli 2010

in de zaak van

de stichting
STICHTING BESCHERMING RECHTEN
ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN,
statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Hoofddorp,
eiseres in de hoofdzaak,
verweerster in het incident,
advocaat: mr. D.F. Groenevelt te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ZIGGO B.V.,
gevestigd te Groningen,
gedaagde in de hoofdzaak,
verweerster in het incident,
advocaat: mr. J.J. Allen te Amsterdam,

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
XS4ALL INTERNET B.V.,
gevestigd te Diemen,
eiseres in het incident,
gevoegde partij aan de zijde van gedaagde in de hoofdzaak,
advocaat: mr. Chr.A. Alberdingk Thijm te Amsterdam.

Eiseres zal hierna 'Brein' worden genoemd, gedaagde 'Ziggo', en eiseres in het incident tot voeging 'XS4ALL'. De zaak is voor Brein behandeld door mr. J.C.H. van Manen, advocaat te Amsterdam en door de advocaat voornoemd. Voor Ziggo is opgetreden de advocaat voornoemd en mw. mr. M.G. Schrijvers, advocaat te Amsterdam. XS4ALL is bijgestaan door de advocaat voornoemd en mw. mr. M.M.E. Antic, advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 6 mei 2010;
- de producties 1 t/m 32 zijdens Brein;
- de producties 1 t/m 20 zijdens Ziggo;
- de incidentele conclusie tot voeging ex artikel 217 Rv van XS4ALL, ingekomen ter griffie op 24 juni 2010, met 3 producties;
- de reactie zijdens Brein van 24 juni 2010;
- de reactie zijdens XS4ALL van 25 juni 2010;
- de akte eiswijziging van 28 juni 2010 met productie 33 zijdens Brein;
- de pleitnota's van de advocaten van partijen;
- de akte houdende uitlaten eiswijziging zijdens Ziggo van 1 juli 2010;
- de akte houdende uitlaten eiswijziging zijdens XS4ALL van 1 juli 2010;
- de antwoord-akte zijdens Brein van 5 juli 2010.

1.2. De mondelinge behandeling vond plaats op 28 juni 2010. Ter zitting heeft XS4ALL de in r.o. 1.1. genoemde incidentele conclusie tot voeging aan de zijde van Ziggo genomen. Het aanvankelijk aangekondigde verzet van Brein tegen de voeging is ter zitting ingetrokken. Ziggo heeft desgevraagd geen bezwaar gemaakt tegen de voeging. De voorzieningenrechter heeft ter zitting mondeling vonnis gewezen waarbij de voeging is toegestaan op de grond dat XS4ALL voldoende belang heeft bij de voeging. Toewijzing van de vordering van Brein zou de rechtspositie van XS4ALL immers nadelig kunnen beïnvloeden.

1.3. Na verder debat hebben partijen vonnis gevraagd, hetwelk bepaald is op heden.

2. De feiten

2.1. Brein heeft als statutaire doelstelling het juridisch handhaven van de intellectuele eigendomsrechten van de bij haar aangesloten partijen die rechthebbenden zijn ten aanzien van het overgrote deel van muziek- en filmwerken en computergames op de Nederlandse markt. Brein behartigt de belangen van deze rechthebbenden.

2.2. The Pirate Bay is een website die in 2004 is gelanceerd. De website is in een aantal jaren uitgegroeid tot 's werelds grootste BitTorrent website. Op The Pirate Bay worden zogenaamde torrents aangeboden, bestanden die gekoppeld zijn aan mediabestanden die bijvoorbeeld 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. Bij het openen van een torrent, wordt een gebruiker in verbinding gesteld met de diverse aanbieders van het gekoppelde mediabestand, van elk van wie hij een gedeelte van het totale bestand zal ontvangen. Ieder gedeelte van het bestand dat een gebruiker downloadt, wordt simultaan ter uploading door die gebruiker aangeboden aan andere gebruikers. De uitwisseling van bestanden op deze wijze wordt peer-to-peer file sharing genoemd.

2.3. The Pirate Bay wordt niet geëxploiteerd door een rechtspersoon, maar door drie natuurlijke personen, te weten de heren [A.], [B.] en [C.], die The Pirate Bay destijds ook hebben opgericht (hierna: de beheerders). Zij waren allen oorspronkelijk woonachtig in Zweden.

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

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

2.6. De beheerders hebben de in het vonnis van 22 oktober 2009 neergelegde geboden niet geëerbiedigd. Brein heeft het vonnis, waarvan de beheerders niet in beroep zijn gekomen, bij gebreke van enige bekende woon- of

verblijfplaats, openbaar doen betekenen.

2.7. Bij vonnis van 16 juni 2010, hersteld bij herstelvonnis van 23 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.

2.8. Ziggo is de grootste internet service provider van kabelinternet (breedband internet) in Nederland. Zij verleent aan bijna 1,5 miljoen Nederlandse gebruikers toegang tot het internet. Ziggo adverteert voor haar diensten, in het bijzonder de door haar aangeboden zeer hoge internetsnelheden, en promoot dit voor het downloaden van films en andere media.

2.9. XS4ALL is eveneens een internet service provider. Zij werd in 1993 opgericht en maakt thans deel uit van KPN.

2.10. In 2009 bestonden er ongeveer 6 miljoen breedband internetaansluitingen in Nederland.

2.11. Bij brief van 26 maart 2010 heeft Brein Ziggo gesommeerd de toegang tot The Pirate Bay voor al haar abonnees te blokkeren en geblokkeerd te houden.

2.12. Ziggo heeft Brein bij brief van 7 april 2010 laten weten niet bereid te zijn vrijwillig aan de sommatie gevolg te geven.

2.13. Brein heeft op de dag van de mondelinge behandeling een bodemdagvaarding aan Ziggo en XS4ALL doen betekenen.

3. Het geschil

3.1. Na wijziging van eis vordert Brein - kort samengevat - dat de voorzieningenrechter, uitvoerbaar bij voorraad, Ziggo gebiedt haar diensten die gebruikt worden om inbreuk te maken op de auteurs- en naburige rechten van rechthebbenden te staken en gestaakt te houden door middel van het blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van haar abonnees tot in de akte houdende eiswijziging genoemde IP adressen en domeinnamen via welke The Pirate Bay opereert en, voor het geval dat The Pirate Bay via andere IP adressen en/of domeinnamen zou gaan opereren, de toegang van haar klanten tot deze andere IP adressen en/of domeinnamen op eerste verzoek van Brein te blokkeren en geblokkeerd te houden, een en ander onder bepaling van een dwangsom, met veroordeling van Ziggo in de volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv.

3.2. Brein heeft aan haar vorderingen primair de artikelen 26d Aw en 15e Wnr ten grondslag gelegd, subsidiair onrechtmatig handelen van Ziggo.

3.3. Ziggo, ondersteund door XS4ALL als gevoegde partij, heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Bevoegdheid

4.1. De bevoegdheid van de voorzieningenrechter van deze rechtbank van het geschil kennis te nemen is niet bestreden.

Ontvankelijkheid

4.2. Brein is ingevolge haar statuten bevoegd om namens de rechthebbenden de onderhavige procedure te voeren. Gelet op artikel 3:305a BW kan zij aldus worden ontvangen in haar vorderingen.

Spoedeisend belang

4.3. Het spoedeisend belang van Brein bij de door haar ingestelde vordering vloeit voort uit de gestelde voortdurende inbreuk door abonnees van Ziggo op de intellectuele eigendomsrechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden.

Eiswijziging

4.4. Ziggo heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen de die ochtend door Brein toegestuurde akte houdende eisenwijziging. Hoewel aan Ziggo moet worden toegegeven dat het hoogst onwenselijk is dat een dergelijke proceshandeling in een zo laat stadium van het geding plaats vindt, wordt het bezwaar afgewezen nu gesteld noch anderszins is gebleken dat Ziggo hierdoor in haar verdediging is geschaad. De voorzieningenrechter heeft partijen immers toegestaan een nadere akte te nemen waarin op de eisenwijziging mocht worden ingegaan, van welke mogelijkheid door partijen gebruik is gemaakt.

Achtergrond geschil

4.5. Dit betreft een voor Nederland unieke zaak. Brein en andere buitenlandse rechthebbenden-organisaties hebben (de beheerders van) The Pirate Bay de afgelopen jaren op verschillende manieren geprobeerd ter verantwoording te roepen. Men is begonnen bij de bron, in het thuisland van de beheerders, Zweden, en heeft daar zowel een straf- als een civielrechtelijke veroordeling verkregen tegen de beheerders. Tegen de strafrechtelijke veroordeling is hoger beroep ingesteld hetgeen de strafoplegging heeft geschorst. Aan het civielrechtelijke verbod hebben de beheerders geen gevolg gegeven. Vervolgens is, bij gebreke van enig tastbaar resultaat, naar alternatieve maatregelen gezocht. Zo is een actie tegen de Zweedse hosting provider van The Pirate Bay ingesteld als gevolg waarvan The Pirate Bay even uit de lucht is geweest. Na twee dagen was The Pirate Bay evenwel - via een andere provider, CB3ROB in Duitsland, opnieuw online. Nadat CB3ROB door de rechtbank te Hamburg was veroordeeld haar diensten aan The Pirate Bay te beëindigen, heeft The Pirate Bay zich gewend tot een provider in de Oekraïne. Het laatste wapenfeit van Brein is het in r.o. 2.7. genoemde verstekvonnis in de bodemprocedure voor de rechtbank Amsterdam, waarbij de beheerders zijn gelast The Pirate Bay volledig ontoegankelijk te maken voor gebruikers in Nederland. Vooralnog is de website echter nog steeds on line.

4.6. Brein heeft betoogd dat de juridische mogelijkheden tegen The Pirate Bay zelf helemaal zijn uitgeput. Zij heeft gesteld dat "het kennelijk geen zin heeft" om achter de internet provider aan te gaan die The Pirate Bay het internet ophelpt omdat die provider wisselt na iedere veroordeling. Het enige dat de rechthebbenden daarom nu nog resteert, aldus Brein, is om de internet service providers aan te spreken die hun klanten de gelegenheid bieden The Pirate Bay te bezoeken. Aangezien Ziggo de grootste breedband internet provider van Nederland is met circa 1,5 miljoen abonnees, heeft Brein er in dit - zoals zij het zelf ter zitting ook wel heeft aangeduid - proefproces voor gekozen Ziggo als eerste internet service provider aan te spreken.

Primaire grondslag: artikel 26d Aw en 15e Wnr

4.7. Brein heeft haar vorderingen primair gebaseerd op de stelling dat Ziggo een tussenpersoon is wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht en naburige rechten te maken.

4.8. Bij de beoordeling wordt vooropgesteld dat Brein deze stelling slechts heeft onderbouwd voor de situatie waarbij abonnees van Ziggo worden aangemerkt als 'derden' in de zin van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr. De situatie waarbij (de beheerders van) The Pirate Bay zou moeten worden aangemerkt als 'derden' in de zin van voornoemde artikelen is dan ook uitdrukkelijk niet aan de orde (vgl. paragraaf 33 pleitnotities mrs. Van Manen en Groenevelt).

4.9. Een eerste vraag die beantwoording behoeft is of een tussenpersoon in de zin van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr zelfstandig, dat wil zeggen niet in één procedure tezamen met de gestelde inbreukmaker doch in een separate, enkel tegen hem gerichte procedure, ter zake van door hem verleende diensten die door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een intellectueel eigendomsrecht, kan worden aangesproken. Te dien aanzien geldt het volgende.

4.10. De artikelen 26d Aw en 15e Wnr zijn in de wet opgenomen als gevolg van artikel 11 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (hierna: de Handhavingsrichtlijn).¹ Dat artikel bepaalt:

Artikel 11 Rechterlijk bevel

De lidstaten dragen er zorg voor dat, wanneer bij rechterlijke uitspraak inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht is vastgesteld, de bevoegde rechterlijke instanties een bevel tot staking van de inbreuk tegen de inbreukmaker kunnen uitvaardigen. Indien het nationale recht erin voorziet, wordt bij niet-naleving van een bevel, indien passend, een dwangsom tot naleving van het verbod opgelegd. De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van Richtlijn 2001/29/EG.

4.11. In de Memorie van Toelichting² bij de aanpassing van onder meer de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten wordt over artikel 26d het volgende opgemerkt:

Artikel 11, derde volzin, van de richtlijn [i.e. de Handhavingsrichtlijn, vzr] verplicht ertoe ook tegen tussenpersonen een bevel te kunnen vorderen tot staking van de diensten die door derden worden gebruikt om inbreuk te maken op het intellectuele-eigendomsrecht van de eiser. De rechter zal hierbij moeten afwegen of deze vordering geëigend is gezien het aandeel of de betrokkenheid van de tussenpersoon bij de inbreuk en of het met de vordering beoogde doel en het belang van de rechthebbende opweegt tegen het nadeel dat of de schade die de vordering van de tussenpersoon eventueel toebrengt. De tussenpersoon dient redelijkerwijs in staat te zijn aan de vordering te voldoen, zonder daarvoor onevenredige kosten te moeten maken. Indien de tussenpersoon zelf geen inbreuk pleegt en het dagvaarden van de inbreukmaker evenzeer voor de hand ligt en even goed mogelijk is als het dagvaarden van een tussenpersoon, dan zal de vordering tegen de tussenpersoon afgewezen dienen te worden. De vordering tegen de tussenpersoon zal een zelfstandig doel moeten dienen dat niet op enige andere wijze te realiseren is via de inbreukmaker zelf. De vordering blijft beperkt tot een bevel tot staking van de diensten die door de derde worden gebruikt om inbreuk te maken. Andere bijkomende vorderingen zijn niet mogelijk. Ook scheidt dit artikel geen aansprakelijkheid van de tussenpersoon ten aanzien van de inbreukmakende handelingen door de derde.

4.12. In dit verband moet ter volledigheid nog worden vermeld dat de minister gedurende de behandeling van het wetsvoorstel de voorwaarden voor toewijzing door de rechter van een vordering tegen een tussenpersoon minder stringent heeft uitgelegd.³ De minister merkt op:

De leden van de SP-fractie vragen wanneer internetproviders gehouden kunnen zijn om sites waar intellectuele-eigendomsrechten worden geschonden, te verwijderen en of het in de memorie van toelichting genoemde vijf-stappenplan, waarbij de belangen van de rechthebbende worden afgewogen tegen die van de internetprovider, dan een passend toetsingskader vormt.

Zoals is aangegeven in de memorie van toelichting bij de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel (Kamerstukken II 2001/02, 29 179, nr. 3, p. 51 en 65) moet de verwijdering van de website redelijkerwijs kunnen worden gevegd. De verlangde maatregel moet derhalve evenredig zijn ten opzichte van de inbreuk. Het moet voor de tussenpersoon mogelijk zijn om tegen aanvaardbare kosten en met personele en technische maatregelen op te treden. Er mogen geen andere, minder verstrekkende mogelijkheden openstaan om een einde te maken aan de onrechtmatige situatie en de gevorderde maatregelen mogen niet verder strekken dan strikt noodzakelijk. De suggestie in de toelichting op de artikelen 26d en 26e Auteurswet, dat aan de voorwaarden voor toewijzing door de rechter van een vordering tegen een tussenpersoon zwaardere eisen worden gesteld dan de hiervoor genoemde, is ten onrechte. De leden van de SP-fractie wijzen daar terecht op.

4.13. Naar voorlopig oordeel dient de in r.o. 4.9. gestelde vraag, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis, bevestigend te worden beantwoord: in beginsel kan een rechthebbende een tussenpersoon zelfstandig en in een separate procedure aanspreken voor door een derde met behulp van gebruikmaking van de diensten van de tussenpersoon gepleegde inbreuk, zij het dat de vorderingen onder omstandigheden kunnen stranden.

4.14. Een volgende vraag is of in dit geval aan de voorwaarden van artikelen 26d Aw en 15e Wnr is voldaan en of het in artikel 6:196c BW neergelegde aansprakelijkheidsregime van de internet service provider niet aan toewijzing van een stakingsbevel in de weg staat. Dit laatste kan naar voorlopig oordeel eenduidig worden beantwoord. In het vijfde lid van artikel 6:196c BW wordt immers expliciet bepaald dat de in bedoeld artikel opgenomen aansprakelijkheidsbeperkingen (waarbij de dienstverlener onder voorwaarden wordt gevrijwaard van aansprakelijkheid ten opzichte van degene die ten gevolge van de doorgifte van van een ander afkomstige onrechtmatige informatie schade heeft geleden) niet in de weg staan aan een rechterlijk verbod of bevel. In gelijke zin oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 25 november 2005.⁴ Dit is, anders dan XS4ALL heeft betoogd, ook niet onmogelijk in geval van een zogenaamde 'mere conduit' of access provider als bedoeld in artikel 6:196c lid 1 BW (en het gelijklopende artikel 12 lid 3 Richtlijn inzake elektronische handel⁵), zo wordt duidelijk uit de parlementaire geschiedenis.⁶ Het eerste punt ligt meer ingewikkeld, waarover het volgende.

4.15. De artikelen 26d Aw en 15e Wnr dienen te worden gelezen in het licht van artikel 11 Handhavingsrichtlijn, waaraan zij zijn ontsproten. Uit bedoeld artikel volgt dat een noodzakelijk vereiste voor toewijzing van een stakingsbevel aan de tussenpersoon hierin bestaat dat is komen vast te staan dat van inbreuk door de derde sprake is; tegen die achtergrond moet overigens ook de gehele richtlijn worden gezien. Hier wringt de schoen.

4.16. Brein heeft de inbreuk door abonnees van Ziggo summierlijk aan de orde gesteld. In de dagvaarding wordt slechts gesteld dat "nu Ziggo de grootste provider van kabelinternet in Nederland is en de hoogste downloadsnelheden biedt de conclusie gerechtvaardigd [is] dat Ziggo een substantieel deel van de Nederlandse gebruikers van The Pirate Bay tot haar abonneebestand mag rekenen". Dit is voor de vaststelling dat van inbreuk door de abonnees van Ziggo sprake is ten enenmale onvoldoende. Brein heeft echter ook een eigen steekproef gehouden (productie 22 Brein) waarbij op basis van 4 recente populaire films is onderzocht welk percentage van de personen die deze films via The Pirate Bay downloaden en uploaden een abonnement bij Ziggo hebben. Deze steekproef laat zien dat van de 325 gecontroleerde Nederlandse IP-adressen 27% tot de IP-adressen van Ziggo behoort. Ziggo betwist bij gebrek aan wetenschap dat haar abonnees, en dus ook een gedeelte van 27% daarvan, inbreuk maken (als accessprovider kan en mag zij dit niet weten, zo luidt haar stelling) en is overigens van mening dat de steekproef niet representatief is.

4.17. In het midden latend of het percentage van 27% van de abonnees van Ziggo inbreuk maken op de intellectuele eigendomsrechten van de bij Brein aangesloten rechthebbenden, geldt dat in ieder geval van het overgrote merendeel van de abonnees niet is komen vast te staan dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan inbreuk op de auteurs- of naburige rechten van de bij Brein aangesloten rechthebbenden. De vordering van Brein ziet evenwel op een stakingsbevel voor alle abonnees van Ziggo. Een dergelijke, verstrekkende, vordering echter, is op grond van de artikelen 26d Aw en 15e Wnr naar voorlopig oordeel eenvoudigweg niet toewijsbaar. Een stakingsbevel gebaseerd op genoemde artikelen kan immers slechts betrekking hebben op die 'derden' die de diensten van de tussenpersoon gebruiken om inbreuk te maken. Van het overgrote deel van de bij Ziggo aangesloten abonnees is dat, als gezegd, in ieder geval niet komen vast te staan. De artikelen 26d Aw en 15e Wnr, geïnterpreteerd in het licht van de Handhavingsrichtlijn, bieden slechts een handvat om een specifieke, anders gezegd concrete en individualiseerbare, inbreuk te beëindigen. Alleen in die gevallen kan met de vereiste mate van zekerheid worden vastgesteld dat van inbreuk sprake is. Reeds op deze grond stranden de vorderingen voor zover zij zijn gebaseerd op de artikelen 26d Aw en 15e Wnr.

4.18. Daarnaast zou toewijzing van de vordering naar voorlopig oordeel in strijd komen met de in de parlementaire geschiedenis verwoorde subsidiariteitseis. Brein, die blijkens voornoemde steekproef bekend is met de IP-adressen van de Ziggo abonnees, heeft er voor gekozen geen van deze abonnees in rechte te betrekken. Als argument daarvoor voert zij aan dat het "onmogelijk en (dus) onwenselijk [is] om de (alle) abonnees afzonderlijk aan te spreken". Daarom, aldus Brein, spreekt zij Ziggo aan. Dit argument overtuigt niet. Ten minste valt, zonder toelichting, die ontbreekt, niet in te zien waarom het onmogelijk zou zijn een of meer abonnees in rechte aan te spreken. Brein zou onder omstandigheden de NAW-gegevens van de betreffende abonnee bij Ziggo kunnen opvragen, iets waarvan Ziggo ter zitting ook heeft aangegeven daartoe in beginsel bereid te zijn. Er staan, met andere woorden, andere en minder verstrekkende mogelijkheden open om tegen de gestelde inbreuken door een gedeelte van de abonnees op te treden. Dat het niet wenselijk zou zijn individuele abonnees aan te spreken, zoals Brein ook nog heeft betoogd, is een argument van een andere orde en betreft een eigen afweging van Brein. Problematisch bij de door Brein gemaakte keuze is ook dat het gedeelte van de abonnees waarvan door haar wordt gesteld dat zij inbreuk maken, niet door de rechter op tegenspraak kunnen worden gehoord, hetgeen reden temeer is de abonnees individueel in rechte te betrekken.

4.19. Voorshands is daarom onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter de vordering van Brein op deze grondslag zal toewijzen. Hetgeen Ziggo en XS4ALL overigens tegen toewijzing van de vorderingen naar voren hebben gebracht, kan bij die stand van zaken onbesproken blijven.

Subsidiare grondslag: onrechtmatig handelen van Ziggo

4.20. Subsidiair heeft Brein haar vordering gebaseerd op onrechtmatig handelen van Ziggo zelf. Brein heeft in dat verband gesteld dat Ziggo welbewust en structureel grootschalige inbreuken door haar abonnees op de auteurs- en naburige rechten van de rechthebbenden faciliteert en aldus dergelijke inbreuken bevordert, terwijl zij deze schadelijke handelingen met één druk op de knop kan beëindigen en daartoe geen minder verstrekkend alternatief voorhanden is. Daarmee handelt Ziggo volgens Brein in strijd met de zorgvuldigheid die zij jegens de rechthebbenden in acht moet nemen.

4.21. Ook bij haar subsidiare grondslag neemt Brein tot uitgangspunt dat het de abonnee van Ziggo is die inbreuk maakt. Dit maakt dat de in het kader van de species-bepaling (artikelen 26d Aw en 15e Wnr) gevoerde argumenten die aan toewijzing van de vordering in de weg staan, evenzeer, en nog sterker, gelden ten aanzien van een meer algemene bepaling die kennelijk is gestoeld op artikel 3:296 BW, zodat de vordering ook op deze grond niet voor toewijzing in aanmerking komt.

5. Slotsom

5.1. Brein zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure, zowel in de hoofdzaak als in het incident.

5.2. Brein en Ziggo hebben ter zake een afspraak gemaakt inhoudende dat, voor zover de voorzieningenrechter een proceskostenveroordeling ex artikel 1019h Rv op zijn plaats acht, de proceskosten aan beide zijden € 45.000,00 bedragen. Nu de vorderingen primair zijn gebaseerd op de handhaving van rechten van intellectuele eigendom in de zin van artikel 1019 Rv, zullen de proceskosten worden begroot conform het regime van artikel 1019h Rv, zodat Brein aan Ziggo een bedrag ten belope van € 45.000,00 zal dienen te voldoen. Hoewel Ziggo ten aanzien van de proceskosten niet uitdrukkelijk de uitvoerbaar bij voorraad verklaring heeft gevorderd, begrijpt de voorzieningenrechter de afspraak over de proceskosten tussen partijen, gelet ook op het feit dat zulks in de dagvaarding wel wordt gevorderd, aldus dat zij bedoeld hebben dat het toe te wijzen bedrag uitvoerbaar bij voorraad dient te worden verklaard, hetgeen dan ook zal worden toegewezen.

5.3. XS4ALL heeft geen proceskostenveroordeling ex artikel 1019h Rv gevorderd, zodat haar kosten zullen worden begroot conform het reguliere liquidatietarief op:

in het incident:

- salaris advocaat incident € 452,00

in de hoofdzaak:

- vast recht € 263,00

- salaris advocaat € 816,00

€ 1.079,00

Nu XS4ALL zulks niet heeft gevorderd (en ook overigens geen afspraak met Brein ter zake is gemaakt), zal deze kostenveroordeling niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

in het incident:

6.1. veroordeelt Brein in de kosten van het incident aan de zijde van XS4ALL tot zover begroot op € 452,00;

in de hoofdzaak:

6.2. weigert de gevraagde voorzieningen;

6.3. veroordeelt Brein in de kosten van de procedure, tot zover aan de zijde van Ziggo begroot op € 45.000,00 en aan de zijde van XS4ALL op € 1.079,00.

6.4. verklaart dit vonnis ten aanzien van de proceskostenveroordeling voor zover betrekking hebbend op Ziggo uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.Th. van Walderveen en in het openbaar uitgesproken op 19 juli 2010 in tegenwoordigheid van de griffier mw. mr. B.O. Büller.

1 Een overeenkomstige bepaling was reeds opgenomen in 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).

2 MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 392, nr. 3, p. 26.

3 Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 392, nr. 6, p. 10.

4 HR 25 november 2005, LJN AU4019 (Lycos/Pessers): "De in de Richtlijn inzake elektronische handel vastgestelde beperking van de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden doet geen afbreuk aan de mogelijkheid dat de nationale rechter die maatregelen treft die van deze tussenpersonen redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen."

5 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('richtlijn inzake elektronische handel').

6 MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 197, nr. 3, p. 27: "De drie besproken vrijwaringen van aansprakelijkheid laten de mogelijkheid onverlet dat de dienstverlener die als tussenpersoon optreedt door een rechterlijke autoriteit wordt bevolen om een inbreuk te beëindigen of te voorkomen (respectievelijk artikel 12 lid 3, artikel 13 lid 2 en artikel 14 lid 3 van de richtlijn [inzake elektronische handel, vzr])."