

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 417339 / KG ZA 12-394 en 417770 / KG ZA 12-422

Vonnis in kort geding van 10 mei 2012

in de zaak met rolnummer 12-394 (het executiekortgeding) van

de vereniging
PIRATENPARTIJ,
gevestigd te Zwolle,
eiseres,
advocaat mr. M.A.R. Schuckink Kool te Den Haag,

tegen

de stichting
STICHTING BREIN,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. J.C.H. van Manen te Amsterdam,

en in de zaak met rolnummer 12-422 (het herzieningskortgeding) van

de vereniging
PIRATENPARTIJ,
gevestigd te Zwolle,
eiseres,
advocaat mr. M.R. Krul te Den Haag,

tegen

de stichting
STICHTING BREIN,
gevestigd te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat mr. J.C.H. van Manen te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Piratenpartij en Brein genoemd worden. Voor beide zaken geldt dat zij aan de zijde van Brein zijn behandeld door mrs. J.C.H. van Manen en R. van Kleeff, advocaten te Amsterdam en aan de zijde van Piratenpartij door mrs. M.A.R. Schuckink Kool en M.R. Krul, advocaten te Den Haag.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure in beide zaken blijkt uit:

- de dagvaarding in het executiekortgeding van 17 april;
- het verzoek van Piratenpartij om vooruitlopend op de behandeling van het executiegeschil een tijdelijke voorlopige voorziening te treffen (e-mail van 17 april 2012);
- het verweerschrift van Brein (e-mail van 17 april 2012);
- de beschikking van deze voorzieningenrechter waarbij een tijdelijke voorlopige voorziening is getroffen (e-mail van 17 april 2012, uitgesproken op 18 april 2012);
- de dagvaarding in het herzieningskortgeding van 19 april 2012;
- de producties 1 tot en met 8 van Piratenpartij (in beide zaken);
- de producties 1 tot en met 36 van Brein (in beide zaken);
- de conclusie van eis in reconventie van Brein in de herzieningszaak;
- de kostenopgaven in beide zaken van Piratenpartij;
- de mondelinge behandeling (in beide zaken);
- de pleitnota van Piratenpartij (in beide zaken);
- de pleitnota van Brein (in beide zaken).

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Brein is in 1998 opgericht door verschillende rechthebbendenorganisaties en heeft als statutaire doelstelling het behartigen van de belangen van rechthebbenden, overwegend uit de film- muziek- games- en uitgeefindustrie. 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.

2.2. Piratenpartij is een politieke partij die een drastische verandering van de Nederlandse rechtsorde nastreeft. Daarbij richt zij zich met name op intellectuele eigendomsrechten en “digitale burgerrechten”. Zo maakt zij zich onder andere hard voor het afschaffen van de Nederlandse intellectuele eigendomsrechten (in de huidige vorm), “vrij gebruik van, en toegang tot, informatie en technologie; en transparantie van het politieke bestel, overheden en andere machtsconcentraties”.

2.3. De Piratenpartij biedt een reverse proxy dienst aan waarmee via een server van Piratenpartij 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 2012 hebben ingesteld ter nakoming van het vonnis van deze rechtbank van 11 januari 2012.

2.4. The Pirate Bay 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 zeer populaire films, muziek, games en e-books. Ook in Nederland is The Pirate Bay ongekend populair. In Alexa.com staat de website van The Pirate Bay in Nederland op plaats 41 van meest bezochte websites. Het hoofddomein van The Pirate Bay is thepiratbay.se (zonder www.). Dit

domein wordt echter ook via andere domeinnamen, die er naar toe linken, ontsloten, zoals thepiratebay.org.

2.5. Op The Pirate Bay 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 The Pirate Bay (hierna gezamenlijk “torrents”). De torrents worden door The Pirate Bay geïndexeerd, gecategoriseerd en ontsloten.

2.6. Gebruikers kunnen aldus op The Pirate Bay 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). The Pirate Bay is op dit moment 's werelds grootste index en een van de best bezochte websites. Sinds februari van dit jaar worden op The Pirate Bay hoofdzakelijk magnet links aangeboden. Voor die tijd bestond het aanbod hoofdzakelijk uit torrents.

2.7. Momenteel worden op The Pirate Bay circa 4,3 miljoen magnet links aangeboden. De magnet links worden door The Pirate Bay geïndexeerd, gecategoriseerd en ontsloten. Gebruikers kunnen aldus op The Pirate Bay zoeken naar een magnet link die een torrent identificeert die betrekking heeft op de door hen gewenste content en de magnet link vervolgens downloaden. Ten minste 90% van de magnet links die op The Pirate Bay worden aangeboden betreft content die zonder toestemming van de rechthebbenden openbaar is gemaakt (hierna: illegale content). Een groot deel daarvan betreft materiaal waarvan de auteurs- en/of naburige rechten toekomen aan rechthebbenden wier belangen BREIN behartigt. Ten aanzien van deze werken hebben deze rechthebbenden géén toestemming hebben verleend voor openbaarmaking of verveelvoudiging (noch aan The Pirate Bay noch aan de gebruikers).

2.8. De beheerders van The Pirate Bay zijn in hun thuisland Zweden tot in hoogste instantie strafrechtelijk veroordeeld. Omdat The Pirate Bay online bleef zijn ook haar hosting providers aangepakt. Ook dat bood geen soelaas, omdat The Pirate Bay van hosting provider wisselde. Thans is zij, naar verluidt, haar eigen hosting provider. The Pirate Bay is aldus nog altijd online.

2.9. Ook de Amsterdamse voorzieningenrechter (Vzr. Rb. Amsterdam 30 juli 2009, LJN: BJ4466, Vzr. Rb. Amsterdam 22 oktober 2009, LJN: BK10672) en de Amsterdamse rechtbank (Rb. Amsterdam 16 en 23 juni 2010, LJN: BN1626) hebben The Pirate Bay bevoelen hun inbreukmakende en onrechtmatige en gedragingen te staken, maar het illegale materiaal van The Pirate Bay 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.

2.10. Brein heeft vervolgens een bevel gevorderd tegen Ziggo en XS4All om The Pirate Bay te blokkeren. Deze vordering werd in kort geding afgewezen (Vzr. Rb 's-Gravenhage 19 juli 2010, LJN: BN1445), maar de Haagse rechtbank wees het stakingsbevel toe (Rb. 's-

Gravenhage 11 januari 2012, LJN: BV0549). Deze oordeelde dat Ziggo en XS4All onder de genoemde omstandigheden gehouden zijn aan de bedoelde inbreuken door of via The Pirate Bay in Nederland een einde te maken door middel van het blokkeren van de toegang tot The Pirate Bay voor hun abonnees.

2.11. Brein heeft het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 11 januari 2012 aan Ziggo en XS4ALL betekend en per 1 februari j.l. blokkeren deze partijen de toegang tot The Pirate Bay voor hun abonnees. Inmiddels heeft Brein de overige grote Nederlandse providers gedagvaard in kort geding en vordert dat zij eveneens The Pirate Bay blokkeren voor hun abonnees. De mondelinge behandeling van dat kort geding zaak heeft plaats gevonden op 19 april 2012, vonnis in die zaak zal worden gewezen op dezelfde dag als in onderhavige zaken.

2.12. Ook in België, Denemarken, Italië en Finland zijn internet providers veroordeeld The Pirate Bay voor hun abonnees te blokkeren. 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.

2.13. Piratenpartij, presenteert zich naar de buitenwereld als de feitelijk beheerder van de website <http://tpb.piratenpartij.nl>. De domeinnaam "piratenpartij.nl" is geregistreerd op naam van de heer M. Kauw, voormalig bestuurslid van Piratenpartij. Via het subdomein "tpb.piratenpartij.nl" heeft Piratenpartij door middel van een reverse proxy een omzeiling van de genoemde blokkades van The Pirate Bay aangeboden.

2.14. Een 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 rechtstreeks naar een website, maar via een proxy. De opgevraagde pagina's van een bezochte website bereiken de gebruiker dan ook via de proxy. Anders dan bij een gewone proxy, leidt een reverse proxy de gebruiker niet op een voor de gebruiker transparante wijze 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. De (computer van de) gebruiker ervaart dit alsof de bezochte website zich bevindt op de reverse proxy.

2.15. De internetprovider 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 reverse proxy niet als een geblokkeerde website in het systeem van de provider is geregistreerd.

2.16. De reverse proxy van Piratenpartij (<http://tpb.piratenpartij.nl>) stelde tot de effectueering van het ex parte verbod één op één The Pirate Bay ter beschikking aan een ieder. Abonnees van providers die The Pirate Bay geblokkeerd hebben, zoals die van Ziggo en XS4ALL, kunnen via de dienst van Piratenpartij alsnog volledig gebruik maken van alle diensten van The Pirate Bay.

2.17. De homepage van Piratenpartij op het subdomein <http://tpb.piratenpartij.nl> is visueel vrijwel identiek aan die van The Pirate Bay. De website werkt precies zo als die van The Pirate Bay. Aldus biedt de Piratenpartij alle torrents en andere informatie van The Pirate Bay onder eigen naam en via zijn eigen systeem aan. Piratenpartij slaagt er in mensen die na

het vonnis tegen Ziggo en XS4ALL geen toegang meer hebben tot The Pirate Bay, de gelegenheid te bieden de website alsnog volledig te bezoeken en te benutten.

2.18. Brein heeft in maart 2012 de Piratenpartij en vele andere aanbieders van proxies aangeschreven. Dit heeft ertoe geleid dat bij een groot aantal aanbieders de proxies off line zijn gegaan. De Piratenpartij heeft, ook na sommatie, haar proxy niet verwijderd.

2.19. Op vrijdag 13 april 2012 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank een beschikking gewezen (een verbod als bedoeld in artikel 1019e Rv, hierna het ex parte verbod) in de zaak van Brein tegen de Piratenpartij, met betrekking tot het aanbieden van een proxy, die niets anders doet dan het één op één doorgeven van "The Pirate Bay" via het subdomein tpb.piratenpartij.nl (de reverse proxy). Het ex parte verbod is als volgt geformuleerd.

3.1. beveelt gerekwestreerde (is Piratenpartij) 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 de website van The Pirate Bay (thepiratebay.se) via het subdomein tpb.piratenpartij.nl, te staken en gestaakt te houden.

2.20. Na betekening van de beschikking heeft de Piratenpartij de The Pirate Bay dedicated proxy van het subdomein tpb.piratenpartij.nl verwijderd, maar heeft zij daarvoor in de plaats een veelheid van verwijzingen naar The Pirate Bay opgenomen, waaronder 20 hyperlinks naar andere The Pirate Bay dedicated proxy's (reverse proxy's die niets ander doen dan The Pirate Bay één op één doorgeven) en een link naar een niet dedicated proxy (generieke proxy) op haar eigen website, waarmee The Pirate Bay, maar ook andere websites, één op één kunnen worden doorgegeven. Daarnaast bevatte de nieuwe pagina andere verwijzingen en instructies.

2.21. Brein heeft de Piratenpartij op 14 april 2012 laten weten dat de 20 links naar The Pirate Bay dedicated proxy's en de link naar een generieke proxy nog steeds onder het gevraagde verbod vallen.

2.22. Piratenpartij heeft gedeeltelijke gehoor gegeven aan deze ruimere strekking van het ex parte verbod. In aansluiting daarop heeft zij dat weekend telefonisch contact gehad met de voorzieningenrechter en gevraagd de executie van het ex parte verbod geheel of gedeeltelijk te schorsen. Op verzoek van de voorzieningenrechter heeft de Piratenpartij haar verzoek op 17 april schriftelijk (per e-mail) aan de voorzieningenrechter voorgelegd. Brein is in de gelegenheid gesteld hierop eveneens per e-mail te reageren. De voorzieningenrechter heeft op 17 april 2012 het volgende overwogen en beslist:

3. Het geschil

3.1. Het executiegeschil ziet kort gezegd op de reikwijdte van het hierboven weergegeven verbod. Volgens Brein heeft dit de strekking ieder verwijzing naar de website van The Pirate Bay onmogelijk te maken ook indien de verwijzing geschiedt via een ander domein dan het subdomein tpb.piratenpartij.nl. Piratenpartij betwist deze uitleg. Zij stelt aan het verbod te hebben voldaan doordat zij haar reverse proxy dienst heeft gestaakt.

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in deze om de vraag hoe de geadresseerde van het verbod, dat is Piratenpartij, de reikwijdte van het gegeven verbod moet begrijpen.

4.2. Bij de beoordeling is in aanmerking te nemen dat het verbod is gegeven na een *ex parte* behandeling. Met ander woorden Piratenpartij is niet gehoord en heeft niet aan enig debat kunnen deelnemen welke de reikwijdte van het verbod zou kunnen verduidelijken.

4.3. Naar voorlopig oordeel brengt dat mee dat Piratenpartij mag uitgaan van een letterlijke lezing van het verbod. Dit brengt mee dat zij mocht begrijpen aan het verbod te hebben voldaan door de verwijzing naar de site van The Pirate Bay, via haar reverse proxy dienst, dat wil zeggen via het subdomein *tpb.piratenpartij.nl*, te hebben gestaakt.

4.4. Bij die stand van zaken dient Brein de executie van het gegeven verbod te staken voor zover dat verder gaat dan het doen staken van de reverse proxydienst.

4.5. Met betrekking tot de proceskosten zal worden beslist bij eindvonnis in het executiegeschil.

4.6 Een en ander leidt tot de beslissing zoals hieronder verwoord.

Beslissing

De voorzieningenrechter:

Beveelt gerekestreerde (Brein) de executie van het gegeven verbod met onmiddellijke ingang te staken voor zover dat verder gaat dan het doen staken van de reverse proxydienst;

Verklaart dit gebod uitvoerbaar bij voorraad;

Verwijst de zaak naar de zitting van 24 april 2012, 14.00 voor verdere behandeling;

Bepaalt dat deze beslissing vervalt nadat uitspraak zal zijn gedaan in het aanhangige executiegeschil;

Houdt elke verdere beslissing aan.

2.23. Bij dagvaardingen van 17 en 19 april heeft Piratenpartij dit executiekortgeding respectievelijk dit herzieningskortgeding aanhangig gemaakt.

3. Het geschil

In het executiekortgeding

3.1. Piratenpartij vordert bij dagvaarding, kort gezegd een verbod aan Brein tot (algehele) executie van de beschikking van 13 april 2012 over te gaan totdat de voorzieningenrechter heeft beslist in het herzieningskortgeding, met veroordeling van Brein in de kosten van de procedure ex artikel 1019h Rv.

3.2. In haar verzoek tot het treffen van een voorlopige tijdelijke voorziening verzoekt piratenpartij de voorzieningenrechter vast te stellen dat

1. Piratenpartij voldoet aan de beschikking van 13 april 2012 indien zij op de webpagina *tpb.piratenpartij.nl* een open proxy ter beschikking stelt aan bezoekers van deze pagina alsmede dat zij gerechtigd is hyperlinks te vermelden naar omzeilingen voor het bereiken van The Pirate Bay voor geblokkeerde gebruikers op dat adres;

2. Brein gehouden is de kosten van deze procedure ex artikel 1019h Rv aan Piratenpartij te voldoen.

In het herzieningskortgeding

In conventie

3.4. Piratenpartij vordert, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Brein te verbieden op de voet van artikel 1019e lid 3 Rv, de beschikking d.d. 13 april 2012 van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage inhoudende:

het bevel aan Piratenpartij om binnen zes uur na betekening van de beschikking de dienst zoals omschreven in het verzoekschrift te staken en gestaakt te houden, meer in het bijzonder het ter beschikking stellen van de website van The Pirate Bay (thepiratebay.se) via het subdomein tpb.piratenpartij.nl, te staken en gestaakt te houden, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom van EUR 10.000,- voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat zij in strijd handelt met het gegeven bevel, tot een maximum van EUR 1.000.000,--,

te herzien door het oorspronkelijke verzoek van Brein alsnog af te wijzen respectievelijk het bevel in te trekken danwel te vernietigen met ingang van 13 april 2012 (ex tunc), althans ongedaan te maken;

II. Brein te veroordelen in de kosten van deze procedure, primair conform het toepasselijke liquidatietarief, subsidiair ex artikel 1019h Rv.

In reconventie

3.4. Brein vordert, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

i) Piratenpartij te bevelen het aanbieden van een dienst, waarmee de website van The Pirate Bay (bereikbaar via thepiratebay.se) één op één ter beschikking wordt gesteld (een TPB dedicated proxy) al of niet via het sub domein tpb.piratenpartij.nl aan te bieden;

ii) Piratenpartij te gelasten zich te onthouden van het aanbieden van directe links naar de bedoelde TPB dedicated proxies;

iii) Piratenpartij te bevelen de toegang tot The Pirate Bay in haar generieke proxy te blokkeren, meer in het bijzonder om binnen 5 werkdagen na betekening van dit vonnis de in deze conclusie bedoelde generieke proxydienst die wordt 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 voor de gebruikers van de generieke proxy dienst van gedaagde tot de domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert, te weten:

IP-adressen:

194.71.107.15

194.71.107.18

194.71.107.19

Domeinnamen/(sub)domeinen:

thepiratebay.org;

www.thepiratebay.org;

thepiratebay.com;

www.thepiratebay.com;

thepiratebay.net;

www.thepiratebay.net;

thepiratebay.se;

www.thepiratebay.se;

piratebay.org;

www.piratebay.org;

piratebay.net;

www.piratebay.net;
piratebay.se;
www.piratebay.se;
depiraatbaai.be;
piratebay.am;
themusicbay.net;
www.themusicbay.net;
themusicbay.org;
www.themusicbay.org.

iv) Piratenpartij te bevelen om, voor het geval dat (de website van) The Pirate Bay via andere/aanvullende IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen dan de voornoemde IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen zou gaan opereren, de toegang voor gebruikers van hun generieke proxydienst 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 van de juiste IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen;

v) Piratenpartij te gelasten zich te onthouden van het aanmoedigen van het publiek, waaronder gebruikers voor wie de toegang tot The Pirate Bay door hun ISP geblokkeerd is, om die blokkade te omzeilen, in het bijzonder door het aanbieden van informatie met de kennelijke bedoeling om hen die onder een blokkade vallen aan te zetten tot het omzeilen van zulke blokkades, met name via het subdomein tpb.piratenpartij.nl dat door de activiteiten van de piratenpartij bekendheid heeft gekregen als bron voor omzeiling van de blokkade van TPB;

vi) Piratenpartij te bevelen om bij overtreding van de in reconventie onder i-v gevorderde bevelen aan BREIN een dwangsom te betalen van € 10.000,-- (zegge: tienduizend euro) voor iedere overtreding van dat bevel, te vermeerderen met een dwangsom van € 10.000,-- (zegge: tienduizend euro) voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 250.000,--;

vii) Piratenpartij te veroordelen in de kosten van dit geding op de voet van artikel 1019h Rv;

3.5. Op de stellingen en weren van partijen, in beide zaken, in het herzieningskortgeding in conventie en in reconventie, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Technische achtergrond van het geschil

Diverse soorten Proxies

4.1. Een proxy server fungeert als een tussenstation tussen de computer van een eindgebruiker en een andere computer op hetzelfde netwerk. Het netwerk kan het internet betreffen en de andere computer kan een server zijn waarop door de gebruiker gewenste informatie staat (of waarnaar de gebruiker informatie wenst te verzenden). In het onderhavige geval is de proxy een tussenstation tussen de computer van een gebruiker en de server van The Pirate Bay.

4.2. Een gebruiker die (voor het bezoeken van een website) van een forward proxy server ("forward proxy") gebruik maakt, vult het adres van de website in op de adresbalk van zijn browser. Dat is de normale gang van zaken. Het verzoek gaat echter niet direct naar de server die de website host, maar via de forward proxy. De gebruiker moet als eenmalige handeling zijn browser instellen om gebruik te maken van de forward proxy.

4.3. De proxy server die De Piratenpartij voorheen draaide op het subdomein tpb.piratenpartij.nl betrof geen forward, maar een reverse proxy. Het effect van een reverse proxy is identiek aan dat van een forward proxy, dat wil zeggen dat de gewenste webpagina wordt verkregen via een tussenstation. Het verschil is dat het voor de gebruiker lijkt alsof de webserver zich bevindt op de locatie van de reverse proxy. In de adresbalk van de browser ziet de gebruiker nu namelijk niet meer het adres van de webserver, maar van het tussenstation (immers, de gebruiker zag <http://tpb.piratenpartij.nl> in de adresbalk staan, maar bezocht in werkelijkheid via het doorgeefluik de hoofdpagina van The Pirate Bay die zich bevindt op het adres <http://thepiratebay.se>).

4.4. De reverse proxy geeft de opdrachten van de gebruiker door aan de website, verkrijgt de gevraagde informatie van de website en geeft ze weer door aan de gebruiker. De classificatie forward versus reverse proxy heeft dus geen implicaties voor het bereikte effect, te weten het bereiken van bijvoorbeeld een webserver via een tussenstation.

4.5. Een andere mogelijke classificatie voor proxy servers is die tussen open proxy servers (“open proxies”) enerzijds en Closed proxy servers (“Closed proxies”) anderzijds. Een open proxy is een proxy server die iedere internetgebruiker mag gebruiken, terwijl het gebruik van een Closed proxy een proxy server is waarvan het gebruik is voorbehouden aan een beperkte groep van personen. Ten aanzien van mogelijke toepassingen van Closed proxies kan men bijvoorbeeld denken aan enkele specifieke computers in een bibliotheek die uitsluitend toegang geven tot de catalogus van de bibliotheek en/of een selectie van kranten en online tijdschriften. De overige computers in de bibliotheek (bijvoorbeeld van de medewerkers) hebben dan wel onbeperkt toegang tot het internet. In deze situatie leidt men het verkeer van deze specifieke computers door een Closed proxy die uitsluitend verkeer naar de relevante websites doorlaat. Een proxy die voor iedere internetgebruiker bruikbaar is, zoals de proxy die draaide op het sub domein tpb.piratenpartij.nl, is een voorbeeld is van een open proxy.

4.6. Verder kan nog onderscheid worden gemaakt tussen een specifieke (of “dedicated”) proxy enerzijds en een generieke proxy anderzijds. Hierbij gaat het niet om de vraag welke gebruikers de proxy dienst kunnen gebruiken, maar om de vraag welke locaties men met behulp van de proxy kan bezoeken. Een generieke proxy is in deze zin (vrijwel) niet beperkt, terwijl een specifieke proxy beperkt is tot het bezoeken van een of enkele websites.

4.7. Ook een generieke proxy kan men echter beperkingen opleggen in de zin dat men het verkeer naar bepaalde IP-adressen of domeinnamen blokkeert. Het doorvoeren van dergelijke beperkingen is betrekkelijk eenvoudig en vereist in beginsel het opstellen van een lijst met IP-adressen en domeinnamen, waarmee geen applicatie via de proxy mag plaatsvinden. Men spreekt in dit geval wel van ‘blacklisten’.

De werking van The Pirate Bay.

4.8. BitTorrent is een protocol voor het online uitwisselen van bestanden (filesharing) tussen gebruikers (peers). Kenmerkend voor het 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 be-

schikbaarheid van de bestanden en de snelheid waarmee deze kunnen worden gedownload, snel toe.

4.9. Voor degenen die films willen kijken of muziek willen luisteren werkt The Pirate Bay bijna hetzelfde als de aan/uitknop van een televisie of een radio. De gebruiker hoeft maar op de button “get this torrent” te drukken en het uitwisselen gaat beginnen. Verder hoeft de gebruiker van The Pirate Bay niets te doen. Uiteraard moet men wel een client geïnstalleerd hebben. Maar als die niet standaard in je browser zit dan is dat een kwestie van enkele seconden. Die browser wordt daarna automatisch opgestart als je op “get this torrent” drukt.

4.10. Door op de knop te drukken komt men in verbinding met de computer van degene die het werk op zijn computer aanbiedt en met anderen die met de seeder aan het uitwisselen zijn. Zo ontstaat er een “zwerm”.

4.11. De meeste gebruikers gebruiken The Pirate Bay om werken te downloaden. Gebruikers kunnen ook werken op The Pirate Bay plaatsen. Niet het fysieke werk wordt geüpload, maar een “torrent”. Gebruikers hoeven slechts een torrent formulier in te vullen en The Pirate Bay maakt er een magnet link van, die voor de gebruiker dient als de “aanknop”.

4.12. De magnet link bevat de Info Hash (de unieke code waaraan deze specifieke vereenvoudiging van het werk te herkennen is), de bestandsnaam en de adressen van drie of vier trackers. Zonder de unieke Hash Code in de magnet link is het onmogelijk om toe te treden tot de zwerm. De Hash Code is als het ware de routebeschrijving naar de zwerm. The Pirate Bay haalt de Info Hash uit het door de gebruiker geüploade torrent-bestand en maakt op basis daarvan een magnet link. Aan deze magnet link voegt The Pirate Bay enkele trackers toe. In de praktijk bevatten alle magnet links die via The Pirate Bay te vinden zijn dezelfde trackers. Ook voegt The Pirate Bay een “Comment” toe aan de metadata: “Torrent downloaded from <http://thepiratebay.se>”.

4.13. Nadat een gebruiker de torrent informatie heeft geüpload is het wachten op peers die met de gebruiker gaan uitwisselen: leechers. Zij zoeken in de door The Pirate Bay gecreëerde index en als zij een werk naar keuze zien drukken zij op de door The Pirate Bay gecreëerde “knop” (de magnet link). De tweede leecher die op de magnet link drukt creëert geen nieuwe zwerm, maar treedt toe tot de twee andere uitwisselaars die hij vindt met behulp van de door The Pirate Bay aangeboden “knop”. De oorspronkelijke gebruiker heeft nu niet één, maar twee leechers. Als het bestand groot en gewild is, dan zal de leecher 2 zich bij de zwerm aansluiten op het moment dat leecher 1 nog maar een deel van het bestand heeft binnengehaald (bijvoorbeeld stukjes 1, 3, 5, 7 en 9). Het BitTorrent-protocol maakt op efficiënte wijze gebruik van de beschikbare bandbreedte.

4.14. De BitTorrent-client van de oorspronkelijke seeder zal nu (bijvoorbeeld) stukjes 2 en 4 aanbieden aan leecher 1 en stukjes 6 en 8 aan leecher 2. Immers, met het toetreden van leechers 1 en 2 tot de zwerm hebben zij zich ook bereid verklaard om onderling stukjes uit te wisselen en dat kan de seeder nu bandbreedte besparen. In theorie hoeft de seeder ieder individueel stukje van de content dat hij seedt slechts één keer te uploaden.

4.15. Uit het voorgaande volgt dat het toetreden van iedere extra leecher tot de zwerm ervoor zorgt dat peers die zich reeds in de zwerm bevinden nu ook gaan uitwisselen ten

gunste van de nieuw toetredende leecher. Bovendien zal deze leecher, vrijwel spontaan – de uitgewisselde stukjes zijn namelijk betrekkelijk klein, zodat het niet lang duurt voordat de toetredende leecher ook zelf kan seeden – de ontvangen stukjes gaan seeden richting die peers in de zwerm die deze stukjes nog niet ontvangen hadden. Iedere leecher die dus toetreedt tot een zwerm door op de door The Pirate Bay aangeboden “knop” te drukken zorgt er dus voor dat alle peers in de zwerm extra uitwisselen.

4.16. The Pirate Bay is opgericht door de Zweedse anti auteursrecht organisatie Piratbyran met als doel het illegaal kopiëren en verspreiden van zoveel mogelijk files, muziek, games en e-books. Het oogmerk van The Pirate Bay is onmiskenbaar het maken en stimuleren van zoveel mogelijk inbreuk door verspreiding van zoveel mogelijk beschermd materiaal. De site is zo ingericht dat de torrents/magnet links snel te vinden zijn. Dat is gedaan door o.m. uitgebreide categorieën aan te brengen en top-100 lijsten van meest populair materiaal.

4.17. Gebruikers moeten torrents in de juiste categorie uploaden anders verplaatsen de moderators de torrent naar de juiste categorie. The Pirate Bay moedigt uploaden aan. Ze heeft daartoe eigen Facebook en Twitter accounts, een blog en een forum. Er is een nauwe connectie tussen de inbreukmakende gebruikers en The Pirate Bay, haar Moderators, crew leden en administrators die zelf ook uploaden.

5. De beoordeling

In beide zaken

Inleiding

5.1. Gehele of gedeeltelijke toewijzing van de vorderingen in reconventie in het herzienskort geding heeft de strekking dat het dictum in reconventie het eerder gegeven ex parte verbod vervangt. De beoordeling van de vordering in conventie, met de strekking het ex parte verbod op te heffen, en van de vordering in het executie geschil, heeft in dat geval een belang dat zich beperkt tot de periode tussen het geven van het ex parte verbod en de beslissingen in de onderhavige zaken. De voorzieningenrechter zal daarom de beoordeling van de vordering in reconventie voorop stellen.

5.2. Deze beoordeling in kort geding is een voorlopige. Dit brengt mee dat de voorzieningenrechter zich de vraag zal stellen wat de beslissing zal zijn van de bodemrechter. Beide partijen hebben onderkend dat een richtinggevende beslissing van de bodemrechter met betrekking tot een belangrijk deel van de in geschil zijnde materie, kan worden gevonden in het vonnis van deze rechtbank van 11 januari 2012 in de zaak van Brein tegen Ziggo en XS4All (hierna het Ziggo Vonnis). In het Ziggo Vonnis is door de rechtbank overwogen, onder 4.13: “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.”. De rechtbank heeft voorts overwogen dat Ziggo en XS4All als internet providers optreden als tussenpersoon tussen The Pirate Bay en hun klanten / gebruikers van The Pirate Bay. Tegen die achtergrond heeft de rechtbank Ziggo en XS4All op grondslag van artikel 26d Auteurswet (Aw) en 15e Wet op de naburige rechten (Wnr) geboden, de toegang van

hun klanten tot de domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert, te blokkeren.

5.3. De casus in dit kort geding is gelijk aan die van het Ziggo Vonnis voor zover Brein stelt gebruikers van The Pirate Bay illegaal materiaal downloaden en dus ook uploaden en aldus inbreuk maken op de door Brein vertegenwoordigde auteursrechten en naburige rechten. De dienst die Piratenpartij verleent, is evenwel niet geheel gelijk aan die van een internet provider. Brein stelt dat Piratenpartij inbreuk maakt op auteursrechten en naburige rechten dan wel onrechtmatig handelt door het aanbieden van diensten waarmee gebruikers van geblokkeerde internet providers, in casu Ziggo en XS4All de door de rechtbank opgelegde blokkade van The Pirate Bay kunnen omzeilen. Het Ziggo Vonnis is wat betreft het aspect van omzeiling dan ook niet richtinggevend.

Eigen auteursrechtelijke inbreuk van Piratenpartij

5.4. Brein heeft gesteld, ook dit is anders dan in het Ziggo Vonnis, dat Piratenpartij een eigen inbreuk op auteursrecht verweten kan worden doordat zij via haar dedicated proxy the Pirate Bay één op één aanbiedt. Met die dedicated proxy die zij aan het publiek ter beschikking heeft gesteld, geeft zij ieder opdracht van gebruikers door aan the Pirate Bay als ware zij zelf The Pirate Bay. Hierdoor maakt Piratenpartij zich volgens Brein schuldig aan dezelfde inbreuken op Auteursrecht als handelingen als The Pirate Bay.

5.5. Nu Brein aan het gestelde geen conclusies verbindt, bijvoorbeeld door hieraan gerelateerde vorderingen in reconventie of als grondslag voor die vorderingen in reconventie zal de voorzieningenrechter voorbij gaan aan de vraag of Piratenpartij ook zelf rechtstreeks een auteursrechtelijke inbreuk kan worden verweten.

Omzeiling van de blokkade

5.6. Tegen de achtergrond van het Ziggo Vonnis en de daarin bevolen blokkade van The Pirate Bay heeft Brein een viertal vorderingen in reconventie ingesteld.

5.7. Onder i) vordert Brein dat het de Piratenpartij verboden wordt een The Pirate Bay dedicated proxy aan te bieden. Brein legt hieraan ten grondslag de artikelen 26d Aw en 15e Wnr. Door het aanbieden van een dedicated proxy doet Piratenpartij volgens Brein niets anders dan The Pirate Bay zelf. Omdat The Pirate Bay is verboden dient ook een dedicated proxy die hetzelfde doet verboden te worden.

5.8. De vordering sub ii) ziet op het aanbieden van links naar dedicated proxies. Brein legt hieraan ten grondslag de artikelen 26d Aw en 15e Wnr, alsmede onrechtmatige daad. Ook hiertoe voert Brein aan dat door het aanbieden van links naar TPB dedicated proxies (geblokkeerde) gebruikers rechtstreeks naar een omzeiling van een blokkade van The Pirate Bay worden geleid.

5.9. Onder iii) en iv) vordert Brein dat de Piratenpartij gelast wordt toegang tot The Pirate Bay in haar generieke proxy te blokkeren. De grondslag hiervoor is artikelen 26d Aw alsmede onrechtmatige daad.

5.10. Brein zegt geen probleem te hebben met het aanbieden van een generieke proxy. Maar net als in het Ziggo Vonnis vraagt Brein om het blokkeren van de toegang tot The Pirate Bay in de generieke proxy, om precies dezelfde redenen als bedoeld in dat vonnis.

Door deze dienst aan te bieden handelt Piratenpartij volgens Brein als tussenpersoon in de zin van artikel 26d Aw en 15e Wnr. Bovendien handelt Piratenpartij onrechtmatig jegens Brein door The Pirate Bay niet te blokkeren in haar generieke proxy, nu de website van piratenpartij al langere tijd uitdrukkelijk dienst doet als omzeiling voor de Ziggo en XS4All opgelegde blokkade. Op de website van Piratenpartij speelt de generieke proxy volgens Brein een voorname rol als omzeiling van de blokkades.

5.11. Met haar vordering sub v) beoogt Brein de Piratenpartij te verbieden derden actief en bewust aan te zetten tot het omzeilen van de blokkade van The Pirate Bay door de internet providers. De vordering is gebaseerd op de onrechtmatige daad.

5.12. Deze vordering ziet op het actief aanzetten tot het omzeilen van de Pirate Bay blokkade door het aanbieden van lijsten – in ‘platte tekst’ op de site van Piratenpartij – met verwijzingen naar adressen waar men de blokkades kan omzeilen door eenvoudig ‘knippen en plakken’. Brein heeft deze vordering beperkt tot het aanbieden van dergelijke lijsten op tpb.piratenpartij.nl. Brein stelt dat dit subdomein langere tijd dienst heeft gedaan als omzeiling voor de The Pirate Bay blokkade en dat het daarom niet betaamt de bedoelde verwijzingen te laten staan.

5.13. De voorzieningenrechter stelt voorop dat actief faciliteren van het omzeilen van een rechterlijke beslissing – die beoogt een onrechtmatige toestand te beëindigen – door het aanbieden van middelen waardoor afbreuk wordt gedaan aan het effect van de rechterlijke beslissing, in het algemeen onrechtmatig is, omdat dergelijk handelen in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Met het Ziggo Vonnis heeft de rechter beoogd de onrechtmatige verspreiding van informatie te beëindigen. De rechtbank heeft daartoe op grondslag van artikel 26d Aw en 15e Wnr Ziggo en XS4All bevolen bepaalde blokkeringsmaatregelen te treffen. Het omzeilen van het op die grondslag gegeven bevel kan opnieuw onrechtmatig zijn in de zin van artikel 26d Aw en 15e Wnr, indien aan de vereisten van die bepalingen is voldaan. Dit laatste doet zich voor indien de ‘omzeiler’ zich plaatst in de positie van een tussenpersoon die diensten aanbiedt die door derden worden gebruikt om inbreuk op auteursrecht te maken.

5.14. De door Piratenpartij aangeboden faciliteiten bestaande uit het aanbieden van de eigen dedicated proxy (vordering sub i) in reconventie), links naar dedicated proxies van anderen (vordering sub ii)) en het aanbieden van een generieke proxy zonder deze te blokkeren voor de IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen via welke The Pirate Bay opereert (vordering sub iii), zijn naar voorlopig oordeel alle te kwalificeren als door Piratenpartij als tussenpersoon aangeboden diensten die door het publiek worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht van door Brein vertegenwoordigde rechthebbenden te maken. Vooreerst is er dan ook aanleiding op grondslag van artikel 26d Aw en 15e Wnr Piratenpartij het aanbieden van deze diensten te verbieden.

5.15. Het gevorderde onder iv) houdende een gebod tot het blokkeren van een generieke proxy voor de IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen via welke The Pirate Bay mogelijk in de toekomst gaat opereren, is door Brein niet nader toegelicht. Deze vordering zal worden afgewezen.

5.16. Voor zover Piratenpartij omzeiling van de blokkade van providers faciliteert door het aanbieden van lijsten met ‘omzeilingssites’ in de tekst van haar sites (vordering sub v)), geldt in beginsel hetzelfde als onder 5.13 en 5.14 overwogen. Piratenpartij heeft op dit punt

evenwel aangevoerd dat dat haar belemmerd in haar recht op vrije meningsuiting, wat te meer klemt omdat zij een politieke partij is met als speerpunt onder meer de materie in die in deze procedure in geschil is.

5.17. Piratenpartij voert terecht aan dat zij in beginsel onbelemmerd het debat over ‘de vrijheid van internet’ moet kunnen voeren. Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat zij dit vonnis en ook het gehele achterliggende procesdossier vrijelijk op haar sites moet kunnen publiceren. In het procesdossier is inderdaad de informatie te vinden die geïnteresseerden zou kunnen leren hoe zij een omzeilingssite zouden kunnen bereiken.

5.18. Naar voorlopig oordeel heeft het door Brein onder v) gevorderde gebod niet de strekking Piratenpartij in haar vrijheid van meningsuiting te belemmeren. Brein vraagt een gebod dat zij beperkt tot informatie op het subdomein tpb.piratenpartij.nl en dat zij bij pleidooi verder beperkt heeft tot het aanbieden van lijsten met adressen waar men de blokkades van The Pirate Bay mee kan omzeilen. Het gaat derhalve om lijsten welke doelbewust op het subdomein worden geplaatst om derden die de blokkades van internetproviders willen omzeilen te faciliteren. Met die beperkingen is de inmenging in de vrijheid van meningsuitingen niet ongerechtvaardigd. Niet onder het verbod valt alles wat kan worden aangemerkt als bijdrage aan het maatschappelijk, wetenschappelijk, internetrechtelijk of politiek debat in ruime zin, ook indien die informatie bevat die van nut kan zijn bij het omzeilen van de blokkades.

5.19. De geboden kunnen naar voorlopig oordeel ook worden gegeven op grondslag van artikel 26d Aw en 15e Wnr, nu Piratenpartij is aan te merken als een tussenpersoon die door het aanbieden van een lijst met omzeilingssites die door het publiek kan wordt gebruikt om inbreuk op het auteursrecht van de door Brein vertegenwoordigde rechthebbenden te maken.

5.20. Tegen toewijzing van de vorderingen in reconventie heeft Piratenpartij het volgende aangevoerd.¹

Geen inbreuk op auteursrechten door aanbieden van een reverse proxy.

5.21. Piraten partij stelt dat zij geen auteursrechtelijk beschermde werken openbaar maakt. The Pirate Bay doet dat volgens Piratenpartij ook niet.

5.22. Nu Brein het openbaar maken door piratenpartij niet aan haar vorderingen in reconventie ten grondslag heeft gelegd, zal de voorzieningenrechter dit onbesproken laten

Artikel 26d Aw: inbreuk door derden.

5.23. Piratenpartij stelt dat het niet duidelijk is wie de derden zijn die gebruik maken van de reverse proxy van Piratenpartij. Niet is aangetoond dat de gebruikers van de reverse proxy The Pirate Bay gebruiken om bestanden te uploaden. Brein heeft volgens Piratenpartij geen overtuigend bewijs aangeleverd van haar stelling dat bezoekers van haar website met gebruikmaking van de reverse proxy inbreuk plegen op enig intellectueel eigendomsrecht

¹ Piratenpartij heeft deze verweren gevoerd als onderdeel van haar verzet tegen het opgelegde ex parte verbod. De voorzieningenrechter laat deze ook gelden als verweren tegen de vorderingen in reconventie en bespreekt ze daarom op deze plaats.

van de bij Brein aangesloten rechthebbenden. De vereiste inbreuk door derden staat dan ook niet vast

5.24. Dat Piratenpartij niet zou weten wie de derden zijn bedoeld in artikel 26d Aw is niet aannemelijk. Voorshands is er van uit te gaan dat dat het deel van het publiek is dat de door Piratenpartij aangeboden diensten gebruikt om in weerwil van de aan internetproviders opgelegde blokkade The Pirate Bay te bereiken. Dat gebruikers van The Pirate Bay die dienst gebruiken om bestanden te uploaden is vastgesteld door de bodemrechter in het Ziggo Vonnis, de voorzieningenrechter heeft zich daarnaar te richten. Dat dit anders zou zijn voor het deel van het publiek dat The Pirate Bay bereikt en gebruikt via de door Piratenpartij aangeboden proxy diensten is niet onderbouwd.

5.25. Brein heeft voorts bewijsmateriaal overgelegd waaruit volgt dat na het instellen van de blokkades van Ziggo en XS4All, per 1 februari 2012, het aantal bezoekers aan The Pirate Bay scherp is gedaald. Uit overgelegde gegevens van Alexa.com blijkt dat de website van de Piratenpartij pas na de blokkades te maken kreeg met een explosieve stijging van het aantal bezoekers. Deze bezoekers komen voor een aanmerkelijk deel uit de kring van de geblokkeerde internetproviders. Piratenpartij trekt inmiddels meer dan 500.000 bezoekers per maand. Deze bezoekers gaan vervolgens naar de specifieke proxy en de generieke proxy, waarbij kan worden waargenomen dat het aandeel van de generieke proxy toeneemt nadat ingevolge het ex parte verbod de specifieke proxy was geblokkeerd.

5.26. Voorshands is er dan ook van uit te gaan dat een aanmerkelijk deel van het publiek dat stuit op de blokkade via de proxies van Piratenpartij als vanouds The Pirate Bay kan bereiken en dan door uploaden van bestanden inbreuk maakt op auteursrecht. De vereiste inbreuk door de derden staat, binnen het bestek van dit kort geding, voldoende vast.

Artikel 26d Aw: subsidiariteit en proportionaliteit

5.27. Uit de parlementaire geschiedenis en de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Sabam – Scarlet (HvJ EU 24 november 2011) blijkt volgens Piratenpartij dat bij toepassing van artikel 26d Aw en 15e Wnr een juist evenwicht moet worden verzekerd tussen de grondrechten en belangen van alle betrokkenen. Bij de toepassing van die bepalingen moeten de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht worden genomen. Aan de eis van proportionaliteit is volgens Piratenpartij niet voldaan.

5.28. Piratenpartij stelt daartoe dat de opgelegde maatregel (de voorzieningenrechter leest: en ook de vorderingen in reconventie) niet proportioneel is omdat niet vast staat dat de gebruikers van de reverse proxy zich bezighouden met inbreukmakende handelingen. Inmiddels is ook wel duidelijk dat The Pirate Bay ook wordt gebruikt om toegang te verschaffen tot legaal materiaal. Bij afweging van belangen dient naar de mening van Piratenpartij het belang van haar en de gebruikers van de proxies te prevaleren.

5.29. Daarnaast is volgens Piratenpartij van belang dat de maatregelen niet proportioneel zijn omdat ze niet effectief zijn. Inmiddels is duidelijk dat de mogelijkheden om The Pirate Bay te bezoeken enorm zijn. De verwijdering van de reverse proxy heeft geen enkel effect op het bezoek aan The Pirate Bay althans is dit effect niet door Brein aangetoond dan wel aannemelijk gemaakt.

5.30. In het Ziggo Vonnis (4.9) heeft de bodemrechter geoordeeld dat circa 90 tot 95 % van de torrents die via The Pirate Bay kunnen worden gedownload illegaal materiaal betreft.

Dit betekent dat via The Pirate Bay ook legaal materiaal kan worden gedownload maar het niet legale materiaal is kwantitatief een gering aandeel.

5.31. Door de rechtbank is onderkend dat door een blokkade van The Pirate Bay ook gebruikers die legaal materiaal downloaden worden getroffen. De rechtbank heeft dit afgewogen tegen het belang van de rechthebbenden bij bescherming van hun auteursrechten en naburige rechten (4.23 e.v.). Piratenpartij heeft niet onderbouwd waarom de belangenafweging in dit kort geding anders zou moeten uitvallen.

5.32. Evenzo heeft Piratenpartij niet onderbouwd dat de maatregelen zoals tegen haar opgelegd niet effectief zouden zijn. Het is duidelijk dat na aanvang van de blokkades van Ziggo en XS4All proxies ter omzeiling van deze blokkades overal de kop op staken. Brein is daartegen ook handhavend opgetreden door sommaties of door het verzoeken van de parte verboden zoals tegen Piratenpartij. Dit handhavingsproces is mogelijk nog lang niet voltooid en zal zeer waarschijnlijk niet tot 100 % handhaving leiden, maar Piratenpartij heeft onvoldoende onderbouwd dat de tegen haar genomen en te nemen maatregelen, naast maatregelen genomen en te nemen tegen andere aanbieders van omzeilingsdiensten, niet kan bijdragen aan een relevante terugdringing van de omzeiling van de blokkades.

5.33. Het ex parte verbod zoals opgelegd en ook de in reconventie gevorderde geboden zijn dan ook proportioneel te achten. Zij zijn ook voldoende effectief om van belang voor Brein te zijn.

Het herzieningskortgeding, in reconventie.

5.34. De voorlopige maatregelen verzocht in reconventie zullen dan ook worden toegevoerd op de wijze als in het dictum verwoord.

5.35. Gematigde en gemaximeerde dwangsommen zullen worden bepaald. Een termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv zal worden bepaald.

5.36. Piratenpartij is in reconventie aan te merken als de in het ongelijk gestelde partij en zal in de kosten van de procedure worden veroordeeld. Brein heeft te kennen gegeven dat deze kunnen worden bepaald aan de hand van het liquidatietarief. Piratenpartij zal derhalve worden veroordeeld tot betaling van € 816.

Het herzieningskortgeding, in conventie.

5.37. In conventie gaat het er om of Piratenpartij het ex parte verbod terecht is opgelegd. Piratenpartij heeft daartegen een aantal verweren aangevoerd welke hierboven (in reconventie) zijn besproken. Daarnaast heeft Piratenpartij een aantal verweren opgevoerd welke zich richten tegen het opleggen van een ex parte verbod als zodanig. Dit betreft de volgende verweren.

- a. de toewijzing is strijdig met artikel 6 EVRM;
- b. Brein heeft geen zwaarwegend belang bij het ex parte verbod;
- c. Er is niet voldaan aan de eisen van artikel 1019e Rv omdat er geen sprake is van een dreigende inbreuk, onherstelbare schade of spoedeisend belang en omdat het verbod geen evenredige maatregel is; voorts kan de maatregel niet worden opgelegd jegens een tussenpersoon;
- d. Het verbod maakt inbreuken op grondrechten van Piratenpartij;
- e. De website van The Pirate Bay op zichzelf maakt geen inbreuk op auteursrecht.

Deze verweren worden hierna afzonderlijk besproken

5.38. (a) Toewijzing van het ex parte verbod is volgens Piratenpartij strijdig met artikel 6 EVRM, omdat zij niet in de gelegenheid is gesteld haar bezwaren tegen het verzoek van Brein toe te lichten. Dit klemmt te meer, aldus Piratenpartij omdat de rechtbank ervan op de hoogte was dat piratenpartij wenste te worden gehoord omdat zij een grijsmakingsbrief naar deze rechtbank heeft gezonden.

5.39. Artikel 6 lid 1 EVRM geeft een ieder recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak (*fair hearing*). Met deze bepaling is het beginsel van recht op hoor en wederhoor vastgelegd. Dit beginsel verzet zich er niet tegen dat in bijzondere gevallen door de rechter een voorlopige voorziening wordt getroffen zonder de wederpartij tegen wie die maatregel moet gelden op te roepen en te horen.

5.40. Een dergelijk bijzonder geval is onder meer neergelegd in artikel 1019e Rv, als uitwerking van artikel 9 lid 4 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten).

5.41. De wederpartij behoudt zijn recht op wederhoor doordat hij ingevolge artikel 1019e lid 3 Rv kan vorderen dat de voorzieningenrechter de beschikking herziet.

5.42. Het grijsmaken van ex parte maatregelen is gebaseerd op een buitenwettelijke regeling die niet voor alle Nederlandse rechtbanken geldt. Een grijsmaking heeft niet het gevolg dat de voorzieningenrechter de wederpartij (de grijsmaker) zal oproepen. Wel zal de voorzieningenrechter de inhoud van de grijsmaking in zijn beoordeling van het verzoek betrekken en hij kan de verzoeker erop laten reageren.

5.43. Voorshands is de regeling van het ex parte verbod niet in strijd te achten met het beginsel van het recht op *fair hearing*. Redengevend daarvoor zijn de strikte voorwaarden waaraan een verzoek tot een ex parte verbod moet voldoen, waaronder de spoedeisendheid en kans op onherstelbare schade voor de houder van het intellectuele eigendomsrecht bij uitstel van de maatregel, alsmede de beperking tot enkel een voorlopig verbod met dwangsom. Daarnaast wordt de wederpartij door de herziening de mogelijkheid geboden de voorlopige maatregel te doen herzien. Ten slotte wordt de wederpartij nog een bijzonder mogelijkheid geboden te worden gehoord voordat het ex parte verbod wordt gegeven, door indiening van een grijsmaking.

5.44. (b) Piratenpartij stelt dat een ex parte verbod slechts kan worden gegeven indien zwaarwegende belangen van Brein zich verzetten tegen het in geding betrekken van Piratenpartij, in een procedure met hoor en wederhoor. Omdat Piratenpartij zich niet verstopte had Brein haar 'gewoon' kunnen dagvaarden. Bovendien had Brein Piratenpartij bij eerdere sommatie bedreigd met een kort geding en niet met een ex parte verbod. Onder de noemer zwaarwegend belang voert Piratenpartij voorts aan dat zij al geruime tijd een open proxy op haar website had staan, zodat Brein kon weten dat honorering van het ex parte verzoek niet zou betekenen dat The Pirate Bay niet meer via de Piratenpartij bezocht zou kunnen worden.

5.45. De ex parte procedure kan slechts worden gebruikt indien aan de daaraan te stellen eisen is voldaan. Langs die weg zijn de 'zwaarwegende belangen' van Piratenpartij afgewo-

gen. Een ex parte verbod kan ook worden verkregen tegen een wederpartij met een bekend adres.

5.46. Het gegeven dat de wederpartij in een sommatie voor het geval geen gehoor wordt gegeven aan de sommatie, wordt ‘bedreigd’ met een kort geding, staat er niet aan in de weg dat de sommerende partij kiest voor een andere vorm van juridische actie, zoals het verzoeken van een ex parte verbod. Daarbij weegt mee dat een ex parte verbod in het algemeen minder ingrijpend is, omdat deze beperkt is tot enkel een verbod met dwangsom op IE grondslag en geen kostenveroordeling kan omvatten.

5.47. Met haar laatste argument onder de noemer zwaarwegend belang snijdt Piratenpartij opnieuw de effectiviteit van de ex parte maatregel aan. Dit argument is hierboven (5.31) al beoordeeld.

5.48. (c) In dit geval stelde Brein in haar verzoekschrift dat er sprake was van door Piratenpartij gefaciliteerde inbreuk op auteursrecht van door Brein vertegenwoordigde rechthebbenden. Omdat die inbreuk gaande was en Piratenpartij weigerde gehoor te geven aan de sommatie daarmee te stoppen, dreigde de inbreuk zich voort te zetten. Aldus is voldaan aan het criterium dreigende inbreuk bedoeld in artikel 1019e Rv.

5.49. Waarom het verzoek niet spoedeisend zou zijn heeft Piratenpartij niet toegelicht.

5.50. Een rechthebbende op een IE recht heeft in geval van inbreuk op zijn recht in beginsel recht op een verbod op zo kort mogelijke termijn. Bij achterwege blijven van een verbod duurt de inbreuk voort en kan de schade alleen hersteld worden door schadevergoeding. Omdat de rechthebbende primair recht heeft op een verbod leidt het achterwege blijven van een verbod tot onherstelbare schade.

5.51. Een ex parte maatregel is ook mogelijk tegen een tussenpersoon wiens diensten gebruikt worden om inbreuk te maken. Dat volgt uit Artikel 9 lid 1 sub a van de Handhavingsrichtlijn. Bij de implementatie van de Handhavingsrichtlijn is dit door de wetgever ook onder ogen gezien (MvT tweede kamer, 2005-2006, 30392, nr 3, p.9:

“Artikel 9 verplicht de lidstaten tot het opnemen in de wetgeving van een voorlopig bevel, door de rechter uit te spreken jegens gedaagde, ter voorkoming van een dreigende inbreuk of tot stopzetting van inbreuk (eerste lid, onder a). Een dergelijk bevel moet ook jegens tussenpersonen gevorderd kunnen worden. (...) Deze maatregelen kunnen in passende gevallen ex parte genomen worden (vierde lid).”

5.52. Hoewel het niet uit de letterlijke tekst van artikel 1019e Rv blijkt, moet gelet op de wetsgeschiedenis worden aangenomen dat de wetgever hier geen uitdrukkelijke verwijzing naar de tussenpersoon noodzakelijk achtte. Uit de MvT blijkt dat het niet de bedoeling is geweest een verbod tegen tussenpersonen alleen toe te laten in procedures inter partes. Een andere lezing zou ook zeer in strijd zijn met de dwingende aanwijzing in artikel 9 lid 4 Handhavingsrichtlijn dat de maatregelen bedoeld in de leden 1 en 2, waaronder het verbod tegen een tussenpersoon in passende gevallen kunnen worden genomen zonder dat de wederpartij is gehoord.

5.53. Met de betwisting van de evenredigheid van de maatregel heeft Piratenpartij het oog op de materie die hierboven is besproken onder de noemer subsidiariteit en proportionaliteit. Het daarin besloten verweer is beoordeeld en afgewezen onder 5.26 e.v.

5.54. De stelling van Piratenpartij dat het ex parte verbod inbreuk maakt op grondrechten, ziet met name op een gestelde belemmering op haar vrijheid tot meningsuiting als politieke partij. Ditzelfde argument is beoordeeld bij de vraag of Piratenpartij in reconventie kan worden geboden verwijzingen in platte tekst naar omzeilingssites te verwijderen (5.17).

5.55. Het ex parte gebod ziet slechts op een specifieke uiting van Piratenpartij bestaande uit de reverse proxy. Deze uiting is verboden. Zonder meer is niet in te zien dat deze specifieke inmenging in de vrijheid van meningsuiting niet gerechtvaardigd is.

5.56. (e) Het verweer dat de website van The Pirate Bay op zichzelf geen inbreuk maakt op auteursrecht is niet ter zake doend. In de beschikking van 13 april 2012 en ook in het Ziggo Vonnis is uitgegaan van inbreuk door bezoekers van The Pirate Bay. De voorzieningenrechter passeert dit verweer.

5.57. Samengevat heeft Piratenpartij geen steekhoudende bezwaren tegen het ex parte bevel aangevoerd. Dit betekent dat het ex parte bevel in stand blijft en niet wordt opgeheven of herzien.

5.58. In het herzieningskortgeding in conventie is Piratenpartij aan te merken als de in het ongelijk gestelde partij en zal zij in de kosten van de procedure worden veroordeeld. Brein heeft te kennen gegeven dat deze kunnen worden bepaald aan de hand van het liquidatietarief. Piratenpartij zal derhalve worden veroordeeld tot betaling van € 816.

Het executiekortgeding

5.59. In het executiekortgeding heeft de voorzieningenrechter een tijdelijke voorlopige voorziening gegeven op basis van het op 17 april 2012 per e-mail door mr. Krul ingediende verzoekschrift. De dagvaarding was op dat moment nog niet beschikbaar.

5.60. Na de tijdelijke voorlopige voorziening zijn partijen niet meer op de zaak teruggekomen. De voorzieningenrechter zal daarom de tijdelijke voorlopige voorziening bevestigen op de wijze als in het dictum verwoord.

5.61. In het executiekortgeding is Piratenpartij aan te merken als de in het gelijk gestelde partij en zal Brein in de kosten van de procedure worden veroordeeld. Piratenpartij is niet op de uitnodiging van Brein ingegaan om de kosten in beide procedures te begroten op basis van het liquidatietarief. Op basis van de maatstaf van artikel 1019h Rv heeft Piratenpartij in het verzoekschrift van 17 april 2012 kosten gevorderd en gespecificeerd ten bedrage van € 1.920.

5.62. Op een later moment in deze procedure heeft Piratenpartij kosten gevorderd tot een aanmerkelijk hoger bedrag. Nu enige toelichting daarop achterwege is gebleven en nu kosten gemaakt na de voorlopige tijdelijke beslissing niet hebben bijgedragen aan het bijstellen van die beslissing, zal de voorzieningenrechter aan dit hogere bedrag voorbij gaan en Brein veroordelen tot betaling van € 1.920.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter:

in het herzieningskortgeding:

in conventie:

wijst de vorderingen af;

veroordeelt Piratenpartij in de kosten van de procedure, tot heden aan de zijde van Brein begroot op € 816;

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie:

i) gebiedt Piratenpartij het aanbieden van een dienst, waarmee de website van The Pirate Bay (bereikbaar via thepiratebay.se) één op één ter beschikking wordt gesteld (een TPB dedicated proxy) al of niet via het subdomein tpb.piratenpartij.nl te staken en gestaakt te houden;

ii) gebiedt Piratenpartij zich te onthouden van het aanbieden van directe links naar de bedoelde TPB dedicated proxies;

iii) gebiedt Piratenpartij de toegang tot The Pirate Bay in haar generieke proxy te blokkeren, meer in het bijzonder om binnen 5 werkdagen na betekening van dit vonnis de in deze conclusie bedoelde generieke proxydienst die wordt 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 voor de gebruikers van de generieke proxy dienst van gedaagde tot de domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert, te weten:

IP-adressen:

194.71.107.15

194.71.107.18

194.71.107.19

Domeinnamen/(sub)domeinen:

thepiratebay.org;

www.thepiratebay.org;

thepiratebay.com;

www.thepiratebay.com;

thepiratebay.net;

www.thepiratebay.net;

thepiratebay.se;

www.thepiratebay.se;

piratebay.org;

www.piratebay.org;

piratebay.net;

www.piratebay.net;

piratebay.se;
www.piratebay.se;
depiraatbaai.be;
piratebay.am;
themusicbay.net;
www.themusicbay.net;
themusicbay.org;
www.themusicbay.org;

v) gebiedt Piratenpartij zich te onthouden van het plaatsen van lijsten met internetadressen waarmee blokkades van The Pirate Bay kunnen worden omzeild, op haar subdomein tpb.piratenpartij.nl;

vi) veroordeelt Piratenpartij om bij overtreding van de bevelen onder i) - iii) en v) aan Brein een dwangsom te betalen van € 5.000 voor iedere overtreding van die bevelen, voor iedere dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met een maximum van € 250.000;

vii) veroordeelt Piratenpartij in de kosten van de procedure, tot heden aan de zijde van Brein begroot op € 816;

viii) verklaart dit vonnis in reconventie uitvoerbaar bij voorraad;

ix) bepaalt de termijn bedoelt in artikel 1019i Rv op zes maanden na 13 april 2012;

x) wijst af wat meer of anders gevorderd is.

In het executiekortgeding

xi) verstaat dat Brein de executie van het bevel sub 3.1, gegeven in de beschikking van 13 april 2012 met rolnummer KG RK 12-815, zal staken voor zover dat verder gaat dan het doen staken van de reverse proxydienst;

xii) veroordeelt Brein in de kosten van de procedure, tot heden begroot op € 1.920;

xiii) verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

xiv) wijst af wat meer of anders gevorderd is.

Dit vonnis is gewezen door mr. Chr.A.J.F.M. Hensen en in het openbaar uitgesproken op 10 mei 2012, in het bijzijn van de griffier.