

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

Zaaknummer : 200.105.418/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 374634/HA ZA 10-3184

Arrest d.d. 28 januari 2014

inzake

1. **ZIGGO B.V.**,
gevestigd te Groningen,
hierna te noemen: Ziggo,
advocaat: mr. J.J. Allen te Amsterdam,
2. **XS4ALL INTERNET B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
hierna te noemen: XS4All,
advocaat: mr. W.P. den Hertog te Den Haag.

appellanten,

hierna gezamenlijk ook te noemen: Ziggo c.s.,

tegen

de stichting **STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT
INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN**,

gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,

hierna te noemen: Brein,

advocaat: mr. B.J.H. Crans te Amsterdam.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 16 februari 2012 zijn Ziggo c.s. in hoger beroep gekomen van de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank 's-Gravenhage van 8 december 2010 (tussenvonnis) en 11 januari 2012 (eindvonnis). Ziggo heeft bij memorie van grieven (hierna: MvGZ) 14 grieven tegen het eindvonnis aangevoerd. XS4All heeft bij afzonderlijke memorie van grieven (hierna: MvGX) 23 grieven tegen het eindvonnis geformuleerd. Vervolgens heeft een voegingsincident plaatsgevonden, dat is uitgemond in een arrest van dit hof van 13 november 2012, waarbij de vorderingen van Tele2 Nederland B.V., Tele2 Internetdiensten B.V., T-Mobile Netherlands B.V., Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V. om zich in dit hoger beroep aan de zijde van Ziggo c.s. te mogen voegen, zijn afgewezen. Daarna heeft Brein een memorie van antwoord (hierna: MvA) genomen waarin de grieven van Ziggo c.s. zijn bestreden.

Partijen hebben hun standpunten doen bepleiten ter zitting van dit hof van 19 september 2013, Ziggo door haar advocaat en diens kantoorgenoot mr. E.A. de Groot, XS4All door

Zaaknummer: 200.105.418/01

2

mrs. Chr. A. Alberdingk Thijm en C.F.M. de Vries, advocaten te Amsterdam, en Brein door mrs. J.C.H. van Manen en R. van Kleeff, advocaten te Amsterdam. De raadslieden hebben zich hierbij bediend van pleitnota's (hierna: PA = Pleitnota in Appel, de pleitnota's in de eerste aanleg zullen worden aangeduid als: PE).

Met het oog op het pleidooi hebben partijen nog een aantal producties naar het hof en de wederpartij gestuurd, te weten:

- ingezonden op 23 augustus 2013: van Ziggo de producties 64 t/m 81;
- ingekomen op 4 september 2013: van XS4All de producties 49 t/m 74;
- ingekomen bij het hof op 5 september 2013: van Ziggo productie 82, houdende de kostenstaat van het hoger beroep;
- ingekomen bij het hof op 5 september 2013: van Brein een wijziging van eis en de producties 126 t/m 147;
- ingekomen bij het hof op 10 september 2013: van XS4All productie 75, houdende de kostenstaat van het hoger beroep;
- ingekomen bij het hof op 18 september 2013: van Ziggo productie 83, houdende een geactualiseerde kostenstaat van het hoger beroep.

Namens Brein is bezwaar gemaakt tegen productie 75 van XS4All op de grond dat zij die niet (tijdig) heeft ontvangen.

Beoordeling van het hoger beroep

De feiten

1. Het hof neemt de volgende feiten als vaststaand aan.
 - a. The Pirate Bay (hierna: TPB) is een door een drietal natuurlijke personen (hierna: de beheerders) opgerichte BitTorrent-website. BitTorrent is een protocol waarmee internetgebruikers bestanden kunnen uitwisselen ('filesharing'). De gebruikers van een BitTorrent-protocol worden 'peers' genoemd, een BitTorrent-protocol wordt daarom ook wel aangeduid als een 'peer to peer'- of P2P-protocol. De essentie van BitTorrent is dat de uit te wisselen bestanden in kleine stukjes worden opgeknipt, waardoor het niet nodig is om een centrale server voor de opslag van die bestanden aan te houden. Bij 'filesharing' met behulp van TPB is het volgende van belang:
 - Om te kunnen 'filesharen' moeten de 'peers' eerst specifieke software (een BitTorrent-*client*) downloaden. Deze software wordt niet door TPB aangeboden.
 - Torrents zijn bestanden die meta-informatie bevatten over zich op de computers van de 'peers' bevindende bestanden, zoals mediabestanden (audio, video, games, software of e-books). Bij deze meta-informatie gaat het met name om informatie over hoe de mediabestanden zijn opgedeeld en waar deze kunnen worden gevonden. Verder wordt in de torrents verwezen naar de zogenoemde tracker, een server die bijhoudt welke 'peers' beschikbaar zijn voor een bepaalde torrent/bepaald mediabestand. Naast dit centrale tracker-systeem met behulp van een server is er ook een decentraal systeem, de Distributed Hash Table (DHT), waarbij iedere deelnemende 'peer' zelf als tracker fungeert.
 - De zogenoemde 'initial seeders', die een op hun computer staand mediabestand (bijvoorbeeld een muzieknummer of een film) aan hun 'peers' ter beschikking willen stellen, maken met behulp van hun BitTorrent-*client*

Zaaknummer: 200.105.418/01

3

-
- een torrent-bestand aan.
 - Tegenwoordig worden in plaats van torrents vooral magnet links gebruikt, dat zijn links die niet verwijzen naar een bepaald mediabestand, maar die – aan de hand van een hash (vingerafdruk) – de inhoud van een torrent bestand identificeren.
 - De door de ‘initial seeders’ aangemaakte torrents/magnet links worden door hen geupload naar een site als TPB die deze torrents/magnet links vervolgens indexeert.
 - De geuploade torrents/magnet links kunnen als gevolg van de door TPB aangebrachte indexering worden gevonden door de ‘peers’. Aldus kunnen de ‘peers’ op TPB zoeken naar de door hen gewenste mediabestanden. Zij kunnen deze bestanden vervolgens met behulp van de BitTorrent-*client* in verschillende stukjes downloaden. Het is deze *client* die het downloaden start. Daarbij speelt TPB geen rol.
- b. Een deel van de op TPB aangeboden torrents/magnet links verwijst naar auteursrechtelijk en/of naburirrechtelijk beschermd materiaal. Door de rechthebbenden is (doorgaans) aan de beheerders en gebruikers van TPB geen toestemming verleend om de voorbehouden handelingen te verrichten.
- c. Ziggo en XS4All zijn internet-accessproviders. Er zijn abonnees van deze providers die gebruik ma(a)k(t)en van TPB.
- d. Brein is een stichting, waarbij de rechthebbenden ten aanzien van het leeuwendeel van de muziek- en filmwerken en computergames op de Nederlandse markt zijn aangesloten. De stichting stelt zich krachtens haar statuten ten doel het bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van de bij haar aangeslotenen.

De vorderingen van Brein en de beslissing van de rechtbank

- 2.1 Stellende primaïr dat de abonnees van Ziggo c.s., wanneer zij TPB raadplegen, en de beheerders van TPB inbreuk maken op auteursrechten en naburige rechten door gebruik te maken van de diensten van Ziggo c.s. en dat Ziggo c.s. (dus) tussenpersonen zijn als bedoeld in de artikelen 26d Auteurswet (Aw) en 15e Wet op de naburige rechten (Wnr), en subsidiair dat Ziggo c.s. zelf onrechtmatig handelen doordat zij welbewust en structureel inbreuken door hun abonnees faciliteren, heeft Brein gevorderd, voor zover thans nog relevant:
- I. een gebod aan Ziggo c.s. om hun diensten die gebruikt worden om inbreuk te plegen op de auteurs- en naburige rechten van rechthebbenden wier belangen Brein behartigt te staken en gestaakt te houden door middel van het blokkeren en geblokkeerd houden van een aantal specifiek genoemde domeinnamen/(sub)domeinen en IP-adressen via welke TPB opereert;
 - II. voor het geval dat TPB via andere IP-adressen en/of domeinnamen zou gaan opereren, een gebod aan Ziggo c.s. om de toegang van hun klanten tot deze andere IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen binnen 24 uur na verzoek daartoe van Brein te blokkeren en geblokkeerd te houden;
 - III. een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Zaaknummer: 200.105.418/01

4

-
- 2.2 De rechtbank heeft in haar eindvonnis van 11 januari 2012 deze vorderingen toegewezen, zij het met enige modificaties, zoals vervanging van '24 uur' door 'tien werkdagen' in vordering II. Deze beslissing is gebaseerd op de daartoe door Brein primair aangevoerde grondslag en de overweging dat de abonnees van Ziggo c.s. inbreuk plegen met gebruikmaking van de diensten van Ziggo c.s. Omdat zij de vorderingen van Brein hierom al toewijsbaar heeft geoordeeld heeft de rechtbank het standpunt van Brein, dat ook TPB van de diensten van Ziggo c.s. gebruik heeft gemaakt om inbreuk te plegen, onbesproken gelaten (rov. 4.51 van het eindvonnis). De stelling van Ziggo c.s., dat de gevorderde blokkades niet effectief zijn, is door de rechtbank verworpen op de grond dat de blokkades, ook al zijn er ongetwijfeld abonnees die deze zullen weten te omzeilen, in ieder geval een extra barrière betekenen.

Het hoger beroep: inleidende overwegingen

- 3.1 Ziggo c.s. zijn tijdig in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de rechtbank. XS4All heeft in de MvGX het tussenvonnis niet meer genoemd en daartegen geen grief geformuleerd. Ziggo heeft één als grief tegen het tussenvonnis aan te merken klacht opgeworpen (zie punt 2 MvGZ). Brein heeft in hoger beroep haar eis gewijzigd in die zin dat zij de in de vordering I opgenomen lijst van te blokkeren IP-adressen en domeinnamen/(sub)domeinen heeft aangepast.
- 3.2 In hoger beroep – meer in het bijzonder in punt 796 MvA en de punten 141 (bij f), 148 en 149 PA – heeft Brein een aantal bewijsaanbiedingen gedaan. Daarbij is het woord 'getuigen' niet genoemd en is evenmin gerefereerd aan personen die als getuigen zouden kunnen optreden. Ten aanzien van de in dit geding ter discussie staande feiten is getuigenbewijs – dat betrekking moet hebben op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten (artikel 163 Rv) – niet een voor de hand liggend bewijsmiddel. Gezien dit een en ander kunnen genoemde aanbiedingen niet worden opgevat als strekkend tot levering van (tegen-)bewijs door middel van getuigen, maar moeten deze worden beschouwd als strekkend tot levering van schriftelijk (tegen-)bewijs. Dergelijk bewijs, zoals de in punt 148 van Breins PA genoemde deskundigenrapporten/berichten, had Brein evenwel al eerder, uit eigen beweging en zonder voorafgaande toestemming van het hof, kunnen overleggen. Het hof ziet geen aanleiding om Brein de gelegenheid te bieden alsnog schriftelijk bewijs bij te brengen. Opmerking verdient nog dat Brein ook geen verzoek als bedoeld in artikel 200 Rv tot het doen horen van partij-deskundigen, heeft gedaan.
- 3.3 Het hof zal zijn onderzoek in hoger beroep eerst richten op de vorderingen van Brein op de primaire grondslag. In zoverre zijn deze vorderingen gebaseerd op de artikelen 26d Aw en 15e Wnr die de implementatie vormen van artikel 11, 3^e volzin, van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (de Handhavingsrichtlijn, hierna: 'Hrl') en/of van het vergelijkbare artikel 8 lid 3 van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (de Auteursrechtlijn, hierna: 'Arl'), dat als volgt luidt:
- 'De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden*

Zaaknummer: 200.105.418/01

5

gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten,

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

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

- 4.1 Het hof stelt het volgende voorop. In punt 42 van de considerans van Richtlijn 2000/31 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") – hierna: 'Reh' – is gespecificeerd dat de activiteiten van accessproviders als Ziggo c.s. beperkt zijn tot het technische proces van werking en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk waarop door derden verstrekte informatie wordt doorgegeven ('*mere conduit*') of tijdelijk opgeslagen ('*caching*'). Zoals in punt 27 van de considerans van de Arl is benadrukt vormt de loutere beschikbaarstelling door Ziggo c.s. van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken geen mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3 van die richtlijn. Dit betekent dat Ziggo c.s. zelf geen auteursrechtinbreuk plegen, zoals alle partijen in dit geding ook tot uitgangspunt nemen.
- 4.2 Niet betwist is dat het uploaden van auteursrechtelijk beschermde werken op het internet een mededeling aan het publiek/openbaarmaking is die aan de auteursrechthebbenden is voorbehouden, zodat het zonder toestemming verrichten van die handeling auteursrechtinbreuk vormt. Ook het downloaden uit illegale bron van games is auteursrechtinbreuk. De uitzondering van artikel 5 lid 2 sub b Arl geldt immers niet voor computerprogramma's. Of, gezien deze uitzonderingsbepaling en de '3-stappen-toets' van artikel 5 lid 5 Arl, particulieren die voor eigen gebruik muziek en films uit illegale bron downloaden, zich schuldig maken aan auteursrechtinbreuk is een nog openliggende kwestie. Daarover is door de Hoge Raad (HR) een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), zie HR 21 september 2012 '*Ací Adam c.s./Thuiskopie*' (LJN: BW5879). Inmiddels, op 9 januari 2014, heeft de Advocaat-Generaal (AG) in deze prejudiciële procedure – die is geregistreerd onder nummer C-435/12 – het HvJEU geadviseerd om artikel 5 Arl zo uit te leggen dat de daarin voorziene uitzondering voor kopiëren voor privégebruik enkel van toepassing is op kopieën die zijn vervaardigd uit geoorloofde bronnen. Dit standpunt van de AG komt er op neer dat het zonder toestemming kopiëren uit illegale bron auteursrechtinbreuk vormt.
- 4.3 Met Brein neemt het hof aan dat:
- een significant deel van de abonnees van Ziggo c.s. met gebruikmaking van TPB als 'indexer' (hierna kortweg: 'via TPB') mediabestanden heeft gedownload;
 - de abonnees van Ziggo c.s. die via TPB hebben gedownload in de meeste gevallen de stukjes van het mediabestand die zij hadden gedownload, tegelijkertijd hebben geupload ten behoeve van hun 'peers';
 - een (zeer) groot deel van de magnet links/torrents die op TPB zijn geplaatst, verwijzingen behelst naar illegaal materiaal, dat wil zeggen: materiaal dat zonder toestemming van de rechthebbenden op internet is geplaatst/geupload.
- Uit dit een en ander, in samenhang gezien met de in rov. 1.a-c vermelde feiten, volgt dat een niet te verwaarlozen deel van de abonnees van Ziggo c.s.

Zaaknummer: 200.105.418/01

6

auteursrechtinbreuk heeft gepleegd door zonder toestemming van de rechthebbenden beschermde werken via TPB te uploaden. Aangezien in dit verband uploaden en downloaden (nagenoeg) hand in hand gaan, kan in het midden blijven of ook het door de abonnees van Ziggo c.s. 'via TPB' (voor eigen gebruik) downloaden 'an sich' van muziek, films en boeken/e-books auteursrechtinbreuk oplevert en komt geen zelfstandige betekenis meer toe aan de auteursrechtshendingen die worden gevormd door het downloaden van games.

- 4.4 De uploadende abonnees van Ziggo c.s. zijn aan te merken als derden die de door Ziggo c.s. doorgegeven of opgeslagen informatie aan Ziggo c.s. verstrekken (zie rov. 4.1 hiervoor). Naar ook de rechtbank heeft overwogen in rov. 4.14 van haar eindarrest, maken deze abonnees voor de door hen gepleegde auteursrechtinbreuken derhalve gebruik van de diensten van Ziggo c.s. die bestaan in het aan hun abonnees verschaffen van toegang tot internet, en zijn Ziggo c.s. dus aan te merken als tussenpersonen in de zin van de artikelen 8 lid 3 Arl, 11, 3^e volzin, Hrl en 26d Aw. Grief 5 van Ziggo en grief VII van XS4All, die een andere opvatting verdedigen, gaan niet op.
- 4.5 In hoger beroep heeft Brein wederom betoogd dat ook de beheerders van TPB auteursrechtinbreuk plegen. Dit is door Ziggo c.s. betwist. De rechtbank is aan dit geschilpunt niet toegekomen (zie rov. 2.2).
- 4.6 De beheerders van TPB maken, al dan niet via magnet links, de in torrent-bestanden neergelegde meta-informatie toegankelijk voor het publiek (zie rov. 1.a). Zij bieden dus toegang tot de informatie die nodig is om toegang te kunnen krijgen tot de door de 'seeders' geuploadede werken. Dit handelen van de TPB-beheerders vormt naar het oordeel van het hof geen mededeling van die werken aan het publiek in de zin van artikel 3 Arl. Daarvoor is de tot die werken geboden toegang te indirect. Dat, zoals Brein stelt onder 344 en 378 MvA, TPB de magnet links creëert en de trackers toevoegt aan de torrents/magnet links, maakt dit niet anders nu magnet links en trackers ook alleen maar naar meta-informatie verwijzen of meta-informatie bevatten. Uit de andere feiten die Brein heeft genoemd in de punten 335-390 MvA kan evenmin worden afgeleid dat TPB méér doet dan het bieden van toegang tot informatie die nodig is om toegang tot geuploadede werken te kunnen krijgen. Er is dus geen sprake van een interventie als bedoeld in de rechtspraak van het HvJEU over het begrip 'mededeling aan het publiek' (zie o.m. zijn arresten van 13 oktober 2011, C-432/09 inzake 'Airfield', en van 15 maart 2012, C-135/10 inzake 'Marco del Corso'), zodat het er niet toe doet of de TPB-beheerders uit winstbejag handelen en of wellicht een nieuw publiek voor de werken in kwestie wordt aangeboord. Ook de hierop geënte stellingen van Brein (MvA onder 306-409) kunnen haar niet baten. Dit laat overigens de mogelijkheid onverlet dat de beheerders van TPB onrechtmatig jegens de rechthebbenden handelen doordat zij auteursrechtinbreuk door anderen (waaronder in ieder geval de uploaders) faciliteren/bevorderen. Dit valt echter niet onder de reikwijdte van artikel 3 Arl.
- 4.7 Ter onderbouwing van haar stelling dat de beheerders van TPB zelf auteursrechtinbreuk plegen, heeft Brein verder nog aangevoerd dat op de server van TPB honderd duizenden covers van film- en game-DVD's, muziek-CD's, boeken, filmposters en ander 'art work' staan. Dit is door Ziggo c.s. niet (specifiek genoeg) weersproken. In dit geding moet het er daarom voor worden gehouden dat sprake is

Zaaknummer: 200.105.418/01

7

van auteursrechtinbreuk door de beheerders van TPB doordat zij het bedoelde 'art work' (zoals CD-hoesjes) mededelen aan het publiek. Het hof zal het er bovendien voor houden dat de beheerders van TPB, ook al hebben zij geen contractuele relatie met Ziggo c.s., voor deze inbreuken gebruik maken van de (accessprovider-)diensten van (onder meer) Ziggo c.s. nu door die diensten dat 'art work' aan de abonnees van Ziggo c.s. wordt medegedeeld. Hierbij is nog te wijzen op de conclusie van de AG van 26 november 2013 in de zaak 'UPC-Constantin/Wega' (de 'Kino-zaak') waarin het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof prejudiciële vragen, geregistreerd onder zaaknummer C-314/12, aan het HvJEU heeft gesteld over de uitleg van artikel 8 lid 3 Arl. De AG heeft een bevestigend antwoord voorgesteld op vraag 1, luidende of de exploitanten van de website kino.to waarop zonder toestemming van de rechthebbenden (Constantin en Wega) films aan het publiek (waaronder klanten van accessprovider UPC) beschikbaar worden gesteld, daarbij gebruik maakten van de diensten van UPC hoewel die niet de provider van die exploitanten is.

- 4.8 De conclusie van het voorgaande luidt dat met gebruikmaking van de diensten van Ziggo c.s. 'via TPB' auteursrechtinbreuk is gepleegd door:
- een relevant deel van de abonnees van Ziggo c.s.;
 - de beheerders van TPB, doch alleen met betrekking tot het 'art work'.
- Ten aanzien van (uitsluitend) deze handelingen is artikel 26d Aw van toepassing. Dit artikel en daaraan ten grondslag liggende artikelen 8 lid 3 Arl en 11, 3^e volzin, Hrl zien niet op de situatie dat een derde met gebruikmaking van de diensten van tussenpersonen als Ziggo c.s. auteursrechtinbreuk door anderen (onrechtmatig) faciliteert/bevordert, maar niet zelf pleegt (verg. rov. 4.6 *in fine*).

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

- 5.1 Grief 12 van Ziggo (in verbinding met de punten 5.1-5.6 MvGZ) en grief XIII van XS4All zijn gericht tegen de verwerping door de rechtbank van hun verweer dat de gevorderde maatregelen niet aan de proportionaliteitseis voldoen, onder meer omdat zij niet effectief zijn. Ziggo c.s. hebben dit verweer in hoger beroep als volgt nader toegelicht. De door Brein gevorderde blokkade van TPB kan zeer eenvoudig omzeild worden, niet alleen door de internetgebruiker (via een proxy, waarmee langs een omweg de site van TPB kan worden bereikt), maar ook door TPB zelf (bijvoorbeeld door het gaan gebruiken van nieuwe IP-adressen). Daarnaast zijn er, ook als de blokkade niet omzeild wordt, vele vergelijkbare alternatieve torrentsites voorhanden, waartoe up- en downloaders hun toevlucht kunnen zoeken. Het is volgens Ziggo c.s. dus niet zo dat het aan de toegangsproviders opleggen van een blokkade van TPB tot een daling van het aantal inbreuken op auteursrechten leidt. Ziggo c.s. hebben er in dit verband tevens op gewezen dat de gevorderde maatregelen een aantasting betekenen van hun vrijheid van ondernemerschap (punt 318 MvGZ; grief XIV van XS4All). Ter onderbouwing van hun 'non-effectiviteitsverweer' hebben Ziggo c.s. onder meer de volgende stukken in het geding gebracht:
- een rapport van TNO van 7 juni 2010 ('TNO I');
 - een rapport van TNO van 11 april 2012 ('TNO II');
 - een rapport van het Instituut voor Informatierecht (IVIR) van 16 oktober 2012, getiteld 'Filesharing 2©12' (hierna: het rapport 'Filesharing 2©12');
 - een 'working paper' van J. Poort e.a. van het IVIR van 22 augustus 2013, met de titel 'Baywatch' (hierna: het Baywatch-rapport);
 - een rapport van TNO van 2 september 2013 ('TNO III').

Zaaknummer: 200.105.418/01

8

-
- 5.2 Volgens Brein is aan de proportionaliteitseis voldaan. Haars inzien maakt effectiviteit geen deel uit van deze toets en zijn bovendien de gevorderde maatregelen wel degelijk effectief.
- 5.3 In punt 128 van zijn arrest van 12 juli 2011 inzake *L'Oréal/eBay* (zaak C-324/09) heeft het HvJEU benadrukt dat een bevel als bedoeld in artikel 11 Hrl aan een tussenpersoon zich wezenlijk onderscheidt van een bevel tegen een inbreukmaker, omdat een aan de inbreukmaker gericht bevel er logischerwijze in bestaat dat het hem wordt verboden om de inbreuk voort te zetten, terwijl de situatie van de verlener van de dienst waarmee de inbreuk wordt gepleegd, complexer is en zich leent voor een ander soort bevel. In de punten 136-138 van dit arrest heeft het HvJEU dit uitgewerkt met de overweging dat, kort gezegd, de regels van nationaal recht enerzijds zo moeten worden ingericht dat het doel van de Hrl, dat de daarin opgenomen maatregelen, waaronder de maatregel van artikel 11, 3^e volzin, doeltreffend en afschrikwekkend zijn, kan worden bereikt, maar anderzijds de beperkingen moeten eerbiedigen die uit de Hrl en de rechtsbronnen waarnaar deze richtlijn verwijst, voortvloeien. In de punten 139 en 140 van het *L'Oréal/eBay*-arrest heeft het HvJEU hieromtrent nader overwogen dat ingevolge artikel 3 Hrl de bij die richtlijn bedoelde maatregelen, waaronder de maatregel van artikel 11, 3^e volzin, billijk en evenredig moeten zijn en niet overdreven kostbaar mogen zijn, terwijl uit artikel 3 van die richtlijn tevens volgt dat de in een bevel omschreven maatregelen geen belemmeringen voor legitiem handelsverkeer mogen scheppen. De Nederlandse rechter moet zich bij de uitleg en toepassing van artikel 26d Aw op deze uitgangspunten richten en daarbij een passend evenwicht verzekeren tussen de betrokken rechten en belangen (punt 143 van het *L'Oréal/eBay*-arrest).
- 5.4 Bij de zojuist omschreven afweging moeten tevens worden betrokken de grondrechten van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest), dat nog niet in werking was getreden ten tijde van de feiten in de zaak *L'Oréal/eBay*. Met name de volgende bepalingen van het Handvest zijn in dit verband van belang:
- Artikel 16 De vrijheid van ondernemerschap**
De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgeving en praktijken
- Artikel 17 Het recht op eigendom**
1. (...)
 2. *Intellectuele eigendom is beschermd.*
- Artikel 52 Reikwijdte en uitlegging van de gewaarborgde rechten en beginselen**
1. *Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*
- 5.5 Anders dan Brein meent, maakt effectiviteit (doeltreffendheid) deel uit van de in het *L'Oréal/eBay*-arrest en artikel 52 lid 1 van het Handvest neergelegde evenredigheidseis (of proportionaliteitseis), die er op neerkomt dat de gevorderde maatregelen in een redelijke verhouding moeten staan tot het daarmee beoogde doel.

Zaaknummer: 200.105.418/01

9

In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat naarmate een maatregel minder effectief is, het beoogde doel daarmee minder gemakkelijk kan worden gerealiseerd en de maatregel dus minder snel in een redelijke verhouding tot dat doel zal staan. Zie ook punt 99 van de in rov. 4.7 al ter sprake gebrachte conclusie van de AG in de 'Kino'-zaak.

- 5.6 Uit het voorgaande volgt dat een van de voorwaarden voor de toewijsbaarheid van een artikel 26d Aw-vordering is, dat is voldaan aan de evenredigheidseis en de daarvan deel uitmakende effectiviteitseis. Het beroep van Ziggo c.s. op het beginsel van evenredigheid/effectiviteit kan bijgevolg niet worden gezien als een bevrijdend verweer, waarvoor zij de bewijslast hebben (vergelijk onder meer HR 15 december 2006, NJ 2007, 203 en HR 11 juli 2008, LJN: BC8967). Dit betekent dat Brein moet stellen en bij gemotiveerde betwisting dient te bewijzen dat de door haar gevorderde maatregelen evenredig/effectief zijn. De opmerking van Brein onder 141 PA, dat de bewijslast in deze bij Ziggo c.s. ligt, kan dus niet als juist worden aanvaard.
- 5.7 Naar aanleiding van het – thans bestreden – eindvonnis van 11 januari 2012 hebben Ziggo c.s. op 1 februari 2012 een blokkade van TPB ingesteld (hierna ook: blokkade A). Vervolgens is TPB zich gaan bedienen van andere IP-adressen dan in dat vonnis waren genoemd. Op basis van de toewijzing in het eindvonnis van haar vordering II heeft Brein Ziggo c.s. verzocht ook deze nieuwe adressen te blokkeren. Ziggo c.s. zijn daartoe overgegaan (hierna: blokkade A1). Op 10 mei 2012 heeft de Haagse voorzieningenrechter de andere grote Nederlandse providers (UPC, KPN, Tele2 en T-Mobile, hierna kortweg: KPN c.s.) bevelen tot blokkade van TPB opgelegd. Sinds eind mei 2012 blokkeren ook deze providers de toegang tot deze site (hierna ook: Blokkade B). In deze periode heeft Brein in rechte tevens geboden tegen een aantal proxy's naar TPB verkregen en heeft zij tal van zulke 'TPB-dedicated' proxy's 'neergehaald'.
- 5.8 Het hof gaat er met Brein vanuit dat in Nederland het bezoek aan TPB in aanzienlijke mate is afgenomen na blokkade A/A1, zeker nadat blokkade B erbij is gekomen, ook al is die site via proxy's (voor zover nog niet 'neergehaald' door Brein), mirror-sites en VPN-verbindingen nog steeds bereikbaar voor de Nederlandse internetgebruiker. De juistheid van dit uitgangspunt is bevestigd door Ton Huibregts van XS4All, die in een weblog van 4 juli 2012 schreef:
- 'Gisteren maakt BREIN met veel bombarie bekend dat het bezoek aan de website van The Pirate Bay is gekelderd sinds de rechter de Nederlandse internetproviders verplichtte die site te blokkeren. Ja, nogal wiedes. Als je de toegang laat blokkeren, neemt het aantal bezoekers af, daar zullen weinig mensen van opkijken.'*
- De afname van het bezoek aan TPB volgens website-statistieken als Alexa en Google Trends is overigens sterker dan die in werkelijkheid zal zijn, aangezien daarbij het verkeer naar TPB via een proxy niet wordt gemeten als verkeer naar TPB maar als verkeer naar de website van die proxy (vgl. punt 45 van PA XS4All en blz. 12, onderaan, van TNO III). De precieze grootte van de afname hoeft in dit geding echter niet te worden vastgesteld.
- 5.9 In de visie van Brein is de 'dramatische' afname van het bezoek aan TPB na de blokkades het enige relevante feit in het kader van de beoordeling van de effectiviteit daarvan en zijn in deze zaak de toe- of afname van al het BitTorrent-verkeer en het

Zaaknummer: 200.105.418/01

10

bestaan van alternatieve mogelijkheden om inbreuk te maken niet van belang (o.m. PA onder 62, 79 en 91). Zoals onder 5.1 al tot uitdrukking is gebracht, zien Ziggo c.s. de maatstaf in het aantal auteursrechtinbreuken.

- 5.10. Het met de vorderingen van Brein beoogde doel is bescherming van auteursrechten, welk doel ook wordt gegarandeerd/beschermd door artikel 17 lid 2 van het Handvest. Van effectieve maatregelen tot het realiseren van dit doel kan in een kader als het onderhavige worden gesproken (a) als personen die auteursrechtinbreuk pleegden dat minder zijn gaan doen, waardoor het aantal door hen gepleegde inbreuken afneemt, of (b) als de impact van inbreuken wordt verminderd, bijvoorbeeld doordat het publiek dat de inbreukmakende handelingen waarneemt, kleiner wordt.
- 5.11. De door Brein gevorderde maatregelen die ertoe strekken dat Ziggo c.s. hun abonnees niet langer de toegang verschaffen tot de website van TPB, kunnen alleen invloed hebben op het gedrag van die abonnees en dus op het aantal door hen via TPB gepleegde inbreuken, maar niet op het gedrag van de beheerders van TPB en het aantal door deze gepleegde inbreuken. Wel kunnen die maatregelen invloed hebben op de impact van de door de beheerders van TPB gepleegde inbreuken.
- 5.12. Door de afname van het bezoek aan TPB als gevolg van de blokkades wordt het aantal inbreuken dat de abonnees van Ziggo c.s. via TPB plegen, verminderd. Wanneer het evenwel zo zou zijn dat, zoals Ziggo c.s. stellen, deze abonnees de blokkades ontwijken door, indien zij deze al niet via proxy's omzeilen, hun toevlucht te zoeken in alternatieve torrentsites, dan vindt – ondanks de blokkades en de daardoor veroorzaakte afname van het bezoek aan TPB – geen vermindering van het door die abonnees gepleegde aantal inbreuken plaats, maar is slechts sprake van een verandering van de weg (bij omzeiling via een proxy) of de 'indexer' waarlangs/waarmee zij die inbreuken plegen. In dat geval wordt het beoogde doel niet dichterbij gebracht en kan de gevorderde blokkade niet als effectief worden beschouwd. In zoverre gaat het in rov. 5.9 weergegeven betoog van Brein niet op. Met betrekking tot de inbreuken door de beheerders van TPB ligt dit enigszins anders aangezien, voor zover als gevolg van de blokkades is uitgeweken naar alternatieve (niet door de TPB-beheerders geëxploiteerde) torrentsites, deze blokkades ertoe geleid hebben dat de door de TPB-beheerders gedane mededingen een kleiner publiek bereiken dan zonder die blokkades het geval zou zijn geweest – de 'uitwijkers' zijn immers weggevallen als publiek van TPB – zodat door de blokkades de impact van inbreuken van de TPB-beheerders is afgenomen.
- 5.13. Het hof zal nu eerst onderzoeken of het door Ziggo c.s. gestelde ontwijkingsgedrag van hun abonnees zich voordoet. Daarbij hanteert het hof 'ontwijking' als algemene term waaronder vallen omzeiling (door bijvoorbeeld proxy's) en het gebruikmaken van alternatieve torrentsites.
- 5.14. Het in rov. 5.1 genoemde rapport TNO III heeft betrekking op het netwerkverkeer bij XS4All in de periode van 31 oktober 2011 tot en met 30 april 2012, dus in de periode van drie maanden voor en drie maanden na de ingang van blokkade A. Meer in het bijzonder bevat TNO III de neerslag van door TNO uitgevoerde analyses op basis van door XS4All verstrekte netwerkinformatie over de genoemde periode voor:
- i. het totale dagelijkse volume internetverkeer;
 - ii. het dagelijkse volume BitTorrent geclassificeerd netwerkverkeer;

Zaaknummer: 200.105.418/01

11

iii. het totale dagelijkse volume internetverkeer gedeeld door het dagelijkse volume BitTorrent geclassificeerd netwerkverkeer.

In TNO III is gerapporteerd dat bij geen van deze analyses een duidelijke verandering waarneembaar is, dat het volume als BitTorrent geclassificeerd netwerkverkeer in de drie maanden na blokkade A hetzelfde was als gedurende de drie maanden daarvoor en dat, omdat het gebruik van BitTorrent rechtstreeks afhankelijk is van het verkrijgen van torrent-bestanden en/of magnet links, het gebruik van bronnen voor deze bestanden ondanks de blokkade kennelijk ongewijzigd is. TNO noemt hiervoor twee mogelijke oorzaken, namelijk a) dat het aandeel van de website van TPB op de beschikbaarheid en verspreiding van torrent-bestanden en/of magnet links in Nederland minder groot is dan gedacht of b) dat er veel gebruik wordt gemaakt van mogelijkheden om de blokkade van TPB te ontwijken. Oorzaak a) valt naar het oordeel van het hof af, omdat, naar Brein onweersproken heeft opgemerkt, TPB vóór blokkade A nog hoog (namelijk op nummer 26) in de Nederlandse top 200 van best bezochte websites stond, zodat overblijft oorzaak b). De bevindingen in TNO III komen er dus op neer dat blokkade A op grote schaal is ontweken. Daarbij is in TNO III verwezen naar de in (onder meer) TNO II beschreven mogelijkheden om een blokkade te ontwijken, waaronder:

- * het gebruiken van een andere torrentsite/'indexer' dan TPB (het in de rovv. 5.12 en 5.13 genoemde toevlucht zoeken in alternatieven);
- * het bereiken van TPB via een andere route, bijvoorbeeld via een proxy (de in de rovv. 5.12 en 5.13 genoemde omzeiling).

Dit zijn de meest eenvoudige ontwijkingsmethoden waarvoor geen extra software of aanpassingen aan de computer van de gebruiker nodig zijn. Met Brein (PA onder 146) wordt aangenomen dat de andere ontwijkingsmethoden te ingewikkeld zijn voor de gemiddelde 'luie' internetter (de 'maatman'-internetter). Die andere methoden zullen daarom verder buiten beschouwing worden gelaten.

5.15 Volgens Brein kunnen aan TNO III evenwel geen zinvolle conclusies worden verbonden (zie de punten 168-194 PA). In de eerste plaats heeft zij daartoe aangevoerd dat niet duidelijk is of het door TNO geanalyseerde verkeer wel 'allemaal BitTorrent-verkeer betreft' nu in TNO III is opgemerkt:

'Door deze methode van classificatie is een bepaling van de exacte hoeveelheid BitTorrent verkeer niet mogelijk. Immers, ander netwerkverkeer zou kunnen worden geclassificeerd als BitTorrent en omgekeerd.'

Hiermee gaat Brein er evenwel aan voorbij dat in aansluiting op deze passage in TNO III (onbestreden) staat vermeld:

'Deze methode van classificatie kan echter wel worden gebruikt voor een analyse van het relatieve volume BitTorrent verkeer. Bijvoorbeeld een toename of afname'.

Het zojuist genoemde argument van Brein loopt hierop stuk. Verder heeft Brein het volgende naar voren gebracht.

- i. Het BitTorrent-verkeer vertoont een sterke groei – volgens het door Brein als productie 117 overgelegde rapport van Sandvine is dat verkeer in de VS met zo'n 40% gestegen – en in het licht van deze trend 'zou' het feit dat TNO geen verandering ziet 'wel eens kunnen betekenen dat de blokkade effectief is'.
- ii. In TNO III wordt geen onderscheid wordt gemaakt tussen legaal en illegaal BitTorrent-verkeer, terwijl bijvoorbeeld Facebook veel BitTorrent-dataverkeer oplevert. Het niet-maken van dit onderscheid is niet handig,

Zaaknummer: 200.105.418/01

12

aldus Brein, want: 'Stel dat er sprake is van een afname van het illegale BitTorrent-verkeer die wordt tenietgedaan door een grotere toename van het legale BitTorrent-verkeer?'

Deze argumenten hebben ook blijkens de door Brein daarbij gebezigde bewoordingen, een (sterk) speculatieve inslag. In Nederland heeft zich blijkens TNO III, wat XS4All betreft, niet de situatie voorgedaan dat in de drie maanden voor blokkade A het BitTorrent-verkeer is toegenomen. Daardoor is er geen reden om aan te nemen dat er daarna wel een toename zou zijn geweest die echter, zoals Brein lijkt te willen suggereren, door die blokkade is voorkomen. Het hof wijst er verder op dat in het Sandive-rapport Facebook tot een andere categorie wordt gerekend dan BitTorrent. In dit licht is de vermelding van Facebook bij argument ii. niet goed te begrijpen. Het laatste argument dat Brein in dit verband heeft opgeworpen, namelijk dat de hoeveelheid BitTorrent-verkeer sterk fluctueert en dat onduidelijk is waar de fluctuaties vandaan komen, laat onverlet dat het totale internet-verkeer en het BitTorrent-verkeer over de gehele onderzochte periode niet noemenswaardig is veranderd. De hier besproken argumenten kunnen, zo volgt uit het voorgaande, de door TNO gerapporteerde bevinding dat blokkade A op grote schaal is ontweken, niet onkrachten. Hierbij is tevens van belang dat:

- Brein zelf heeft benadrukt dat andere torrentsites als Kickass.to, Torrentz.eu en Isohunt de plaats van TPB hebben ingenomen, dat de 'luie' internetter die niet meteen naar TPB kan, naar een van die concurrenten zal gaan en dat onderzoeken aantonen dat gebruikers van TPB uitwijken naar alternatieven (zie o.m. PA onder 80-82, 91, 146, 150 en 170);
- Brein, hoewel op haar de bewijslast en stelplicht rusten (zie rov. 5.6), geen voor honorering in aanmerking komend (tegen-)bewijsaanbod heeft gedaan (zie rov. 3.2).

Voor zover Brein, gezien haar stellingen in de punten 571 MvA en 132 en 140 PA, tegen TNO III nog heeft of zou willen inbrengen dat de daarin gehanteerde meetperiode is geëindigd voordat een groot aantal 'TPB-dedicated'-proxy's is 'neergehaald' (zie rov. 5.7 *in fine*), kan zij daaraan geen steekhoudend argument ontlenen, nu ook het wegvallen van een proxy met de in rov. 5.13 genoemde ontwijkingsmogelijkheden (een alternatieve torrentsite of een andere proxy) gemakkelijk kan worden opgevangen. Dit geldt ook voor blokkade A die daarom met de daaraan voorafgaande blokkade A kan worden gelijkgesteld.

- 5.16 Ter onderbouwing van haar stelling dat de gevorderde maatregelen wel effectief zijn, heeft Brein zich verder beroepen op het Baywatch-rapport en het rapport 'Filesharing 2©12' (PA onder 155, 160 en 164).
- 5.17 In het Baywatch-rapport is de vraag, wat het effect van de blokkades is op online-auteursrechtinbreuk 'as a whole', onderzocht aan de hand van onder meer een *consumer survey* onder een representatieve groep uit de Nederlandse bevolking van 16 jaar en ouder. Uit die *consumer survey* (noot 2 op blz. 8 en 2^e alinea op blz. 11) is naar voren gekomen dat ongeveer 25% van de consumenten in de zes voorafgaande maanden wel eens had gedownload uit illegale bron en dat van deze groep ongeveer 20-30% (dat is 4-6% van alle consumenten) naar aanleiding van de blokkades minder is gaan downloaden uit illegale bron of daar zelfs helemaal mee is gestopt. Daartegenover staat dat er ook consumenten zijn die na de blokkades meer zijn gaan downloaden uit illegale bron, maar dat zijn er (veel) minder dan de 20-30 % van de downloaders die zijn gestopt of zijn gaan minderen. Deze uitkomst strookt met de op

Zaaknummer: 200.105.418/01

13

een *consumer survey* uit de zomer van 2012 gebaseerde bevindingen in hoofdstuk 6 van het rapport 'Filesharing 2012', dat na blokkade A van de klanten van Ziggo c.s. – waarvan 23,7 % downloadde uit illegale bron – 1,9 % met downloaden uit illegale bron is gestopt en 3,6 % dat minder is gaan doen, terwijl 1,1 % daarna meer is gaan downloaden.

- 5.18 Op blz. 29 van haar PA heeft Brein – ervan uitgaande dat Ziggo 1.788.000 abonnees heeft en XS4All 338.000 aansluitingen – op basis van de in het rapport 'Filesharing 2012' genoemde percentages van 1,9 en 3,6 (samen 5,5 %) berekend, dat 'een kleine 100.000' Ziggo-abonnees en 'een kleine 20.000' abonnees van XS4All minder of in het geheel niet meer is gaan downloaden sinds blokkade A. Deze berekening is op zichzelf beschouwd juist, zij het dat Ziggo en XS4All hebben opgegeven wat minder abonnees te hebben dan door Brein tot uitgangspunt is genomen (Ziggo in punt 93 MvGZ: 1.500.000 abonnees, en XS4All in punt 16 PA: 250.000 abonnees) en hierbij de uitkomsten iets lager uitkomen (circa 80.000 in plaats van 'een kleine 100.000' bij Ziggo, en ongeveer 14.000 in plaats van 'een kleine 20.000' bij XS4All). Op grond van deze gegevens is vast te stellen dat van de XS4All-abonnees – waarop TNO III betrekking had – na blokkade A (1,9% van 338.000 of 250.000 =) circa 6.500 of 4.750 personen met downloaden zijn gestopt en circa (20.000 – 6.500/14.000 – 4.750 =) 13.500/9.250 personen daarmee zijn gaan minderen. Dit toont volgens Brein aan dat de blokkade wel degelijk effect heeft (PA onder 160).
- 5.19 Bij de hier aan te leggen effectiviteitstoets gaat het echter niet zozeer om het aantal abonnees dat (nog of niet langer) inbreuk pleegt, maar om het aantal inbreuken dat door de abonnees van Ziggo c.s. (nog of niet meer) wordt gepleegd; als er twee personen X en Y zijn die ieder 50.000 inbreuken plegen, dan is een maatregel die uitsluitend leidt tot het wegvallen van inbreukmaker Y effectief, maar als X 50.000 inbreuken pleegt en Y slechts 2, dan heeft het optreden tegen alleen Y nauwelijks effect. Nu de bevindingen in TNO III, dat het BitTorrent-gebruik onder de XS4All-abonnees na blokkade A gelijk is gebleven en dat dit is veroorzaakt door grootschalige ontwijking van die blokkade, blijkt het in rov. 5.15 overwogene niet zijn ontkracht, en die bevindingen derhalve in dit geding tot uitgangspunt zijn te nemen, moet worden geconcludeerd dat de in rov. 5.8 aangenomen afname van het bezoek aan TPB niet heeft geleid tot een significante vermindering van het aantal auteursrechtinbreuken door XS4All-abonnees. Dit wijst er op dat de circa 6.500/4.750 abonnees van XS4All die na blokkade A zijn gestopt met downloaden, daarvoor slechts een (zeer) klein deel van de inbreuken voor hun rekening namen en dat de circa 13.500/9.750 XS4All-abonnees die na blokkade A zijn gaan minderen, hetzij voorheen al weinig inbreuken pleegden, hetzij slechts zeer weinig hebben geminderd. Hierbij is in aanmerking te nemen dat het voor de hand ligt dat de blokkade juist effect heeft gehad op degenen die al weinig inbreuken pleegden. Dit zullen immers doorgaans de ongeofende internetgebruikers zijn en zoals op blz. 11 van TNO I is beschreven, zal over het algemeen een blokkade voor met name dergelijke internetgebruikers, die niet goed bekend zijn met de verschillende ontwijkingsmogelijkheden, een zekere drempel opwerpen. Hoewel op Brein de stelplicht en bewijslast rusten (zie rov. 5.6), heeft zij niet concreet aangevoerd/onderbouwd en in ieder geval niet aangetoond dat de 'stoppers'/'minderaars' voorheen meer dan een te verwaarlozen deel van de inbreuken voor hun rekening namen en dat de 'minderaars' na de blokkade(s) in relevante mate zijn gaan minderen. Het hof komt, dit alles overziend, tot de slotsom dat het Baywatch-rapport

Zaaknummer: 200.105.418/01

14

en het rapport 'Filesharing 2012' niet afdoen aan de bevindingen in TNO III.

- 5.20 Het is aannemelijk dat het in TNO III voor de XS4All-abonnees gerapporteerde verschijnsel zich ook voor de Ziggo-abonnees voordoet. Hoewel dat – zeker in dit licht – op haar weg had gelegen (zie ook rov. 5.6) heeft Brein niet gesteld dat dit anders is. In ieder geval heeft zij daarvoor niet een voor honorering in aanmerking komend (tegen-)bewijsaanbod gedaan (rov. 3.2). Bij deze stand van zaken moet het onder 5.19 overwogene van overeenkomstige toepassing worden geacht op de Ziggo-abonnees.
- 5.21 De bij het Baywatch-rapport gebruikte *consumer survey* heeft verder uitgewezen dat na de blokkades het aantal consumenten dat downloadde uit illegale bron is toegenomen. Bijvoorbeeld: 3 maanden na blokkade A downloadde 22,5 % van de abonnees van Ziggo c.s. uit illegale bron, 10 maanden na deze blokkade (dus op 1 december 2012) was dat percentage gestegen tot 25,2 (zie blz. 9 en tabel 4 van dat rapport). Dat in weerwil van het feit dat een aantal consumenten is gestopt met downloaden uit illegale bron, sprake is van een toename van het aantal illegale downloaders, is in het Baywatch-rapport verklaard met de hypothese dat er andere consumenten zijn die met downloaden uit illegale bron zijn begonnen. Het hof zal van deze verklaring uitgaan nu een andere verklaring niet goed te bedenken is en ook niet door partijen is verdedigd. De omstandigheid dat, ondanks een blokkade, het aantal illegale downloaders is toegenomen, duidt er op dat nieuwkomers, althans een significant aantal daarvan, door een blokkade er niet van worden weerhouden om te gaan downloaden uit illegale bron.
- 5.22 Het voorgaande brengt met zich dat er in dit geding niet vanuit kan worden gegaan dat de op vordering van Brein door de rechtbank bevolen blokkade A/A1 effectief is geweest ten aanzien van de abonnees van Ziggo c.s. Door de gevorderde blokkade wordt de vrijheid van ondernemerschap van Ziggo c.s. – de vrijheid om naar eigen inzicht te handelen – aangetast, waaraan niet afdoet dat, naar door Brein bij MvA (onder 509, 544 e.v. en 609) is gesteld en door Ziggo c.s. (daarna) niet (meer) gemotiveerd is betwist, de gevorderde blokkade Ziggo c.s. vrijwel niets kost, zeer eenvoudig is en voor hen geen rompslomp oplevert en dat, naar door Brein eveneens onweersproken is gesteld, Ziggo c.s. verder op grote schaal hun abonnees blokkeren en afsluiten. Die blokkade vormt immers, ook wanneer daaraan voor Ziggo c.s. niet of nauwelijks kosten en moeite zijn verbonden, een inbreuk op hun vrijheid om naar eigen inzicht te handelen. Aangezien de gevorderde blokkade als niet-effectief moet worden beschouwd, en derhalve – in aanmerking ook nemend dat Ziggo c.s. zelf geen inbreuk maken (zie rov. 4.1) – niet bijdraagt aan het daarmee beoogde doel, de ook in het Handvest vastgelegde bescherming van intellectuele eigendom, brengt het evenredigheidsbeginsel met zich dat daardoor de aantasting van de door het Handvest eveneens gewaarborgde vrijheid van ondernemerschap van Ziggo c.s. niet is gerechtvaardigd.
- 5.23 Door Brein is nog naar voren gebracht (in de punten 563-564 MvA) dat het misplaatst zou zijn om aan het feit dat er andere wegen naar de illegaliteit zijn (de al eerder genoemde ontwijkingsmogelijkheden), de gevolgtrekking te verbinden dat de door haar in deze zaak gevorderde maatregelen niet effectief zouden zijn. Deze andere wegen worden door haar namelijk ook aangepakt, of zullen door haar worden aangepakt, als onderdeel van een 'bredere aanpak' van illegale verspreiding van

Zaaknummer: 200.105.418/01

15

beschermde werken. Het hof begrijpt, gezien ook de stellingen in de punten 597 en 598 MvA, dat Brein hiermee (tevens) wil betogen dat zij een 'stap-voor-stap-benadering' hanteert, waaraan inherent is dat zij ergens moet beginnen, in dit geval met blokkade A die Brein nodig achtte omdat het op haar vordering in 2010 in een Nederlandse bodemprocedure tegen de beheerders van TPB uitgesproken bevel om, op straffe van verbeurte van dwangsommen, die site ontoegankelijk te maken niet uitvoerbaar bleek (conclusie van repliek onder 208-210). De beheerders van TPB, die in Zweden zijn veroordeeld tot lange gevangenisstraffen, zijn 'ongrijpbaar', aldus Brein. Uit de stellingen van Brein valt op te maken dat haar bij de door haar voorgestane 'bredere aanpak'/'stap-voor-stap-benadering' de volgende (vervolg-) maatregelen voor ogen staan:

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

Onder 147 PA heeft Brein opgemerkt dat zij – omdat de rechthebbenden zich ermee hebben verzoend dat niet al het illegaal verkeer op internet is tegen te houden – zich richt op 'de grootste uitwassen, zoals The Pirate Bay, Kickass.to en Torrentz.eu'.

Onder 91 PA heeft Brein opgemerkt dat er 'op dit moment maar een handjevol BitTorrent-websites (is) die echt de concurrentie met The Pirate Bay aankunnen'.

Onder 237 PA heeft Brein opgemerkt dat de zaken tegen andere illegale websites in voorbereiding zijn, en dat de onderhavige zaak een testcase tegen TPB is, waarmee klaarblijkelijk is bedoeld: een testcase tegen providers over de blokkade van TPB.

- 5.24 Niet goed is in te zien – zeker zonder nadere toelichting – waarom Brein in haar procedures tegen de providers (deze procedure en de procedure tegen KPN c.s., zie rov. 5.7) niet tevens meteen een bevel heeft gevorderd tot blokkade van het slechts 'handjevol' met TPB concurrerende BitTorrentsites die met TPB de 'grootste uitwassen' vormen (Kickass.to, Torrentz.eu en wellicht Isohunt). Omdat dit 'handjevol' concurrerende BitTorrentsites niet mede hoefde te worden gedagvaard in de procedures tegen de providers – net zo als het niet nodig was om TPB in deze procedure te dagen – zou dat geen bijzondere processuele en feitelijke complicaties hebben opgeleverd. In ieder geval is niet goed in te zien waarom de zaken betreffende deze enkele alternatieve BitTorrentsites nog steeds alleen maar – ruim anderhalf jaar/bijna twee jaar na de op basis van het bestreden vonnis ingestelde blokkade A – in de voorbereidende fase zijn. Het kennelijk daarvoor door Brein gebezigde argument, dat zij eerst de testcase die deze zaak in haar ogen is, wil afwachten, is niet concludent omdat de uitkomst van deze 'testcase' juist voor een belangrijk deel wordt bepaald door het feit dat er alternatieve BitTorrentsites actief zijn. Bij deze stand van zaken acht het hof ten aanzien van maatregel a. het beroep op een 'stap-voor-stap-benadering' niet gerechtvaardigd. Er was geen goede reden voor Brein om vervolgstap a. niet al te nemen, althans Brein heeft, hoewel dat in het licht van het zojuist overwogene en van het onder 5.6 overwogene op haar weg lag, niet (voldoende) duidelijk gemaakt dat zij daarvoor wel een goede reden had. Maatregel b. kan, zoals onder 5.15 *in fine* al is overwogen, eenvoudig worden ontweken, terwijl maatregel c. evenmin verondersteld kan worden soulaas te bieden. Nu rechterlijke bevelen/verboden tegen de beheerders van TPB niet uitvoerbaar zijn gebleken, ligt het niet – althans niet zonder meer – in de rede dat eventueel tegen de beheerders van de andere 'grootste uitwassen'-websites te verkrijgen rechterlijke uitspraken wel uitvoerbaar zouden zijn. Als dat wel het geval zou zijn, dan is niet

Zaaknummer: 200.105.418/01

16

duidelijk (gemaakt) waarom Brein tegen (de beheerders van) deze andere sites nog (steeds) geen actie heeft ondernomen. Ook de vervolgmaatregelen b. en c. kunnen mitsdien geen toereikende grond opleveren voor Breins beroep op een 'bredere aanpak'/'stap-voor-stap-benadering'. Die aanpak/benadering kan in dit geval dus niet als compensatie dienen voor het ontbreken van (onmiddellijke) effectiviteit. Hierop strandt het in rov. 5.23 weergegeven betoog van Brein.

- 5.25 Gezien het onder 5.12 overwogene kan niet worden gezegd dat de door Brein gevorderde blokkade effectiviteit mist met betrekking tot de door de beheerders van TPB gepleegde inbreuken op het 'art work'. De blokkade is door Brein echter niet gevorderd met het oog op de bescherming van de auteursrechten op het 'art work', maar met het oog op de bescherming van de auteursrechten op muziek, film, games en (e-)boeken (zie o.m. punt 10 van de inleidende dagvaarding, punt 3 van de conclusie van repliek, punt 7 MvA en de punten 15 en 47 van PA Brein). Onder 16-18 PA heeft Brein andermaal benadrukt dat het haar gaat om de negatieve invloed van 'filesharing' op de verkopen door de entertainmentindustrie. Filesharing heeft geen betrekking op het 'art work' dat op de server van TPB staat (zie rov. 4.7), maar op de muziek, de films, de games en de boeken/e-books zelf, en de verkopen van de entertainmentindustrie worden ook niet gegenereerd door het 'art work' maar door de muziek, de films, de games en de boeken/e-books. De belangen van de rechthebbenden bij beëindiging/voorkoming van de auteursrechtsschendingen op het 'art work' zijn derhalve niet van voldoende gewicht om de aantasting van de ondernemingsvrijheid van Ziggo c.s. – die zelf geen inbreuk op het auteursrecht op het 'art work' maken – te kunnen rechtvaardigen. Hoewel het non-effectiviteitsverweer van Ziggo c.s. voor deze categorie inbreuken faalt, stuiten de hierop gebaseerde vorderingen van Brein mitsdien af op het evenredigheidsbeginsel waarop Ziggo c.s. zich ook in meer algemene zin, onafhankelijk van hun non-effectiviteitsverweer, hebben beroepen.
- 5.26 Een en ander voert tot de conclusie dat de door Brein gevorderde maatregelen strijdig zijn met het evenredigheidsvereiste/effectiviteitsvereiste. Grief 12 van Ziggo en grief XIII van XS4All, waarin de hiertoe strekkende verweren zijn neergelegd, treffen dus doel. Dit brengt met zich dat op de primair daartoe aangevoerde grondslag de vorderingen van Brein niet toewijsbaar zijn.

De vorderingen van Brein op de subsidiaire grondslag

- 6.1 De – thans te onderzoeken – subsidiaire grondslag van de vorderingen van Brein is door haar als volgt toegelicht. Ziggo c.s. zijn toegang blijven geven tot TPB zelfs nadat zij zijn geweest op het evident illegale en schadelijke karakter daarvan en op het feit dat de beheerders van TPB in een Nederlandse bodemprocedure onherroepelijk zijn veroordeeld om hun diensten te staken, terwijl die toegang door Ziggo c.s. eenvoudig en tegen geringe kosten kan worden geblokkeerd en zij bovendien in hun algemene voorwaarden hebben bepaald dat hun abonnees geen inbreuk op intellectuele eigendomsrechten mogen maken. Dusdoende maken Ziggo c.s. zich schuldig aan het welbewust en structureel faciliteren en daarmee bevorderen van grootschalige inbreuken door haar abonnees. Volgens Ziggo – die er tevens op wijst dat zij zich uitsluitend bezighoudt met 'mere conduit' (MvGZ onder 33-36) – handelt zij evenwel niet onrechtmatig en valt haar geen verwijt te maken. Ook XS4All betwist dat zij onrechtmatig handelt. Zij stelt meer in het bijzonder dat zij

Zaaknummer: 200.105.418/01

17

een *mere conduit*-dienst verschaft, dat uit artikel 12 Reh/6:196c BW volgt dat zij niet aansprakelijk is voor de informatie waartoe zij haar abonnees toegang verleent en dat zij dus ook niet op grond van de zorgvuldigheidsnorm gehouden kan zijn bepaalde maatregelen te treffen (PE onder 53-55, MvGX onder 12-15). Het hof merkt nog op dat het beroep van Ziggo en XS4All op het evenredigheids-/effectiviteitsvereiste ook geacht moet worden in dit verband te zijn gedaan.

- 6.2 In hoger beroep is niet (langer) betwist dat Ziggo e.s. accessproviders zijn die ook wat TPB betreft, uitsluitend als *mere conduit* aan te merken handelingen verrichten. Derhalve maken zij zelf geen inbreuk op auteursrechten, zoals onder 4.1 is uiteengezet, en zijn zij op grond van artikel 12 Reh/6:196c leden 1 en 2 BW gevrijwaard van aansprakelijkheid. Een access provider zal doorgaans geen onzorgvuldig handelen kunnen worden tegengeworpen indien zij de maatregelen heeft genomen die ingevolge die artikelen nodig zijn om voor vrijwaring van aansprakelijkheid in aanmerking te komen, doch geheel uitgesloten is dat niet. Onder bijzondere omstandigheden zal, gelet op de concrete belangen, wellicht toch onzorgvuldig handelen kunnen worden aangenomen waardoor – ook al zal schadevergoeding vanwege de vrijwaring niet mogelijk zijn – op de voet van artikel 3:296 BW een verbod of bevel kan worden gegeven. In het geval echter dat aan de voorwaarden voor vrijwaring is voldaan en daarnaast de van de provider gevergd verplichting onevenredig en/of niet effectief is, zal het nalaten van de provider om aan die verplichting te voldoen niet als strijdig met de zorgvuldigheidsnorm kunnen worden beschouwd – een provider is niet gehouden tot voor hem onevenredig nadelige of niet-effectieve maatregelen – zodat in dat geval naar Nederlands recht ook geen verbod of bevel kan worden opgelegd (zie ook rov. 7.11 van het arrest van Gerechtshof Leeuwarden van 22 mei 2012 inzake ‘Stokke/Marktplaats’, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA4950). Nu hiervoor is geoordeeld dat de door Brein gevorderde maatregelen niet evenredig/effectief zijn, kan de subsidiair aangevoerde grondslag de vorderingen van Brein niet dragen. Ook op deze grondslag zijn haar vorderingen dus niet toewijsbaar.

Slotsom en proceskosten

- 7.1 Het bestreden eindvonnis zal worden vernietigd en de vorderingen van Brein zullen alsnog worden afgewezen.
- 7.2 In haar appel tegen het tussenvonnis kan XS4All niet worden ontvangen, reeds omdat zij daartegen geen grieven heeft aangevoerd. Niet valt in te zien welk belang Ziggo heeft bij de door haar – ook nog in de MvGZ – tevens gevorderde vernietiging van het tussenvonnis, waarin verzoeken van Ziggo tot aanhouding en het stellen van prejudiciële vragen zijn afgewezen en waarin geen voor executie vatbare beslissingen zijn neergelegd. Ziggo zal daarom in haar hoger beroep tegen het tussenvonnis eveneens niet ontvankelijk worden verklaard.
- 7.3 Als de in het ongelijk gestelde partij zal Brein worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep en de eerste aanleg. Artikel 1019h Rv is in deze zaak van toepassing. Zowel Ziggo als XS4All hebben in hun MvG op basis van dit artikel vergoeding van de ‘volledige’ kosten in beide instanties gevorderd.

Zaaknummer: 200.105.418/01

18

-
- 7.4 Voor de eerste aanleg hebben Ziggo en XS4All hun kosten begroot op respectievelijk € 137.673,63 en € 52.217,50. Dat deze kosten daadwerkelijk zijn gemaakt is aannemelijk, gelet op de daarvoor verstrekte specificaties en in het licht van het feit dat Brein zelf voor de eerste aanleg een hoger bedrag, namelijk € 148.262,44, in rekening heeft gebracht. Het in de eerste aanleg door Brein gevoerde verweer (PE onder 277), dat de kosten van Ziggo c.s. onvoldoende waren gespecificeerd, stuit hierop af. Aan het andere in de eerste aanleg door Brein gevoerde verweer (zie punt 276 PE), dat de kostenopgaven in de eerste aanleg te laat waren ingediend, is inmiddels het belang komen te ontvallen. In hoger beroep heeft Brein immers alsnog de gelegenheid gehad om op die opgaven te reageren, hetgeen zij evenwel niet (voldoende kenbaar) heeft gedaan. De kosten van Ziggo c.s. voor de eerste aanleg zullen worden vastgesteld overeenkomstig hun hiervoor vermelde begrotingen.
- 7.5 XS4All heeft als productie 75 een kostenstaat voor het hoger beroep opgestuurd, uitkomende op – met de correctie vermeld in punt 71 van haar PA – € 67.550,- voor de reeds ‘verrichte uren’ en € 14.500,- voor de nog ‘verwachte uren’ voor het pleidooi. Dit stuk is bij het hof ingekomen op 10 september 2013, dat is na de in artikel 2.17 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2011 (hierna: het procesreglement) vermelde uiterste datum voor indiening van stukken, te weten uiterlijk twee weken voor het pleidooi (vergelijk Hof Den Haag 24-02-2009, ‘*Carmo/Reich*’, IEPT20090224). Het door Brein tegen overlegging van productie 75 gemaakte bezwaar treft daarom doel ten aanzien van de post ‘reeds verrichte uren’ in de periode voor 5 september 2013, zodat dit stuk in zoverre buiten beschouwing zal worden gelaten. De artikel 1019h Rv-vordering ter zake van het bedrag van € 67.550,- mist als gevolg hiervan een specificatie en zal om die reden worden afgewezen. Voor de kosten gemaakt in de laatste twee weken voor het pleidooi geldt voornoemde regel van het procesreglement echter niet. De specificatie daarvan acht het hof, gelet ook op de kostenspecificaties van de andere partijen, toereikend. De daarop betrekking hebbende artikel 1019h Rv-vordering ten bedrage van € 14.500,- is dan ook toewijsbaar. Voor het overige zullen de kosten van XS4All in hoger beroep worden begroot aan de hand van het liquidatietarief (1 punt voor de MvGX).
- 7.6 Tegen het tijdstip van indiening van Ziggo’s kostenstaten in hoger beroep is door Brein – terecht – geen bezwaar gemaakt. De door Ziggo voor het hoger beroep in rekening gebrachte kosten komen uit op € 170.722,24 (of € 189.000,-, zoals zij bij pleidooi nog heeft opgemerkt). In de optiek van Brein is dit bedrag disproportioneel, gezien haar eigen kosten in hoger beroep van ‘slechts’ € 113.878,15 (zie productie 147 van Brein in hoger beroep), en bovendien met nietszeggende omschrijvingen als ‘ontwerp processtuk’ en ‘diverse werkzaamheden’ onvoldoende gespecificeerd. Gelet op de hoogte van de kosten die Brein (onweersproken) stelt te hebben gemaakt en in aanmerking nemende dat XS4All haar kosten voor het hoger beroep zelfs op minder dan € 100.000,- heeft begroot, zal het hof het disproportionaliteitsverweer van Brein deels honoreren en de redelijke en evenredige proceskosten en andere kosten van Ziggo *ex aequo et bono* bepalen op € 120.000,-. Er is, anders dan Brein meent, geen reden om Ziggo’s kosten in hoger beroep op een lager bedrag vast te stellen.

Zaaknummer: 200.105.418/01

19

Beslissing

Het gerechtshof:

- verklaart Ziggo c.s. niet ontvankelijk in hun hoger beroep tegen het tussen partijen gewezen tussenvonnissen van de rechtbank 's-Gravenhage van 8 december 2010;
- vernietigt het tussen partijen gewezen eindvonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 januari 2012, en opnieuw rechtdoende:
 - wijst af de vorderingen van Brein;
 - veroordeelt Brein in de kosten van de procedure in eerste aanleg, tot op heden aan de zijde van Ziggo begroot op € 137.673,63, en aan de zijde van XS4All op € 52.217,50;
- veroordeelt Brein in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Ziggo begroot op € 120.000,- en aan de zijde van XS4All op € 16.030,-, waarvan € 666,- voor verschotten en € 15.364,- voor salaris;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, A.D. Kiers-Becking en J.H. Gerards; het is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 januari 2014 in aanwezigheid van de griffier.

