

Vzgr Rb Amsterdam, 22 oktober 2009, The Pirate Bay v Brein



## AUTEURSRECHT

Openbaar maken door The Pirate Bay?

- [dat het enkele feit dat The Pirate Bay gelegenheid biedt aan anderen om inbreuk op auteursrechten te plegen, onvoldoende is om The Pirate Bay zelf als 'openbaarmaker' aan te merken](#)

Onder openbaarmaking van een werk in de zin van de Auteurswet (en het 'ter beschikking stellen' van een werk in de zin van de Wet op de Naburige Rechten) moet worden verstaan een handeling waardoor het werk voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt. Bij het bepalen van het antwoord op de vraag welke handelingen onder 'openbaarbaarmakingshandelingen' kunnen vallen, is bij kwesties als de onderhavige, die internet betreffen, met name van belang het 'Agreed Statement' bij artikel 8 van het (ook voor Nederland geldende) Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WIPO-auteursrechtverdrag) dat luidt als volgt: "*It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention.*" Hieruit volgt dat 'openbaarmaking' niet ziet op het enkele ter beschikking stellen van de faciliteiten om werken openbaar te maken. Verder acht de voorzieningenrechter in dit kader van belang het arrest van de [Hoge Raad van 8 maart 1957 in de zaak BUMA/\[V\] \(NJ 1957, 271\)](#). In dit arrest sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat de persoon die zeggenschap had over de personen die auteursrechtinbreuk pleegden, niet op basis van de Auteurswet, maar op basis van het leerstuk van onrechtmatige daad een verbod kon worden opgelegd. Indien de lijn die volgt uit voormeld 'Agreed Statement' en het arrest van de Hoge Raad wordt toegepast op de onderhavige casus moet geoordeeld worden dat het enkele feit dat The Pirate Bay gelegenheid biedt aan anderen om inbreuk op auteursrechten te plegen, onvoldoende is om The Pirate Bay zelf als 'openbaarmaker' aan te merken.

- [Al met al kan, gelet op de verweren van \[eisers in verzet\] in deze verzetprocedure, niet zonder meer](#)

[worden geconcludeerd dat The Pirate Bay na het downloaden van de torrent een rol speelt in de uitwisseling van de in die torrent omschreven bestanden.](#)

Niet duidelijk is geworden welke (verdere) rol The Pirate Bay in de uitwisseling van bestanden speelt. Daarvoor is nader onderzoek vereist naar de technische feiten van de zaak, bijvoorbeeld om de vragen te beantwoorden waar in het BitTorrent Systeem sprake is van uploaden van bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal en in hoeverre The Pirate Bay daarin een rol speelt. Het kort geding leent zich niet voor een dergelijk feitenonderzoek. De conclusie is dat thans niet kan worden vastgesteld dat The Pirate Bay de auteursrechten (en de naburige rechten) van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden schendt.

## ONRECHTMATIGE DAAD

Onrechtmatig stelselmatig faciliteren inbreuk auteursrechten

- [The Pirate Bay kan niet als Internet Service Provider worden gezien. Het betoog van \[eisers in verzet\] dat The Pirate Bay slechts doet aan 'caching' houdt daarom geen stand, zoals Stichting Brein terecht heeft betoogd.](#)

De stelling van [eisers in verzet] dat The Pirate Bay op grond van artikel 6:196c BW niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schending van auteursrechten van (de rechthebbenden aangesloten bij) Stichting Brein wordt niet gevolgd. Naast het aanbieden van de onder 5.9 al omschreven diensten stelt The Pirate Bay haar gebruikers ook in de gelegenheid om torrents naar haar servers te uploaden. Dit soort diensten omvat meer dan die van de in dat artikel bedoelde diensten van de informatiemaatschappij. The Pirate Bay kan dus niet als Internet Service Provider worden gezien. Het betoog van [eisers in verzet] dat The Pirate Bay slechts doet aan 'caching' houdt daarom geen stand, zoals Stichting Brein terecht heeft betoogd.

- [The Pirate Bay stelt haar gebruikers stelselmatig in staat om inbreuk te maken op auteursrechten. The Pirate Bay stelt daartoe torrents ter download beschikbaar, helpt gebruikers bij het vinden van de gewenste torrent, moedigt gebruikers aan meer torrents te uploaden, en zorgt ervoor dat de torrents bruikbaar zijn voor haar gebruikers.](#)

Door deze handelswijze worden de gebruikers beter in staat gesteld om bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal met elkaar te delen. Daardoor wordt het belang van de auteursrechthebbenden om zelf te bepalen op welke wijze en onder welke voorwaarden hun werken de gebruiker bereiken, geschaad.

Aansprakelijkheid eisers voor The Pirate Bay

- [Gelet op hetgeen onder 5.14 tot en met 5.18 is overwogen is voorshands voldoende aannemelijk dat de bodemrechter tot de slotsom komt dat \[eisers in verzet\] verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het onrechtmatig handelen van The Pirate Bay jegens Stichting Brein.](#)

## PROCESRECHT

### Behandeling in kort geding ondanks technische complexiteit

- Met het oog op deze belangenafweging moeten, gelet op de door Stichting Brein gestelde grootschalige en voortdurende inbreuk op de auteursrechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden door The Pirate Bay, althans dat die website zulks mogelijk maakt, de stellingen van partijen in kort geding nader worden onderzocht.

Vindplaatsen: LJN: [BK1067](#); AMI 2010, nr. 2, p. 18, m.nt. Hugenholtz

### Vzgr Rb Amsterdam, 22 oktober 2009

(W. Tonkens - Gerkema)

vonnis

#### RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

Vonnis in verzet in kort geding van 22 oktober 2009

zaaknummer / rolnummer: 436360 / KG ZA 09-1809 WT/RV

in de zaak van

1. [eiser 1 in verzet], wonende te [woonplaats], Zweden,

2. [eiser 2 in verzet], wonende te [woonplaats], Zweden,

3. [eiser 3 in verzet], wonende te [woonplaats], Zweden,

eisers in verzet bij dagvaarding van 25 augustus 2009, evens eisers in reconventie,

advocaat [mr. E.J. Louwers](#) te Eindhoven, tegen

de stichting

STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN, gevestigd te Amsterdam, gedaagde in verzet, verweerder in reconventie,

advocaten mr. J.C.H. van Manen en mr. D. F. Groenevelt te Amsterdam.

#### 1. De procedure

1.1. De terechtzitting van 5 oktober 2009 is door de voorzieningenrechter verplaatst naar 8 oktober 2009. Ter terechtzitting van die datum hebben eisers in verzet, verder gezamenlijk [eisers in verzet] genoemd, gesteld en gevorderd overeenkomstig de aan dit vonnis gehechte verzetdagvaarding, waarin zij tevens een voorwaardelijke eis in reconventie hebben ingesteld, met dien verstande dat zij die eis hebben vermindert als na te melden. Gedaagde in het verzet, verder Stichting Brein genoemd, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. De door Stichting Brein pas bij pleitnota ingediende eiswijziging is wegens strijd met de goede procesorde niet toegestaan. Ter zitting heeft Stichting Brein subsidiair haar eis zonder bezwaar van [eisers in verzet] nog vermindert overeenkomstig de veroordeling van Mininova B.V. (verder Mininova) door de [rechtbank Utrecht in de zaak van Stichting Brein tegen Mi-](#)

[nino \(rechtbank Utrecht, 26 augustus 2009, LJN BJ6008\)](#). Na verder debat hebben partijen vonnis gevraagd.

1.2. Ter zitting waren aanwezig:

Aan de zijde van [eisers in verzet]: [mr. Louwers](#) en [mr. H.J. Geurts](#), advocaat te Eindhoven.

Aan de zijde van Stichting Brein: [bedrijfsjurist], bedrijfsjurist, [voorzitter], voorzitter, [hoofd handhaving], hoofd handhaving, en mrs. Van Manen en Groenevelt.

#### 2. De feiten

2.1. Stichting Brein heeft als statutaire doelstelling het juridisch handhaven van de intellectuele eigendomsrechten van de bij haar aangesloten partijen.

2.2. Stichting Brein vertegenwoordigt het overgrote deel van de Nederlandse auteursrechthebbenden op het gebied van muziek en film en computergames.

2.3. The Pirate Bay is in 2004 gelanceerd als website thepiratebay.org waarop zogenaamde torrents worden aangeboden. Met torrents is het direct uitwisselen van bestanden tussen computers die op een netwerk (in dit geval het internet) zijn aangesloten mogelijk. Daarbij staan de computers van de gebruikers in direct onderling contact (peer-to-peer protocol). De gebruiker die een bestand wil downloaden wordt leecher (of downloader) genoemd en de gebruiker die een bestand aanbiedt, wordt seeder (of uploader) genoemd.

2.4. In een BitTorrent systeem zijn de volgende componenten te onderscheiden:

2.4.1. Torrent: bestand waarin informatie is opgeslagen over welke gebruiker welke bestanden aanbiedt en met welke server (Tracker, zie 2.4.5) de torrent een verbinding dient te maken. De torrents bevatten verder een beschrijving van de inhoud en andere technische informatie, zoals de grootte van het uit te wisselen bestand en het computerformaat van dat bestand.

2.4.2. Torrent Upload: een server waar gebruikers torrents kunnen uploaden en zo ter beschikking stellen van andere gebruikers.

2.4.3. Website: de webpagina waarop de leecher kan zoeken naar beschikbaar gestelde torrents en waarvan de leecher die torrent kan downloaden.

2.4.4. Index: een systeem dat de beschikbare torrents categoriseert en voorziet van een beschrijving van de inhoud en technische informatie. De Index biedt de gebruiker een overzicht van beschikbare torrents op de website en stelt hem in staat daarin te zoeken naar de door hem gewenste torrent.

2.4.5. Tracker: verzorgt de verbinding tussen de huiscomputer van de leecher en de huiscomputer van de seeder. De Tracker houdt verder bij welke gebruikers welke (gedeelten van) bestanden beschikbaar hebben gesteld, en wie van die gebruikers online zijn (zie ook 2.5). De bestanden die op deze wijze worden uitgewisseld zijn niet fysiek aanwezig op de Tracker (of een andere server van de website van het BitTorrent systeem).

2.4.6. Cliënt software: nadat de gebruiker de torrent op de huiscomputer heeft gedownload kan hij die torrents activeren in een softwareprogramma zoals bijvoorbeeld Maketorrent of Vuze (voorheen Azareus). Dit

programma maakt de verbinding tussen de huiscomputer van de gebruiker en de Tracker, en handelt vervolgens de communicatie tussen de huiscomputers van de verschillende gebruikers af. Daarbij splitst het softwareprogramma de uit te wisselen bestanden op in kleine delen aan de kant van de seeder, en aan de zijde van de leecher maakt het softwareprogramma van de gedownloade delen weer één bestand.

2.5. Bij het uitwisselen van bestanden wordt het gedeelte daarvan dat al is gedownload direct beschikbaar gesteld aan andere gebruikers (de leecher wordt automatisch seeder voor anderen). De bestanden zijn op die wijze van meer huiscomputers, zolang die online en actief zijn in het BitTorrent systeem via de cliënt softwareprogramma, te downloaden en worden per nieuwe download automatisch verder verspreid.

2.6. The Pirate Bay heeft in ieder geval een Torrent Upload faciliteit, een website en een Index.

2.7. The Pirate Bay maakt gebruik van websites bereikbaar via de volgende domeinnamen: thepiratebay.org, piratebay.org, piratebay.net, piratebay.se, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.nu, thepiratebay.se. Deze domeinnamen leiden de gebruiker automatisch door naar de eerstgenoemde website, thepiratebay.org. Op die website staan enkele pagina's met informatie voor gebruikers over hoe te downloaden en welk beleid The Pirate Bay hanteert met betrekking tot beschikbare torrents. Op één van de hulppagina's staat vermeld:

*“Dit is een publieke tracker waar iedereen torrent files kan downloaden. Om torrents te kunnen uploaden, opmerkingen posten of persoonlijke berichten versturen, moet je je registreren. (...) The Pirate Bay verwijdert alleen torrents indien de naam niet overeenkomt met de inhoud. Men moet kunnen weten wat hij/zij download. (accordance with the content also means any torrents which description is made to match a certain search phrase that is not relevant will also be deleted) (...)”.*

Verder biedt The Pirate Bay de gebruikers gelegenheid tot chatten met haar medewerkers. De uitleg daarover is ook in het Nederlands beschikbaar.

2.8. Op The Pirate Bay wordt thans gemiddeld twee miljoen torrents aangeboden. De website is automatisch in de Nederlandse taal beschikbaar indien een gebruiker vanuit Nederland (of via een Nederlandse provider) naar thepiratebay.org surft, ook als die gebruiker dat voor de eerste keer doet. Op de website staan advertenties gericht op de Nederlandse markt. Uit onderzoek, verricht in week 18 van 2009, is Stichting Brein gebleken dat met behulp van The Pirate Bay de op haar website beschikbare torrents kunnen worden gedownload voor 90 van de 100 in Nederland best verkochte titels waarvan de auteurs- en naburige rechten toebehoren aan bij Stichting Brein aangesloten organisaties.

2.9. In Zweden heeft een strafzaak gediend tegen [eisers in verzet] en [betrokkene\_1]. Bij vonnis van 17 april 2009 van de Zweedse strafrechter van de rechtbank te Stockholm, in het geding gebracht door

Stichting Brein in een Engelse vertaling, zijn zij ieder veroordeeld tot één jaar gevangenisstraf op grond van overtreding van de “Copyright Act 1960:729” en het Zweedse wetboek van strafrecht. In dat vonnis is, voor zover van belang, het volgende opgenomen:

*“(...) The Pirate Bay website commenced its activities in the middle of 2004 through [eiser 1 in verzet] ([eiser 1 in verzet] in deze procedure, vzt) and [eiser 3 in verzet], who took over the activities from a third party (...)*

*At the beginning of January 2005, [betrokkene\_1] discussed an international launching of the website (...) In this context [eiser 3 in verzet] came into contact with [betrokkene\_2] in Israel, who proved to be an enterprising advertising salesman ([eiser 2 in verzet] came into the picture during this period of time in order to design the new website. He had his own company, HAIQ Sweden AB, and also was engaged to design the search function. (...)*

*The Pirate Bay's new website was ready in June 2005. (...) [betrokkene\_2] thereafter had the idea that the company, Transworld Advertising Corporation, which he represented, as well as himself and [eiser 1 in verzet], [eiser 3 in verzet] and [eiser 2 in verzet] should form a company, which would be called Random Media, in order to conduct The Pirate Bay's operations. Transworld Advertising Corporation would invest USD 40,000 in the new company, while [eiser 1 in verzet] and [eiser 3 in verzet] would contribute with the websites they owned. The partnership agreement, (...) was signed in September 2005 (...)*

*[eiser 3 in verzet] has stated essentially as follows. (...) An improved version of The Pirate Bay was launched in the spring of 2005. The new version involved the website being laid out in several languages, with a new design and much improved technology. (...)*

*The question which the District Court must now consider is whether [eiser 1 in verzet], [eiser 3 in verzet], [eiser 2 in verzet] and [betrokkene\_1] have furthered the principal offenses by affording a possibility for users to upload and store torrent files to The Pirate Bay file sharing service; by providing a database connected to a catalogue containing torrent files; by making it possible for users to search for and download torrent files; and by providing the functionality through which users who chose to share files could come into contact with each other through the file sharing server's tracker function. (...) The aim of The Pirate Bay was to create a meeting place for file sharers (...) the website was under constant development. New hardware was regularly purchased and the search functions and the tracker were developed, all with the aim of increasing the efficiency of availability to, and transfer of, uploaded material. (...)*

*[eiser 1 in verzet] and [eiser 3 in verzet] were, according to their own information, involved in the initial activities of The Pirate Bay. According to their own information, they were also primarily responsible for the technical operation and for the technical and functional development of the website. [eiser 1 in*

verzet]'s and [eiser 3 in verzet]'s evidence is supported by the written evidence in the case and the evidence provided by [eiser 2 in verzet] and [betrokkene\_1]. (...) [eiser 2 in verzet] was, according to his own information, The Pirate Bay's press spokesman; this is substantiated by [eiser 1 in verzet] and [eiser 3 in verzet]. [eiser 2 in verzet] also stated that he had no other function in The Pirate Bay. The written evidence presented by the prosecutor consisting (...) of extensive e-mail correspondence between the accused and [betrokkene\_2] as well as various payment flows to and from [eiser 2 in verzet]'s company (...) show however that he had relatively regular contacts with [betrokkene\_2] and these contacts were connected to both The Pirate Bay's advertising operations and to the technical development of the website. (...) According to his own information, [eiser 2 in verzet] also presented proposals for measures which, in his view, were necessary for The Pirate Bay to take in order to make the website even more popular and profitable. He also signed the contract aimed at forming the company, Random Media (...)

In the District Court's opinion, it is clear that [eiser 1 in verzet] and [eiser 3 in verzet] have taken the leading roles regarding the technical operation of The Pirate Bay. It is, however, proven that [eiser 2 in verzet] and [betrokkene\_1] also have had such a direct or indirect influence over the technical development and functionality of the website that they are to be deemed also responsible therefor. (...) The District Court finds (...) that [eiser 2 in verzet] and [betrokkene\_1] have also participated in the operations of The Pirate Bay to such an extent that they, together with [eiser 1 in verzet] and [eiser 3 in verzet], are to be deemed responsible for the organization, administration, programming, financing and operation of the file sharing service in the manner alleged by the prosecutor. (...)"

[eisers in verzet] hebben hoger beroep aangetekend tegen dit vonnis van de Zweedse strafrechter.

2.10. Op 19 april 2009 is op The Pirate Bay de volgende tekst geplaatst:

"(...) So the first verdict finally came, almost 3 years after the raid. (...) The site will live on! We are more determined than ever that what we do is right. (...) If you (...) want to help out, here is a list:

\* Seed those torrents a little bit more than you usually do!

\* Buy a t-shirt and show the world where your sympathy is. (...)

\* Continue to build the internets! Start more torrent sites (...)

\* Do not be afraid of using the network. Invite your friends to this and other file sharing systems. (...)"

2.11. Onder de door Stichting Brein in het geding gebrachte stukken bevinden zich verschillende overzichten van de registratiegegevens van de domeinnaam thepiratebay.org:

2.11.1. Op het overzicht afgedrukt op 13 mei 2009:

"Created on: 28-jun-2004  
Last updated on: 05-Nov-2008 (...)

Registrant Name:[eiser 1 in verzet]

Registrant Organization:TFR

Registrant Street:[adres] (...)

Registrant City:[woonplaats] (...)

Registrant Email:[email [eiser 1 in verzet]]"

2.11.2. Op het overzicht afgedrukt op 1 oktober 2009:

"Last updated on: 18-Jun-2009 (...)

Registrant Name:[eiser 1 in verzet]

Registrant Organization:Reservella

Registrant Street:[adres] (...)

Registrant City:[woonplaats] (...)

Registrant Email:[e-mail [eiser 1 in verzet]]@dcpnetworks.com"

2.12. Stichting Brein heeft verder de registratiegegevens van de volgende domeinnamen overgelegd:

"domain name: PIRATEBAY.ORG

Registrant Name:[eiser 1 in verzet]

Registrant Organization:DCPNetworks Domains By Proxy (...)

Registrant Email: [e-mail [eiser 1 in verzet]]@dcpnetworks.com"

"DOMAIN: DCPNETWORKS.COM (...)

owner-organization: DCPNetworks

owner-fname: [voornaam]

owner-lname: [eiser 1 in verzet]"

en

"DOMAIN: OPENBITTORRENT.COM (...)

owner-fname: Domain

owner-lname: Manager

owner-street: [adres]

owner-city: [woonplaats]"

2.13. Stichting Brein heeft als productie 6 in het geding gebracht afdrucken van de 'Folkbokføringsinformatie' (in het Nederlands: bevolkingsregisterinformatie) met de adresgegevens van [eisers in verzet]. Op de afdruk met de gegevens van [eiser 1 in verzet] is vermeld dat hij als postadres hanteert: [adres] te [woonplaats].

2.14. Op 5 mei 2009 heeft Stichting Brein [eisers in verzet], door Stichting Brein gezien als de oorspronkelijke oprichters, en thans als eigenaren en beheerders van The Pirate Bay, gesommeerd onmiddellijk de activiteiten gericht op de Nederlandse markt te beëindigen. Bij e-mail van 6 mei 2009 heeft [eiser 1 in verzet], althans is vanaf zijn e-mailadres, geantwoord met, voor zover van belang:

"(...) I'm awaiting the day you will be brought to trial for your war crimes! I hope you all suffer greatly for the things that you have done!"

2.15. Op 17 juni 2009 is door de website Dayrobber.com een interview met [eiser 1 in verzet] en [eiser 2 in verzet] op de website www.youtube.com geplaatst:

[eiser 2 in verzet]: 'I am [voornaam], I am from The Pirate Bay and I do press and media.'

[eiser 1 in verzet]: 'And I am [voornaam] from The Pirate Bay and I do tech-stuff.'

Verder in het interview over The Pirate Bay:

[eiser 2 in verzet]: 'It's a philosophy maybe, it's a network.'

Interviewer: 'And what's the idea?'

[eiser 2 in verzet]: 'Uncensored sharing.'

Interviewer: 'Where do you draw the line?'

[eiser 2 in verzet]: 'Stuff that is illegal, such as child porn (...) videos of people getting killed.'

2.16. Bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard [verstekvonnis van 30 juli 2009 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank](#) beslist:

"(...) 3.2. *Gebiedt [eisers in verzet], ieder afzonderlijk en gezamenlijk, om binnen tien dagen na betekening van dit vonnis de inbreuken in Nederland op de auteurs- en naburige rechten van de aangeslotenen van Stichting Brein te staken en gestaakt te houden, daaronder begrepen het aanbieden van hun diensten als tussenpersonen als bedoeld in artikel 26d Auteurswet en artikel 15e Wet op de naburige rechten, op straffe van een dwangsom voor iedere dag dat zij hiermee in strijd handelen van EUR 30.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.*

3.3. *Gebiedt [eisers in verzet], ieder afzonderlijk en gezamenlijk, uitvoering te geven aan het gebod onder 3.2 door de websites thepiratebay.org, piratebay.org, piratebay.net, piratebay.se, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.nu en thepiratebay.se, of andere variaties daarop, alsook de bij die websites behorende (tracker)servers en databases, ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland, op straffe van een dwangsom voor iedere dag dat zij hiermee in strijd handelen van EUR 30.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.*

3.4. *Stelt de termijn als bedoeld in artikel 1019i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vast op twee maanden vanaf de datum van dit vonnis.*

3.5. *Veroordeelt gedaagden in de proceskosten, aan de zijde van eisers tot op heden begroot op EUR 42.762,00. (...)*"

2.17. Op 10 augustus 2009 heeft de Zweedse autoriteit belast met tenuitvoerleggingen, [naam 1] genaamd, verslag gedaan van een onderzoek naar de mogelijkheid om ten laste van [eisers in verzet] beslag te leggen. Dit verslag is in Nederlandse vertaling door [eisers in verzet] in het geding gebracht. [naam 1] heeft geconcludeerd dat onvoldoende is aangetoond dat [eisers in verzet] eigenaar zijn, of aandeelhouders zijn, van Reservella of The Pirate Bay zodat geen beslag ten laste van hen kan worden gelegd.

2.18. Ter zitting heeft Stichting Brein een afdruk van 7 oktober 2009 van de startpagina van The Pirate Bay overgelegd. Op die afdruk staat vermeld:

"Download music, movies, games, software! The Pirate Bay – The world's largest Torrent tracker. Support The Pirate Bay – Get your support wear here! (...)

IPv4 20.070.417 peers (11.094.693 seeders + 8.975.724 leechers) in 1.842.538 torrents on tracker. (...)"

2.19. In de zomer van 2009 is sprake geweest dat de Zweedse - toen beursgenoteerde - onderneming Global Gaming Factory X AB (verder: GGF) The Pirate Bay zou overnemen.

### 3. Het geschil in verzet

3.1. [eisers in verzet] vorderen samengevat - ontheven te worden van de veroordeling tegen hen uitgesproken bij verstekvonnis van 30 juli 2009 en subsidiair hen te ontheffen van de in dat verstekvonnis opgelegde dwangsommen, met veroordeling van Stichting Brein in de volledige proceskosten.

3.2. [eisers in verzet] stellen daartoe - kort weergegeven - het volgende. De dagvaarding is nietig omdat Stichting Brein onvoldoende heeft getracht om die aan [eisers in verzet] te betekenen. Daarnaast is de feitelijke technische kant van deze zaak te moeilijk voor een kort geding over de gestelde inbreuk op de auteursrechten. The Pirate Bay website en bijbehorende servers hebben geen 'tracker'-functionaliteit. Bij het uitwisselen van de - eventueel - auteursrechtelijk beschermde werken speelt The Pirate Bay dus geen rol. Op de website worden slechts overzichten gegeven van beschikbare torrents, die men ook kan downloaden. Die torrents zijn echter geen auteursrechtelijk beschermde werken. Verder kunnen [eisers in verzet] niet voldoen aan de vorderingen van Stichting Brein omdat zij geen zeggenschap hebben over The Pirate Bay. [eiser 1 in verzet] en [eiser 3 in verzet] zijn in 2004 de website The Pirate Bay begonnen. In 2006 hebben zij de website verkocht aan een bedrijf, en inmiddels is de website eigendom van Reservella Ltd., gevestigd op de Seychellen. [eiser 2 in verzet] is slechts betrokken geweest als sympathisant en later als woordvoerder. Stichting Brein heeft niet aannemelijk gemaakt dat en waarom [eiser 1 in verzet], [eiser 2 in verzet] en [eiser 3 in verzet] aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door haar gestelde onrechtmatige handelingen van The Pirate Bay. Verder is bij het uitwisselen van de bestanden waarnaar de torrents verwijzen sprake van eigen gebruik, dan wel gebruik in het privé domein. De gedownloade delen worden immers pas op de huiscomputer van de leecher tot een zintuigelijk waarneembaar bestand samengesteld. Eigen gebruik is toegestaan onder de Auteurswet. Vervolgens is The Pirate Bay een Internet Service Provider als bedoeld in artikel 6:196c Burgerlijk Wetboek (BW). The Pirate Bay stelt de bestanden slechts ter beschikking als onderdeel van haar caching-diensten. Tot slot vallen de activiteiten van The Pirate Bay onder de vrijheid van meningsuiting. De vorderingen van Stichting Brein houden een ongerechtvaardigde en disproportionele beperking van dat grondrecht in.

3.3. Stichting Brein voert, kort gezegd, aan dat The Pirate Bay voortdurend op grote schaal inbreuk maakt op de auteursrechten en de naburige rechten (verder zullen beide onder de noemer 'auteursrechten' worden aangeduid) van de bij haar aangesloten rechthebbenden. The Pirate Bay maakt de torrents beschikbaar, en verzorgt de Tracker functionaliteit. Daardoor worden auteursrechtelijk beschermde werken uitgewisseld. Dat is een openbaarmaking in de zin van de Auteurswet. Daarnaast handelt The Pirate Bay als tussenpersoon in het gehele proces. [eisers in verzet] zijn eigenaars, dan wel de beheerders, van The Pirate Bay en hebben feitelijk een doorslaggevende invloed op de website. Subsidiair stelt Stichting Brein dat The

Pirate Bay onrechtmatig jegens Stichting Brein handelt door haar gebruikers structureel in de gelegenheid te stellen om auteursrechtelijk beschermde werken uit te wisselen. The Pirate Bay profiteert van haar eigen populariteit onder internetgebruikers omdat die populariteit de verkoop van advertentieruimte op haar webpagina's stimuleert.

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

#### **4. Het geschil in voorwaardelijke reconventie**

4.1. [eisers in verzet] vorderen, na vermindering van eis in reconventie, voor het geval dat hun veroordeling in conventie in stand blijft samengevat - de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het verstekvonnis te herroepen of op te schorten en Stichting Brein op straffe van een dwangsom te verbieden het verstekvonnis te betekenen, ten uitvoer te leggen en/of andere juridische maatregelen te treffen tegen hen, met veroordeling van Stichting Brein in de proceskosten. [eisers in verzet] stellen daartoe overeenkomstig hetgeen zij hebben gesteld als omschreven onder 3.2.

4.2. Stichting Brein voert verweer tegen de eis in reconventie.

#### **5. De beoordeling**

5.1. Bij [verstekvonnis van 30 juli 2009](#) zijn [eisers in verzet] veroordeeld tot - kort samengevat - het staken van de door Stichting Brein gestelde inbreuken in Nederland op de auteurs- en naburige rechten van de aangeslotenen van Stichting Brein, onder meer door de website thepiratebay.org (en andere domeinnamen die automatisch daartoe leiden) ontoegankelijk te maken voor gebruikers in Nederland. Doordat zij tegen dat verstekvonnis tijdig in verzet zijn gekomen moet de zaak thans in conventie alsnog op tegenspraak worden beoordeeld. De tegen [eisers in verzet] bij de inleidende dagvaarding ingestelde vorderingen zijn in kort geding slechts toegewezen indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter de vorderingen van Stichting Brein zal toewijzen. Hiervan kan sprake zijn indien geoordeeld zal worden dat [eisers in verzet] met de website The Pirate Bay onrechtmatig jegens Stichting Brein handelen, hetzij doordat zij inbreuk maken op de auteursrechten van de bij Stichting Brein betrokken rechthebbenden, hetzij doordat zij dat mogelijk maken en bevorderen en daarvan profijt trekken. Indien aannemelijk is dat de bodemrechter het handelen van [eisers in verzet] onrechtmatig jegens Stichting Brein zal achten, is het spoedeisende belang van de vorderingen in die zin gegeven, dat iedere dag dat de inbreuk op haar rechten voortduurt tot (meer) schade kan leiden aan de zijde van Stichting Brein.

#### **Niet ontvankelijkheid van de vorderingen van Stichting Brein en (on)bevoegdheid voorzieningenrechter**

5.2. Het beroep van [eisers in verzet] op de nietigheid van de dagvaarding wordt verworpen. Zij hebben betoogd dat Stichting Brein onvoldoende inspanningen heeft verricht om hun woonadressen te achterhalen en dat Stichting Brein de dagvaarding niet heeft gepubliceerd in een landelijk dagblad in Zweden.

Stichting Brein heeft tegen dat laatste - onweersproken - aangevoerd dat publicatie in een landelijk dagblad alleen is voorgeschreven wanneer van de gedaagde geen bekende woon- of verblijfplaats in Zweden bekend is. Stichting Brein heeft als productie 6 de adresgegevens uit het Zweedse bevolkingsregister van [eisers in verzet] overgelegd. Daaruit blijkt dat zij een bekende woonplaats in Zweden hebben, zodat de noodzaak om de uitgebrachte dagvaarding te moeten publiceren in een landelijk dagblad in Zweden niet is gebleken. [eisers in verzet] hebben de door Stichting Brein in het geding gebrachte adresgegevens overigens niet betwist. Zij zijn door verzet in te stellen in dit geding verschenen. Gesteld noch gebleken is dat zij door enig gebrek in de inleidende dagvaarding in hun belangen zijn geschaad (zie artikel 122 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)).

5.3. De door Stichting Brein gestelde inbreuken op de auteurs- en naburige rechten vinden, voor zover hier van belang, ook plaats in Nederland, zodat deze rechtbank, en daarmee de voorzieningenrechter, bevoegd is kennis te nemen van het onderhavige geschil, dat alleen ziet op Nederland. Bovendien kan, gelet op het [Ladbrokes-arrest \(HR 18 februari 2005, NJ 2005, 404\)](#), worden geconcludeerd dat het aanbieden van torrents via de website The Pirate Bay specifiek op Nederland is gericht. The Pirate Bay komt immers bij gebruik vanuit Nederland of via een Nederlandse provider (zie 2.8) op in de Nederlandse taal zonder dat de internetgebruiker daartoe enige speciale handeling hoeft te verrichten. Daarnaast staan op de (Nederlandstalige) pagina's van de website advertenties bedoeld voor de Nederlandse consument. Tot slot zijn op de website veel torrents beschikbaar die verwijzen naar bestanden met een Nederlandstalige inhoud.

5.4. **Het meest verstrekkende verweer van [eisers in verzet] is dat deze zaak zich niet leent voor behandeling in kort geding. De technische complexiteit van een BitTorrent Systeem maakt dat in kort geding niet kan worden vastgesteld dat sprake is van onrechtmatig handelen jegens Stichting Brein en de bij haar aangesloten rechthebbenden op auteursrechten, aldus [eisers in verzet]. De aard van het kort geding brengt echter een belangenafweging mee waarbij enerzijds onder meer het voorlopig karakter van het rechterlijk oordeel en de ingrijpendheid van een eventueel verbod voor de verweerder in aanmerking dienen te worden genomen, en anderzijds de omvang van de schade die voor de eiser dreigt indien een verbod zou uitblijven ([HR 15 december 1995, NJ 1996, 509; Procter & Gamble / Kimberley-Clark](#)). Met het oog op deze belangenafweging moeten, gelet op de door Stichting Brein gestelde grootschalige en voortdurende inbreuk op de auteursrechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden door The Pirate Bay, althans dat die website zulks mogelijk maakt, de stellingen van partijen in kort geding nader worden onderzocht. Tijdens de behandeling van het verzet is bovendien door beide partijen besproken het [vonnis in de bodemprocedure van de rechtbank Utrecht van](#)**

**26 augustus 2009** gewezen tussen Stichting Brein en Mininova over de exploitatie door laatstgenoemde van een BitTorrent platform, waarbij een aantal voorzieningen tegen Mininova zijn toegewezen.

### **De primaire grondslag: schending van de Auteurswet**

5.5. Stichting Brein heeft gesteld dat The Pirate Bay voortdurend en op grote schaal werken openbaart, dan wel als tussenpersoon daartoe de gelegenheid biedt, zonder toestemming van de rechthebbenden. Zij heeft betoogd dat de Tracker van The Pirate Bay een faciliteit is om bestanden uit te wisselen. In dat proces is het uploaden van die bestanden essentieel. Die bestanden bevatten voor zeker 90% auteursrechtelijk beschermd materiaal, aldus Stichting Brein.

5.6. Tot uitgangspunt bij de beoordeling of van schending van de Auteurswet sprake is, geldt (zoals ook de rechtbank Utrecht overwoog) het volgende. Onder openbaarmaking van een werk in de zin van de Auteurswet (en het 'ter beschikking stellen' van een werk in de zin van de Wet op de Naburige Rechten) moet worden verstaan een handeling waardoor het werk voor het publiek toegankelijk wordt gemaakt. Bij het bepalen van het antwoord op de vraag welke handelingen onder 'openbaarbaarmakingshandelingen' kunnen vallen, is bij kwesties als de onderhavige, die internet betreffen, met name van belang het 'Agreed Statement' bij artikel 8 van het (ook voor Nederland geldende) Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WIPO-auteursrechtverdrag) dat luidt als volgt: "*It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention.*" Hieruit volgt dat 'openbaarmaking' niet ziet op het enkele ter beschikking stellen van de faciliteiten om werken openbaar te maken. Verder acht de voorzieningenrechter in dit kader van belang het arrest van de **Hoge Raad van 8 maart 1957 in de zaak BUMA/[V] (NJ 1957, 271)**. In dit arrest sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat de persoon die zeggenschap had over de personen die auteursrechtinbreuk pleegden, niet op basis van de Auteurswet, maar op basis van het leerstuk van onrechtmatige daad een verbod kon worden opgelegd. Indien de lijn die volgt uit voormeld 'Agreed Statement' en het arrest van de Hoge Raad wordt toegepast op de onderhavige casus moet geoordeeld worden dat het enkele feit dat The Pirate Bay gelegenheid biedt aan anderen om inbreuk op auteursrechten te plegen, onvoldoende is om The Pirate Bay zelf als 'openbaarmaker' aan te merken.

5.7. De vraag is vervolgens of The Pirate Bay zoveel verder gaat dan het ter beschikking stellen van faciliteiten voor het plegen van inbreuken op auteursrechten dat haar activiteiten toch als 'openbaarbaarmakingshandelingen' hebben te gelden.

5.7.1. Vast staat dat de website The Pirate Bay in ieder geval de mogelijkheid biedt om torrents te uploaden, zoeken en downloaden. Tussen partijen is niet in geschil dat The Pirate Bay door het enkele bieden van

die mogelijkheid het auteursrecht niet schendt. Voor een dergelijke schending is een Tracker noodzakelijk, aldus partijen. Niet in het debat betrokken, maar essentieel voor het uitwisselen van bestanden, en daarmee de gestelde schending van het auteursrechten, zijn ook de gebruikers, met name de seeders of uploaders, en het onder 2.4.6 omschreven cliënt softwareprogramma.

5.7.2. Om vast te stellen of The Pirate Bay inbreuk maakt op auteursrechten, dan wel rechtstreeks dan wel als tussenpersoon, moet dus tenminste vast komen te staan dat The Pirate Bay Tracker faciliteiten aanbiedt. [eisers in verzet] ontkennen dat dit het geval is. Het uitwisselen van bestanden vindt niet plaats via The Pirate Bay, aldus [eisers in verzet]. Stichting Brein heeft in de verstekprocedure producties overgelegd waaruit blijkt dat toen de domeinnaam 'tracker.thepiratebay.org' in gebruik is geweest. In deze verzetprocedure heeft zij productie 50 ingebracht waaruit blijkt dat voor uitwisseling van bestanden thans het domein 'tracker.openbittorrent.com' wordt gebruikt. De conclusie van Stichting Brein dat daaruit blijkt dat The Pirate Bay een (centrale) rol speelt in het uitwisselen van bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal kan echter niet zonder meer worden gedeeld. Uit de afdruk van de geactiveerde torrent, door Stichting Brein als productie 50 overgelegd, blijkt immers niet dat het cliënt softwareprogramma een verbinding heeft gemaakt met The Pirate Bay. Op die afdruk is te lezen dat het domein tracker.thepiratebay.org 'offline' (verlopen) is en dat het domein tracker.openbittorrent.com werkend is. Dat de domeinnamen openbittorrent.com en thepiratebay.org zijn geregistreerd door personen die hetzelfde postadres (van [eiser 1 in verzet]) gebruiken (zie 2.12) maakt nog niet dat in kort geding kan worden vastgesteld dat The Pirate Bay wel degelijk Tracker faciliteiten aanbiedt en zo de auteursrechten van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden schendt, dan wel dit als tussenpersoon mogelijk maakt. De ter zitting overgelegde een afdruk van de homepage van The Pirate Bay van de avond (zie 2.18) is daartoe voorshands onvoldoende.

5.8. Al met al kan, gelet op de verweren van [eisers in verzet] in deze verzetprocedure, niet zonder meer worden geconcludeerd dat The Pirate Bay na het downloaden van de torrent een rol speelt in de uitwisseling van de in die torrent omschreven bestanden. Niet duidelijk is geworden welke (verdere) rol The Pirate Bay in de uitwisseling van bestanden speelt. Daarvoor is nader onderzoek vereist naar de technische feiten van de zaak, bijvoorbeeld om de vragen te beantwoorden waar in het BitTorrent Systeem sprake is van uploaden van bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal en in hoeverre The Pirate Bay daarin een rol speelt. Het kort geding leent zich niet voor een dergelijk feitenonderzoek. De conclusie is dat thans niet kan worden vastgesteld dat The Pirate Bay de auteursrechten (en de naburige rechten) van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden schendt. Voorshands is daarom

onvoldoende aannemelijk dat de bodemrechter de vordering van Stichting Brein op deze grondslag zal toewijzen.

### **De subsidiaire grondslag: onrechtmatig handelen door The Pirate Bay**

5.9. Resteert de vraag of The Pirate Bay door het aanbieden van Torrents waarmee bestanden met auteursrechtelijke werken kunnen worden uitgewisseld onrechtmatig handelt jegens Stichting Brein, zoals zij subsidiair heeft gesteld.

5.9.1. Stichting Brein heeft onweersproken gesteld dat The Pirate Bay de op haar servers ge-uploade torrents categoriseert, indexeert en opneemt in de Index van de website. Daardoor stelt The Pirate Bay de gebruiker (de leecher) in de gelegenheid om torrents te zoeken en te downloaden.

5.9.2. Daarnaast is niet betwist dat medewerkers van The Pirate Bay zich actief bezighouden met de torrents die worden ge-upload door gebruikers. Torrents die verwijzen naar lege bestanden, kinderporno of virussen worden verwijderd. The Pirate Bay biedt ook gelegenheid tot chatten met haar medewerkers over de beschikbare torrents.

5.9.3. Verder heeft Stichting Brein een onderzoek van TNO overgelegd waaruit blijkt dat van minimaal 90% van de best verkopende werken in Nederland een torrent op The Pirate Bay aanwezig is. [eisers in verzet] hebben de uitkomsten van dit onderzoek niet bestreden.

5.9.4. Uit het bericht (zie 2.10) dat daags na het vonnis van 17 april 2009 van de Zweedse strafrechter op The Pirate Bay is geplaatst blijkt dat zij haar gebruikers aanmoedigt om meer torrents beschikbaar te stellen en meer torrent sites op te starten. Verder wordt de gebruikers geadviseerd om ook vrienden en familie uit te nodigen gebruik te gaan maken van The Pirate Bay (en andere gelijksoortige websites).

5.9.5. Stichting Brein heeft tot slot betoogd dat The Pirate Bay profiteert van de door de gebruikers van haar website gepleegde inbreuk op auteursrechten door reclame-inkomsten. Het enkele verweer van [eisers in verzet] dat The Pirate Bay nimmer inkomsten heeft verworven met haar activiteiten wordt niet gevolgd. Onbetwist is immers dat de website op Nederland gerichte advertenties heeft en dat de website enorm populair is. Die populariteit bepaalt in grote mate de prijs voor de door The Pirate Bay aangeboden advertentieruimte op haar webpagina's. Daarnaast biedt The Pirate Bay op haar website producten met haar logo aan. Daarom is thans niet uit te sluiten dat The Pirate Bay omzet heeft gegenereerd, en genereert, met haar webactiviteiten en dus profiteert van het feit dat zij torrents op haar website aanbiedt.

5.10. Uit het voorgaande volgt dat voorshands aannemelijk is dat de bodemrechter de subsidiaire stelling van Stichting Brein volgt en zal concluderen dat The Pirate Bay, evenals de rechtbank Utrecht dat heeft gedaan ten aanzien van Mininova, gelegenheid geeft tot het structureel verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal, inbreuken op auteursrechten bevordert en van die inbreuken profiteert.

### **Onrechtmatigheid van handelen**

5.11. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de hiervoor vastgestelde handelwijze van The Pirate Bay inhoudt dat zij onrechtmatig handelt jegens Stichting Brein.

5.11.1. De stelling van [eisers in verzet] dat The Pirate Bay op grond van artikel 6:196c BW niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schending van auteursrechten van (de rechthebbenden aangesloten bij) Stichting Brein wordt niet gevolgd. Naast het aanbieden van de onder 5.9 al omschreven diensten stelt The Pirate Bay haar gebruikers ook in de gelegenheid om torrents naar haar servers te uploaden. Dit soort diensten omvat meer dan die van de in dat artikel bedoelde diensten van de informatiemaatschappij. The Pirate Bay kan dus niet als Internet Service Provider worden gezien. Het betoog van [eisers in verzet] dat The Pirate Bay slechts doet aan 'caching' houdt daarom geen stand, zoals Stichting Brein terecht heeft betoogd.

5.11.2. The Pirate Bay stelt haar gebruikers stelselmatig in staat om inbreuk te maken op auteursrechten. The Pirate Bay stelt daartoe torrents ter download beschikbaar, helpt gebruikers bij het vinden van de gewenste torrent, moedigt gebruikers aan meer torrents te uploaden, en zorgt ervoor dat de torrents bruikbaar zijn voor haar gebruikers. Door deze handelwijze worden de gebruikers beter in staat gesteld om bestanden met auteursrechtelijk beschermd materiaal met elkaar te delen. Daardoor wordt het belang van de auteursrechthebbenden om zelf te bepalen op welke wijze en onder welke voorwaarden hun werken de gebruiker bereiken, geschaad.

5.12. Dat de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden schade lijden door de handelwijze van The Pirate Bay is zeer aannemelijk. De voorlopige conclusie is dan ook dat The Pirate Bay onrechtmatig handelt jegens Stichting Brein.

### **Aansprakelijkheid van [eisers in verzet]**

5.13. Stichting Brein heeft gesteld dat [eisers in verzet] de website The Pirate Bay hebben opgericht en thans als eigenaar, dan wel als de beheerders, van die website dienen te gelden.

5.14. Ter zitting hebben [eiser 1 in verzet] en [eiser 3 in verzet] te kennen gegeven dat zij de website in 2004 hebben opgericht en in 2006 hebben verkocht. Ter zitting hebben zij de naam van de koper echter niet kunnen of willen noemen. Zij hebben verder betoogd dat de website thans eigendom is van Reservella Ltd, een onderneming gevestigd te de Seychellen. [eiser 2 in verzet] heeft aangevoerd slechts een sympathisant, en woordvoerder, van de website te zijn.

5.15. [eisers in verzet] hebben geen koopovereenkomst overgelegd, of enig ander stuk, waaruit blijkt dat [eiser 1 in verzet] en [eiser 3 in verzet] in 2006 The Pirate Bay hebben verkocht. Bovendien blijkt uit het vonnis van 17 april jongstleden van de Zweedse strafrechter dat [eiser 1 in verzet] en [eiser 3 in verzet] in 2005 de website hebben ingebracht in een bedrijf, en dat [eiser 2 in verzet] de oprichtingsakte van dat bedrijf mede heeft ondertekend. Deze visie van de Zweedse strafrechter op de gang van

zaken van toen is niet betwist in deze procedure, zodat voorshands wordt aangenomen dat [eisers in verzet] in 2006 eigenaars waren van het verkopende bedrijf bij de door hen gestelde overdracht van The Pirate Bay. Dat zij nu niet weten aan wie The Pirate Bay toen is verkocht overtuigt dan ook niet. De stelling van [eisers in verzet] dat in 2006 de website aan een derde is verkocht kan daarom niet worden gevolgd.

5.16. Bovendien wordt Reservella Ltd. op de Seychellen vertegenwoordigd door een administratiekantoor. Daaruit volgt dat voorshands aannemelijk is dat op de Seychellen geen personeel aanwezig is dat The Pirate Bay beheert. Het internet is naar zijn aard wereldwijd toegankelijk en een website kan in beginsel op iedere plek, waar ook ter wereld, worden gehost. Beheerders van de website hebben van iedere plek op de wereld toegang tot de servers van de hostingmaatschappij voor onderhoudstaken van de website. Zelfs als wordt vastgesteld dat Reservella Ltd. thans economisch eigenaar is van The Pirate Bay, hetgeen nog niet vast is komen te staan, maakt dat vooralsnog niet dat anderen feitelijk niet de leiding (zouden kunnen) hebben over het beheer van de website. Daarom kan het betoog van [eisers in verzet] dat uit het rapport van 10 augustus 2009 van [naam 1] (zie 2.17) blijkt dat zij niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het handelen van The Pirate Bay, niet worden gevolgd. Uit dat rapport volgt immers slechts dat [eisers in verzet] niet beschikken over voor beslag vatbare activa in Zweden en dat niet is aangetoond dat zij, hetzij als aandeelhouders van Reservella Ltd., hetzij als begunstigen, aanspraak kunnen maken op een eventueel door GGF wegens aankoop van The Pirate Bay verschuldigde koopsom. Voor zover in dat rapport wordt vermeld dat onvoldoende is aangetoond dat zij eigenaar van aandelen in Reservella Ltd. zijn, volgt daaruit niet dat [eisers in verzet] het feitelijke beheer, dan wel de feitelijke leiding daarover, van The Pirate Bay hebben overgedragen.

5.17. Door de Zweedse strafrechter in eerste instantie is de betrokkenheid van [eisers in verzet] bij The Pirate Bay bewezen verklaard. Hoewel dit oordeel nog onderhevig is aan hoger beroep, vormt het wel een aanwijzing voor hun betrokkenheid. Bovendien hebben [eiser 1 in verzet] en [eiser 2 in verzet] na het vonnis van 17 april 2009 van de Zweedse strafrechter veelvuldig de publiciteit gezocht en daarin te kennen gegeven dat The Pirate Bay zal doorgaan ondanks de veroordeling van hen en [eiser 3 in verzet] tot een gevangenisstraf. Daaruit moet worden geconcludeerd dat [eiser 1 in verzet] en [eiser 2 in verzet] op dat moment van mening waren, of die indruk hebben willen wekken, dat zij The Pirate Bay vertegenwoordigen, dan wel een leidinggevende rol bij de website vervullen.

5.18. Daarnaast heeft [eiser 1 in verzet] zelf in zijn reactie op de sommatie van 5 mei 2009 van Stichting Brein niet naar voren gebracht dat hij geen zeggenschap over de website heeft. Verder heeft hij de domeinregistratie van thepiratebay.org pas op 18 juni

2009 aangepast en is Reservella als organisatie van de domeinhouder geregistreerd. [eiser 1 in verzet] heeft niet uitgelegd, of een productie daartoe in het geding gebracht, waaruit blijkt welke rechtsverhouding bestaat tussen hem en Reservella.

5.19. Gelet op hetgeen onder 5.14 tot en met 5.18 is overwogen is voorshands voldoende aannemelijk dat de bodemrechter tot de slotsom komt dat [eisers in verzet] verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het onrechtmatig handelen van The Pirate Bay jegens Stichting Brein.

#### **Vrijheid van meningsuiting**

5.20. [eisers in verzet] hebben tot slot aangevoerd dat de activiteiten van The Pirate Bay onder de uitingvrijheid van artikel 10 EVRM vallen en dat de vorderingen van Stichting Brein disproportioneel zijn en verder niet voldoen aan de criteria om de uitingvrijheid te beperken.

5.21. De vrijheid van meningsuiting kan slechts worden beperkt indien dit bij de wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving bijvoorbeeld ter bescherming van de rechten van anderen (artikel 10 lid 2 EVRM). De handelingen waarvoor The Pirate Bay, en ook [eisers in verzet], verantwoordelijk worden gehouden, zijn onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW. Bij toewijzing van de vorderingen van Stichting Brein die een beperking van hun uitingvrijheid inhoudt, is dit dus voorzien bij wet. Verder valt een belangenafweging, waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken, in het voordeel van Stichting Brein uit. Bij toewijzing van de vorderingen worden de auteursrechten van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden beschermd. Bij een afwijzing kan The Pirate Bay doorgaan met het structureel en voortdurend mogelijk maken van grootschalige inbreuk op die auteursrechten. Een verbod daarop, ook al zou dat inhouden een beperking van de vrijheid van meningsuiting van The Pirate Bay, dan wel [eisers in verzet], is dus proportioneel.

#### **De conclusie**

5.22. Uit het voorgaande wordt geconcludeerd dat voorshands aannemelijk is dat de bodemrechter de vorderingen van Stichting Brein zal toewijzen, zodat deze in kort geding eveneens toewijsbaar zijn, als na te melden. Ter zitting heeft Stichting Brein te kennen gegeven subsidiair haar vordering te verminderen overeenkomstig de veroordeling van Mininova in het vonnis van 26 augustus 2009 van de rechtbank Utrecht. De aldus verminderde vordering is toewijsbaar, nu daarbij ook rekening wordt gehouden met het belang van The Pirate Bay bij het kunnen blijven aanbieden aan gebruikers uit Nederland van torrents van bestanden waarvan de rechthebbenden aan The Pirate Bay toestemming hebben verleend voor het verspreiden daarvan. De termijn om te voldoen aan dit vonnis als na te melden wordt daarbij redelijk geacht. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als volgt. Aangezien Stichting Brein de bodemprocedure jegens [eisers in verzet] al heeft ingeleid, zal de vordering om een

termijn daartoe te bepalen op grond van artikel 1019i Rv niet worden toegewezen.

5.23. [eisers in verzet] zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten worden veroordeeld. Stichting Brein heeft vergoeding van de volledige advocaatkosten gevorderd op grond van artikel 1019i Rv. Een dergelijke veroordeling is slechts aan de orde indien de vorderingen van Stichting Brein op grond van intellectuele eigendomsrechten worden toegewezen. Dit is echter niet het geval zodat de kosten aan de zijde van Stichting Brein worden begroot op:

- exploat kosten EUR 72,25

- vast recht 262,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal EUR 1.150,25

## 6. De beoordeling in reconventie

6.1. Gelet op hetgeen onder 5.1 is overwogen met betrekking tot het spoedeisend belang van Stichting Brein bij haar vorderingen zijn de (voorwaardelijke) vorderingen in reconventie van [eisers in verzet] niet toewijsbaar.

6.2. [eisers in verzet] zullen als de in het ongelijk gestelde partij in reconventie in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Stichting Brein in de reconventie wordt, gelet op de samenhang van die vordering met het verzet begroot op nihil.

## 7. De beslissing

De voorzieningenrechter

### in verzet

7.1. Vernietigt het verstekvonnis uitgesproken op 30 juli 2009 tussen Stichting Brein enerzijds en [eisers in verzet] anderzijds.

7.2. Gebiedt [eisers in verzet], ieder afzonderlijk en gezamenlijk, om binnen drie maanden na betekening van dit vonnis alle op de websites van The Pirate Bay ter downloaden aangeboden torrents, waarmee bestanden met werken waarop de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden auteursrechten hebben, kunnen worden uitgewisseld te verwijderen en verwijderd te houden, op straffe van een dwangsom voor iedere keer dat zij hiermee in strijd handelen van EUR 5.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.

7.3. Gebiedt [eisers in verzet], ieder afzonderlijk en gezamenlijk, uitvoering te geven aan het gebod onder 7.2 door de op de websites thepiratebay.org, piratebay.org, piratebay.net, piratebay.se, thepiratebay.com, thepiratebay.net, thepiratebay.nu en thepiratebay.se, of andere variaties daarop, de onder 7.2 bedoelde torrents ontoegankelijk te maken voor internetgebruikers in Nederland, op straffe van een dwangsom voor iedere dag dat zij hiermee in strijd handelen van EUR 5.000,00, met een maximum van EUR 3.000.000,00.

7.4. Veroordeelt [eisers in verzet] in de proceskosten, aan de zijde van Stichting Brein tot op heden begroot op EUR 1.150,25.

7.5. Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

7.6. Wijst het meer of anders gevorderde af.

in reconventie

7.7. Weigert de gevraagde voorzieningen.

7.8. Veroordeelt [eisers in verzet] in de proceskosten in deze procedure, aan de zijde van Stichting Brein tot op heden begroot op nihil.

Dit vonnis is gewezen door mr. W. Tonkens - Gerkema, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. R. Verloo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 22 oktober 2009.