



vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Afdeling Civiel recht
handelskamer

locatie Utrecht

zaaknummer / rolnummer: C/16/400990 / KG ZA 15-714

Vonnis in kort geding van 16 december 2015

in de zaak van

de stichting
STICHTING BREIN,
gevestigd te Amsterdam,
eiseres,
advocaat prof.mr. D.J.G. Visser te Amsterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ZIGGO B.V.,
gevestigd te Utrecht,
gedaagde,
advocaat mr. J.P van den Brink te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Brein en Ziggo genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van Brein
- de pleitnota van Ziggo.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Brein is een stichting die tot doel heeft om de belangen te behartigen van de bij haar aangesloten houders van rechten van intellectuele eigendom.

2.2. Ziggo is een kabelbedrijf en access provider van een klant die een zogenaamde "Spotweb applicatie" (hierna ook: Spotweb app) op haar computer/server heeft geïnstalleerd. Tot 20 juli 2015 is deze webapplicatie toegankelijk geweest voor

internetgebruikers onder het internetadres <http://24.132.20.119:88/spotweb/>. Met de webapplicatie kon een internetgebruiker zoeken naar zogenaamde “spots”, bestandjes die informatie geven over auteursrechtelijk beschermd materiaal (zoals films en muziek) dat zich (meestal zonder toestemming van de auteursrechthebbenden) op Usenet bevindt. Een spot informeert (als het gaat om een film) gebruikers over titel, genre, taal en duur van een bepaalde film, geeft de filmposter weer en bevat een link naar een zogenaamd NZB-bestand. Door te klikken op die link kan de gebruiker (met behulp van een apart computerprogramma) de betreffende film downloaden en samenvoegen vanuit de verschillende locaties (posts) waar deze film (opgeknipt) op Usenet staat.

2.3. Bij brief van 17 juli 2015 heeft Brein Ziggo verzocht om haar klant zich bekend te laten maken door een onthoudingsverklaring te tekenen en om de website (Spotweb app) offline te laten halen en te laten houden. Voor het geval dat de klant hieraan niet zou voldoen, werd Ziggo gevraagd om zelf de website offline te halen en te houden en om de NAW (naam/adres/woonplaats)-gegevens van de klant te verstrekken.

3. Het geschil

3.1. Brein vordert - samengevat - dat Ziggo wordt bevolen om aan Brein identificerende gegevens (naam, adres, woonplaats en e-mailadres) te verschaffen van de klant van Ziggo aan wie op 17 juli 2015 het IP-adres 24.132.20.119 was toebedeeld (hierna: de klant), op straffe van verbeurte van een dwangsom en onder veroordeling in de kosten van het geding.

3.2. Ziggo voert verweer.

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

4. De beoordeling

Spoedeisend belang

4.1. Ziggo heeft allereerst betwist dat Brein een spoedeisend belang bij haar vordering heeft, aangezien het (beweerdelijk onrechtmatige) handelen van de klant op 20 juli 2015 is gestopt door het offline halen van de Spotweb app.

4.2. De voorzieningenrechter wijst dit verweer af. Zoals Ziggo ter terechtzitting heeft gesteld, heeft de klant na de brief van Brein aan Ziggo van 17 juli 2015 de Spotweb app zelf onbereikbaar gemaakt, en niet Ziggo. Dat kan dus ook weer ongedaan gemaakt worden. Daarnaast zou de klant ook de Spotweb app op een andere computer/server kunnen installeren. Brein heeft er een voldoende spoedeisend belang bij om de gegevens te verkrijgen die nodig zijn om - indien voormeld handelen in deze procedure onrechtmatig zou worden geoordeeld - te voorkomen dat de klant dat kan doen.

Primair: weigering Ziggo is onrechtmatig

4.3. Ter onderbouwing van haar vordering heeft Brein primair aangevoerd dat op Ziggo op grond van het arrest Lycos/Pessers (Hoge Raad 25 november 2005, ECLI:HR:2005:AU4019) een rechtsplicht rust om identificerende gegevens van haar klant te verstrekken, omdat aan de in dat arrest gestelde voorwaarden is voldaan:

-
- a. de klant biedt een platform waarop structureel het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken via Usenet wordt gefaciliteerd en aangemoedigd, hetgeen onrechtmatig is jegens de bij Brein aangesloten auteursrechthebbenden,
 - b. zonder de NAW-gegevens van de klant is het onmogelijk om het onrechtmatig handelen van de klant definitief te stoppen,
 - c. er is geen andere minder ingrijpende mogelijkheid om achter de NAW-gegevens van de klant te komen,
 - d. de belangen van de bij Brein aangesloten auteursrechthebbenden bij handhaving van hun intellectuele eigendomsrechten wegen zwaarder dan eventuele (privacy-)belangen van de klant.

4.4. Ziggo stelt zich primair op het standpunt dat voormeld arrest nog maar zeer beperkt relevant is, omdat:

1. het arrest dateert van vóór de implementatie van de e-Privacyrichtlijn (nr. 2002/58) en artikel 15 van die richtlijn een specifieke *wettelijke* basis vereist voor het opvragen van privacygevoelige gegevens als NAW-gegevens, en
2. het arrest ziet op een hosting provider, terwijl Ziggo een access provider is waarvoor een beperkte aansprakelijkheid geldt (artikel 6:196c BW) alsmede de vertrouwelijkheidsplicht van artikel 11.2a Telecommunicatiewet. Daardoor zal Ziggo in beginsel niet onrechtmatig handelen indien zij verstrekking van NAW-gegevens weigert. De toets van het arrest met betrekking tot de onrechtmatigheid van door de klant verspreide informatie zal daarom ook zwaarder moeten zijn (niet slechts “voldoende aannemelijk”, maar “vaststaan”), aldus Ziggo.

Ad 1

4.5. De enkele omstandigheid dat in artikel 15 van de e-Privacyrichtlijn wordt gesproken over “wettelijke maatregelen” en “wetgevingsmaatregelen” is onvoldoende om in het (beperkte) kader van dit kort geding te kunnen oordelen dat artikel 6:162 BW, zoals uitgelegd in het arrest Lycos/Pessers, niet als een dergelijke maatregel zou kunnen gelden. In voormeld arrest zijn duidelijke criteria opgenomen waaraan een verzoek aan een provider tot het verstrekken van NAW-gegevens moet worden getoetst.

Uit het Bonnier-arrest (C-461/10), waarop Ziggo zich beroept, blijkt dat het er bij het nemen van maatregelen als bedoeld in artikel 15 van de richtlijn vooral om gaat dat de nationale rechterlijke instantie in staat wordt gesteld om de in het geding zijnde tegengestelde belangen af te wegen op basis van de concrete omstandigheden van de zaak en daarbij rekening te houden met de uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeiende vereisten (ro. 59). De voorzieningenrechter ziet niet in waarom het toetsingskader dat het gerechtshof Amsterdam in het arrest Lycos/Pessers heeft aangelegd, en dat door de Hoge Raad in stand is gelaten, niet aan dit vereiste zou voldoen. Blijkens dit arrest zijn juist het afwegen van de belangen, en de proportionaliteit en subsidiariteit van de gevraagde maatregel een essentieel onderdeel van de rechterlijke toets.

Het feit dat de vereisten niet in de wet zijn neergelegd, maar in vaste jurisprudentie die strekt ter uitleg van een wettelijke bepaling (art. 6:162 BW), legt naar het voorlopig oordeel onvoldoende gewicht in de schaal, omdat:

- een richtlijn alleen verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat, en aan de nationale instanties de bevoegdheid wordt gelaten vorm en middelen te kiezen (artikel 288 VWEU),
- in considerans 11 van de richtlijn een expliciete link wordt gelegd met het EVRM, en het begrip “wet” in het EVRM niet beperkt is tot de wet in formele zin, maar zich uitstrekt tot

het gehele nationale recht, mits het nationale recht voldoende toegankelijk is en de gevolgen daarvan voldoende voorzienbaar zijn (EHRM 26 april 1979, 6538/74 (Sunday Times)).

Ad 2

4.6. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter maakt de omstandigheid dat in het arrest Lycos/Pesser sprake was van een hosting provider niet dat het daarin vermelde toetsingskader niet kan worden toegepast op een access provider als Ziggo. Artikel 6:196c BW gaat over aansprakelijkheid voor door de provider opgeslagen informatie, niet over de vraag of een provider zijn medewerking moet verlenen aan de opsporing door auteursrechthebbers van (rechts-)personen die inbreuk maken op auteursrechten of die dergelijke inbreuken faciliteren en aanmoedigen. Zoals de Hoge Raad in ro. 5.1.4-5.1.6 van het arrest Lycos/Pessers reeds heeft overwogen:

- doet de Richtlijn waarop voormelde bepaling is gebaseerd (nr. 2000/31), geen afbreuk aan de mogelijkheid dat de nationale rechter maatregelen treft die van deze tussenpersonen redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen,
- doet deze Richtlijn geen afbreuk aan de aansprakelijkheid van tussenpersonen in gevallen die buiten de in de Richtlijn omschreven beperkingen vallen, en
- heeft de Nederlandse wetgever in de parlementaire geschiedenis met betrekking tot de omzetting van de Richtlijn expliciet overwogen dat dienstverleners kunnen worden verplicht om informatie te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst kunnen worden geïdentificeerd, en de bron van de informatie bekend te maken.

Deze overwegingen van de Hoge Raad zien niet alleen op de specifieke situatie van die betreffende casus, maar in algemene zin op alle internetdienstverleners die onder die bepaling vallen, dus ook op access providers.

4.7. De uit de Telecommunicatiewet voortvloeiende vertrouwelijkheidsplicht kan niet als zodanig absoluut worden aangemerkt dat deze altijd in de weg staat aan verstrekking van NAW-gegevens over een klant van de aanbieder. Artikel 5 lid 1 van de e-Privacyrichtlijn, waarop deze plicht is gebaseerd, bepaalt immers dat het verstrekken van dergelijke gegevens mogelijk is, indien de betrokken gebruiker daarin heeft toegestemd of dat bij wet is toegestaan.

4.8. Ten aanzien van de mate van zekerheid van het onrechtmatig handelen van de klant van de provider heeft de Hoge Raad in het arrest Lycos/Pessers overwogen dat “onmiskbaar onrechtmatig” een te zware toets is (ro. 5.1.6). In dit licht kan ook de door Ziggo voorgestelde eis van een “vaststaande onrechtmatigheid” niet worden aanvaard.

4.9. Gelet op het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat het toetsingskader van het arrest Lycos/Pessers nog steeds geldt.

4.10. De voorzieningenrechter zal als eerste beoordelen of voldoende aannemelijk is dat de klant van Ziggo onrechtmatig jegens de bij Brein aangesloten rechthebbenden heeft gehandeld door het openstellen van de Spotweb app op zijn server.

4.11. Naar vaste rechtspraak handelt een (rechts-)persoon onrechtmatig jegens een houder van een recht op intellectuele eigendom, indien hij structureel en doelbewust het inbreuk maken op een dergelijk recht door derden faciliteert en stimuleert (o.a. Gerechtshof Den Haag 27 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3980).

4.12. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Brein in het onderhavige geval onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het de bedoeling was van de klant van Ziggo om derden gebruik te laten maken van de Spotweb app die hij op zijn server had geïnstalleerd, en dat hij dat gebruik heeft aangemoedigd.

4.13. Er zijn een aantal omstandigheden die op een dergelijke bedoeling duiden:

- de klant heeft de Spotweb app bereikbaar gemaakt voor derden door de daarvoor benodigde poort (88) open te zetten voor internetverkeer van buiten zijn lokale omgeving, en de lokale omgeving niet te beveiligen met een wachtwoord,
- de klant heeft de doorzoekbaarheid van de Spotweb app door Google niet uitgeschakeld (productie 12 van Brein),
- rechthebbenden hebben aan Google meldingen gedaan met betrekking tot het IP-adres van de klant (productie 12 van Brein),
- de klant heeft geen onthoudingsverklaring getekend.

4.14. Maar daar staan de volgende omstandigheden tegenover die op het tegendeel duiden:

- de klant is niet de maker van de Spotweb app, maar een gebruiker daarvan die deze op zijn eigen server heeft geïnstalleerd,
- op de server van de klant staan niet de auteursrechtelijk beschermde werken zelf of links daar naartoe, maar staat alleen een app die het mogelijk maakt om spots op Usenet te vinden die verwijzen naar auteursrechtelijk beschermde werken die zich op Usenet bevinden,
- het openstellen van de betreffende poort (88) van zijn server voor internetverkeer van buiten de lokale omgeving kan een ongewild gevolg zijn van het openstellen van poorten voor gewoon internet- en mailverkeer (zoals Ziggo heeft uitgelegd), of bedoeld zijn voor eigen gebruik van de klant, indien hij elders verblijft,
- het niet uitschakelen van de doorzoekbaarheid op Google kan een omissie van de klant zijn geweest; bovendien kan uit productie 12 van Brein niet worden afgeleid dat een enkele zoekactie op een titel van een auteursrechtelijk werk reeds een zoekresultaat op het IP-adres van de klant oplevert: in die productie is immers louter gezocht op het IP-adres van de klant; in ieder geval kan niet geconcludeerd worden dat een auteursrechtelijk beschermd werk op die manier eenvoudiger kan worden gevonden,
- niet gesteld of gebleken is dat derden voordeel hebben bij het gebruik van de Spotweb app die op de server van de klant is geïnstalleerd: vaststaat immers dat iedere internetgebruiker die app kan downloaden van internet en op zijn eigen server kan installeren, dan wel op zijn computer een Spotnet Client kan installeren, en dan dezelfde functionaliteit verkrijgt als met de Spotweb app van de klant van Ziggo,
- niet gesteld of gebleken is dat de klant van Ziggo voordeel haalt uit het laten gebruiken van zijn Spotnet app door derden,
- niet gesteld of gebleken is dat de klant van Ziggo (bv. op internetfora) reclame heeft gemaakt voor zijn Spotweb app en zo derden heeft aangemoedigd daarvan gebruik te maken, dan wel zelf actief was in het spotten van nieuw auteursrechtelijk beschermd materiaal op Usenet, dan wel zelf dergelijke content naar Usenet heeft geupload,
- de klant van Ziggo heeft de Spotweb app zelf offline gehaald. Dat is weliswaar pas gebeurd na sommatie daartoe van Brein (via Ziggo), maar de reden voor het off line halen (en het niet tekenen van de onthoudingsverklaring) is niet bekend.

4.15. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter zijn de aanwijzingen die duiden op een doelbewust faciliteren en aanmoedigen van inbreuken op auteursrechten niet van voldoende gewicht om voldoende aannemelijk te achten dat de klant van Ziggo onrechtmatig heeft gehandeld jegens de bij Brein aangesloten auteursrechthebbenden. Nu dat een basisvoorwaarde is om tot onrechtmatigheid van de weigering van Ziggo (om de NAW-gegevens van de klant te verstrekken) te komen, kan de vordering van Brein niet op de primaire grondslag worden toegewezen.

Subsidiair: artikel 843a Rv

4.16. Voor toepasselijkheid van artikel 843a Rv is tenminste vereist dat de gevraagde bescheiden zien op een rechtsbetrekking waarbij degene die afschrift vordert van bepaalde bescheiden, partij is (Hoge Raad 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1834) en dat voldoende aannemelijk is dat die rechtsbetrekking bestaat (Hoge Raad 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304). Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is aan dat laatste vereiste in casu niet voldaan.

Conclusie

4.17. De vordering van Brein zal dan ook worden afgewezen.

Proceskosten

4.18. Brein zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Ziggo worden begroot op:

- griffierecht	€	613,00
- salaris advocaat		<u>1.224,00</u>
Totaal	€	1.837,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vordering af,

5.2. veroordeelt Brein in de proceskosten, aan de zijde van Ziggo tot op heden begroot op € 1.837,00,

5.3. veroordeelt Brein, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door Ziggo aan het onder 5.2 bepaalde van dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat,
- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.A. Steenbergen, bijgestaan door mr. W.A. Visser als griffier, en in het openbaar uitgesproken op 16 december 2015.



VOOR GROSSE
DE GRIFFIER VAN DE RECHTBANK
MIDDEN-NEDERLAND