

aknummer 200.007.866/01 KG  
16 maart 2010

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM  
VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

wonende te  
APPELLANT in het principaal hoger beroep,  
GEÏNTIMEERDE in het incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mr. E.J. Hengeveld te Amsterdam,

t e g e n

de stichting  
STICHTING BESCHERMING RECHTEN ENTERTAINMENT INDUSTRIE  
NEDERLAND (BREIN),  
gevestigd te Amsterdam,  
GEÏNTIMEERDE in het principaal hoger beroep,  
APPELLANTE in het incidenteel hoger beroep,  
advocaat: mr. W.A. Roos te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna en Brein genoemd.

Bij dagvaarding van 20 februari 2008 is in hoger  
beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter  
in de rechtbank te Amsterdam in het kort geding tussen

partijen (Brein als eiseres en als gedaagde) onder zaaknummer/rolnummer 384773/KG ZA 07-2249 heeft gewezen en dat is uitgesproken op 24 januari 2008.

heeft bij memorie twee grieven voorgesteld en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vordering van Brein zal afwijzen, met veroordeling van Brein in de kosten van het geding in beide instanties.

Daarop heeft Brein bij memorie van antwoord de grieven bestreden en harerzijds incidenteel hoger beroep ingesteld. Daarbij heeft zij drie grieven voorgesteld en geconcludeerd, kort gezegd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en zal veroordelen binnen 24 uur na betekening van het arrest iedere inbreuk op de auteursrechten en/of naburige rechten van de rechthebbenden te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom, en met veroordeling van in de kosten van onderzoek en de volledige proceskosten in beide instanties op de voet van artikel 1019 h Rv. en voorts met bepaling van de termijn als bedoeld in artikel 1019 i Rv op zes maanden na betekening van het arrest. ....

Vervolgens heeft in het incidenteel hoger beroep geantwoord en geconcludeerd, dat het hof de grieven in het incidenteel hoger beroep zal verwerpen en de vorderingen van Brein af zal wijzen, kosten rechtens.

Partijen hebben de zaak op 25 november 2009 door hun advocaten doen bepleiten, aan de hand van door ieder van partijen overgelegde pleitnotities. Brein heeft bij pleidooi haar vordering tot kostenveroordeling beperkt tot € 15.000,--, conform het indicatietarief in IE-zaken. Partijen hebben bij die gelegenheid een powerpoint presentatie getoond.

Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd op de stukken van beide instanties.

## 2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2 (2.1 tot en met 2.10) een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Daarom bestaat tussen partijen geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

## 3. Beoordeling

3.1. (i) Brein heeft als doelstelling het "bestrijden van de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie en het te dien einde behartigen van de belangen van de rechthebbenden op informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan, met name van haar aangeslotenen, in het bijzonder door het handhaven, het bevorderen en verkrijgen van een afdoende juridische bescherming van de rechten en belangen van die rechthebbenden en exploitanten, alles in de ruimste zin." De bij Brein aangeslotenen zijn onder meer auteurs, uitvoerende kunstenaars, uitgevers, producenten en distributeurs van muziek, film, video en interactieve software. Tot de bij Brein aangeslotenen behoren BUMA, STEMRA, de leden van de International Federation of the Phonographic Industry (IFPI), de leden van the Motion Picture Association of America (MPA), de leden van de Nederlandse Vereniging van Producenten en Importeurs van beeld- en geluidsdragers (NVPI, afdelingen audio, video en interactief) en de Nederlandse Vereniging van Filmverhuurders (NVF).

(ii) [naam] is houder en beheerder van de website [www.ShareConnector.com](http://www.ShareConnector.com) (hierna: ShareConnector). Hij heeft

deze website ook opgezet en ingericht. Met een tussenpoos van twee jaar in verband met een strafrechtelijk onderzoek, is ShareConnector van medio 2002 tot 12 november 2007 online geweest. ShareConnector was een site waarop zogenaamde hash codes (door partijen ook wel hash links of ed2k-links genoemd) werden geïndexeerd. Hash codes zijn codes die de inhoud van een bestand karakteriseren; zij verwijzen niet naar een locatie. De op ShareConnector te vinden hash codes hadden onder meer betrekking op recente en populaire speelfilms, televisieseries, muziek, software en computerspellen. Verreweg het overgrote deel daarvan is beschermd op grond van de Auteurswet en/of de Wet op de Naburige Rechten.

(iii) De hash codes op ShareConnector waren afkomstig van het peer-to-peer netwerk e-Donkey. In dit netwerk zijn PC's van e-Donkey gebruikers en e-Donkey servers met elkaar verbonden. Hiervoor is nodig dat eerst daartoe bestemde software, e-Mule, wordt gedownload. Binnen het e-Donkey netwerk kunnen de gebruikers beschikken over de namen en hash codes van alle bestanden die bij de aangemelde PC's beschikbaar zijn. Indien een gebruiker een bepaald bestand wil downloaden kan hij door middel van e-Mule de bijbehorende hash code en de PC's die bestanden met die hash code beschikbaar hebben opvragen; de gebruiker stuurt de hash code vervolgens naar de desbetreffende PC's, waarna het bestand wordt gedownload op de PC van de gebruiker en (in ieder geval: veelal) gelijktijdig weer ter beschikking wordt gesteld van gebruikers van het netwerk (geupload). Gebruik van de hash codes rechtstreeks binnen het e-Donkey netwerk, levert regelmatig niet werkende bestanden op, bestanden die met virussen zijn besmet en bestanden waarvan de titel niet spoort met de inhoud.

(iv) De rol van ShareConnector was het indexeren van betrouwbaar bevonden hash codes. De hash codes werden op ShareConnector toegevoegd door de gebruikers van het e-

Donkey netwerk, waar zij na verificatie werden vermeld met toevoeging van de naam ShareConnector als "keurmerk". Zij konden alleen worden gebruikt als zij eerst weer binnen het e-Donkey netwerk werden gebracht. E-mule voorzag erin dat rechtstreeks gebruik kon worden gemaakt van op ShareConnector geplaatste hash codes. In dat geval werd het downloadproces in gang gezet na het aanklikken van de hash code op de ShareConnector site.

(v) De ShareConnector site bevatte een onderverdeling in verschillende categorieën, zoals "DVD-rips", "Software", "Games" en "Music". Gebruikers van de site konden per categorie zoeken of rechtstreeks een zoekterm invoeren.

(vi) heeft, na sommaties bij brieven van 25 oktober 2007 en 5 november 2007 en een huisbezoek van Brein, de site op 12 november 2007 offline gehaald, maar daarbij te kennen gegeven dat hij zich niet met de visie van Brein kan verenigen.

(vii) In een TNO onderzoeksrapport van 11 december 2007 wordt als conclusie vermeld dat uit een door Brein uitgevoerd steekproefonderzoek blijkt dat naar schatting 95 % van de op ShareConnector aanwezige titels verwijst naar een bestand dat illegaal ter beschikking wordt gesteld.

3.2. Brein heeft in dit kort geding, kort gezegd, gevorderd te bevelen iedere inbreuk op de auteursrechten en/of naburige rechten en ieder onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden te staken en gestaakt te houden, op straffe van verbeurte van een dwangsom en met kostenveroordeling. Volgens Brein is sprake van een openbaarmaking door in de zin van de Auteurswet, waarvoor geen toestemming had, dan wel van medeplegen door van auteursrechtinbreuk en van het onrechtmatig bevorderen van inbreuk op auteurs- en naburige rechten. Brein stelt hierdoor schade te lijden en te hebben geleden en een spoedeisend belang te hebben bij

haar vorderingen. De voorzieningenrechter oordeelde dat niet zelf de bestanden openbaar maakt en derhalve niet is gebleken van een door                   gepleegde inbreuk op de Auteurswet en/of de Wet op de naburige rechten, maar wel van onrechtmatig handelen jegens de rechthebbenden wier belang Brein vertegenwoordigt. Zij wees de op het staken en gestaakt houden van dit onrechtmatig handelen gerichte vorderingen van Brein toe.

3.3.                   betoogt in hoger beroep dat hij geen onrechtmatige daad pleegt dan wel heeft gepleegd jegens de aangesloten rechthebbenden van Brein. Brein onderschrijft het oordeel van de voorzieningenrechter op het punt van het onrechtmatig handelen maar stelt zich primair op het standpunt dat, anders dan de voorzieningenrechter heeft geoordeeld, wel sprake is (geweest) van openbaarmaking in de zin van de Auteurswet en daarmee van inbreuk door op auteurs- en/of naburige rechten. Het hof zal deze stelling, die het onderwerp is van grief 1 van Brein, het eerst te bespreken.

3.4. Zoals ook de voorzieningenrechter heeft overwogen, vormt het beschikbaar stellen via internet van bestanden een openbaarmaking van die bestanden in de zin van de Auteurswet en betekent dit dat aan het downloaden van die bestanden dus noodzakelijkerwijs een auteursrechtelijk of nabuurrechterlijk relevante openbaarmaking vooraf gaat. Voor het merendeel van de op ShareConnector vermelde bestanden geldt dat daarvoor geen toestemming is gegeven door de rechthebbenden en dat die openbaarmaking derhalve een inbreuk op de rechten van de rechthebbenden vormt. Met de voorzieningenrechter is het hof voorts van oordeel dat in de onder 3.1 (ii), (iii) en (iv) omschreven werkwijze,                   die bestanden niet zelf openbaar maakt. Hij beschikt zelf niet over de bestanden en heeft geen bemoeienis met het proces van uploaden en downloaden. Zijn bemoeienis

beperkt zich tot het (doen) verifiëren van de door de gebruikers van het e-Donkey network aangeleverde hash codes en het rubriceren daarvan. Dat door het aanklikken van een hash code op de ShareConnector site een proces kan worden gestart dat er (via het programma e-Mule) zonder verdere tussenkomst van degene die de code heeft aangeklikt toe leidt dat het gewenste bestand op de computer van diegene wordt gedownload, maakt het vorenstaande niet anders.

3.5. Brein wijst erop dat het begrip openbaar maken ruim dient te worden uitgelegd en bepleit om bij de uitleg van dit begrip niet alleen aan te sluiten bij de techniek, maar aan te sluiten bij de maatschappelijke werkelijkheid en de wijze waarop een site wordt ervaren. Brein staat een functionele benadering van het openbaarmakingsbegrip voor. Het hof is van oordeel dat deze benadering het begrip openbaar maken in de zin van de Auteurswet te zeer oprekt. Waar geen zelfstandige betrokkenheid van bij de eigenlijke, tot toegankelijkheid voor het publiek leidende, openbaarmakingshandeling kan worden geconstateerd, acht het hof geen auteursrechtinbreuk aanwezig. Ook van schending van de Wet op de Naburige Rechten is om die reden niet gebleken.

3.6. Brein heeft nog betoogd dat gesproken kan worden van mede-openbaarmaking door , maar ook hiervoor bieden de feiten onvoldoende steun. Grief 1 van Brein faalt.

3.7. Grief 2 van Brein keert zich tegen het uitgangspunt van de voorzieningenrechter dat het in beginsel vrij staat om op internet beschikbare bestanden te selecteren en te indexeren en vervolgens voor anderen toegankelijk te maken. Ook deze grief van Brein faalt, aangezien het hof dit uitgangspunt onderschrijft. Indien het daarbij gaat om auteursrechtelijke of anderszins beschermde bestanden, kan

dit onder omstandigheden ertoe leiden dat sprake is van onrechtmatig handelen, maar dat doet geen afbreuk aan het uitgangspunt.

3.8. betoogt met zijn eerste grief dat ShareConnector uitsluitend een overzichtelijk gemaakte lijst van codes aanbod. Hij meent dat de voorzieningenrechter de faciliterende rol van ShareConnector in het e-Donkey netwerk onevenredig groot heeft gemaakt en acht de site wat functionaliteit betreft nog het meest te vergelijken met een zoekmachine. In het kader van zijn tweede grief wijst erop dat de site voor hem een hobby was, dat hij geen commercieel oogmerk had en dat er geen sprake was van geldelijk gewin. handhaaft zijn standpunt dat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld.

3.9. Het hof verwerpt de grieven van . Met de voorzieningenrechter is het hof is van oordeel dat inbreuken op de auteurs- en naburige rechten van anderen op onrechtmatige wijze heeft gefaciliteerd. Hieromtrent geldt het volgende.

3.10. betwist niet de juistheid van de uitkomst van het onder 3.1.(vii) genoemde TNO-onderzoek. Hij voert weliswaar aan dat dit uitsluitend iets zegt over de bestanden die binnen het netwerk worden uitgewisseld, maar dat neemt niet weg dat dit een relevant gegeven is bij de beoordeling van zijn handelen. Niet in geschil is dat zich heeft gerealiseerd dat de bestanden waar de hash codes betrekking op hadden voor verreweg het overgrote deel ongeautoriseerd ter beschikking gestelde bestanden betroffen. Door zijn werkwijze - het plaatsen van gecontroleerde hash codes op zijn site en het (doen) verifiëren en overzichtelijk rubriceren van die codes - heeft hij het voor de gebruikers van het peer-to-peer

netwerk willens en wetens aanzienlijk gemakkelijker gemaakt de beschikking te krijgen over door hen gewenste, maar ongeautoriseerd ter beschikking gestelde bestanden. Met zijn site faciliteerde en bevorderde hij systematisch en structureel het gebruikmaken (en, voor zover sprake was van tegelijkertijd uploaden, hetgeen naar het hof aannemelijk acht veelal het geval zal zijn geweest: weer ter beschikking stellen) van met inbreuk op auteurs- en naburige rechten binnen het netwerk aangeboden bestanden. Dit is onrechtmatig jegens de rechthebbenden. Aan het voorgaande doet niet af dat de bestanden ook zonder tussenkomst van beschikbaar waren, waar onbetwist is dat het materiaal zonder sites als ShareConnector aanzienlijk ontoegankelijker is doordat zich een groot aantal vervuilde bestanden binnen het netwerk bevinden. Dat ShareConnector een hobby was van Muzur zonder commercieel oogmerk, ontnemt niet het onrechtmatig karakter aan zijn handelen.

3.11. betwist nog dat peer-to-peer netwerken grote schade aan de entertainmentindustrie toebrengen. Met de voorzieningenrechter acht het hof echter voorshands voldoende aannemelijk dat de rechthebbenden schade lijden door het op internet beschikbaar zijn van de ongeautoriseerde bestanden die via peer-to-peer netwerken verkrijgbaar zijn. In welke orde van grootte schade wordt geleden, kan in het midden blijven. Ook de door zelf overgelegde producties, waarin erop wordt gewezen dat een één-op-één verband in ieder geval niet kan worden aangenomen, bieden voldoende grondslag voor het uitgangspunt dat minstgenomen enig negatief effect valt aan te wijzen. Ook dit argument van kan daarom niet leiden tot afwijzing van de subsidiaire vordering van Brein.

3.12. Ten slotte resteert bespreking van de derde grief van Brein. De voorzieningenrechter heeft de proceskosten van Brein begroot volgens het liquidatietarief. Brein voert met grief 3 aan dat de voorzieningenrechter de proceskosten op de voet van art. 1019h Rv had moeten toewijzen. In hoger beroep vordert Brein tevens proceskostenveroordeling op basis van dat artikel, echter beperkt tot € 15.000,--. Daarnaast maakt zij wederom aanspraak op de kosten van het rapport van TNO.

3.13. Ook deze grief faalt. Indien al moet worden aangenomen dat ook plaats is voor een proceskostenvergoeding op de voet van artikel 1019h Rv in geval van een met een inbreuk op een auteursrecht of een ander intellectueel eigendomsrecht samenhangende onrechtmatige daad, acht het hof in het onderhavige geval redenen van billijkheid aanwezig hiervan af te wijken. Het betreft nog in ontwikkeling zijnde materie, waarbij een professionele belangenorganisatie staat tegenover een (naar niet is betwist) thuiswonende student die zich als hobby met het ontwikkelen van de in geding zijnde site heeft beziggehouden. Het hof sluit zich derhalve aan bij de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en zal de kosten in hoger beroep, zowel in het principaal als in het incidenteel appel, op de voet van het liquidatietarief begroten. Ook in hoger beroep zullen de kosten voor het TNO-rapport niet worden toegewezen, nu de - door Muzur betwiste - noodzaak voor het maken van die kosten in dit geding onvoldoende aannemelijk is gemaakt.

#### 4. Slotsom

Slotsom is dat de grieven van                    noch de grieven van Brein slagen. Dit leidt ertoe dat het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.                    zal worden veroordeeld in de

kosten in het principaal appel en Brein in die van het incidenteel appel, te begroten op de voet van het liquidatietarief.

5. Beslissing

Het hof:

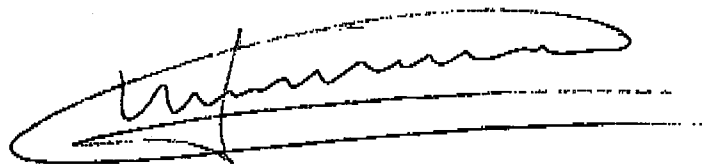
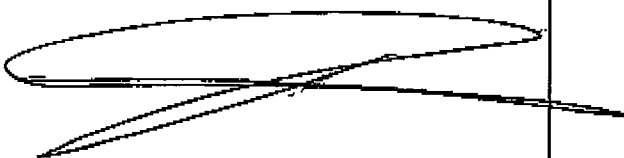
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verwijst in de kosten van het geding in het principaal hoger beroep, aan de zijde van Brein tot op heden begroot op € 303,-- aan verschotten en € 2.682,-- aan salaris;

verwijst Brein in de kosten van het geding in het incidenteel hoger beroep, aan de zijde van tot op heden begroot op nihil aan verschotten en € 1.341,-- aan salaris;

verklaart de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is op 25 november 2009 gewezen door mrs. P.G. Wiewel, M.A. Goslings en M.M.M. Tillema en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 16 maart 2010.



Mr. R.J.M. Smit