

Rechtbank 's-Gravenhage
Zitting: 1 augustus 2012 te 11:00
Rolnummer: 412217 / HA ZA 12 – 153

PLEITNOTA ZIJDENS BREIN

i n z a k e:

De stichting **STICHTING BESCHERMING RECHTEN
ENTERTAINMENT INDUSTRIE NEDERLAND, BREIN**,
statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende
te Hoofddorp ("BREIN"),

eiseres,

advocaten: Mrs T. Cohen Jehoram en P.L. Tjiam

t e g e n:

de besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid **XS NETWORKS B.V.**, gevestigd te
Gorinchem en kantoorhoudende te Haarlem ("**XS
Networks**"),

gedaagde,

advocaat: Mr S. Kroesbergen

Inleiding

1. XS Networks is een Nederlandse internet hosting provider die van 1 juni 2008 tot 2 februari 2012 één van de grootste illegale torrentsites ter wereld in de lucht heeft gehouden: Sumotorrent. In de periode waarin XS Networks Sumotorrent hostte, was Sumotorrent met 4,5 miljoen beschikbare torrents¹ met haar aanbod groter dan The Pirate Bay die het op haar hoogtepunt met 1 miljoen minder torrents moest doen.² Dagelijks worden met behulp van de website <www.sumotorrent.com> duizenden films, televisieseries, cd's, e-books, software en games zonder toestemming van de auteursrechthebbenden en zonder vergoeding geüpload en gedownload. Dit is reeds evident bij een eerste blik op de site.
2. BREIN heeft gedurende drieëneenhalf jaar XS Networks herhaaldelijk gewezen op de – evidente en grootschalige – inbreuk op de auteursrechten van de bij BREIN aangesloten die via Sumotorrent plaatsvinden. In dat kader heeft BREIN op alle mogelijke manieren XS Networks ertoe geprobeerd te bewegen de website van Sumotorrent offline te halen en haar de klantgegevens van Sumotorrent te verstrekken. BREIN heeft zelfs aangeboden XS Networks te vrijwaren voor mogelijke claims van Sumotorrent. Maar XS Networks was al die tijd onvermurwbaar: Sumotorrent bleef online en naar de klantgegevens kon BREIN fluiten. BREIN was daarmee genoodzaakt deze procedure te beginnen.
3. Pas een week nadat de dagvaarding in deze zaak was betekend, besloot XS Networks haar dienstverlening aan Sumotorrent te staken en de klantgegevens van Sumotorrent aan BREIN te verstrekken. Voor zover BREIN begrijpt heeft XS Networks dit *niet* gedaan omdat zij meende daartoe juridisch gehouden te zijn. In de Conclusie van

¹ Zie de print screen van de website van Sumotorrent (productie 5 van de dagvaarding) waaruit volgt dat op 7 december 2011 via Sumotorrent 4,5 miljoen bestanden beschikbaar werden gesteld.

² Rond november 2011 werden via The Pirate Bay "slechts" 3,5 miljoen bestanden beschikbaar gesteld. Zie Rb Den Haag 11 januari 2012, LJN: BV0549 (*BREIN v Ziggo & XS4ALL*), ov. 2.6 en 2.7: "*The Pirate Bay is op dit moment 's werelds grootste index en een van de best bezochte websites. Op The Pirate Bay worden zo'n 3,5 miljoen torrents aangeboden (...).*"

Antwoord ontkent XS Networks bij monde van haar advocaat immers onrechtmatig te hebben gehandeld.

4. XS Networks staakte gelijktijdig, dus per februari 2012 het grootste deel van haar bedrijfsactiviteiten.³ Wat resteert, is een afscheidstekst op haar website eindigend met de woorden: "*So long, and thanks for all the fish.*"⁴ XS Networks was klaarblijkelijk voor haar inkomsten afhankelijk van de gelden die zij van Sumotorrent ontving.
5. XS Networks heeft kennelijk gemeend dat met de beslissing haar activiteiten te staken, ook haar juridische discussie met BREIN van tafel zou zijn en zij vrijuit zou gaan. Dat is onjuist. Er dient nog een aantal belangrijke zaken te worden rechtgezet.
6. Ten eerste betreft dat de juridische kwalificatie van het handelen c.q. nalaten van XS Networks. Nu XS Networks het onrechtmatig karakter daarvan blijft ontkennen, verzoekt BREIN Uw Rechtbank voor recht te verklaren dat XS Networks onrechtmatig heeft gehandeld door (a) haar weigering toegang tot de Sumotorrent website af te sluiten, (b) haar weigering BREIN de identificerende gegevens van haar klant Sumotorrent te verstrekken, en (c) onder de gegeven omstandigheden niet of onvoldoende te controleren of met de gegevens die zij aan BREIN verstrekke, Sumotorrent kon worden geïdentificeerd.
7. Ten tweede betreft dat het reële gevaar dat XS Networks op een zeker moment weer hostingdiensten zal gaan verlenen aan Sumotorrent ten behoeve van de website <www.sumotorrent.com> of daarmee overeenstemmende sites. Dit gevaar is nog steeds aanwezig nu XS Networks heeft geweigerd een onthoudingsverklaring af te geven en zij bovendien blijft ontkennen dat Sumotorrent met haar website onrechtmatig handelt. Om dit gevaar weg te nemen, verzoekt BREIN Uw Rechtbank XS Networks te gebieden om de website van Sumotorrent of vergelijkbare websites van Sumotorrent niet meer toegankelijk te maken op het internet, op straffe van een dwangsom.

³ XS Networks heeft nog tot 19 februari 2012 de torrentsite H33t.com gehost. Daarnaast staat XS Networks nog steeds ingeschreven in het handelsregister.

⁴ Productie 3 van de Akte overlegging producties tevens houdende wijziging eis (hierna: de "Akte").

8. Ten derde betreft dat de zogenaamde identificerende gegevens van Sumotorrent die BREIN van XS Networks heeft ontvangen. BREIN stelde onmiddellijk en eenvoudig vast dat XS Networks valse gegevens verstrekke: de kopie van het paspoort was vervalst; het opgegeven adres bestond niet; en de kale bankrekeninggegevens *zonder* de naam van de bank en *zonder* de plaats van de bank waren volstrekt ontoereikend om de houder van Sumotorrent te traceren. XS Networks heeft aldus evident niet aan haar verplichting voldaan om de *identificerende* gegevens van Sumotorrent te verstrekken. BREIN heeft reden aan te nemen dat Sumotorrent wel over (enkele van) de juiste gegevens beschikt, nu zij met haar grootste klant uitgebreid heeft gecommuniceerd en bovendien periodiek gelden van Sumotorrent heeft ontvangen. BREIN verzoekt Uw Rechtbank daarom XS Networks te gebieden de identificerende gegevens alsnog te verstrekken.
9. Ten slotte verzoekt BREIN Uw Rechtbank voor recht te verklaren dat XS Networks aansprakelijk is voor de omvangrijke schade die XS Networks door haar onrechtmatig handelen heeft berokkend. Een deel van die vorderingen van de auteursrechthebbenden (wier rechten en belangen door Vereniging Buma en Stichting Stemra (hierna: "**Buma/Stemra**") worden behartigd) zijn aan BREIN gecedeerd.
10. Aan het slot van dit pleidooi worden de vorderingen nader toegelicht. Maar allereerst zal ik, in aanvulling op de dagvaarding, achtereenvolgens de volgende punten kort bespreken:
- de werking van Sumotorrent;
 - het onrechtmatig handelen van Sumotorrent;
 - pogingen om de identiteit van Sumotorrent te achterhalen; en
 - het onrechtmatig handelen van XS Networks.

Werking van Sumotorrent

11. In de dagvaarding is BREIN al uitgebreid ingegaan op de werking en de onrechtmatigheid van de Sumotorrent website. Slechts in aanvulling en ter toelichting daarop wenst BREIN een aantal elementen nader te bespreken.
12. Sumotorrent is een website waarop internetgebruikers zonder betaling en op eenvoudige wijze speelfilms, televisieseries, muziek, games,

software, e-books en audio-books kunnen uploaden en downloaden, zonder dat daarvoor toestemming van de auteursrechthebbenden en/of nabuurrechthebbenden is verkregen.

13. Aangezien de wijze waarop bestanden door internetgebruikers via Sumotorrent met behulp van torrents worden uitgewisseld in de dagvaarding (onder paragrafen 8 – 10) is behandeld, zullen wij dit onderwerp hier niet verder bespreken. In de kern gaat het erom dat Sumotorrent aan internetgebruikers een platform biedt om illegale bestanden met behulp van torrents⁵ op eenvoudige en snelle wijze te downloaden en uploaden.

Onrechtmatigheid Sumotorrent website

Sumotorrent onrechtmatig

14. Bij een eerste blik op de website van Sumotorrent is het voor elke gemiddelde internetbezoeker meteen duidelijk dat het bij deze website slechts om één ding draait: het zonder betaling downloaden van films, televisieseries, muziek, games, e-books en software.
15. Sumotorrent hoort dan ook thuis in het rijtje van andere bekende illegale torrentsites zoals The Pirate Bay, Mininova,⁶ torrents.to en Torrent Funk.
16. Aan de hand van vier omstandigheden zal ik dieper ingaan op de evidente onrechtmatigheid van Sumotorrent.

I: Aanbod Sumotorrent illegaal

⁵ Inmiddels is Sumotorrent net als The Pirate Bay overgestapt van torrents naar zogenaamde *magnet links*. Aangezien Sumotorrent tot 1 februari 2012 alleen torrents aanbood en géén magnet links, is een bespreking van magnet links in deze procedure overbodig. Voor een beschrijving van de werking van magnet links zij verwezen naar overwegingen 2.6 tot en met 2.11 van het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 10 mei 2012, *LJN: BW5387 (BREIN/UPC, KPN, e.a.)*.

⁶ Voordat Mininova door de Rechtbank Utrecht werd opgedragen te filteren (Rb Utrecht 26 augustus 2009, *IER* 2009, nr. 60).

17. In de eerste plaats bestaat het aanbod van Sumotorrent primair uit illegaal geüpload materiaal. Dit volgt al direct uit de Top 100 lijst met meest gedownloade en geüploade bestanden.

Het uploaden vormt een openbaarmaking in de zin van artikel 1 jo. 12 Aw en artikel 2 lid 1 sub d, 6 lid 1 sub c, 7a lid 1 sub c Wnr. Het downloaden vormt een verveelvoudiging in de zin van artikel 1 jo. 13 Aw en artikel 2 lid 1 sub b, 6 lid 1 sub a, 7a lid 1 sub a Wnr.

18. Maar liefst 98 van de 100 titels op deze lijst verwijzen naar auteursrechtelijk beschermde content.⁷ Een kleine greep titels uit deze grote lijst zegt voldoende: verschillende Harry Potter films, Pirates of the Caribbean, Transformers, Captain America, The Hangover. Kortom, alle grote bioscoophits van de afgelopen jaren staan op deze lijst. Daarnaast bestaat de Top 100 ook uit recente cd's van populaire artiesten als Kanye West, Coldplay en Adele, en uit verschillende games en software.
19. Ook de bestanden in de andere folders van de website zijn hoofdzakelijk auteursrechtelijk beschermde werken. Uit analyses van de folders "games" en "televisieseries" volgt dat meer dan 90% van de titels verwijst naar auteursrechtelijk beschermd materiaal. De 50 meest populaire films in de subfolder "action movies" zijn zonder uitzondering commerciële filmtitels.⁸

II: Actieve en sturende rol Sumotorrent

20. In de tweede plaats heeft Sumotorrent een actieve en sturende rol bij het uitwisselen van illegaal geüpload materiaal. Dit doet Sumotorrent bijvoorbeeld door films, muziek en games te categoriseren naar specifieke genres. Bij televisieseries maakt Sumotorrent zelfs voor elke televisieserie een aparte folder aan, zodat gebruikers eenvoudig hele seizoenen van bepaalde televisieseries kunnen downloaden. Daarnaast heeft Sumotorrent een eigen zoekmachine waarmee naar titels kan worden gezocht en houdt zij, zoals gezegd, een Top 100-lijst bij met titels die het meest worden gedownload en geüpload.

⁷ Zie productie 5 van de dagvaarding voor de volledige Top 100-lijst.

⁸ Dit volgt uit een steekproef van 19 juli 2012.

21. Sumotorrent had in de tijd waarin XS Networks de website hostte ook een eigen Facebookpagina.⁹ Via deze Facebookpagina informeerde Sumotorrent haar "Facebook-vrienden" wanneer er nieuw materiaal op haar website kon worden gedownload. Dit nieuwe materiaal behelsde doorgaans pre-releases van films. Dit zijn films die nog niet op DVD zijn uitgebracht en vaak nog in de bioscoop draaien. Uit het screen shot van productie 10 van de dagvaarding volgt dat Sumotorrent op 3 november 2011 een link plaatste naar de torrent van de film Spy Kids 4. Deze film draaide toen nog in de Nederlandse bioscopen.
22. Sumotorrent verzamelt ook zelf populaire en illegale torrents van andere torrentwebsites. Zij indexeert deze torrents vervolgens en voegt het suffix "-SUMOTorrent" toe aan de bestandsnaam waarna zij het bestand op haar eigen website plaatst.¹⁰
23. Tot slot is er een aan Sumotorrent verbonden groep actief die op verzoek van Sumotorrent-gebruikers illegale kopieën van films, televisieseries, games en muziek zoekt en verspreidt. Deze groep wordt in de dagvaarding de Sumotorrent Release Group genoemd. Eén van de prominente leden van deze groep gebruikt de naam "Dobbs".¹¹ Dobbs zet op verzoek veel illegale bestanden op de website en is daarnaast óók beheerder van de website. Hij repareert onder meer de foutmeldingen in de website.

III: Sumotorrent verdient veel geld met website

24. In de derde plaats verdient Sumotorrent veel geld met haar website. Zij genereert inkomsten van de vele adverteerders die op de website reclame voor hun producten willen maken. De website staat dan ook bomvol reclame voor afvalmethodes, chatrooms, mobiele telefoons en pokersites. De reclame-inkomsten lopen vanzelfsprekend hoger op naar mate het aantal bezoekers toeneemt. Aangezien er dagelijks tienduizenden unieke internetgebruikers de website van Sumotorrent bezoeken, leidt het geen twijfel dat Sumotorrent grote sommen aan reclame-inkomsten genereert. Volgens onafhankelijke webstatistieken

⁹ Zie productie 10 van de dagvaarding voor een screen shot van de Facebookpagina van Sumotorrent.

¹⁰ Zie voorts ook paragrafen 16 – 18 en productie 7 van de dagvaarding.

¹¹ Zie paragrafen 19 – 20 en productie 9 van de dagvaarding.

verdient Sumotorrent met reclame-inkomsten aan haar website tonnen per jaar.¹²

IV: Notice-and-takedown niet effectief

25. Een kort woord nog over het zogenaamde notice-and-takedown beleid dat Sumotorrent zou hanteren. Dit blijkt in de praktijk een wassen neus. Ten eerste mag alleen de auteursrechthebbende van het bestand een verzoek plaatsen om een link naar de torrent te verwijderen. Een anti-piraterij organisatie als BREIN is bijvoorbeeld uitgesloten van de mogelijkheid om dit te doen, terwijl BREIN juist de belangen van deze auteursrechthebbenden behartigt en namens hen mag en kan handelen. Daarmee wordt een effectieve notice-and-takedown welbewust gefrustreerd. Ten tweede bleken de torrents die auteursrechthebbenden lieten verwijderen, binnen de kortste keren weer op de website te staan. Met miljoenen illegale torrents is het dweilen met de kraan open en is de notice-and-takedown pagina er louter voor de vorm. Dit is niet meer dan *window dressing*.

Dit is eerder bepaald in de procedure die BREIN voerde tegen een met Sumotorrent vergelijkbare torrentsite, Mininova. Zie Rb Utrecht 26 augustus 2009, *IER* 2009, nr. 60 (*BREIN/Mininova*), r.ov. 4.59.

Tussenconclusie: Sumotorrent is onrechtmatig

26. Het is vaste rechtspraak dat websitehouders die het maken van inbreuken op auteursrechten faciliteren en bevorderen en daar ook nog van profiteren, onrechtmatig handelen. Sumotorrent voldoet volledig aan dit profiel. De conclusie is dan ook dat Sumotorrent met haar website onmiskenbaar onrechtmatig handelt.

Hierbij zij verwezen naar de vele eenduidige uitspraken op dit gebied: Vzgr Rb Amsterdam 22 oktober 2009, *AMI* 2010/2, nr. 18, m.nt. Hugenholtz, r.ov. 5.10 (*The Pirate Bay v BREIN*); Rb Utrecht 26 augustus 2009, *IER* 2009/60, r.ov. 4.49 (*BREIN v Mininova*); Rb Den Bosch 8 juli 2008, *IEPT* 20080703 (*BREIN v Euroaccess*); Hof Amsterdam 3 juli 2008, *IER* 2008/67

¹² Zie: <http://www.statmyweb.com/site/sumotorrent.com>

(*Leaseweb v BREIN*); Vzgr Rb 's-Gravenhage 5 januari 2007/9, m.nt. Van Daalen (*BREIN v KPN*).

27. Vanzelfsprekend heeft BREIN Sumotorrent in een vroeg stadium via de contactpagina op de website gesommeerd om maatregelen te nemen tegen de beschikbaarheid van de illegale content op de website, en om zichzelf aan BREIN bekend te maken. Sumotorrent heeft op deze sommatie nooit gereageerd.

XS Networks was op de hoogte van de onrechtmatigheid van Sumotorrent

28. BREIN heeft XS Networks en haar advocaat in juli 2008 voor het eerst per e-mail en per telefoon op de hoogte gesteld van de onrechtmatigheid van de website.¹³ BREIN verzocht daarnaast XS Networks om haar dienstverlening aan Sumotorrent te staken. Deze e-mails van BREIN waren uitvoerig gemotiveerd en bevatten verwijzingen naar de website en overzichten van relevante uitspraken. Deze uitspraken werden bovendien in hapklare brokken samengevat en als aparte bijlagen aan de e-mails gehecht.

Onder meer de volgende uitspraken zijn door BREIN aangehaald: Vzgr Rb 's-Gravenhage 5 januari 2007, *AMI* 2007, nr. 9 (*BREIN/KPN*), Rb Amsterdam 21 juni 2007, *LJN*: BA7810 (*BREIN/Leaseweb I*), Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN*: BD6223 (*BREIN/Leaseweb II*) en Rb Den Bosch 8 juli 2008, *IEPT* 20080708 (*BREIN/Euroaccess*).

29. Op basis van deze e-mails is het veilig te stellen dat XS Networks volledig op de hoogte was van het evident onrechtmatige karakter van de website van Sumotorrent. Hier komt natuurlijk nog bij dat de e-mails óók aan de advocaat van XS Networks zijn gestuurd.¹⁴ Dus zelfs in het onwaarschijnlijke geval dat XS Networks inderdaad niet geloofde in de onrechtmatigheid van de site, dan had haar eigen advocaat XS Networks hierover kunnen (en moeten) informeren.

¹³ Zie de e-mails aan Eric Veraart (directeur XS Networks) en Mr van Rooij (destijds advocate van XS Networks) in productie 16. In deze e-mails wordt bovendien verwezen naar de gevoerde telefoongesprekken.

¹⁴ Producties 3 en 16 van de dagvaarding.

30. XS Networks is zelfs na herhaaldelijke¹⁵ aanschrijvingen door BREIN blijven ontkennen dat de website van Sumotorrent onrechtmatig is. XS Networks heeft echter nooit aangegeven waarom zij dat denkt. Zelfs in de conclusie van antwoord wordt door XS Networks niet gemotiveerd betwist waarom de website van Sumotorrent onrechtmatig zou zijn (zie paragraaf 23 van de Conclusie van Antwoord).

Schade voor auteursrechthebbenden

31. Doordat XS Networks de verschillende sommaties van BREIN telkens naast zich neerlegde, bleef de website van Sumotorrent in de lucht en ging het downloaden en uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal via de website gewoon door. De schade die auteursrechthebbenden lijden omdat hun werken illegaal via Sumotorrent zijn gedownload is gigantisch. Sumotorrent was en is met haar 4,5 miljoen bestanden één van de populairste websites voor het downloaden van illegale bestanden.
32. Ruim vijf jaar, dag in dag uit, worden duizenden illegale bestanden met behulp van Sumotorrent gratis gedownload. Auteursrechthebbenden hebben niet 1 eurocent ontvangen voor deze, in totaal, miljoenen downloads.

Sumotorrent is ongrijpbaar

33. Sumotorrent weet maar al te goed dat haar activiteiten onrechtmatig zijn. Het is dan ook niet verrassend dat Sumotorrent er alles aan doet om anoniem te blijven zodat benadeelden Sumotorrent niet in rechte kunnen aanspreken.
34. BREIN probeert al sinds augustus 2007 achter de ware identiteit van Sumotorrent te komen, zodat zij Sumotorrent in rechte kan betrekken. Dat BREIN niets liever wil dan de bron aanpakken, heeft zij inmiddels laten zien door de rechtszaken tegen torrentsites die zij wel te pakken heeft gekregen: The Pirate Bay en Mininova.
35. BREIN begon haar zoektocht via het opgegeven adres in de openbare internetregisters. Deze gegevens bleken echter vals. Omdat

¹⁵ Zie onder meer de e-mails van BREIN aan XS Networks in 2009 (productie 17), 2010 (productie 18) en 2011 (productie 24b).

Sumotorrent in 2007 door een Nederlandse internet hosting provider, Leaseweb, werd gehost, verzocht BREIN destijds aan Leaseweb om haar de identificerende gegevens te verstrekken. De gegevens die Leaseweb aan BREIN gaf, bleken echter vals. Aangezien Leaseweb op verzoek van BREIN haar diensten aan Sumotorrent had gestaakt, zocht en vond Sumotorrent andere hosting providers in het buitenland. Mede onder druk van andere anti-piraterij-organisaties vertrok Sumotorrent steeds naar een ander land. Daarbij lukt het de buitenlandse equivalenten van BREIN het steeds niet om de identiteit van Sumotorrent te achterhalen. De gedwongen verhuizingen van Sumotorrent naar steeds andere hostingproviders in binnen- en buitenland waren op zijn minst een teken aan de wand voor XS Networks wat betreft de ontoelaatbaarheid van de activiteiten van Sumotorrent.

36. Toen Sumotorrent na bijna een jaar omzwervingen in juni 2008 weer naar Nederland kwam om haar website bij XS Networks te laten hosten, was XS Networks de enige overgebleven optie voor BREIN om achter de gegevens van Sumotorrent te komen.

XS Networks handelt onrechtmatig

37. BREIN zag zich daarom genoodzaakt zich tot XS Networks te wenden. XS Networks heeft tot 1 februari jongstleden de website van Sumotorrent gehost, oftewel de technische faciliteiten geleverd waarop de website van Sumotorrent was opgeslagen, en die de website van Sumotorrent met het internet verbonden.
38. Hosting providers hebben een cruciale rol in het internetverkeer. Zij zorgen ervoor dat websites met het internet verbonden blijven. Dat deze belangrijke rol van hosting providers ook verantwoordelijkheden en zorgplichten meebrengen, wordt door de wetgever en rechtspraak algemeen erkend.
39. XS Networks heeft zich echter van geen enkele verantwoordelijkheid of zorgplicht aangetrokken. In plaats daarvan heeft zij voor eigen commercieel gewin, en ondanks herhaaldelijke waarschuwingen van BREIN, drieëneenhalf jaar lang de evident illegale website van Sumotorrent in de lucht gehouden.

40. Daarmee heeft XS Networks onrechtmatig gehandeld jegens BREIN en de bij BREIN aangesloten rechthebbenden.

BREIN behartigt immers op grond van haar statuten¹⁶ de belangen van de bij haar aangesloten partijen.¹⁷ Deze partijen zijn de rechthebbenden ten aanzien van het leeuwendeel van de op de Nederlandse markt verkrijgbare muziek- en filmwerken, digitale boeken, software en andere multimediale werken. Veel van deze werken zijn zonder toestemming van de rechthebbenden via Sumotorrent verspreid.¹⁸

41. BREIN zal eerst kort in herinnering roepen wat de algemene zorgvuldigheidsverplichtingen van internet hosting providers zijn. Daarna zal zij uiteenzetten op welke wijze XS Networks deze verplichtingen heeft geschonden.

Algemene zorgvuldigheidsverplichtingen internet hosting providers

42. Dat van internet hosting providers zoals XS Networks bepaalde zorgvuldigheidsverplichtingen mogen worden verwacht om onwettige activiteiten te voorkomen en op te sporen, volgt in de eerste plaats uit overweging 48 van de considerans van de E-commercerichtlijn. Hierin staat dat *"Deze richtlijn geen afbreuk [mag] doen aan de mogelijkheid voor de lidstaten om van dienstverleners die door afnemers van hun dienst verstrekte informatie toegankelijk te maken (hiermee wordt onder meer bedoeld op internet hosting providers, toevoeging adv.), te verlangen dat zij zich aan zorgvuldigheidsverplichtingen houden die*

¹⁶ Zie productie 2 van de dagvaarding voor de statuten van BREIN. In artikel 3 van de statuten is het doel van BREIN geformuleerd: *"De Stichting stelt zich ten doel 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 de rechthebbenden en de exploitanten, alles in de ruimste zin."*

¹⁷ Zie productie 1 van de dagvaarding voor een lijst met de aangeslotenen rechthebbenden. Hieronder vallen bijvoorbeeld Vereniging Buma, Stichting Stemra, Nederlandse Vereniging van Filmdistributeurs.

¹⁸ Het gaat bijvoorbeeld om de werken van de artiesten van producties 4 tot en met 14 van de Akte, wier rechten en belangen door Buma/Stemra worden behartigd, maar ook bijvoorbeeld om nagenoeg alle beschikbare films die via Sumotorrent worden verspreid.

redelijkerwijs van hen verwacht mogen worden en die bij nationale wet zijn vastgesteld, zulks om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen." (onderstreping advocaten)

43. Dat internet hosting providers zorgvuldigheidsverplichtingen hebben bij het opsporen en voorkomen van onwettige activiteiten, komt omdat zij doorgaans over informatie beschikken, die voor justitie en anderen onbereikbaar is. De meeste bedrijven en particulieren die zich op het internet bezig houden met illegale zaken, doen dat namelijk in de anonimiteit. Op dit moment is het voor justitie en derden welhaast onmogelijk om met eigen middelen de houders van illegale websites op te sporen.
44. Tegen deze achtergrond hebben de Europese¹⁹ en de Nederlandse²⁰ wetgever een informatieplicht in het leven geroepen. Op basis van deze wettelijke verplichting moeten bedrijven die commerciële diensten leveren op het internet, zoals Sumotorrent, gemakkelijk en permanent hun identificerende gegevens aan gebruikers op het internet toegankelijk te maken.

De informatieverplichting van artikel 6 van de E-commercerichtlijn is door het Europese Hof van Justitie bevestigd in HvJEU 12 juli 2011, IER 2011/58 (L'Oréal/eBay). Uit r.ov. 142 van dit arrest volgt dat van een partij die op internet in het economisch verkeer actief is, de identiteit duidelijk moet kunnen worden vastgesteld.

45. Het is in Nederland zelfs een economisch delict wanneer niet aan de informatieplicht van artikel 3:15 d lid 1 BW wordt voldaan.

Vgl. artikel 1 onder 4 WED jo. artikel 3:15d lid 1 BW.

46. In de praktijk houden alleen de bonafide bedrijven zich aan deze wetgeving. Illegale websites zullen hun identiteit zelden aan anderen prijsgeven. Eén van de weinige partijen waar vrijwel alle websites, dus ook de illegale, mee moeten werken is de hosting provider. Zonder hosting provider is de website niet verbonden met het internet. Hiermee heeft de hosting provider een machtig middel in handen. Daarnaast zal de websitehouder op enig moment contact moeten hebben met de

¹⁹ Artikelen 5 en 6 van de E-commercerichtlijn.

²⁰ Artikel 3:15d lid 1 BW.

hosting provider om ten eerste een contract te sluiten en ten tweede zal er maandelijks een bedrag op de rekening van de hosting provider moeten worden gestort. Kortom, de internet hosting provider beschikt vaak als enige partij over de gegevens waarmee de websitehouder kan worden geïdentificeerd, zoals de bankgegevens, e-mailadressen en telefoonnummers.

47. In 1999 heeft de Rechtbank Den Haag in de Scientology-zaak deze unieke positie van de internet hosting provider onderkend en daaraan ook verantwoordelijkheden verbonden. Op grond van de zorgvuldigheidsplicht kan zij gehouden zijn haar medewerking te verlenen om onrechtmatige activiteiten te voorkomen. Aangezien de overweging van de Rechtbank Den Haag precies de kern van deze problematiek aangeeft, citeer ik een groot gedeelte van deze overweging:

"(...) dat de Service Provider die niet zelf openbaar maakt en verveelvoudigt, niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt gehouden kan zijn zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te nemen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens home page auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt. Van de Service Provider mag een zekere mate van zorg worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van verdere inbreuk. Mede gelet op de omstandigheid dat de Service Providers bedrijfsmatig handelen, de mogelijkheid die hun ten dienste staat de toegang tot de home page af te sluiten en de schade die van verdere inbreuken het gevolg zou kunnen zijn, moet worden geoordeeld dat de Service Provider die ervan in kennis wordt gesteld dat een gebruiker van zijn diensten op diens home page auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twifelen, zelf onrechtmatig handelt indien hij alsdan niet ingrijpt." (Rb Den Haag 9 juni 1999, IER 1999/47, r.ov. 16 (Scientology/XS4ALL)) Instemmend aangehaald door Ch. Gielen, Kort Begrip (tiende druk), Deventer: Kluwer 2011, nr. 604.

48. Zes jaar later wordt in het bekende arrest Lycos/Pessers de rol van de internet hosting provider uitvoerig besproken in de conclusie van Advocaat-Generaal Huydecoper.²¹ Het ging in deze zaak om de vraag of Lycos als hosting provider gehouden was om onder de gegeven omstandigheden aan een belanghebbende de NAW-gegevens van een websitehouder te verschaffen die zich onrechtmatig had uitgelaten op een website die Lycos hostte.
49. In zijn conclusie bevestigde Huydecoper niet alleen de unieke positie van de hosting provider, hij gaf ook aan dat (a) een internet hosting provider geen onevenredig zware inspanning hoeft te verrichten om onrechtmatig handelen te voorkomen en (b) de internet hosting provider bovendien door zijn diensten de onrechtmatige situatie in de hand werkt:
- (ov. 48) "De ISP bevindt zich als het om anonieme en onrechtmatige (maar niet evident onrechtmatige of strafbare) uitingen gaat die door zijn tussenkomst worden 'aangeboden', in een unieke positie, omdat (vaak) alleen met zijn hulp, in de vorm van verstrekking van NAW-gegevens, bestrijding van het onrechtmatige handelen mogelijk is. De ISP werkt bovendien, al handelt hij daardoor niet onrechtmatig, de aanbieder van de onrechtmatige informatie in de hand: zijn diensten zijn daarvoor noodzakelijk (geweest). Zowel het een als het ander plaatst de ISP in een positie die rechtvaardigt, dat de betrekkelijk geringe inspanning van verstrekking van NAW-gegevens van hem gevergd mag worden (...)"*
50. Huydecoper haalde in dit kader ook het klassieke arrest van de Zutphense Juffer aan. Dit arrest vormt het beginpunt van de ontwikkeling van de leer omtrent uit zorgvuldigheidsnormen voortvloeiende verplichtingen om, in geëigende omstandigheden, handelend op te treden, met als gevolg dat het nalaten onrechtmatig kan zijn. Huydecoper bespreekt in zijn conclusie deze *geëigende* omstandigheden die uit de vaste literatuur volgen.²² Wanneer (enkele

²¹ HR 25 november 2005, IER 2006/2, ov. 46 (Lycos/Pessers).

²² Spier c.s., *Verbindenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Kluwer: Deventer 2003, nr. 53; Van Dam "Aansprakelijkheid voor nalaten, een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen."

van) deze omstandigheden zich voordoen, kan op iemand de verplichting rusten om (a) een ander voor schade te behoeden en/of (b) een ander bij te staan bij het beperken of ongedaan maken van schade. Deze omstandigheden doen zich bijvoorbeeld voor wanneer men:

- *"in een unieke dan wel (qua informatie) geprivilegieerde positie verkeert, en andere mogelijkheden om de schade af te wenden (...) niet, of niet op aannemelijke voorwaarden beschikbaar zijn;*
- *men zich voor het bieden van de verlangde hulp geen ernstige risico's of onevenredige belasting hoeft te getroosten; en ook*
- *men zelf (...) aan de schade heeft bijgedragen of aan het verder oplopen van de schade bijdraagt, doordat men instrumenteel is aan de handelswijze (of andersoortige gebeurtenis) die de schade mede (heeft) veroorzaakt."*

51. Met name wanneer men ook bewust is van de onrechtmatige situatie, leiden deze omstandigheden tot een rechtsplicht om de onrechtmatige situatie op te heffen.

HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (*Heddema/De Coninck*). Zie meer uitgebreid over de bewustheid van de onrechtmatige situatie de dissertatie van Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. 1989, nr 101.

52. Hoewel de genoemde omstandigheden in een periode ver voor het internettijdperk zijn ontwikkeld,²³ blijkt wel dat ze precies aansluiten bij de situaties waarin internet hosting providers doorgaans verkeren: (i) zij verkeren in een geprivilegieerde positie om schade af te wenden, (ii) de hulp die van hen wordt gevraagd vergt geen onevenredige belasting, en (iii) zij dragen door hun dienstverlening bij aan (het verder oplopen van) de schade. Wanneer deze omstandigheden zich voordoen en de internet hosting provider zich vervolgens ook bewust is van de onrechtmatige situatie, ontstaat een rechtsplicht tot handelen.

Kluwer: Deventer 1995, p. 46-49; en Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. 1989, nrs 79 en 94.

²³ De in de onder noot 9 geciteerde auteurs halen onder meer aan: HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (*Heddema/De Coninck*) en HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29, (*Staat/Daalder*).

53. Ook uit de rechtspraak die na Scientology en Lycos/Pessers is ontwikkeld, volgt dat de rechtspraak de belangrijke en verantwoordelijke rol van de internet hosting provider keer op keer onderschrijft.

Hierbij zij verwezen naar onder meer: Rb Den Haag 11 januari 2012, *LJN*: BV0549 (*BREIN/Ziggo & XS4ALL*); Rb Den Bosch 8 juli 2008, *IEPT* 20080708 (*BREIN/Euroaccess*); Rb Amsterdam 21 juni 2007, *LJN*: BA 7810 (*BREIN/Leaseweb*); Vzgr Rb 's-Gravenhage 5 januari 2007, *AMI* 2007, nr. 9, p. 52-55 (*BREIN/KPN*).

XS Networks heeft drie zorgvuldigheidsverplichtingen geschonden

54. In de thans voorliggende zaak heeft XS Networks door haar handelen, of beter gezegd: door *niet* te handelen, drie specifieke zorgvuldigheidsverplichtingen geschonden. Deze worden nu één voor één nader uitgewerkt.

Schending zorgvuldigheidsplicht I: XS Networks weigert ondanks herhaald verzoek haar hostingdiensten te staken

55. Uit vaste rechtspraak volgt dat op een hosting provider de verplichting rust om het leveren van hostingdiensten aan websitehouders direct te staken zodra de hosting provider weet of behoort te weten dat de activiteiten op de gehoste website onrechtmatig zijn.²⁴

Vgl. ook artikel 6:196c lid 4 BW en artikel 14 lid 1 E-commercerichtlijn.

56. XS Networks wist dat de activiteiten op Sumotorrent onrechtmatig waren, maar heeft desondanks drieëneenhalf jaar lang haar dienstverlening aan Sumotorrent voortgezet. Hiermee heeft zij haar zorgvuldigheidsverplichting geschonden.

XS Networks wist van de onrechtmatige activiteiten op Sumotorrent

57. Dat XS Networks en haar advocaat verschillende keren per e-mail en per telefoon op de hoogte zijn gesteld van de onrechtmatigheid van de

²⁴ Rb 's-Hertogenbosch 8 juli 2008, *IEPT* 20080708 (*BREIN/Euroaccess*), Hof Amsterdam 3 juli 2008, *IEPT* 20080703 (*Leaseweb/BREIN II*) en Vzgr Rb 's-Gravenhage 5 januari 2007, *AMI* 2007/2, nr. 9 (*BREIN/KPN*).

website van Sumotorrent is hiervoor al besproken (zie paragrafen 28 - 30).

58. XS Networks trekt zich hier niets van aan. Vanaf het begin stelt zij zich op het standpunt dat de website van Sumotorrent niet onmiskenbaar onrechtmatig is en dat zij daarom niet gehouden is de dienstverlening te staken. Drieëneenhalf jaar lang blijft XS Networks hardnekkig en zonder enige motivering volhouden dat van onrechtmatigheid geen sprake is. Ook na nieuwe e-mails van BREIN aan XS Networks in 2009,²⁵ 2010²⁶ en 2011²⁷ waarin elke keer de onrechtmatigheid van Sumotorrent wordt toegelicht en aan XS Networks wordt verzocht de dienstverlening aan Sumotorrent te staken vanwege het evident onrechtmatige karakter van de website.
59. Dat XS Networks een ander idee heeft over de onrechtmatigheid van torrentwebsites zoals Sumotorrent moge dus duidelijk zijn. Zelfs nu nog durft XS Networks te stellen dat de website van Sumotorrent niet onrechtmatig is.

Wij verwijzen hierbij naar de website van XS Networks waarop onder meer de volgende tekst staat:²⁸

"In our opinion there is nothing illegal about the websites that were hosted with XS Networks."

Zie daarnaast ook paragraaf 23 van de Conclusie van Antwoord:

"In het onderhavige geval wist XS Networks niet of Sumotorrent.com onmiskenbaar onrechtmatig was. Ook nu is dit voor XS Networks nog niet duidelijk."

60. XS Networks houdt zich welbewust van de domme. Zij weet maar al te goed dat websites als Sumotorrent onrechtmatig zijn. Deze gespeelde naïviteit mag XS Networks natuurlijk niet baten. In de Euroaccess-zaak had hosting provider Euroaccess een vergelijkbare houding aangenomen en weigerde te erkennen dat de torrentwebsite

²⁵ Productie 17 van de dagvaarding.

²⁶ Productie 19 van de dagvaarding.

²⁷ Productie 24 van de dagvaarding.

²⁸ Productie 3 van de Akte.

<www.torrent.to> onmiskenbaar onrechtmatig was. De rechtbank maakte echter korte metten met deze houding:²⁹

"Daartoe overweegt de rechter dat het onrechtmatige karakter van de activiteiten op www.torrent.to evident is en ook voor Euroaccess volstrekt duidelijk moet zijn. Immers, iedereen weet dat het aanbieden van muziek- film- en softwarebestanden zonder toestemming van de rechthebbenden illegaal is. Dit geldt nog sterker voor een professionele partij die zich toelegt op het hosten van websites die bovendien door Stichting BREIN ook nog eens is gewezen op het onrechtmatige karakter van de activiteiten op www.torrent.to."

De evidente onrechtmatigheid van torrentsites als Sumotorrent is door verschillende rechtbanken onderschreven. Zie in dit verband ook rechtsoverweging 4.2 van de Rechtbank Den Haag op 5 januari 2007, LJN: AZ5678 (BREIN/KPN) en voorts ook: Hof Amsterdam 3 juli 2008, LJN: BD6223, r.ov. 4.6 (BREIN/Leaseweb II) en Rb Utrecht 26 augustus 2009, LJN: BJ6008, r.ov. 4.29 (BREIN/Mininova).

XS Networks weigerde ondanks de evidente onrechtmatigheid de dienstverlening aan Sumotorrent te staken

61. Hoewel XS Networks al sinds juli 2008 vele keren door BREIN uitdrukkelijk is verzocht de dienstverlening aan Sumotorrent te staken, heeft XS Networks de website altijd in de lucht gehouden.
62. BREIN heeft in dat kader zelfs aangeboden om XS Networks te vrijwaren tegen alle claims die Sumotorrent in zou stellen als gevolg van het staken van de dienstverlening.

Zie hiervoor bijvoorbeeld de laatste alinea van de e-mail van 14 april 2010 aan XS Networks.³⁰

63. Ook dit aanbod werd door XS Networks per e-mail naar de prullenbak verwezen.³¹

²⁹ Rb Den Bosch 8 juli 2008 IEPT20080708, r.ov. 4.5 (BREIN/Euroaccess).

³⁰ Productie 19 van de dagvaarding.

³¹ Productie 19 van de dagvaarding.

64. Want laat één ding duidelijk zijn: voor XS Networks was het hosten van illegale torrentsites een lucratieve business die zo lang mogelijk in stand moest blijven. Naast Sumotorrent hostte XS Networks immers in de periode van 2007 – 2012 een aantal van 's werelds grootste torrentwebsites, waaronder: torrentz.com, seedpeer.com, h33t.com, btscene.com, 2torrents.com en mininova.org.³² Deze illegale torrentsites zijn veelal vanaf juni 2007 bij XS Networks terechtgekomen nadat Leaseweb was gestopt met het hosten van illegale torrentsites.³³ Op deze manier werd XS Networks de nieuwe *safe haven* voor illegale torrentsites.
65. Wanneer XS Networks eenmaal zou toegeven aan het verzoek van BREIN om haar diensten aan Sumotorrent te staken, dan zouden de andere evident onrechtmatige sites waarschijnlijk snel daarna volgen. Hierdoor zou XS Networks een grote hoeveelheid van haar inkomsten mislopen. Door BREIN consequent de deur te wijzen heeft XS Networks drieëneenhalf jaar haar zakken kunnen vullen ten koste van de auteursrechthebbenden.

Schending zorgvuldigheidsplicht II: XS Networks bleef na herhaald verzoek weigeren om (correcte) identificerende gegevens te verstrekken

66. In de tweede plaats rustte op XS Networks de zorgplicht om aan BREIN de identificerende gegevens van Sumotorrent te verstrekken. Dit heeft XS Networks consequent geweigerd, gezien de omstandigheden: ten onrechte.
67. BREIN heeft vanaf juli 2008 verschillende keren om de identificerende klantgegevens van Sumotorrent gevraagd.³⁴ Met de juiste gegevens in de hand zou BREIN (of één van haar buitenlandse equivalenten) juridische acties tegen Sumotorrent kunnen starten.
68. Op grond van de bestendige rechtspraak heeft BREIN ook recht op de identificerende klantgegevens en handelt XS Networks onrechtmatig door te weigeren die te verstrekken. Deze omstandigheden zijn in het

³² Productie 16, pagina 2 van de dagvaarding.

³³ Leaseweb stopte met het hosten van illegale torrentsites toen BREIN een zaak tegen Leaseweb had gewonnen met betrekking tot de torrentsite Everlasting, vgl. Rb Amsterdam 21 juni 2007, LJN: BA7810 (BREIN/Leaseweb).

³⁴ Producties 16 en 17 van de dagvaarding.

pleidooi en in de dagvaarding al aan bod gekomen (zie paragrafen 51 en 59 van de dagvaarding). Wij zullen ze hier alleen kort aanstippen:

- A. **Het was voldoende aannemelijk dat er sprake was van onrechtmatig handelen door Sumotorrent** - dit punt is in het voorgaande uitvoerig behandeld.
- B. **BREIN had een reëel belang bij het verkrijgen van de correcte identificerende gegevens** - de bij BREIN aangesloten rechthebbenden lijden aanzienlijke schade door de handelswijze van Sumotorrent. BREIN wil dan ook Sumotorrent aanspreken om deze schade te vergoeden.
- C. **Er was geen minder ingrijpende mogelijkheid is om de correcte identificerende gegevens te achterhalen** hiervoor is onder paragrafen 34 - 36 de jarenlange vergeefse zoektocht naar de juiste gegevens van Sumotorrent al genoemd.
- D. **Op grond van een belangenafweging diende het belang van BREIN te prevaleren** - het belang van XS Networks om de gegevens van Sumotorrent geheim te houden, weegt niet op tegen het belang van BREIN om de correcte gegevens te bezitten zodat zij Sumotorrent kan aanspreken om verdere schade en inbreukmakend handelen te voorkomen. Hier komt nog bij dat XS Networks gegevens wil achterhouden die op grond van Europese en Nederlandse wetgeving al openbaar hadden moeten zijn.

Bovengenoemde omstandigheden volgen uit de vaste rechtspraak die is ontwikkeld op basis van het eerder genoemde Lycos/Pessers arrest. Vgl. Rb Amsterdam 21 juni 2007, LJN: BA7810 (*BREIN/Leaseweb I*); Hof Amsterdam 3 juli 2008, *IEPT* 20080708 (*Leaseweb/BREIN II*); Rb Den Bosch 8 juli 2008, *IEPT* 20080708 (*BREIN/Euroaccess*).

69. XS Networks weigerde echter – ook na herhaald verzoek – de identificerende gegevens van Sumotorrent te verstrekken. Hiermee heeft XS Networks een tweede zorgvuldigheidsverplichting geschonden.

Schending zorgvuldigheidsplicht III: XS Networks had onder de gegeven omstandigheden de gegevens van Sumotorrent die zij uiteindelijk aan BREIN verstrekke eerst voldoende moeten controleren – en bij vaststelling

van onjuistheid – evenredige inspanning moeten verrichten om de juiste gegevens te achterhalen.

70. Pas nadat XS Networks was gedagvaard, heeft zij gegevens van Sumotorrent aan BREIN verstrekt. Deze gegevens bleken echter direct al vals. Niet de minste moeite was nodig om te zien dat met de kopie van het door XS Networks aan BREIN verstrekte paspoort was gefraudeerd. Ook een simpele zoektocht op *Google Maps* van – pak 'm beet – 30 seconden, volstond om te zien dat op de plek waar de zogenaamde woning van de houder van Sumotorrent zou staan, een onbebouwd weiland lag.
71. Dat de door XS Networks verstrekte gegevens vals zijn, en dit bij de minste bestudering ervan duidelijk is, is op zichzelf natuurlijk al ernstig. Maar wat de situatie nog veel erger maakt, is dat BREIN XS Networks hiervoor juist had gewaarschuwd. BREIN heeft XS Networks en haar advocaat telefonisch en per e-mail gewaarschuwd dat Sumotorrent in haar communicatie met derden valse gegevens gebruikt.³⁵ Daarom verzocht BREIN met klem om de gegevens van Sumotorrent goed te controleren. XS Networks heeft in dit kader bevestigd dat zij de gegevens van al haar klanten controleert.³⁶ Nu blijkt dat XS Networks – in strijd met haar verklaring – elke controle achterwege heeft gelaten. Als zij werkelijk had gecontroleerd, dan was de valsheid meteen duidelijk geworden.
72. In onderhavige situatie speelt een aantal omstandigheden die ertoe leiden dat op XS Networks de zorgvuldigheidsplicht rust om de gegevens te controleren die zij aan BREIN zou verstrekken.
73. Alle relevante omstandigheden staan in paragraaf 16 van de Akte. Wij herhalen hier alleen de zes belangrijkste.
- A. XS Networks wist, althans behoorde te weten, dat de activiteiten op de website van Sumotorrent onrechtmatig waren;

³⁵ Zie de e-mails aan XS Networks en aan Mr Van Rooij die zijn opgenomen in productie 16 van de dagvaarding.

³⁶ Zie de e-mails aan XS Networks en aan Mr Van Rooij die zijn opgenomen in productie 16 van de dagvaarding.

- B. BREIN heeft XS Networks verschillende keren gewaarschuwd dat Sumotorrent in haar communicatie met derden valse gegevens gebruikt;
 - C. BREIN heeft XS Networks expliciet gevraagd om de gegevens van Sumotorrent te controleren;
 - D. XS Networks was de enige aangewezen partij die de gegevens van Sumotorrent kon controleren;
 - E. XS Networks hoefde geen onevenredige inspanningen te verrichten om de gegevens te controleren, de gegevens waren immers evident vals; en
 - F. Sumotorrent is een professionele partij die diensten van de informatiemaatschappij levert en daarom al wettelijk gehouden is haar identificerende gegevens openbaar te maken. XS Networks zou dus slechts gegevens achterhalen, die Sumotorrent al lang en breed op haar website had moeten zetten.
74. Onder deze (en eventueel samen met de andere vier in de Akte genoemde) omstandigheden had XS Networks moeten controleren of de gegevens van Sumotorrent correct waren. Nu zij dat heeft nagelaten heeft zij haar zorgvuldigheidsplicht geschonden.
75. De gevolgen van het nalatig handelen door XS Networks zijn duidelijk: Sumotorrent is met de noorderzon vertrokken, de afgelopen jaren geleden schade kan niet op Sumotorrent worden verhaald, en de schade die de rechthebbenden lijden als gevolg van de illegale downloads via Sumotorrent loopt met de dag verder op, terwijl die schade anders voorkomen had kunnen worden. Bovendien zullen verdere kosten gemaakt moeten worden om Sumotorrent elders te bestrijden en elders te pogen de identificerende gegevens te achterhalen.
76. Door ook hier niet te handelen terwijl dat in de gegeven omstandigheden wel was vereist, heeft XS Networks nog een derde zorgvuldigheidsverplichting geschonden.

77. Tot slot is het volgende nog van belang te vermelden. Begin april hebben de advocaten van BREIN de advocaat van XS Networks schriftelijk geïnformeerd over de valse gegevens die XS Networks had verstrekt.³⁷ XS Networks noch haar advocaat heeft ooit op deze brief gereageerd. En dat, terwijl XS Networks hier een uitgelezen mogelijkheid had om actie te ondernemen zodat zij alsnog de correcte identificerende gegevens de houder(s) van Sumotorrent zou achterhalen. Zelfs al zou XS Networks op dat moment er niet voor kiezen om Sumotorrent te benaderen, dan had zij nog de mogelijkheid om BREIN andere identificerende gegevens te sturen die zij nog in haar bezit heeft, zoals recente bankafschriften, telefoonnummers, e-mail- of IP-adressen.

Toelichting overige vorderingen

Verstrekken correcte identificerende gegevens

78. Mede omdat XS Networks ervoor heeft gekozen om niet te reageren op BREINs laatste verzoek van april, vraagt BREIN aan Uw Rechtbank om XS Networks te gebieden alsnog alle correcte identificerende gegevens van Sumotorrent aan haar te verstrekken en alle andere bij XS Networks bekende gegevens waarmee Sumotorrent kan worden geïdentificeerd.
79. Dat XS Networks gegevens voor BREIN achterhoudt, is, gelet op de omstandigheden, evident. Tussen XS Networks en Sumotorrent is veel contact geweest. In ieder geval was er al in 2008 contact tussen beide partijen toen bleek dat Sumotorrent een gerechtelijke procedure tussen XS Networks en BREIN zou financieren.³⁸
80. Daarnaast heeft XS Networks ook op haar eigen website <www.xsnetworks.net> aangegeven dat zij contact heeft gehad met Sumotorrent.³⁹ Op deze website uit XS Networks haar ongenoegen over de onderhavige procedure en schrijft vervolgens dat ze na lang beraad gezamenlijk met haar klant – Sumotorrent – heeft besloten om de gevraagde gegevens te verstrekken. Letterlijk staat er:

³⁷ Dit is ook aan de orde gekomen in de Akte onder paragraaf 10.

³⁸ Zie productie 3 van de dagvaarding.

³⁹ Zie productie 3 van de Akte.

"after great consideration, our client and we together decided to voluntarily hand over the requested client details"

81. Volgens XS Networks zelf is er in ieder geval contact geweest met Sumotorrent.
82. Het kan dan ook niet anders zijn dat XS Networks over meer en bruikbare informatie beschikt om de identiteit van Sumotorrent te achterhalen. XS Networks moet in het bezit zijn van contactgegevens en van contracten met Sumotorrent – zij geeft zelf aan professionele contracten te sluiten⁴⁰ –, e-mailcorrespondentie, telefoon- of faxnummers en bankgegevens, die wel leiden naar de (identiteit van de) partij achter de Sumotorrent website. Voorts had XS Networks bijvoorbeeld het IP-adres kunnen verstrekken van waaruit de eigenaar van Sumotorrent e-mailt met XS Networks en inlogt om beheerdersactiviteiten te verrichten met betrekking tot de website. Op basis van het IP-adres had mogelijk direct geleid tot de vestigingsplek van de eigenaar, of in ieder geval tot zijn lokale accessprovider. Wat betreft de bankgegevens, zijn de verstrekte gegevens volstrekt ontoereikend. BREIN ontving van XS Networks alleen een banknummer van negen cijfers en de zogenaamde naam van de rekeninghouder. Hier kon BREIN natuurlijk niets mee. XS Networks had bijvoorbeeld ook kopieën van rekeningafschriften kunnen doorsturen, of aanvullende bankgegevens kunnen vertrekken zoals (i) de naam van de bank, (ii) de plaats van de bank, en (iii) het IBAN nummer (dit is het rekeningnummer dat wordt gebruikt bij alle buitenlandse betalingen). Dat XS Networks in ieder geval over de rekeningafschriften moet beschikken, volgt uit het eenvoudige gegeven dat XS Networks als B.V. de wettelijke verplichting heeft om voor een periode van zeven jaar (onder meer) haar rekeningafschriften te bewaren.

Op grond van artikel 52 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (alsmede op grond van artikel 2:10 leden 1 en 3 BW en artikel 3:15i BW) geldt er een (fiscale) bewaarplicht voor ondernemingen. Dit houdt onder meer in dat ondernemingen voor een periode van zeven jaar hun rekeningafschriften dienen te bewaren.

⁴⁰ Zie productie 16 van de dagvaarding.

83. Aangezien Sumotorrent volgens XS Networks heeft ingestemd met de verstrekking van haar gegevens, heeft XS Networks ook geen enkel belang meer om de *correcte* informatie achter te houden.

Gestaakt houden dienstverlening

84. Het is zo dat XS Networks inmiddels is gestopt met haar dienstverlening aan Sumotorrent. Volgens eigen zeggen is XS Networks zelfs helemaal gestopt met haar bedrijfsactiviteiten. Uit het handelsregister blijkt echter dat de rechtspersoon XS Networks B.V. nog steeds bestaat. Gelet op de volhardendheid van XS Networks en gelet op de weigering van XS Networks om toe te zeggen nooit meer de website Sumotorrent te zullen hosten, bestaat het gevaar dat XS Networks haar activiteiten hervat en in de toekomst weer (vergelijkbare) websites van Sumotorrent zal hosten. Dit moet uiteraard voorkomen worden.
85. BREIN verlangt daarom dat XS Networks al het technisch mogelijke doet om de website < www.sumotorrent.com > blijvend van het internet te houden. Dit gebod grondt BREIN op artikel 26d Aw en artikel 15e Wnr. XS Networks moet immers worden gezien als een tussenpersoon wiens diensten (de hosting diensten aan Sumotorrent) door derden (de eigenaar/houder van Sumotorrent en de gebruikers) werden gebruikt om inbreuk te maken op de rechten van de aangeslotenen van BREIN.

Vgl. Rb 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN: BV0549 (*BREIN / Ziggo en XS4ALL*). Daarnaast zij verwezen naar paragrafen 43 tot en met 49 van de dagvaarding waarin de voor artikelen 26d Aw en 15e Wnr vereiste belangenafweging is uiteengezet.

Aansprakelijkheid voor schade auteursrechthebbenden

Schade

86. BREIN vraagt in deze procedure ook een verklaring voor recht dat XS Networks aansprakelijk is voor de schade die de auteursrechthebbenden van wie de rechten en belangen door Buma/Stemra worden behartigd, hebben geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen door XS Networks. Dat betreft de periode dat XS Networks de Sumotorrent website gehost heeft. BREIN heeft belang bij een dergelijke vordering, aangezien Buma/Stemra haar

schadevergoedingsvordering ter zake heeft gecedeerd aan BREIN.
BREIN heeft deze cessie ook aan XS Networks gemeld.

87. De betrokken auteurs en artiesten zijn in de periode waarin XS Networks Sumotorrent hostte duizenden euro's aan vergoedingen misgelopen, doordat hun werken met behulp van Sumotorrent gratis en zonder toestemming van de rechthebbenden zijn verspreid. Daarnaast is het ook aannemelijk dat deze artiesten inkomsten zijn misgelopen omdat de gebruikers van Sumotorrent die gratis een CD hebben gedownload, deze vervolgens niet op legale wijze bij de iTunes-store (dit is de elektronische muziekwinkel van Apple) of in een webshop zullen aanschaffen. De hoogte van de schade zal in een schadestaatprocedure moeten worden vastgesteld.

Aansprakelijkheid XS Networks

88. BREIN eist een verklaring voor recht dat XS Networks aansprakelijk is voor deze schade. XS Networks is immers – naast Sumotorrent – voor deze schade aansprakelijk, aangezien XS Networks niet prompt en adequaat heeft gehandeld om de activiteiten op Sumotorrent te beëindigen, terwijl zij wist of moest weten dat deze activiteiten onrechtmatig waren en zij bovendien op zeer eenvoudige wijze haar technische steun aan de inbreuken had kunnen staken.

Vgl. Hof 's-Gravenhage op 4 september 2004, *IER* 2003, 69
(*Scientology/XS4ALL*).

89. Hier komt nog eens bij dat BREIN:
- A. XS Networks heeft herhaaldelijk gewaarschuwd dat zij de aansprakelijkheid naar zich toe zou trekken voor de schade die de auteursrechthebbenden zouden lijden, wanneer zij zou doorgaan met het faciliteren van de website van Sumotorrent;⁴¹

en dat BREIN:

⁴¹ Zie bijvoorbeeld de e-mail van BREIN aan XS Networks van 11 juli 2008 (pagina 11 van productie 16 van de dagvaarding).

- B. zelfs heeft aangeboden om XS Networks te vrijwaren voor alle claims van Sumotorrent die voort zouden vloeien uit – onder meer – het afsluiten van Sumotorrent.⁴²
90. Slechts voor de goede orde merkt BREIN nog op dat de aansprakelijkheidsexceptie van artikel 6:196c lid 4 BW in deze geen uitweg biedt voor XS Networks. Deze bepaling is in het leven geroepen om internet hosting providers te beschermen die adequaat handelen door prompt hun dienstverlening aan websites te staken, zodra zij weten of moeten weten dat deze websites onrechtmatig zijn. Als iets *niet* over XS Networks kan worden gezegd, dan is dat wel dat zij in deze kwestie prompt en adequaat heeft gehandeld: met haar weigerachtige houding heeft zij de aansprakelijkheidsbeperking verspeeld.

Belang BREIN

91. Uit het voorgaande blijkt dat BREIN, in tegenstelling tot wat XS Networks beweert, wel degelijk belang heeft bij haar vorderingen onder a, b, c en f.

Proceskostenveroordeling

92. Over de vraag of een volledige proceskostenveroordeling op de voet van artikel 1019h Rv op zijn plaats is, bestaat geen twijfel. De vorderingen van BREIN zijn primair gebaseerd op de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, althans om handhaving op basis van artikel 26d Aw en artikel 15e Wnr. Bovendien is in recente rechtspraak *nogmaals* bevestigd dat voornoemde vorderingen tegen een internettussenpersoon ook onder het regime van artikel 1019h Rv vallen. Hierbij zij verwezen naar de uitspraak van het Hof Leeuwarden in de Stokke/Marktsplaats-zaak:

R.ov. 14.6: "Artikel 1019h Rv, waarin is bepaald dat in IE-zaken een volledige proceskostenveroordeling wordt uitgesproken, is van toepassing op de vorderingen van Stokke die betrekking hebben op de handhaving van IE-rechten en inbreuk op zulke rechten als bedoeld in de artikelen 1 en 2 van de Handhavingsrichtlijn, waaronder tevens zijn begrepen de in die

⁴² Zie de e-mail van BREIN aan XS Networks van 14 april 2010 (pagina 2 van productie 19 van de dagvaarding).

richtlijn uitdrukkelijk genoemde vorderingen tot een ge- of verbod tegen een tussenpersoon."

In gelijke zin: Rb Den Bosch 8 juli 2008, *IEPT20080708*, r.ov. 4.10 (*BREIN/Euroaccess*).

93. Daarnaast is de starre en onvermurwbare houding van XS Networks de aanleiding geweest voor deze gerechtelijke procedure. XS Networks heeft nota bene zelf aangegeven dat zij alleen na tussenkomst van een rechter de verzoeken van BREIN zou honoreren.⁴³ Enkel vanwege de opstelling van XS Networks was BREIN genoodzaakt om een procedure bij de rechter te starten en daardoor veel kosten te maken. Daarnaast treft XS Networks verwijt van de inbreuk de auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden. Volgens vaste rechtspraak zou ook om deze redenen een volledige proceskostenveroordeling op haar plaats zijn.

Vgl. Rb Den Haag 11 januari 2012, *LJN*: BV0549, r.ov. 4.63 (*BREIN/Ziggo & XS4ALL*) en Rb Den Bosch 8 juli 2008, *IEPT20080708*, r.ov. 4.10 (*BREIN/Euroaccess*).

94. Om geen discussie te hoeven voeren over de hoogte van de volledige proceskostenveroordeling matigt BREIN zelf de proceskosten tot een bedrag van EUR 20.000,-. Zoals uit het overgelegde kostenoverzicht blijkt, is dit een fractie van de werkelijke kosten die BREIN heeft moeten maken. Bovendien is dit een voor IE-zaken gebruikelijk bedrag, en zelfs aan de lage kant.

Conclusie

95. BREIN wil graag afsluiten met de opmerking dat Nederlandse internet hosting providers vrijwel altijd behulpzaam zijn bij het opsporen en voorkomen van onrechtmatige activiteiten op het internet. BREIN heeft dagelijks contact met grote en kleinere internet hosting providers door het hele land, en deze contacten lopen gewoonlijk goed. BREIN ziet juist dat internet hosting providers hun verantwoordelijkheden en zorgplichten serieus nemen en hun dienstverlening staken zodra zij op de hoogte zijn dat op de websites die zij hosten, onrechtmatige activiteiten plaatsvinden. Dit gebeurt ruim 600 keer per jaar. De situatie

⁴³ Zie bovenaan pagina 2 van productie 17 van de dagvaarding.

met XS Networks staat dan ook op zich en is – vanwege de volhardendheid aan de kant van XS Networks – uitzonderlijk. Uiteindelijk had BREIN daarom geen andere keuze dan het geschil aan Uw Rechtbank voor te leggen.

Deze zaak wordt behandeld door Mrs T. Cohen Jehoram, V. Rörsch en P.L. Tjiam, De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam, T +31 20 577 1942, F +31 20 577 1775, E tobias.cohenjehoram@debrauw.com, vivien.rorsch@debrauw.com en paul.tjiam@debrauw.com