

# Dutch FilmWorks / Ziggo: een hoge drempel voor het verkrijgen van NAW-gegevens van individuele downloaders

*Noot bij Voorzieningenrechter  
Rechtbank Midden-Nederland 8  
februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:  
423 (Dutch FilmWorks tegen Ziggo)*

*mr. D.M. Linders en mr. J.J. Vermeij<sup>1</sup>*

Filmdistributeur Dutch FilmWorks vordert in dit kort geding afgifte door Ziggo van NAW-gegevens van abonnees die illegaal de film 'The Hitman's Bodyguard' hebben gedownload via BitTorrent. Dutch FilmWorks wil de abonnees aanspreken voor de schade die zij stelt te lijden ten gevolge van de illegale downloads. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Dutch FilmWorks af op grond van een belangenafweging. De afweging laat zien dat de voorzieningenrechter in deze zaak van de rechthebende een grote mate van zorgvuldigheid verlangt voordat een ISP verplicht is NAW-gegevens te verstrekken van individuele downloaders.

## 1. Achtergrond: de privékopie-exceptie

Voordat we het vonnis bespreken is het nuttig naar de achtergrond van deze zaak te kijken. In Nederland werd tot het HvJEU-arrest in de zaak *ACI Adam c.s./Stichting de Thuis kopie* van 10 april 2014 (zie hierna) aangenomen dat downloaden uit illegale bron onder de privékopie-exceptie viel en dus was toegestaan.

De privékopie-exceptie is ontstaan in Duitsland. Auteursrechtenorganisatie GEMA vorderde in 1964 van de producenten van bandrecorders een identificatieplicht voor de kopers van de apparaten. Daarmee konden zij thuis worden gecontroleerd op inbreukmakende handelingen. Het Bundesgerichtshof erkende dat het opnemen van beschermd materiaal auteursrechtinbreuk kon opleveren, maar het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer diende te prevaleren.<sup>2</sup> Om de rechtheb-

benden te compenseren voor de ongeautoriseerde privékopieën werd een jaar later een heffing op de verkoop van bandrecorders geïntroduceerd.<sup>3</sup>

In Nederland werd het maken van kopieën voor privégebruik in 1990 buiten het bereik van het verbodsrecht geplaatst en werd een heffing ingevoerd op lege dragers (zoals cassettebandjes, blanco cd's en dvd's en later mp3-spelers, harde schijven, smartphones en computers). In de parlementaire geschiedenis zijn de twee belangrijkste redenen te vinden: de privacy van degene die kopieert en de praktische moeilijkheden bij individuele handhaving.<sup>4</sup>

1. Douwe Linders en Jesse Vermeij zijn respectievelijk als advocaat/partner en legal counsel verbonden aan SOLV Advocaten te Amsterdam.

2. Bundesgerichtshof 29 mei 1964, GRUR 1965/2.

3. P.B. Hugenholtz e.a., *The Future of Levies in a Digital Environment*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2003, p. 11.

4. Zie bijvoorbeeld: Parlementaire Geschiedenis bij de Auteurswet 1912, p. 1712 en *Kamerstukken II 1987/88*, 20656, 3, p. 5.

## 2. Verbod op downloaden uit illegale bron

Met name vanwege de grote schaal en de eenvoud van filesharing via internet is het privékopiestelsel nooit een rustig bezit geweest. Het standpunt van het Nederlandse kabinet is (tot april 2014) altijd geweest dat downloaden, ook uit illegale bron, onder de privékopie-exceptie viel en dus was toegestaan. In 2011 was het kabinet echter voornemens het gehele heffingssysteem af te schaffen en daarmee downloaden uit illegale bron alsnog te verbieden.<sup>5</sup> Dat plan werd na een motie in de Tweede Kamer weggestemd.<sup>6</sup> De voornaamste reden: de privacy van de downloaders. Het was 'niet de bedoeling om de auteursrechthebbende in staat te stellen de individuele downloader aan te pakken of de privacy van gebruikers van isp's te schenden.'<sup>7</sup> Het 'downloadverbod' is er uiteindelijk toch gekomen. Op 10 april 2014 besliste het HvJEU in het arrest *ACI Adam c.s./Stichting de ThuisKopie* dat slechts een beroep kan worden gedaan op de privékopie-exceptie indien de kopie is verkregen uit legale bron.<sup>8</sup> Het gevolg is dat rechthebbenden nu ook kunnen optreden tegen illegaal downloaden, en niet meer alleen tegen illegaal uploaden.<sup>9</sup>

## 3. Handhaving: van IP- naar NAW-gegevens

Handhavend optreden vergt identificatie van de downloader. De eerste stap daarbij is het verzamelen van de IP-adressen waarmee beschermd materiaal is gedownload. Aan een IP-adres kun je echter geen sommatiebrief of dagvaarding sturen, daarvoor zijn NAW-gegevens noodzakelijk. Om die te achterhalen heeft de rechthebbende de medewerking nodig van een Internet Service Provider (ISP) die IP-adressen kan koppelen aan NAW-gegevens van haar abonnees.

## 4. Onderzoek door de Autoriteit Persoonsgegevens

IP-adressen kunnen dus indirect worden herleid tot een persoon. Het verzamelen van IP-adressen kwalificeert daarmee als een verwerking van persoonsgegevens. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) deed dan ook een zogenaamd voorafgaand onderzoek naar aanleiding van de geplande verwer-

kingen door Dutch FilmWorks (DFW), die zij heeft vastgelegd en van waarborgen heeft voorzien in een protocol.<sup>10</sup> DFW werd door de AP o.a. verzocht haar klachtenprocedure uit te breiden en toegankelijker te maken, met name voor betrokkenen die stellen ten onrechte een brief te hebben ontvangen. Nadat DFW dat had gedaan, concludeerde de AP dat de beoogde verwerkingen rechtmatig waren.<sup>11</sup> Met haar rechtmatigheidsoordeel gaf de AP het startsein voor handhaving door DFW. In december 2017 startte het bedrijf een mediacampagne om bekend te maken dat zij illegale downloaders van 'The Hitman's Bodyguard' zou gaan opsporen en benaderen. DFW schakelde het Duitse bedrijf Texcipo in om IP-adressen te verzamelen. Vervolgens verzocht DFW Ziggo om van 174 IP-adreshouders de NAW-gegevens te verstrekken.<sup>12</sup> Ziggo ging niet vrijwillig tot afgifte over. DFW stapte daarop naar de voorzieningenrechter Midden-Nederland.

## 5. Het vonnis: toetsing aan *Lycos/Pessers*

In het hier besproken vonnis toetst de voorzieningenrechter of Ziggo het verzoek van DFW terecht heeft afgewezen. Het toetsingskader volgt uit het arrest *Lycos/Pessers*<sup>13</sup> en leidt in het onderhavige geval tot de volgende criteria (rov. 4.9):

- Is voldoende aannemelijk dat het downloaden van de film met behulp van BitTorrent-netwerken onrechtmatig is jegens DFW?
- Heeft DFW een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-gegevens?
- Is aannemelijk dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen?
- Brengt de afweging van de betrokken belangen van DFW, Ziggo en de abonnees van Ziggo mee dat het belang van DFW in dit geval zwaarder dient te wegen?

Aan de voorwaarden a) tot en met c) wordt eenvoudig voldaan: abonnees die illegaal downloaden handelen onrechtmatig jegens DFW, om hier tegen op te treden heeft laatstgenoemde een reëel belang bij de NAW-gegevens en aannemelijk is dat er geen minder ingrijpende mogelijkheid is om downloaders te identificeren (rov. 4.10 t/m 4.14).

5. *Kamerstukken II 2012/13, 29838, 29, p. 2.*

6. *Kamerstukken II 2012/13, 29 838, 56, 61 en 64.*

7. *Kamerstukken II 2012/13, 29838, 61, p. 2.*

8. HvJ EU 10 april 2014, zaak C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI ADAM c.s./Stichting de ThuisKopie*).

9. Met het arrest in de zaak *Brein/Filmspeler* (HvJEU 26 april 2017, zaak C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 (*Brein/Filmspeler*)) staat overigens vast dat ook het streamen van illegaal aanbod auteursrechtinbreuk oplevert. Illegale streamingdiensten worden steeds populairder, ten koste van downloadnetwerken zoals BitTorrent.

10. Het uitvoeren van een voorafgaand onderzoek was onder de omstandigheden verplicht onder art. 31 Wet bescherming persoonsgegevens. De verplichting van een voorafgaand onderzoek bestaat onder de AVG niet meer.

11. Besluit van de Autoriteit Persoonsgegevens van 5 december 2017 ([https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/besluit\\_online\\_handhaving\\_auteursrechten\\_dfw.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/besluit_online_handhaving_auteursrechten_dfw.pdf)).

12. In de procedure aangevuld tot 377.

13. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos/Pessers*).

## 5.1. Belangenafweging

De belangenafweging sub d) valt desondanks in het nadeel van DFW uit. Dit oordeel is gestoeld op drie onderdelen.

### 5.1.1. Slechts een eenmalige inbreuk

De voorzieningenrechter neemt ten eerste als uitgangspunt dat een auteursrechtinbreuk op de film door middel van een BitTorrent-download volledig op zichzelf staat. Voor elk IP-adres zou sprake zijn van niet meer dan een eenmalige inbreuk. Er zou geen aanleiding zijn te veronderstellen dat de persoon achter een specifiek IP-adres ook betrokken is bij andere illegale downloads. Dit maakt het belang van DFW 'niet extra groot' (rov. 4.17).

Dat de voorzieningenrechter de belangenafweging terugbrengt tot het individuele niveau van de downloader is op zichzelf natuurlijk niet onjuist. Het gaat immers om de belangen van die specifieke downloader en die heeft (voor zover ten processe vaststaat) slechts één keer een film gedownload. Het wringt echter dat er geen acht wordt geslagen op de zaakoverstijgende belangen van de rechthebbenden. Dat de illegale uitwisseling van films via internet hen veel schade toebrengt mag duidelijk zijn. Rechthebbenden hebben er dus veel baat bij dat inbreukmakers op individueel niveau kunnen worden aangesproken. En het lijkt toch evenmin onjuist om deze overstijgende belangen ook te laten meewegen.

### 5.1.2. Onvoldoende onderbouwde schadevergoeding

Ten tweede verwijt de voorzieningenrechter DFW onduidelijk te zijn geweest over hoogte en samenstelling van de schadevergoeding die zij wil vorderen van de downloaders. In het protocol van DFW is gezwegen over concrete bedragen terwijl in de media uitingen zijn gedaan over bedragen van € 150,- maar ook over honderden euro's per geval. Bovendien werd gesproken over boetes in plaats van schikkingsvoorstellen, waarmee niet uitgesloten is dat de schadevergoeding punitieve elementen zal bevatten (rov. 4.18 en 4.19).

De voorzieningenrechter legt hier een hoge drempel op. Op grond van *Lycos/Pessers* dient onder criterium a) te worden getoetst of 'voldoende aanneemelijk' is dat de downloader onrechtmatig handelt en schade veroorzaakt. Deze marginale toets wordt door de voorzieningenrechter onder sub d) verheven tot de bijna volledige toets of omvang en samenstelling van de schade voldoende onderbouwd zijn. In uitspraken over zaken waarin uploaders werden aangesproken, is een dergelijke toets nooit aangelegd.<sup>14</sup> In die zaken ging het weliswaar vaak om

grootschalige uploaders, waardoor enige omvang van de schade al vaststond, maar dat zou toch niet principieel een verschil moeten maken. Ook lijkt het niet de rol van de ISP om de discussie hierover te voeren met de rechthebbende. Deze onderwerpen zouden pas ter sprake moeten komen in een eventuele opvolgende procedure tussen rechthebbende en (vermeend) inbreukmaker, waarin ook deze laatste kan deelnemen aan het debat.

### 5.1.3. Wijze van benaderen en informeren van inbreukmakers

Ten slotte wordt DFW aangerekend dat zij haar voorgenomen handelwijze ten opzichte van de downloaders onvoldoende heeft geconcretiseerd. Het protocol noemt een aantal mogelijke acties zoals het sturen van een waarschuwing, schikkingsvoorstel of dagvaarding, maar welke acties daadwerkelijk genomen zullen worden is onvoldoende duidelijk (rov. 4.19). Daarnaast heeft DFW de inhoud niet bekend gemaakt van de brief die zij voornemens is te sturen aan de downloaders. In het protocol zijn waarborgen uitgewerkt en is een klachtenprocedure omschreven, maar zonder die brief is niet duidelijk hoe de downloaders hierover actief geïnformeerd zullen worden (rov. 4.20). Verder lijkt de voorzieningenrechter in rov. 4.19 te overwegen dat DFW in de brief de IP-adreshouder moet wijzen op zijn rechtspositie indien niet hijzelf, maar een ander die toegang had tot zijn IP-adres illegaal heeft gedownload. Uit het arrest in de zaak *Lübbe/Strotzer*<sup>15</sup> zou volgen dat de houder van een internetaansluiting die dat verweer wenst te voeren, de identiteit van die ander dan bekend dient te maken (rov. 4.13.1).

De voorzieningenrechter overweegt hier dat DFW de downloaders (en Ziggo) nog verdergaand had moeten informeren om hun privacybelangen te waarborgen dan zij zich al had voorgenomen in haar protocol. Een protocol dat, na uitbreiding van de klachtenprocedure, door de AP is afgestempeld. Er is kennelijk een verschil in zienswijze tussen de voorzieningenrechter en de AP. Strikt genomen dient de verwerkingsverantwoordelijke inderdaad bij het eerste contact de betrokkene te informeren over zijn rechten als gegevens zijn verwerkt zonder dat laatstgenoemde daar zelf kennis van had.<sup>16</sup> In geval van DFW zal dit eerste contact plaatsvinden middels de toegezonden brief. Nu de inhoud van de brief niet bekend is, is voor Ziggo op voorhand niet duidelijk of de betrokkene correct zal worden geïnformeerd. Voor de AP was dat niet nodig, de voorzieningenrechter vindt echter kennelijk dat Ziggo

2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9685 (*Eredivisie/Global Laundry*); Rechtbank Den Haag 5 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11408 (*Brein/Ziggo*); Hof Amsterdam 3 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD6223 (*Brein/Leaseweb*).

15. HvJEU 18 oktober 2018, C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841 (*Lübbe/Strotzer*).

16. Art. 14 lid 3 sub b AVG.

14. Vgl. bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 17 augustus

ruim in de gelegenheid moet worden gesteld de belangen van haar abonnees te bewaken.

Dat betrokkenen geïnformeerd moeten worden over bepaalde rechten op grond van de AVG is op zichzelf duidelijk. De voorzieningenrechter lijkt echter ook te concluderen dat DFW de IP-adreshouder moet wijzen op een ander, bewijsrechtelijk verweer: de IP-adreshouder is aansprakelijk tenzij deze de daadwerkelijke inbreukmaker kan identificeren. Waarom dat een taak zou zijn van de rechthebbende is niet geheel duidelijk en het is de vraag wat dit in de praktijk voor nut gaat hebben. Het verweer zal waarschijnlijk vaak gevoerd worden, maar zelden terecht.

## 6. Conclusie: een hoge drempel

De toets die is aangelegd onder *Lycos/Pessers* brengt ISP's in een positie die wel wordt aangeduid als een spagaat. De ruime toepassing van de belangenafweging in het onderhavige vonnis bevestigt hun lastige positie: getoetst moet worden of rechthebbenden zich daadwerkelijk houden aan informatieverplichtingen op grond van de AVG en de ISP moet een oordeel geven over de concrete schadevergoeding. Dat is een taak waarvan men zich kan afvragen of ISP's hierop zijn toegerust. Deze onderwerpen komen waarschijnlijk beter tot hun recht in een eventuele opvolgende procedure tussen de rechthebbende en de aangesproken (vermeend) inbreukmaker, waarin ook deze laatste kan deelnemen aan het debat.<sup>17</sup>

De terughoudende opstelling van de voorzieningenrechter in deze zaak is wellicht verklaarbaar vanuit de achtergrond van de privékopie-exceptie zoals deze in Nederland voorheen (verkeerd) werd toegepast. Ongeacht het downloadverbod wordt handhavend optreden achter de voordeur van particulieren als onwenselijk beschouwd. De particuliere downloader wordt dan ook een brede bescherming geboden die doet denken aan het consumentenrecht. De onwetende en nietsvermoedende downloader dient zorgvuldig geïnformeerd te worden over zijn rechten en de ongelijke positie tussen rechthebbende en inbreukmaker dient gecorrigeerd te worden. Anders zou het 'geweld van advocaten' ertoe kunnen leiden dat de IP-adreshouder na ontvangst van een brief over zal gaan tot betaling, ongeacht of hij de inbreukmaker is of niet (rov. 4.21).

Het is de vraag of van rechthebbenden een dermate hoge zorgvuldigheid moet worden verlangd. Het 'downloadverbod' is uitgebreid in de media geweest en ook DFW heeft van tevoren via de media geïnformeerd over haar voornemen op te gaan treden tegen individuele downloaders. Dat downloaden via een BitTorrent-netwerk onrechtmatig is en consequenties kan hebben, mag inmiddels

bekend worden verondersteld. Anderzijds heeft de tegenstrijdige berichtgeving door DFW de voorzieningenrechter wellicht doen twijfelen over de zorgvuldigheid waarmee DFW zal optreden tegen particulieren. Deze twijfel werd mogelijk versterkt doordat DFW niet kon garanderen dat zij de betrokkenen informeert over hun rechten..

Inmiddels loopt het hoger beroep. Voor DFW is er perspectief indien zij de concrete schade en de wijze van benadering van de betrokkenen beter onderbouwt. Interessanter is wellicht of het hof in hoger beroep ook zal vasthouden aan de hoge zorgvuldigheidsnorm die de voorzieningenrechter heeft aangelegd voor de verkrijging van NAW-gegevens van particuliere downloaders.

17. L. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten* (diss. Leiden) 2007, p. 221.