



vonnis

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht
handelskamer

locatie Utrecht

zaaknummer / rolnummer: C/16/470951 / KG ZA 18-741

Vonnis in kort geding van 8 februari 2019

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
DUTCH FILMWORKS B.V.,
gevestigd te Utrecht,
eiseres,
advocaten mrs. H.A.J.M. van Kaam en J.G.J. van Groenendaal te Amsterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ZIGGO B.V.,
gevestigd te Utrecht,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ZIGGO SERVICES B.V.,
gevestigd te Utrecht,
gedaagden,
advocaten mrs. J.P. van den Brink en J.R. Spauwen te Amsterdam.

Partijen zullen hierna DFW en Ziggo c.s. genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van DFW met producties (1-19),
 - een conclusie van antwoord van Ziggo c.s. met producties (1-5),
 - de fax van 18 januari 2019 van Ziggo c.s. met aanvullende producties (6-9),
 - de mondelinge behandeling op 21 januari 2019,
 - de pleitnota van DFW,
 - de pleitnota van Ziggo c.s..

- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald op 8 februari 2019.

2. De feiten

- 2.1. DFW is één van de grootste onafhankelijke filmdistributeurs van Nederland op het gebied van bioscoop, home entertainment, Video On Demand en (pay- en free) TV. Met betrekking tot de film The Hitman's Bodyguard (hierna: de Film) is zij voor Nederland de

C/16/470951 / KG ZA.18-741
8 februari 2019

2

sub-distributeur. Tevens is zij gerechtigd om, mede namens de mederechthebbenden op de Film, op te treden tegen - kort gezegd - inbreuken op de intellectuele eigendomsrechten.

2.2. Ziggo c.s. verricht diensten op het gebied van onder meer het verlenen van internettoegang (access provider) aan haar klanten. Ziggo c.s. houdt (beperkt in tijd) bij wie van haar klanten welk IP-adres gebruikt en op welk tijdstip.

2.3. In de Staatscourant van 6 december 2017 is het (definitieve) besluit van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) van 5 december 2017 bekend gemaakt. Het besluit houdt in dat de door DFW aan de AP gemelde voorgenomen verwerking van persoonsgegevens, zoals vastgelegd in het Protocol Online handhaving intellectuele eigendomsrechten van 25 oktober 2017 van DFW (hierna: het Protocol), rechtmatig wordt geacht. Het Protocol ziet op de verzameling en vastlegging van de na te melden IP-adressen en de van de daarmee samenhangende (NAW-)persoonsgegevens die DFW hoopt te verkrijgen doordat Ziggo haar die NAW-gegevens ter beschikking stelt.

2.4. Gedurende de periode 21 december 2017 tot en met 2 februari 2018 heeft het Duitse bedrijf Tecxipio GmbH in opdracht van DFW het uitwisselen van de Film via BitTorrent-netwerken gemonitord en zijn de IP-adressen van de downloaders vastgelegd.

2.5. Bij brief van 6 april 2018 heeft DFW Ziggo c.s. verzocht opgave te doen van de NAW-gegevens van 174 IP-adressen (dan wel 203 IP-adressen volgens de dagvaarding) afkomstig van klanten van Ziggo c.s.. Deze IP-adressen zijn door Tecxipio vastgelegd in de periode 21 januari 2018 tot en met 28 januari 2018.

2.6. Op 25 april 2018 heeft Ziggo c.s. in antwoord op de brief van 6 april 2018 aan DFW gemeld dat zij de gegevens, voor zover nog beschikbaar, zal bewaren maar dat zij niet vrijwillig tot afgifte van de gegevens zal overgaan. Volgens Ziggo c.s. zijn op grond van een technisch probleem 74 van de gevraagde IP-adressen niet meer beschikbaar. Voorts is aan DFW meegedeeld dat het verzoek en de bijlagen te weinig informatie bevatten om te concluderen dat, en welke klanten van Ziggo c.s. inbreuk hebben gemaakt op de rechten van de bij DFW aangesloten rechthebbenden op de Film.

2.7. Bij brief van 4 mei 2018 heeft DFW een aanvullend verzoek tot afgifte aan Ziggo c.s. gedaan. Verzocht is (aanvullende) afgifte van de NAW-gegevens betreffende 203 IP adressen. Deze (aanvullende) lijst met IP-adressen ziet op de periode 2 januari 2018 tot en met 1 februari 2018.

2.8. Ziggo c.s. heeft aan DFW geen gegevens verstrekt betreffende de IP-adressen.

3. Het geschil

3.1. DFW vordert dat bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. Ziggo c.s. (hoofdelijk) wordt bevolen om binnen vijf dagen na betekening van dit vonnis aan DFW de navolgende (identificerende) gegevens, voor zover beschikbaar, te verschaffen van de abonneementhouders van de IP-adressen weergegeven in Productie 13A en 13B:
 - a. de volledige voornaam of voornamen, althans de voorletter of voorletters;

C/16/470951 / KG ZA 18-741
8 februari 2019

3

- b. de volledige achternaam;
- c. de volledige adresgegevens, bestaande uit de straatnaam, huisnummer en eventueel huisnummer toevoeging, postcode en woonplaats;
- d. het e-mailadres waarmee de desbetreffende klant bij Ziggo c.s. staat geregistreerd.

althans die voorzieningen te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie aangewezen acht;

- II. Ziggo c.s. (hoofdelijk) wordt veroordeeld tot betaling van een dwangsom van € 5.000,00 met een maximum van € 5.000.000,00, althans een door de voorzieningenrechter te bepalen dwangsom, voor iedere dag - een gedeelte van de dag daaronder te verstaan - dat Ziggo c.s. (hoofdelijk) met de nakoming van het bevel onder I in gebreke blijft;
- III. Ziggo c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, wordt veroordeeld in de proceskosten, waaronder de nakosten van dit geding.

3.2. Volgens DFW handelt Ziggo c.s. onrechtmatig jegens haar door niet over te gaan tot afgifte van de onder 2.5 en 2.7 bedoelde NAW-gegevens (hierna: de NAW-Gegevens) en heeft zij een spoedeisend belang bij het ontvangen van de NAW-Gegevens.

3.3. Ziggo c.s. voert verweer met conclusie tot afwijzing van het gevorderde met veroordeling van DFW is de proceskosten, waaronder begrepen de nakosten, te begroten conform artikel 237 lid 4 Rv.

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

4. De beoordeling

spoedeisend belang

4.1. Ziggo c.s. betwist dat DFW voldoende spoedeisend belang heeft bij een vordering in kort geding. Volgens Ziggo c.s. is DFW al meer dan drie jaar bezig om individuele illegale downloaders aan te pakken. Ook stelt zij de gegevens van de downloaders, waarvan DFW in deze procedure stelt dat zij een inbreuk hebben gepleegd op het intellectuele eigendomsrecht van DFW, nog jaren voor DFW beschikbaar te houden.

4.2. De voorzieningenrechter wijst dit verweer af. Het is juist dat DFW al in 2015 publiekelijk gemeld heeft dat zij tegen de (kleine) individuele illegale downlader wenst op te treden. Het in dit kort geding aan de orde zijnde onderzoek naar individuele downloaders van de Film heeft daarentegen plaatsgevonden gedurende de periode 21 december 2017 tot en met 2 februari 2018. Dit is kort nadat de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) haar besluit over de door Ziggo c.s. gewenste verwerking van persoonsgegevens bekend gemaakt heeft (zie 2.3). De door DFW in 2015 gedane mededelingen doen aan de spoedeisendheid van de in dit kort geding gevorderde afgifte van persoonsgegevens dan ook niets af.

4.2.1. Voorts heeft DFW voldoende gemotiveerd gesteld dat zij in het kader van een doeltreffende en effectieve handhaving van haar intellectuele eigendomsrechten er groot

C/16/470951 / KG ZA 18-741
8 februari 2019

4

belang bij heeft dat zo spoedig mogelijk wordt beoordeeld en beslist of Ziggo c.s. gehouden is de NAW-gegevens te verstrekken. De omstandigheid dat DFW eind april 2018 reeds met het standpunt van Ziggo c.s. bekend was dat zij niet vrijwillig de NAW-gegevens zou verstrekken, betekent niet dat DFW thans geen spoedeisend belang meer heeft. Dit geldt te meer nu ter zitting door DFW is gesteld dat tegen het voorgenomen besluit van de AP diverse zienswijzen van belanghebbenden zijn ingebracht, die vervolgens door de AP zijn gewogen bij de vaststelling van haar definitieve besluit, waarop DFW wilde wachten voordat zij een procedure aanhangig zou maken. Dat was een billijke opstelling van DFW (die dit geding is gestart kort na het definitieve besluit van de AP), omdat het niet-definitieve karakter van de AP-beslissing zou hebben afgedaan aan de slagingskansen van DFW's vordering. Dat niet-definitieve karakter verminderde immers de zwaarte die toekomt aan het PA-oordeel omtrent de privacybelangen van de betrokken IP-adreshouders. Ook de mededeling van Ziggo c.s. dat zij bereid is om de onder haar bevindende gegevens te bewaren totdat in een bodemprocedure uitspraak is gedaan, betekent niet dat DFW geen belang meer heeft bij een beslissing in kort geding, omdat zij het (op zichzelf onweersproken) belang heeft om zo spoedig mogelijk een einde te maken aan het illegaal downloaden van (film)content via BitTorrent-netwerken, aan welk belang het voorgenomen handelen van DFW kan bijdragen. Ook de stelling dat dat downloaden in omvang sterk afneemt doordat het illegale bekijken van films meer en meer plaatsvindt met behulp van streaming, leidt niet tot een ander oordeel, omdat het downloaden (ook dat staat als onweersproken vast) nog steeds een niet te verwaarlozen omvang heeft.

complexiteit en principiële karakter van de zaak en onomkeerbaarheid van het gevorderde

4.3. Volgens Ziggo c.s. leent de zaak zich niet voort kort geding omdat de zaak te complex is en te principieel van aard. Voorts zou het verstrekken van de NAW-Gegevens geen voorlopige maatregel zijn.

4.3.1. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de rechtsvraag die ter beoordeling voorligt niet dusdanig ingewikkeld en principieel van aard is dat dit maakt dat de zaak om die reden niet geschikt is om in kort geding te beslissen. Ook de onomkeerbaarheid van de gevolgen van een toewijzend vonnis in kort geding (als de gegevens zijn verstrekt, is dit niet meer ongedaan te maken) is geen omstandigheid die leidt tot het oordeel dat DFW in haar vordering niet kan worden ontvangen of dat deze reeds om die reden zou moeten worden afgewezen. De onomkeerbaarheid van de gevolgen is een omstandigheid die dient te worden meegenomen bij het oordeel of de gevraagde voorziening toewijsbaar is.

onderzoek Tecxipio in het kader van Wbp/AVG en de schending van bewaartermijnen

4.4. De voorzieningenrechter komt, anders dan door Ziggo c.s. is bepleit, tot het oordeel dat niet (voldoende) aannemelijk is dat de wijze waarop DFW haar onderzoek door Tecxipio heeft laten uitvoeren naar mogelijke illegale downloaders van de Film in strijd is geschied met de regels van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Daartoe geldt het volgende.

4.4.1. De AP heeft in december 2017 besloten dat de wijze waarop DFW onderzoek wilde doen een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens inhield onder de toen geldende regels van de Wbp. DFW heeft gesteld dat de AP in dat kader ook gesproken heeft met medewerkers van Tecxipio over de wijze waarop het onderzoek zou plaatsvinden.

C/16/470951 / KG ZA 18-741

8 februari 2019

5

4.4.2. DFW heeft ter zitting gemotiveerd gesteld dat Tecxipio haar onderzoek gedurende de periode 21 december 2017 tot en met 2 februari 2018 ook daadwerkelijk conform de geldende regels (waaronder ook het Protocol) heeft uitgevoerd en dat ook zal blijven doen.

4.4.3. De opmerking van de AP dat met ingang van 25 mei 2018 de bepalingen van de AVG van toepassing zijn en dat haar oordeel over de rechtmatigheid van de gegevensverwerking dan anders kan zijn (zie bladzijde 13 van het definitieve besluit), betekent niet automatisch dat op grond van de AVG geen sprake meer kan zijn van een rechtmatige verwerking van de persoonsgegevens door Tecxipio. Van omstandigheden die tot het oordeel leiden dat de uitvoering van het onderzoek door Tecxipio op grond van de AVG wel een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens oplevert is ter zitting niet (voldoende) gebleken.

4.5. Dat DFW de door haar in het Protocol gestelde en door de AP goedgekeurde bewaartermijnen heeft geschonden, is evenmin gebleken. De eerste termijn is de periode waarbinnen de bewerker (Tecxipio) na vastlegging van de gegevens deze verstrekt aan DFW. Deze termijn bedraagt veertien dagen. Een redelijke uitleg van deze bepaling brengt met zich dat de bewaartermijn van veertien dagen begint te lopen na afloop van de periode van het onderzoek (dus veertien dagen vanaf 2 februari 2018) en niet, zoals Ziggo c.s. stelt, dat dit geldt per individueel IP-adres vanaf het moment waarop dit specifieke adres door Tecxipio is vastgelegd.

4.5.1. De tweede termijn betreft de periode waarbinnen DFW dient te bepalen in hoeverre de door haar van Tecxipio ontvangen vastgelegde gegevens van BitTorrent-gebruikers een aanleiding of mogelijkheid vormen tot het ondernemen van vervolgacties, zoals het achterhalen van nadere persoonsgegevens van de betrokkene(n) via de internet provider. Deze termijn bedraagt drie maanden. DFW heeft bij brieven van 6 april 2018 en 4 mei 2018 aan Ziggo c.s. kenbaar gemaakt van welke IP-adressen zij NAW-gegevens wenst te ontvangen. Deze brieven zijn binnen de termijn van drie maanden na ommekomst van de eerste termijn van veertien dagen door Ziggo c.s. ontvangen.

wettelijke basis voor de ingestelde vordering

4.6. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de omstandigheid dat er geen specifiek wettelijke civielrechtelijke regeling is die een Internet Service Provider (ISP) als Ziggo c.s. onder omstandigheden verplicht tot afgifte van klantgegevens, niet betekent dat artikel 6:162 BW, zoals uitgelegd in het arrest Lycos/Pessers van de Hoge Raad van 25 november 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AU4019) niet als wettelijke grondslag voor een dergelijke afgifte kan (blijven) gelden. Daartoe geldt het volgende.

4.6.1. In het vonnis in kort geding van 16 december 2015 van deze rechtbank is reeds overwogen (ECLI:NL:RBMNE:2015:8974, rov 4.5), dat de enkele omstandigheid dat na het arrest Lycos/Pessers de e-Privacyrichtlijn (nr. 2002/58) is geïmplementeerd en artikel 15 van die richtlijn een specifieke wettelijke basis vereist voor het opvragen van privacygevoelige gegevens als NAW-gegevens, niet betekent dat artikel 6:162 BW, zoals uitgelegd in dat arrest, niet als een dergelijke wettelijke basis zou kunnen gelden. Wat daar is overwogen en beslist, geldt ook hier.

C/16/470951 / KG ZA 18-741

8 februari 2019

6

4.6.2. Ook het beroep van Ziggo c.s. op het arrest van het Europees Hof van Justitie inzake Promusicae/Telefónica van 29 januari 2008 (C-275/06) leidt niet tot een ander oordeel. Aan Ziggo c.s. kan worden toegegeven dat in het arrest is beslist dat de lidstaten niet verplicht zijn wettelijke maatregelen te treffen die ertoe kunnen leiden dat persoonsgegevens in het kader van een civiele procedure moeten worden meegedeeld (rov 70) alsook dat de Nederlandse wetgever geen specifieke wettelijke *civielrechtelijke* regeling gemaakt heeft die een provider als Ziggo c.s. onder omstandigheden verplicht tot afgifte van klantgegevens. Naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter betekent dit echter niet, zoals door Ziggo c.s. wel is betoogd, dat het op artikel 6:162 BW gebaseerde en door de Hoge Raad als juist bevonden criterium zoals genoemd in het arrest Lycos/Pessers, daarmee niet meer van toepassing is. Dit geldt te meer, omdat er geen aanleiding is om aan te nemen dat het door de Hoge Raad bekrachtigde criterium in conflict komt met de uitlegging van de in Promusicae/Telefónica genoemde diverse Europese richtlijnen, grondrechten of andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht en het Hof verder ook nadrukkelijk geoordeeld heeft dat het verstrekken van persoonsgegevens ter bescherming van het auteursrecht niet is uitgesloten.

4.6.3. Het beroep van Ziggo c.s. op het arrest Sunday Times (EHRM, 26 april 1979, 6538/74) verzet zich er evenmin tegen dat in dit kort geding artikel 6:162 BW, zoals uitgelegd in het arrest Lycos/Pessers van 2005, als wettelijke grondslag voor afgifte blijft gelden. Het arrest van Sunday Times is van vóór de uitspraak van de Hoge Raad. Bovendien betekent de door Ziggo c.s. gestelde omstandigheid dat het arrest Sunday Times is gegeven voor partijen afkomstig uit Groot-Brittannië, zijnde een 'common law' land, niet dat dit arrest om die reden geen betekenis kan hebben voor Nederland als een 'civil law' land. Zoals in het kortgedingvonnis van 16 december 2015 ook al is overwogen, is het begrip 'wet' in het EVRM namelijk niet beperkt tot de wet in formele zin, maar strekt dit begrip zich uit over het gehele nationale recht (dus ook het ongeschreven recht), mits het nationale recht voldoende toegankelijk is en de gevolgen daarvan voorzienbaar zijn (ECLI:NL:RBMNE:2015:8974, rov 4.5). Aan deze voorwaarde is voldaan.

tussenconclusie

4.7. Gelet op het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat er niet van uit kan worden gegaan dat, zoals door Ziggo c.s. is betoogd, het toetsingskader van het arrest Lycos/Pessers is 'ingehaald door de Europese jurisprudentie en helemaal niet meer relevant' is. Naar voorlopig oordeel kan artikel 6:162 BW, zoals uitgelegd in het arrest Lycos/Pessers, dan ook als wettelijke grondslag voor de afgifte van NAW-gegevens blijven gelden.

4.8. Verder is de voorzieningenrechter van oordeel dat het in het arrest Lycos/Pessers gegeven toetsingskader ook van toepassing geacht kan worden op Ziggo c.s. in haar hoedanigheid van acces provider (ECLI:NL:RBMNE:2015:8974, rov 4.6).

toepassing toetsingskader Lycos/Pessers

4.9. Voor de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden Ziggo c.s. identificerende gegevens van haar klant aan DFW moet verstrekken, zijn met name de volgende kwesties van belang:

- a. is het voldoende aannemelijk dat het downloaden van de Film met behulp van BitTorrent-netwerken onrechtmatig is jegens DFW;

C/16/470951 / KG ZA 18-741
8 februari 2019

7

- b. heeft DFW een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-Gegevens;
- c. is het aannemelijk dat er in dit concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-Gegevens te achterhalen;
- d. brengt de afweging van de betrokken belangen van DFW, Ziggo c.s. en haar abonnees brengt mee dat het belang van DFW in dit geval zwaarder dient te wegen.

4.10. De voorzieningenrechter stelt voorop dat sinds het arrest van het Hof van Justitie van 10 april 2014 (C-2014/12) ook voor Nederland geldt dat het illegaal downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal onrechtmatig is jegens degene die de intellectuele eigendomsrechten heeft. Voor de uploader van dergelijk materiaal stond dat al eerder vast.

4.11. Daarmee geldt als uitgangspunt dat degene die via een BitTorrent-netwerk de Film illegaal downloadt onrechtmatig handelt jegens de intellectueel eigendomsgezagde. Kenmerk van een BitTorrent-netwerk is bovendien dat degene die de Film downloadt ook weer actief meewerkt aan de upload van de Film.

4.12. Ziggo c.s. wordt niet gevolgd in haar standpunt dat er geen sprake hoeft te zijn van een IE-inbreuk door de houders van de IP-adressen, omdat Tecxipio, als deelnemer van het BitTorrent-netwerk, door middel van een eigen upload de film juist met toestemming van DFW aan derden ter beschikking heeft gesteld. DFW heeft ter zitting (gemotiveerd) aangevoerd dat de door Tecxipio gebruikte software dusdanig is aangepast dat er door haar geen materiaal wordt geüpload. In het door DFW als productie 16 overgelegde rapport van Nigel John Bowes Young wordt onder 3.3.2. ook gemeld dat er door Tecxipio niet geüpload wordt. De enkele stelling van Ziggo c.s. dat dit niet kan, is onvoldoende om in dit kort geding aan te nemen dat Tecxipio daadwerkelijk uploadt.

4.13. DFW kan zich, in het kader van het geldende Europese recht, beroepen op een hoog beschermingsniveau van auteursrechten met bijbehorende effectieve sancties en rechtsmiddelen (zie ook het arrest Bastei Lübbe van het Hof van Justitie van 18 oktober 2018, C-149/17). Om effectief te kunnen optreden tegen illegale downloaders heeft DFW in beginsel een reëel belang bij het verkrijgen van de persoonsgegevens van de houder van de IP-adressen, via welke adressen de Film illegaal gedownload is.

4.13.1. De (vermeende) omstandigheid dat de Film via de door DFW omschreven concrete IP-adressen is gedownload, betekent overigens niet dat de houder van een dergelijke internetaansluiting, die klant van Ziggo c.s. is, ook daadwerkelijk de inbreukmaker is, danwel jegens DFW aansprakelijk is voor eventuele inbreuken die met zijn aansluiting zijn begaan. DFW stelt ter zitting dit onderscheid te onderkennen en te erkennen, echter het als productie 18 overgelegde eigen persbericht van 21 december 2017 betreffende de aanpak van illegale downloaders van de Film, wijst erop dat DFW degene van wie zij de contactgegevens wenst te ontvangen (de houder van het IP-adres) aanmerkt als de illegale downloader. Ook in de dagvaarding (randnummer 58) en in de pleitnotitie (bladzijde 23) wordt door DFW zonder meer gesteld dat de abonneehouder (die klant van Ziggo c.s. is en houder van het IP-adres) aansprakelijk is voor eventuele inbreuken. DFW baseert zich daarbij onder meer op het arrest Bastei Lübbe van het Hof van Justitie van 18 oktober 2018 (C-149/17). Uit dit arrest volgt echter dat - kort gezegd - de houder van een internetaansluiting, die ook aan anderen ter beschikking is gesteld (o.a. gezinsleden), niet automatisch aansprakelijk is voor een via die aansluiting gemaakte inbreuk. Op deze persoon rust wel een zogenaamde secundaire stelplicht, inhoudende dat hij dient aan te

C/16/470951 / KG ZA 18-741
8 februari 2019

8

geven dat anderen mogelijk inbreuk hebben gemaakt via zijn internetaansluiting en dat hij ook de identiteit van de betreffende personen vermeldt, ook indien het gaat om gezinsleden. Ook als het er (slechts) om gaat de houder van het IP-adres/de internetaansluiting te kunnen achterhalen om deze met het downloaden te confronteren en gelegenheid te bieden in verband daarmee naar een ander te verwijzen, volgt daaruit dat DFW in beginsel belang heeft bij afgifte van de NAW-gegevens van de houder van de internetaansluiting waarop de inbreuk is gepleegd.

4.14. DFW heeft niet gesteld dat zij getracht heeft om op andere wijze achter de persoonsgegevens van de door haar gestelde inbreukmaker te komen. Ter zitting heeft DFW echter voldoende aannemelijk gemaakt dat een minder ingrijpende mogelijkheid om de NAW-gegevens te achterhalen van een gebruiker van een BitTorrent-netwerk niet aan de orde is. De door Ziggo c.s. genoemde alternatieven (de illegale downloader binnen het BitTorrent-netwerk benaderen via een chat-app om deze erop te wijzen dat men illegaal handelt en dat de inbreuk moet worden gestaakt alsook de mogelijkheid om gebruik te maken van decoy-files en spoofed content) leveren in ieder geval geen identificeerbare persoonsgegevens op.

4.15. Bij de onder 4.9. onder d. bedoelde belangenafweging wordt het volgende van belang geacht.

4.16. De voorzieningenrechter acht het aannemelijk, zoals door Ziggo c.s. ook is gesteld, dat vanaf het moment dat DFW in 2015 bekend gemaakt heeft te willen gaan optreden tegen de (kleine) illegale downloader, het downloaden via BitTorrent-netwerken (sterk) is afgenomen en dat het illegaal streamen (sterk) is toegenomen. Dit betekent niet dat DFW om die reden geen (voldoende) belang meer kan hebben bij afgifte van de NAW-gegevens. Niet gebleken is immers dat het downloaden via BitTorrent thans nog slechts op verwaarloosbaar kleine schaal geschiedt en dat om die reden het belang van DFW op afgifte van de NAW-Gegevens te gering is.

4.17. Wel moet er van uit worden gegaan dat de IE-inbreuk op de Film door middel van een download via een BitTorrent-netwerk volledig op zichzelf staat. Voor elk IP-adres is sprake van niet meer dan een eenmalige inbreuk op die intellectuele eigendomsrechten. DFW heeft ook gemeld dat er geen aanleiding is om te veronderstellen dat de persoon achter een specifiek IP-adres ook betrokken zal zijn bij andere illegale downloads. Dit maakt het belang van DFW bij afgifte van de NAW-gegevens niet extra groot.

4.18. Het is aannemelijk dat, indien de inbreuk is vastgesteld, DFW recht heeft op een schadevergoeding. Het bedrag dat DFW thans wenst te ontvangen, vermoedelijk € 150,-, is echter op geen enkele wijze onderbouwd en niet is uitgesloten dat in het door DFW te vragen schadebedrag ook elementen van een boete zitten. Dat de sancties bij de handhaving van het auteursrecht doeltreffend en evenredig moeten zijn en de sancties ook bijzondere preventieve werking moeten hebben, betekent echter niet dat er ruimte is voor punitieve elementen bij een schadevergoeding. De bestaande onduidelijkheid over het daadwerkelijk te vragen (schade)bedrag en de samenstelling daarvan, werkt bij de afweging van alle belangen in het nadeel van DFW.

4.19. In het Protocol wordt op bladzijde 4 gemeld dat DFW, wanneer de identiteit van de abonnee is vastgesteld, voornemens is deze betrokkene persoonlijk te benaderen om hem te

C/16/470951 / KG ZA 18-741
8 februari 2019

9

informereren over het onderzoek en hem aan te spreken vanwege gedragingen die inbreuk maken op het auteursrecht. DFW heeft in het Protocol daarvoor vijf mogelijke acties beschreven. Deze gaan van het sturen van een waarschuwing aan de betrokkene (stap 1) tot het sturen van een dagvaarding waarin naast een verbod en kostenvergoeding ook schadevergoeding wordt gevorderd (stap 5). Stap 3 betreft het zenden van onder meer een schikkingsvoorstel, maar over de hoogte van het ter schikking aan te bieden bedrag zwijgt het Protocol. DFW heeft in haar persbericht van 21 december 2017 kenbaar gemaakt dat zij de houder van het IP-adres direct een schikkingsvoorstel van € 150,- zal doen, maar in een Volkskrantartikel van 1 september 2017 is vermeld dat DFW aan 'honderden euro's' per geval' denkt. De door DFW te kiezen handelwijze is in zoverre ongewis. Ook zijn er geen voorbeeldbrieven getoond of verdere mededelingen gedaan over de inhoud van de brieven die DFW, na toewijzing van de vordering, daadwerkelijk naar de klanten van Ziggo c.s. zal gaan sturen. Aldus is ook niet helder of, en zo ja, op welke wijze DFW in de te zenden brieven aan de houder van het IP-adres meedeelt wat - in het geval hij niet zelf de illegale downloader is - rechtens zijn positie is, in de zin zoals hiervoor onder 4.13.1. is aangeduid.

4.20. In het Protocol is een hoofdstuk opgenomen over het waarborgen van de rechten van betrokkenen (hoofdstuk 7). In dit hoofdstuk wordt onder meer een klachtenprocedure beschreven (7.6) en wordt uitgelegd hoe wordt gehandeld indien de daadwerkelijke inbreukmaker minderjarig is (7.5). DFW heeft ter zitting niet aangegeven of en op welke wijze zij de aan te schrijven personen actief zullen wijzen op deze waarborgen.

4.21. Op het verweer van Ziggo c.s. dat haar klanten niet bestand zullen zijn tegen het 'geweld' van DFW met haar advocaten en om die reden na ontvangst van de brief van DFW gewoon zullen betalen in plaats van hun recht te halen (ook wanneer de houder van het IP-adres niet zelf de downloader is), heeft DFW gesteld serieus met eventuele reacties van klanten van Ziggo c.s. om te gaan (conform het Protocol). Daarmee gaat DFW wel (erg) gemakkelijk aan dit voor Ziggo c.s. en haar klanten belangrijke punt voorbij. De opmerking van DFW ter zitting dat er een brief zal worden gestuurd en dat er dan rustig zal worden afgewacht wat de reactie zal zijn, is erg mager, zeker in de omstandigheid dat de inhoud van de brief niet (voldoende) bekend is. Op dit punt had van DFW meer informatie van Ziggo c.s. verwacht mogen worden over de mededelingen die zij voornemens is te doen aan de houder van het IP-adres, om voldoende te kunnen beoordelen of zij daarbij de juridische werkelijkheid recht doet en zich daarbij voldoende gelegen laat liggen aan de belangen van die adreshouder.

4.22. De hiervoor genoemde ongewisheid over de inhoud van de door DFW te verzenden brieven en de vraag hoe zij voor het overige de houders van de IP-adressen tegemoet zal treden, werkt bij de afweging van alle belangen in het nadeel van DFW.

4.23. De voorzieningenrechter is op grond van dit een en ander van oordeel dat, hoewel de toets van de punten a, b en c, zoals onder 4.9. genoemd, in het voordeel van DFW uitvalt, in dit geding onvoldoende door DFW is aangevoerd om de onder 4.9 bij d genoemde belangenafweging in haar voordeel te doen uitvallen. Dat betekent dat er in dit geding ook onvoldoende grond bestaat voor het oordeel dat Ziggo c.s. onrechtmatig jegens DFW handelt door haar medewerking te weigeren aan de verstrekking van NAW-gegevens van de onder 2.5. en 2.7. bedoelde IP-adressen.

C/16/470951 / KG ZA 18-741
8 februari 2019

10

4.24. Ook als ten gunste van DFW geheel voorbij wordt gegaan aan de door Ziggo c.s. (gemotiveerd) gestelde onjuistheden en inconsistenties van de door DFW samengestelde IP-lijsten, aan het door Ziggo c.s. gestelde vereiste van ten minste drie combinaties van een IP-adres met datum en tijdstippen bij dynamische IP-adressen, aan de door Ziggo c.s. geuite kritiek op het door DFW overgelegde rapport van Young over het Tecxipio NARS-systeem, leidt dit niet tot een andere uitkomst dan onder 4.23 is verwoord. Het zou slechts betekenen dat de legitimiteit, de kwaliteit en de uitkomst van het onderzoek vast staat, maar dat staat los van de onder 4.9. onder d. bedoelde belangenafweging en het daarop gebaseerde eindoordeel.

Conclusie

4.25. Op grond van het vorenstaande komt de vordering niet voor toewijzing in aanmerking.

4.26. DFW zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Ziggo c.s. worden begroot op:

- griffierecht	€	639,00
- salaris advocaat		930,00
Totaal	€	1.569,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt DFW in de proceskosten, aan de zijde van Ziggo c.s. tot op heden begroot op € 1.569,00,

5.3. veroordeelt DFW in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat DFW niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

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

Dit vonnis is gewezen door mr. R.A. Steenbergen, bijgestaan door mr. T. Stokvis, en in het openbaar uitgesproken op 8 februari 2019.



VOORAFSCHRIFT
DE GRIFFIER VAN DE RECHTBANK
MIDDEN-NEDERLAND