

7171335

zaaknummer 200.051.728/01 KG

14 december 2010

**GERECHTSHOF AMSTERDAM**

**VIJFDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER**

**ARREST**

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
ZIGGO B.V.,  
gevestigd te Groningen,  
APPPELLANTE,  
advocaat: mr. J.J. Allen te Amsterdam,

t e g e n

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
123 VIDEO B.V.,  
gevestigd te Leek,  
GEINTIMEREERDE,  
advocaat: mr. M. Ellens te Amsterdam.

De partijen worden hierna Ziggo en 123 Video genoemd.

zaaknummer 200.051.728/01 KG

2

1. Het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 25 november 2009 is Ziggo in hoger beroep gekomen van het vonnis dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de voorzieningenrechter) in het kort geding tussen partijen (123 Video als eiseres en Ziggo als gedaagde) onder nummer 439282/ KG ZA 09-2102 heeft gewezen en dat is uitgesproken op 29 oktober 2009.

Ziggo heeft bij memorie tien grieven voorgesteld en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en de vorderingen van 123 Video alsnog zal afwijzen en 123 Video zal veroordelen tot terugbetaling van hetgeen door Ziggo op grond van dat vonnis is betaald of door 123 Video zal zijn verhaald, met veroordeling van 123 Video in de kosten van het geding in beide instanties.

Daarop heeft 123 Video bij memorie van antwoord de grieven bestreden, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen en Ziggo zal veroordelen in de kosten gevallen op het hoger beroep.

Partijen hebben de zaak doen bepleiten op 7 juli 2010, Ziggo door haar advocaat alsmede door mr. R.W.H. Stevens, eveneens advocaat te Amsterdam, en 123 Video door haar in de kop van dit arrest genoemde advocaat, aan de hand van door ieder van partijen overgelegde pleitnotities. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

2. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.11 een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Daaromrent bestaat tussen partijen geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

zaaknummer 200.051.728/01 KG

3

### 3. Beoordeling

3.1 123 Video exploiteert een website onder de domeinnaam www.123video.nl waarop zij aan bij haar geregistreeerde deelnemers (onder andere) de mogelijkheid biedt foto's en filmfragmenten te plaatsen, waarvan bezoekers van de website kennis kunnen nemen. Nieuwe deelnemers dienen een geldig e-mailadres, alsmede een naam, geboortedatum, geslacht en land van herkomst op te geven en voorts de algemene voorwaarden van 123 Video te accepteren, die (onder andere) een vrijwaring bevatten voor aanspraken van derden in verband met auteursrechtinbreuken door de deelnemer.

Op 6 oktober 2007 heeft een internetgebruiker zich als deelnemer bij 123 Video ingeschreven onder de gebruikersnaam '██████████' en heeft daarbij het e-mailadres ██████████@home.nl en de geboortedatum ██████████ opgegeven. Deze deelnemer maakte gebruik van het IP-adres ██████████ 123 Video heeft deze inschrijving op 24 januari 2008 te 14:14 uur verwijderd.

Op 24 januari 2008 te 17:28 uur heeft zich bij 123 Video een internetgebruiker ingeschreven onder de gebruikersnaam '██████████' en heeft daarbij wederom het e-mailadres ██████████@home.nl en de geboortedatum ██████████ opgegeven. Deze deelnemer maakte gebruik van het IP-adres ██████████

Ziggo heeft als exploitant van de internetdienst www.home.nl het e-mailadres ██████████@home.nl aan een van haar abonnees ter beschikking gesteld. In 2007 en 2008 heeft de deelnemer die was geregistreerd onder dit e-mailadres en die gebruik maakte van de hiervoor genoemde IP-adressen meermalen pornografisch filmmateriaal waarop Kim Holland Productions B.V. (hierna: Kim Holland) het auteursrecht heeft, op de website van 123 Video geplaatst. 123 Video heeft telkens na sommatie door Kim Holland het filmmateriaal verwijderd.

Kim Holland heeft in december 2008 een vordering tot winstafdracht/schadevergoeding ingesteld tegen 123 Video.

zaaknummer 200.051.728/01 KG

4

Bij brief van 14 augustus 2009 heeft de advocaat van 123 Video aan Ziggo verzocht de NAW-gegevens (naam, woonplaats en adres) van "ane [REDACTED], met een (opgegeven) geboortedatum [REDACTED] en die gebruik maakt van het e-mailadres [REDACTED]@home.nl en die de beschikking had over twee IP-adressen, zijnde [REDACTED] en [REDACTED]" aan haar te verstrekken met het oog op aanspannen van een gerechtelijke procedure. Ziggo heeft geweigerd de NAW-gegevens van de gebruiker van dit e-mailadres en van deze IP-adressen te verstrekken.

De voorzieningenrechter heeft op 30 september 2009 aan 123 Video verlof verleend [REDACTED] in vrijwaring op te roepen in de door Kim Holland tegen 123 Video aangespannen gerechtelijke procedure.

3.2 123 Video heeft Ziggo op 9 oktober 2009 in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter en heeft gevorderd dat Ziggo wordt veroordeeld - kort gezegd - tot het verstrekken van alle aan haar bekende persoonsgegevens van [REDACTED], althans van de persoon die gebruik heeft gemaakt van voornoemde IP-adressen, op straffe van verbeurte van een dwangsom. De voorzieningenrechter heeft Ziggo veroordeeld de NAW-gegevens en de geboortedatum van de houder van het e-mailadres [REDACTED]@home.nl aan 123 Video te verstrekken en heeft een dwangsom opgelegd. Hiertegen komt Ziggo in hoger beroep op.

3.3 In hoger beroep is niet in geschil dat Ziggo in oktober 2009 niet meer beschikte over gegevens met betrekking tot de identiteit van gebruikers van IP-adressen in 2007 en 2008. De grieven betreffen de vraag of Ziggo een buitencontractuele mededelingsplicht heeft met betrekking tot de persoonsgegevens van de gebruiker van het e-mailadres [REDACTED]@home.nl en lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.4 Voor het kunnen aannemen van een dergelijke mededelingsplicht is beslissend of Ziggo in de concrete

5 2 265 '8A

zaaknummer 200.051.726/01 KG

5

omstandigheden van het geval onrechtmatig jegens 123 Video handelt door de NAW-gegevens en de geboortedatum van de gebruiker van het e-mailadres ██████████@home.nl niet te verstrekken. Daarbij komt het aan op een nauwgezette afweging van alle betrokken belangen.

3.5 Ziggo heeft aangevoerd dat bij afweging van de belangen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van haar abonnee het zwaarst dient te wegen. Daarnaast heeft Ziggo een eigen belang: zij lijdt reputatieschade en loopt het risico aansprakelijk te worden gesteld indien zij zonder zwaarwegende grond - die volgens haar niet aanwezig is - persoonsgegevens van abonnees aan derden verstrekt. Verder is de afhandeling van verzoeken om NAW-gegevens belastend (het kost tijd en geld) voor de organisatie.

3.6 Volgens 123 Video is het verstrekken van de persoonsgegevens noodzakelijk voor de behartiging van een zwaarwegend belang: het in vrijwaring kunnen oproepen van ██████████ - een deelnemer die met op de website geplaatst materiaal inbreuk heeft gemaakt op auteursrechten van een derde - nadat deze derde een rechtsvordering tegen 123 Video heeft aangespannen.

3.7 Het hof overweegt hieromtrent als volgt. Het belang van 123 Video bij het in vrijwaring kunnen oproepen van de gebruiker van het e-mailadres (hierna: ██████████) is op zichzelf genomen een reëel en in beginsel ook zwaarwegend belang. Anders dan Ziggo aanvoert is daarbij niet beslissend of de gestelde auteursrechtinbreuk van ██████████ ook jegens 123 Video onrechtmatig is. Het gaat erom of voldoende aannemelijk is dat 123 Video als gevolg van de handelwijze van ██████████ schade heeft geleden en dat ██████████ daarvoor jegens 123 Video aansprakelijk is. Dat is hier het geval. Ziggo heeft in dit verband weliswaar aangevoerd dat 123 Video niet heeft aangetoond dat zij haar algemene voorwaarden geldig

zaaknummer 200.051.728/01 KG

6

met [REDACTED] is overeengekomen, maar in dit kort geding is voldoende aannemelijk geworden dat [REDACTED] bij zijn inschrijving als deelnemer deze algemene voorwaarden heeft aanvaard. Voorschands dient dan ook van het bestaan van een contractuele vrijwaringsplicht te worden uitgegaan.

3.8 Van de andere kant zijn de door Ziggo aangevoerde belangen eveneens redel en in beginsel ook zwaarwegend: zij moet in staat worden gesteld haar beleid met betrekking tot privacybescherming van haar abonnees te handhaven en aldus haar reputatie als een zorgvuldig handelende internet provider te beschermen. Daarbij speelt een rol het door de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) gewaarborgde recht van [REDACTED] bij bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. Voorts is een belang van Ziggo gelegen in beperking van de kosten die voor haar zijn gemoeid met de toetsing van verzoeken tot het verstrekken van NAW-gegevens. Met het oog op deze belangen dient de verzoeker, 123 Video, voldoende aannemelijk te maken dat in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheden bestaan om de NAW-gegevens te achterhalen.

3.9 De belangen van Ziggo bij het niet verstrekken van de NAW-gegevens dienen in dit geval te prevaleren. 123 Video heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er in het onderhavige geval geen minder ingrijpende mogelijkheden bestonden de door haar benodigde gegevens van [REDACTED] te achterhalen. Het hof wijst er in dit verband in de eerste plaats op dat 123 Video ervoor heeft gekozen het door haar geëxploiteerde internetplatform (een "user generated video website") zo op te zetten dat deelnemers zich uitsluitend met een e-mailadres behoeven te identificeren, almede met een niet zondermeer op de deelnemer te herleiden gebruikersnaam en met een geboortedatum. In hoeverre reeds deze omstandigheid eraan in de weg staat dat 123 Video persoonsgegevens opvraagt bij de provider van het betreffende e-mailadres, kan in dit geding in het midden blijven. Het hof gaat er namelijk voorshands van

zaaknummer 200.051.728/01 KG

7

uit dat 123 Video in dit geval, op grond van de met [REDACTED] gevoerde e-mail correspondentie en op grond van de bij inschrijving verkregen gegevens, al over de juiste naam en geboortedatum van [REDACTED] beschikte. Aangenomen moet worden dat een door 123 Video ingeschakelde deurwaarder met behulp van deze gegevens in beginsel in staat zou zijn geweest het juiste adres van [REDACTED] ten behoeve van het uitbrengen van het exploit van oproeping in vrijwaring te achterhalen. Dat 123 Video deze weg heeft bewandeld en daarbij op problemen is gestuit is gesteld noch gebleken.

3.10 123 Video heeft nog naar voren gebracht dat (achteraf) niet is gebleken dat [REDACTED] bezwaar had tegen verstrekking van zijn persoonsgegevens. Ziggo heeft dit ter zitting bestreden en heeft toegelicht dat [REDACTED] in augustus 2009 desgevraagd geen toestemming heeft verleend voor verstrekking van zijn persoonsgegevens aan 123 Video. Het hof gaat er daarom voorshands vanuit dat niet is voldaan aan de voorwaarde van artikel 8 aanhef en onder a. Wbp dat [REDACTED] ondubbelzinnig zijn toestemming heeft verleend.

3.11 Dit leidt tot de slotsom dat redelijkerwijze niet kan worden geoordeeld dat het door Ziggo verstreken van de persoonsgegevens van de gebruiker van het e-mailadres [REDACTED]@home.nl noodzakelijk is voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang van 123 Video. Ziggo handelt derhalve niet in strijd met de in het maatschappelijk verkeer van haar te vergen zorgvuldigheid door te weigeren de NAW-gegevens en de geboortedatum van betrokkene aan 123 Video te verstrekken.

3.12 Het voorgaande brengt mee dat de in het bestreden vonnis gegeven voorlopige voorziening niet in stand kan blijven.

zaaknummer 200.051.728/01 KG

8

4. Slotsom en kosten

Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en de vorderingen van 123 Video zullen alsnog worden afgewezen. 123 Video zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de proceskosten in beide instanties.

5. Bealissing

Het hof:

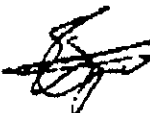
vernietigt het vonnis waarvan beroep en opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van 123 Video af;

verwijst 123 Video in de kosten van het geding in beide instanties, aan de zijde van Ziggo in eerste aanleg begroot op € 262,- aan verschotten en € 816,- aan salaris en in hoger beroep tot op heden begroot op € 385,25 aan verschotten en € 2.682,- aan salaris;

verklaart deze proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, M.A. Goslings en W.J. van den Bergh, en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 14 december 2010.



Mr. R.J.M. Smit