

IN NAAM DER KONINGIN !**vonnis****RECHTBANK AMSTERDAM**

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 439282 / KG ZA 09-2102 AW/RV

Vonnis in kort geding van 29 oktober 2009

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
123 VIDEO B.V.,
gevestigd te Leek,
eiseres bij dagvaarding van 9 oktober 2009,
advocaat mr. M. Ellens te Amsterdam,

tegen

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

Partijen zullen hierna 123video en Ziggo worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 19 oktober 2009 heeft 123video gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Ziggo heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties in het geding gebracht, Ziggo ook een pleitnota. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig:

Aan de zijde van 123video: mr. Ellens

Aan de zijde van Ziggo: M. Wilkens, bedrijfsjurist, J.P. Witsen Elias, hoofd juridische afdeling, mr. Allen en mr. M.G. Schrijvers, kantoorgenoot van mr. Allen.

2. De feiten

2.1. 123video exploiteert onder het domein www.123video.nl een website. Deze website is een zogenaamde User-Generated Video website, waar personen foto's en video's kunnen plaatsen om deze aan het internetpubliek te tonen.

439282 / KG ZA 09-2102
29 oktober 2009

2

2.2. Het plaatsen van video's geschiedt door deze te uploaden naar de database van 123video, waarna de video's worden getoond op de website. Gebruikers dienen zich in te schrijven bij 123video met opgave van een naam, geboortedatum, land van herkomst en geslacht. Voor een succesvolle inschrijving dient de gebruiker akkoord te gaan met de geldende Algemene Voorwaarden van 123Video. Verder worden de IP adressen van de gebruiker bewaard bij de inschrijving en bij iedere keer dat de gebruiker op de website inlogt.

2.3. De Algemene Voorwaarden van 123Video bepalen, voor zover van belang:

"1.1 Door het klikken op de 'Registreren'-knop bij de registratie heeft ieder lid bij registratie aangegeven akkoord te gaan met deze algemene voorwaarden. (...)

2.1 Je kunt video's op 123video bekijken zonder dat je een 123video-account hebt.

Bepaalde andere activiteiten op 123video, zoals het uploaden van video's (...) kun je alleen doen wanneer je een 123video-account hebt. Wanneer je een 123video-account maakt, vragen wij om persoonlijke gegevens, zoals je e-mailadres (...)

2.6 Uit veiligheidsoverwegingen registreert 123video elke keer dat je inlogt op de website jouw IP-adres van de computeraansluiting, waarmee je inlogt en door in te loggen, geef je toestemming aan 123video om dat te registreren. (...)

3.1 Je zult 123video niet gebruiken, doen of laten gebruiken voor onrechtmatige handelingen (...)

3.2 Hieronder verstaan wij onder anderen (dit is een niet-limitatieve lijst):

- het inbreuk plegen op rechten van andere, waaronder bijvoorbeeld auteursrechten en merkrechten (...)

- teksten, beeld- en/of geluidsmateriaal, die voor anderen aanstootgevend of kwetsend kunnen zijn (zoals bijvoorbeeld racistische uitlatingen en/of pornografisch beeldmateriaal); (...)

5.10 Je vrijwaart ons van alle aanspraken van derden die verband houden met jouw gebruik van onze diensten en/of het niet, of niet voldoende naleven van jouw verplichtingen ten opzichte van 123video, al dan niet voortvloeiende uit deze algemene voorwaarden (...)"

2.4. Ziggo exploiteert - onder meer - de internetdienst genaamd @Home.

Abonnees van die dienst verkrijgen van Ziggo een standaard e-mailadres waarvan de domeinadres '@home.nl' is. De abonnee kan een alias van dit e-mailadres zelf aanmaken. De aliassen worden door Ziggo ook bij de gegevens van de abonnee bewaard.

2.5. Op 6 oktober 2007 heeft een natuurlijk persoon zich bij 123Video ingeschreven onder de gebruikersnaam ' '. Daarbij heeft de gebruiker als e-mailadres '@home.nl' geregistreerd en ' ' als geboortedatum. Deze registratie is door 123video verwijderd op 24 januari 2008 om 14:14 uur. Op 24 januari 2008 om 17:28 uur heeft een natuurlijk persoon met opgave van hetzelfde e-mailadres en dezelfde geboortedatum zich geregistreerd onder de gebruikersnaam ' '.

2.6. Op 18 januari 2008 heeft iemand met het e-mailadres ' '@msn.com zich bij 123video geregistreerd onder de gebruikersnaam ' '. Daarbij is

439282 / KG ZA 09-2102
29 oktober 2009

3

gebruik gemaakt van hetzelfde IP-adres als de inschrijving van de gebruiker

2.7. De onder 2.5 omschreven gebruiker van de website van 123video (verder aangeduid als de uploader) heeft in ieder geval vijf keer ingelogd op die website. Daarbij heeft de uploader erotisch getinte video's, althans delen van dergelijke video's, in de database van 123video geüpload waarop Kim Holland Productions B.V., gevestigd te Rijswijk en KHP genoemd, de auteursrechten heeft. Daarbij heeft de uploader gebruik gemaakt van een computeraansluiting met de IP-adressen:
en

2.8. Na aanmaning daartoe door KHP heeft 123video de door de uploader geplaatste video's uit haar database en van haar website verwijderd.

2.9. Bij dagvaarding van 29 december 2008 heeft KHP een bodemprocedure ingeleid bij deze rechtbank tegen 123video. Zij vordert daarin - onder meer - een verklaring voor recht dat 123video haar auteursrechten op de video's heeft geschonden en 123video te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van € 493.492,00. KHP legt aan haar vordering - samengevat - ten grondslag dat 123video de video's die zijn geüpload heeft bewerkt door middel van het toevoegen van advertenties. Verder stelt KHP dat 123video de video's heeft verveelvoudigd door kopieën te maken en openbaar heeft gemaakt door plaatsing op de website. Daardoor heeft 123video inbreuk gemaakt op de auteursrechten van KPH, en de namens haar geregistreerde Benelux merken KIM en KIM HOLLAND, aldus KPH in de bodemdagvaarding. Subsidiar heeft KHP gesteld dat 123video als beheerder van de website onrechtmatig heeft gehandeld door anderen de mogelijkheid te bieden inbreuk te maken op haar intellectuele eigendomsrechten.

2.10. 123video heeft incidenteel gevorderd om de uploader in vrijwaring te mogen betrekken in de procedure tussen haar en KHP. Deze rechtbank heeft bij beslissing van 30 september 2009 de incidentele vordering van 123video tot oproeping in vrijwaring van de uploader in die procedure toegewezen.

2.11. 123video heeft herhaaldelijk Ziggo verzocht om de persoonsgegevens, naam, adres en woonplaats (verder de naw-gegevens) en de geboortedatum, van de abonnee met het e-mailadres @home.nl.

3. Het geschil

3.1. 123video vordert - samengevat - Ziggo te veroordelen om binnen 24 uur alle aan haar bekende persoonsgegevens van de Ziggo-abonnee met het e-mailadres @home.nl te verstekken aan 123video, onder verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 per dag of gedeelte daarvan dat Ziggo daarmee in gebreke is, met veroordeling van Ziggo in de proceskosten.

439282 / KG ZA 09-2102
29 oktober 2009

4

3.2. 123video stelt daartoe - kort weergegeven - het volgende. Aannemelijk is dat het uploaden van de video's van Kim Holland door de uploader onrechtmatig is, zowel jegens KHP als jegens 123video. De uploader heeft immers in strijd gehandeld met artikel 3.1 en 3.2 van de algemene voorwaarden die hij bij zijn registratie heeft aanvaard. De IP-adressen van de computeraansluiting van de uploader zijn verstrekt door Ziggo, zodat zij over de persoonsgegevens van hem beschikt.

123video heeft een reëel belang bij die persoonsgegevens nu tegen haar een vordering is ingesteld tot betaling van een schadevergoeding van bijna vijfhonderdduizend euro. De rechtbank heeft bovendien 123video vergund om de uploader in vrijwaring in die bodemprocedure op te roepen. Er zijn geen minder ingrijpende mogelijkheden voor 123video om de persoonsgegevens van de uploader te achterhalen.

123video heeft bij dit alles gewezen op de jurisprudentie in dit soort gevallen, HR 25 november 2005 Lycos/Pessers (LJN AU4019), voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam 24 augustus 2006 (LJN AY6903) en voorzieningenrechter rechtbank Amsterdam 9 oktober 2008 (LJN BF7448). 123video stelt tot slot dat onder de gevorderde persoonsgegevens onder andere dient te worden verstaan de geboortedatum van de uploader. Zonder de geboortedatum kan 123video het huidige adres, en de woonplaats, niet achterhalen in de Gemeentelijke Basisadministratie.

3.3. Ziggo voert - kort gezegd - aan dat 123video geen spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen omdat het gestelde onrechtmatig handelen door de uploader jegens 123video is gestaakt. Daarnaast heeft 123video geen belang bij haar vordering. KHP heeft 123video in rechte betrokken voor eigen onrechtmatig handelen van 123video en niet voor een eventueel onrechtmatig handelen van de uploader. Het is dus zeer onzeker of de uploader in vrijwaring zal worden veroordeeld tot het betalen van een eventueel door 123video te betalen schadevergoeding. De uploader is immers niet aansprakelijk te houden voor de eigen gedragingen van 123video waarop zij is aangesproken door KHP. Bovendien is nog niet vastgesteld dat bij de video's sprake is van een werk in de zin van artikel 1 van de Auteurswet of dat KHP rechthebbende is op de eventuele auteursrechten. Het staat daarom nog niet vast dat die (eventuele) auteursrechten van KHP zijn geschonden of dat 123video daarvoor verantwoordelijk wordt geacht. Daarom staat evenmin vast dat de uploader onrechtmatig jegens 123video (of KHP) heeft gehandeld.

Het belang van Ziggo bij de privacybescherming van haar abonnees dient onder deze omstandigheden te prevaleren boven het (niet aanwezig zijnde) belang van 123video bij toewijzing van de vordering.

Bovendien is het de eigen schuld van 123video dat zij niet beschikt over de persoonsgegevens van haar gebruikers. Gelet op de mogelijkheid van misbruik van de website zou 123video de precieze en controleerbare naw-gegevens van haar gebruikers moeten vragen bij registratie voordat zij die gebruiker toestaat video's te uploaden naar haar database en zo beschikbaar te stellen op haar website.

439282 / KG ZA 09-2102
29 oktober 2009

5

Verder is het heel goed mogelijk dat de uploader niet onrechtmatig jegens 123video heeft gehandeld. Het zou kunnen zijn dat de uploader de algemene voorwaarden van 123video niet vooraf heeft ingezien.

Tot slot kan Ziggo aan de hand van de in dagvaarding vermelde IP-adressen (zie ook 2.7) de gegevens van de gebruiker daarvan niet meer achterhalen. De IP-adressen zijn meer dan een jaar oud en Ziggo is wettelijk verplicht die gegevens slechts één jaar te bewaren. Bovendien kan iedere abonnee het door de uploader gebruikte e-mailadres hebben aangemaakt.

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

4. De beoordeling

4.1. Ziggo heeft in deze procedure de bevoegdheid van de voorzieningenrechter van deze rechtbank niet aangevochten. Verder is onbetwist dat de door 123video genoemde IP-adressen door (de zogenaamde 'domainserver' van) Ziggo zijn toegekend aan de netwerkaansluiting van de computer van de uploader.

4.2. Anders dan Ziggo heeft betoogd, heeft 123video een voldoende - spoedeisende - belang bij de gevraagde voorziening. Dat de vermeende onrechtmatigheid al is geëindigd neemt niet weg dat 123video, gelet op de gerechtelijke procedure met KHP waarin zij is verwickeld, een belang heeft bij het vaststellen van de identiteit van de persoon die de auteursrechtelijk beschermde video's heeft geüpload. Daarnaast heeft deze rechtbank 123video vergund om de uploader in vrijwaring op te roepen en is de volgende roldatum in die procedure vastgesteld op 11 november 2009. Onder deze omstandigheden kan van 123video niet worden gevergd de uitkomst van een bodemprocedure in zake haar vordering af te wachten.

4.3. Een aanbieder van webdiensten kan onder omstandigheden gehouden zijn om de gevraagde gegevens van een gebruiker van die webdiensten te verstrekken aan rechthebbenden. Ten eerste moet daarvoor voldoende aannemelijk zijn dat sprake is van onrechtmatig handelen, of een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen uit een overeenkomst, van de desbetreffende gebruiker en ten tweede dient buiten redelijke twijfel te zijn dat degene van wie de gevraagde persoonlijke gegevens ter beschikking dienen te worden gesteld ook daadwerkelijk degene is die zich aan dit handelen schuldig zou hebben gemaakt. In dat geval kan het zo zijn dat de privacybelangen van de betrokkenen bij het geheim houden van hun gegevens moeten wijken voor het belang van de rechthebbenden om tegen het onrechtmatig handelen op te treden.

4.4. De stelling van Ziggo dat de uploader mogelijk niet bekend is geweest met de algemene voorwaarden van 123video wordt verworpen. 123video heeft daartegen

439282 / KG ZA 09-2102
29 oktober 2009

6

immers aannemelijk gemaakt dat de internetgebruiker voor een succesvolle inschrijving als gebruiker van haar website expliciet de geldende algemene voorwaarden dient te aanvaarden door daartoe een 'vinkje' te plaatsen op het registratie formulier. Ziggo heeft dit betoog van 123video niet, althans onvoldoende gemotiveerd, weersproken, zodat voorshands ervan wordt uitgegaan dat de algemene voorwaarden van 123video van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen de uploader en 123video.

4.5. Onbetwist is dat de uploader pornografisch beeldmateriaal van en met de actrice Kim Holland beschikbaar heeft gemaakt op de website van 123video. Daardoor heeft de uploader artikel 3 van de tussen 123video en hem geldende algemene voorwaarden geschonden.

4.5.1. De stelling van Ziggo dat nog niet vaststaat dat het uploaden van die video's een inbreuk oplevert op de auteurs- en merkrechten van KHP houdt bovendien geen stand. De enkele stelling van Ziggo dat wellicht geen sprake is van een auteursrechtelijk werk kan vooralsnog niet worden gevolgd. Voorshands is voldoende aannemelijk dat de bodemrechter de stellingen van KHP in de bodemprocedure tegen 123video dat sprake is van een auteursrechtelijk werk en dat zij de rechthebbende daarop is, zal volgen. Uit de stellingen van KHP in die door haar aanhangig gemaakte procedure blijkt bovendien dat zij geen toestemming heeft verleend aan de uploader voor het beschikbaar maken van de video's van en met Kim Holland op het internet. In dat geval levert de publicatie van dat auteursrechtelijk beschermd werk zonder toestemming van de rechthebbende naar voorshands moet worden aangenomen een inbreuk op de auteursrechten van die rechthebbende op. De uploader heeft in dat geval met het uploaden van de video's van en met de actrice Kim Holland op de website van 123video het bepaalde in de algemene voorwaarden van 123video dat de gebruiker geen inbreuk mag maken op rechten (waaronder de auteursrechten) van anderen geschonden.

4.5.2. Dit alles levert op zich een afdoend en voldoende vermoeden op dat de uploader toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de tussen 123video en hem geldende algemene voorwaarden. Bovendien brengt dit voorshands met zich dat de uploader op ernstige wijze misbruik maakt van de website van 123video, hetgeen onrechtmatig is jegens 123video.

4.6. Ziggo heeft verder aangevoerd dat 123video geen duidelijk, reëel, belang heeft bij de verstrekking van de door haar gewenste gegevens. Dit verweer wordt verworpen.

4.6.1. Allereerst heeft te gelden dat de vermoedelijke wanprestatie en het waarschijnlijke onrechtmatig handelen van de houder van het e-mailadres @home.nl verstrekkende negatieve gevolgen heeft, althans kan hebben, voor 123video in de door KHP aanhangig gemaakte procedure. Ter zitting heeft

439282 / KG ZA 09-2102
29 oktober 2009

7

123video verklaard dat het e-mailadres is aangeschreven met het verzoek om de identiteit van de gebruiker bekend te maken maar dat dit niets heeft opgeleverd.

4.6.2. Daarnaast heeft Ziggo betoogd dat 123video andere, minder ingrijpende, maatregelen had moeten betrachten om achter de identiteit van de uploader te komen. Zij heeft daartoe betoogd dat 123video op minder verstreckende wijze de controleerbare naw-gegevens van haar gebruikers kan achterhalen door bij de registratie van de gebruiker die gegevens op controleerbare wijze op te vragen. 123video heeft daartegen aangevoerd dat zij bij dergelijke gegevens geen belang heeft omdat zij haar webdiensten gratis aanbiedt. Gelet op het feit dat het registreren van de naw-gegevens door webdiensten geen wettelijke basis kent, zeker niet in het geval dat die webdiensten gratis worden aangeboden, kan dit betoog van Ziggo vooralsnog niet worden gevolgd.

4.6.3. Verder kan, gelet op hetgeen onder 5.1 van de algemene voorwaarden is bepaald, de stelling van Ziggo dat de oproeping in vrijwaring van de uploader in de bodemprocedure door 123video kansloos is, voorshands niet worden gevolgd. Bovendien is het mogelijke succes van de oproeping in vrijwaring in de aanhangige bodemprocedure bij de beoordeling van het hier gevorderde niet van belang omdat de bodemrechter die oproeping in vrijwaring al heeft vergund aan 123video.

4.6.4. Tot slot heeft Ziggo aangevoerd dat zij een groter belang heeft bij afwijzing van de vordering dan 123video heeft bij toewijzing daarvan. Daartoe heeft Ziggo betoogd dat zij haar goede naam jegens haar (potentiële) abonnees dient te beschermen en geen inbreuk op hun privacy mag maken. Dit verweer gaat niet op. De ernst van het misbruik van de website van 123video door de uploader en de (mogelijke) gevolgen daarvan voor 123video leveren een zo zwaarwegend belang van 123video op dat het belang van Ziggo bij de bescherming van de privacygevoelige informatie van haar gebruikers in dit geval dient te wijken.

4.7. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat, nu aan de onder 4.3 genoemde criteria is voldaan, de vordering van 123video zal worden toegewezen als na te melden, waarbij de termijn om te voldoen aan de veroordeling redelijk wordt geacht. Ter zitting heeft 123video voldoende gemotiveerd gesteld dat onder de gevorderde persoonsgegevens begrepen dient te zijn de bij Ziggo geregistreerde geboortedatum van de uploader, zodat Ziggo ook daartoe zal worden veroordeeld.

4.8. Ziggo heeft echter nog aangevoerd dat zij niet alle gevraagde gegevens aan de hand van de in de dagvaarding genoemde IP-adressen kan verstrekken omdat zij niet langer beschikt over de gegevens van de gebruiker van de meer dan een jaar geleden gebruikte IP-adressen. Ter zitting heeft Ziggo echter desgevraagd verklaard dat met de door haar uitgegeven e-mailadressen de naw-gegevens en geboortedatum van haar abonnees kan worden achterhaald. Daarnaast heeft zij verklaard dat dit ook geldt voor de door de abonnee aangemaakte aliassen van e-mailadressen bij @home.

439282 / KG ZA 09-2102
29 oktober 2009

8

Omdat 123video het door de uploader gebruikte e-mailadres bekend heeft gemaakt is voorshands voldoende aannemelijk dat Ziggo kan voldoen aan de vordering.

4.9. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als volgt.

4.10. Ziggo zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van 123video worden begroot op:

- dagvaarding	EUR	72,25
- vast recht		262,00
- salaris advocaat		816,00
Totaal	EUR	1.150,25

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt Ziggo om binnen één werkdag na betekening van dit vonnis de volgende bij haar geregistreerde gegevens van de houder van het e-mailadres @home.nl aan 123video te verstrekken:

- de voor- en achternaam;
- het adres;
- de woonplaats en
- de geboortedatum,

5.2. bepaalt dat Ziggo voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij in strijd handelt met het onder 5.1 bepaalde, aan 123video een dwangsom verbeurt van € 10.000,00, tot een maximum van € 500.000,00,

5.3. veroordeelt Ziggo in de proceskosten, aan de zijde van 123video tot op heden begroot op EUR 1.150,25,

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.C.A. Wildenburg, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. R. Verloo, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 29 oktober 2009.

type: RV

coll: BB

UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
rechtbank Amsterdam