

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

zaaknummer : 200.256.304/01
zaak-/rolnummer rechtbank : C/09/528768/HA ZA 17-298

Arrest d.d. 11 augustus 2020

inzake

STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Justitie & Veiligheid),
zetelend te Den Haag,
appellant,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. S.M. Kingma te Den Haag,

tegen

1. de stichting **STICHTING TOT EXPLOITATIE VAN KABELTELEVISIERECHTEN OP AUDIOVISUEEL MATERIAAL (SEKAM)**,
gevestigd te Amsterdam,
2. **2HOUSES B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
3. **VOCFILM B.V.**,
gevestigd te Earnewâld,
4. **TWO YOUNG RIGHTS B.V.**,
gevestigd te Leeuwarden,
5. **FREEZEFILM B.V.**,
gevestigd te Earnewâld,

geïntimeerden,
hierna te noemen: SEKAM, 2Houses, VOCFilm, Two Young Rights en Freezefilm, en
gezamenlijk: SEKAM c.s.,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

Het verloop van het geding

Bij exploit van 30 november 2018 is de Staat in hoger beroep gekomen van het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 5 september 2018. Bij memorie van grieven (MvG), met een productie, heeft de Staat zeven grieven tegen dat vonnis aangevoerd. SEKAM c.s. hebben hierop gereageerd met een memorie van antwoord (MvA). Vervolgens is arrest gevraagd.

De beoordeling van het hoger beroep

De feiten

1. De volgende feiten worden als vaststaand beschouwd.

-
- a. SEKAM is een stichting, die blijkens artikel 2.1 van haar (op 2 maart 2018 gewijzigde) statuten, ten doel heeft:
- “a. het op doelmatige wijze behartigen en bevorderen van de belangen van de producenten van filmwerken in de zin van artikel 45a van de Auteurswet en hun rechtverkrijgenden, in het bijzonder, maar niet beperkt tot de exploitatie van deze werken in de vorm van doorgifte, hieronder verder te verstaan de integrale en ongewijzigde uitzending van een door een derde samengesteld omroepprogramma waarin deze werken voorkomen, waaronder de uitzending gelijktijdig met de door genoemde derde verrichte uitzending. Onder uitzending wordt hierbij verstaan iedere vorm openbaarmaking via kabel, satelliet, telefoon, aardse zender of welk ander transportmedium dan ook;*
- (...)*
- c. het handhaven, verkrijgen, exploiteren en vervreemden van goederen, industriële eigendommen en intellectuele eigendomsrechten;*
- d. het (doen) voeren van gerechtelijke procedures die tot verwezenlijking van het doel dienstig kunnen zijn, waaronder maar niet beperkt tot het voeren van collectieve procedures en/of procedures op basis van een individuele procesvolmacht van een of meer producenten ter bescherming van subjectieve rechten van producenten; alsmede het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord.”*
- Artikel 2.2 van de statuten van SEKAM vermeldt:
- “De Stichting tracht haar doel onder meer te verwezenlijken door instandhouding van een organisatie die zich bezig houdt met inning, beheer- en repartitie van de opbrengsten van rechten op filmwerken, voor zover die overeenkomstig artikel 2.1 worden doorgegeven.”*
- b. Two Young Rights heeft in mei 2003 de film *De Schippers* van de Kameleon geproduceerd. 2Houses heeft de films *Toscaanse Bruiloft* en *Verliefd op Ibiza* geproduceerd.
- c. Met ingang van 1 september 2004 zijn de artikelen 16c Auteurswet (Aw) en 10, sub e, Wet op de naburige rechten (WNR) in werking getreden. Met deze bepalingen is de zogenoemde thuis kopie-exceptie van artikel 5, lid 2 sub b, van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten (hierna: de Arl) geïmplementeerd. Bij de implementatie en toepassing van artikel 16c Aw en 10, sub e, WNR is geen onderscheid gemaakt tussen kopiëren uit legale en illegale bron. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de Arl heeft de minister van Justitie zich op het standpunt gesteld dat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen kopiëren uit legale of illegale bron.
- d. In een persbericht van de politieke partij GroenLinks van 27 februari 2010, met de titel *GroenLinks lanceert internetcampagne tegen downloadverbod*, bevat – voor zover hier van belang – de volgende passages, waarin het standpunt van de minister

van Justitie wordt weergegeven:

“Een verbod op het downloaden van muziek en films is het voornemen van demissionair minister Hirsch Ballin (justitie) en de parlementaire werkgroep onder leiding van SP'er Gerkens.

(...)

Kabinetsplannen

Downloaden zonder toestemming van de rechthebbende is nu nog toegestaan. Binnenkort wordt de wet voor thuiskopie afgeschaft. Het vorige kabinet gaf afgelopen oktober aan om het downloadverbod de komende drie jaar verder uit te werken. De meeste partijen in de Tweede Kamer (SP, CDA, PvdA en VVD) sturen in de werkgroep Gerkens aan op het verbieden van downloaden uit illegale bron.”

- e. Een persbericht van Rijksoverheid.nl van 11 april 2011, met de titel “Teeven: auteursrecht moet stimulans zijn voor creativiteit en innovatie” vermeldt – voor zover hier van belang – de plannen van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie met betrekking tot downloaden uit illegale bron. In dit persbericht staat – voor zover hier van belang:

“Maatschappelijke ontwikkelingen vergen op korte termijn keuzes in het auteursrechtbeleid. Rechtmatig gebruik van auteursrechtelijk beschermd werk moet ook in de digitale wereld de norm zijn. Alleen dan kunnen auteurs, artiesten en kunstenaars daar een inkomen verwerven. Om nieuwe legale diensten in de creatieve sector te bevorderen, krijgen rechthebbenden meer mogelijkheden om civielrechtelijk op te treden tegen partijen die met illegaal aanbod de markt verstoren. Daarom wordt downloaden van auteursrechtelijk beschermd werk uit evident illegale bron onrechtmatig, maar niet strafbaar. Downloaden is al geruime tijd onrechtmatig voor games en andere software, maar dat gaat nu ook gelden voor bijvoorbeeld films en muziek. Met deze civielrechtelijke maatregel neemt Nederland in Europa geen uitzonderingspositie meer in.”

- f. Op dezelfde dag heeft de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie daarover een interview gegeven, dat is gepubliceerd op de website van de NOS onder de titel “Staatssecretaris Teeven over illegaal downloaden”. In antwoord op de vraag wat de bewindsman eigenlijk wil bereiken met deze maatregelen, zegt hij:

“Nou wat we willen bereiken is dat legaal gebruik eeh van eh content, van films en muziek dat dat de norm wordt en dat illegaal gebruik dat dat ehh achterhaald is in de toekomst.”

Vervolgens zet de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in het interview uiteen dat beoogd wordt om aanbieders van illegale content aan te pakken en dat legaal gebruik de norm moet gaan worden.

- g. In een nieuwsbericht van de NOS van 21 december 2012 wordt de toen in Nederland heersende – ook door destijds door de verantwoordelijk bewindspersoon gehuldigde – opvatting over downloaden uit illegale bron weergegeven:

“Films en muziek downloaden blijft legaal in Nederland. De Tweede Kamer heeft een motie van PvdA en D66 tegen een downloadverbod aangenomen.

In plaats daarvan komt er een thuishkopieheffing op bijvoorbeeld smartphones en blanco cd's en dvd's. Die heffing is bedoeld als tegemoetkoming aan de rechthebbenden die inkomsten mislopen door het downloaden van films, muziek, games en andere software.”

- h. Dit nieuwsbericht bevat ook een als citaat weergegeven standpunt van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie:
- “In Noorwegen wordt voor de rechthebbenden geld binnengehaald via de belastingen, maar staatssecretaris [A] noemde dat “een onbegaanbare weg”. Hij vraagt zich af of die aanpak wel strookt met Europese regels. Bovendien betalen dan ook internetgebruikers mee die nooit illegaal downloaden.”*
- i. VOCFilm is op 7 februari 2014 opgericht en is de producent van de film Michiel de Ruyter.
- j. Bij arrest van 10 april 2014 – ECLI:EU:C:2014:254 ‘ACI Adam cs/Stichting De ThuisKopie cs’ (hierna ook: het ACI Adam arrest) – heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) op prejudiciële vragen van de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 5, lid 2 sub b jo artikel 5, vijfde lid, Arl in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling die geen onderscheid maakt tussen de situatie waarin de bron van een voor privégebruik vervaardigde reproductie geoorloofd is en de situatie waarin deze bron ongeoorloofd is.
- k. VOCFilm heeft op 29 januari 2015 de film Michiel de Ruyter uitgebracht. Freezefilm is op 1 juni 2015 opgericht.
2. *De vorderingen van SEKAM c.s. en het vonnis van de rechtbank*
- 2.1 SEKAM c.s. hebben in de eerste aanleg gevorderd dat:
- I. voor recht wordt verklaard dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de door SEKAM vertegenwoordigde producenten (waaronder 2Houses, VOCFilm, Two Young Rights en Freezefilm, samen te noemen: 2 Houses c.s.) althans 2Houses c.s. door vanaf 1 september 2004 tot 10 april 2014, in weerwil van het Unierecht, de thuishkopie-exceptie van artikel 16c Aw zodanig te implementeren en toe te passen dat deze eveneens van toepassing werd geacht op het vervaardigen van reproducties uit illegale bron en in het bijzonder door:
- i) in de parlementaire toelichting op artikel 16c Aw in zijn hoedanigheid van formele wetgever aan te geven dat artikel 16c Aw zo dient te worden uitgelegd dat de thuishkopie-exceptie tevens van toepassing is op reproducties die zijn vervaardigd uit illegale bron;
- ii) het bij herhaling actief uitdragen van de onder (i) voorgestane

- interpretatie van artikel 16c Aw binnen het parlementaire debat en in het publieke domein en de media;
- iii) geen adequate (handhavings)maatregelen te treffen om het vervaardigen van reproducties uit illegale bron tegen te gaan;
- II. voor recht wordt verklaard dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de door SEKAM vertegenwoordigde producenten (waaronder 2Houses c.s.) althans 2Houses c.s. door vanaf 10 april 2014 geen adequate (handhavings)maatregelen te treffen om het vervaardigen van reproducties uit illegale bron tegen te gaan en in het bijzonder door:
- i) het bij herhaling actief uitdragen dat geen strafrechtelijke of civiele handhavingsmaatregelen zullen worden getroffen tegen individuen om het vervaardigen van reproducties uit illegale bron tegen te gaan;
- ii) te verzuimen zorg te dragen voor een toereikend wettelijke handhavingskader;
- iii) het vervaardigen van reproducties uit illegale bron niet strafrechtelijk te handhaven,
- met veroordeling van de Staat in de proceskosten.

- 2.2 De rechtbank heeft vordering I(ii) van SEKAM, 2Houses en Two Young Rights toegewezen – in rov. 4.85 van het vonnis, gezien ook de rov. 4.48-4.59 daarvan, abusievelijk genoemd: I(i) – in die voege dat zij voor recht heeft verklaard dat de Staat jegens de door SEKAM vertegenwoordigde filmproducenten (waaronder 2Houses en Two Young Rights) uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de uitlatingen van de staatssecretaris van justitie in:
- het persbericht van Rijksoverheid.nl van 11 april 2011 (het in rov. 1.e weergegeven citaat);
 - het interview van dezelfde dag dat is gepubliceerd op de website van de NOS (het in rov. 1.f weergegeven citaat)
 - het nieuwsbericht van de NOS van 21 december 2012 (het in rov. 1.h weergegeven citaat).
- (hierna achtereenvolgens te noemen: het ‘persbericht’, het ‘interview’ en het ‘nieuwsberichtcitaat’ en gezamenlijk de ‘Uitlatingen’). Voor het overige heeft de rechtbank hetzij SEKAM c.s. niet ontvankelijk verklaard in hun vorderingen, hetzij hun vorderingen afgewezen, onder compensatie van de proceskosten.
- 2.3 De gedeeltelijke toewijzing van vordering I(ii) is door de rechtbank ten aanzien van de onrechtmatigheidsvraag als volgt gemotiveerd (in de rov. 4.55-4.59 van het vonnis).
- (i) Het persbericht/interview maakt duidelijk dat in Nederland downloaden is toegestaan, ongeacht de bron waaruit is gedownload. Nu daarin wordt gesproken van het voornemen om het downloaden uit illegale bron te gaan verbieden, is voor de gemiddeld oplettende lezer duidelijk dat dit downloaden volgens dat persbericht/interview op het moment daarvan wel toegestaan was.
- (ii) In deze uitingen wordt de opvatting over wat – dan nog – toelaatbaar zou zijn op het gebied van thuis kopiëren in het publieke domein en in de media gepresenteerd als het toen bestaande (beleids)standpunt van de overheid.

-
- (iii) Gezien deze door de verantwoordelijke bewindspersoon in het publieke domein en in de media geuite opvatting, zullen er downloaders zijn geweest die ervan uitgingen dat downloaden uit illegale bron was toegestaan, terwijl dat in andere lidstaten – voor een ieder kenbaar – was verboden. De verantwoordelijke bewindspersoon heeft dit standpunt bij herhaling geuit. Het persbericht is een weloverwogen en uit eigen beweging gedane uitlating die ertoe strekt voorlichting te geven aan een breed publiek.
 - (iv) De, niet voor meerdere uitleg vatbare, boodschap van dit, bij herhaling door de verantwoordelijke bewindspersoon uitgedragen (beleids)standpunt over downloaden uit illegale bron, is dat downloaden uit illegale bron is toegestaan in Nederland. Indien wordt gehandeld volgens deze, met het Unierecht strijdige, weergave van de Nederlandse situatie, wordt inbreuk gemaakt op de rechten van 2Houses en de achterban van SEKAM;
 - (v) Vanwege deze specifieke omstandigheden van het geval zijn de Uitlatingen onrechtmatig jegens 2Houses c.s. en de achterban van SEKAM.
 - (vi) Er is geen grond voor het toepassen van de door de Staat bepleite hogere drempel voor het aan nemen van onrechtmatigheid. De Uitlatingen zijn niet gelijk te stellen aan een juridische opvatting die in een procedure of in de wetsgeschiedenis wordt verwoord, maar zijn veeleer te vergelijken met onjuiste inlichtingen door een bevoegd overheidsorgaan, waarvoor geen hogere drempel geldt.

Verder heeft de rechtbank overwogen dat het onder (v) bedoelde onrechtmatig handelen aan de Staat kan worden toegerekend (rov. 4.65 van het vonnis) en dat er onvoldoende grond bestaat om te concluderen dat het voor het vestiging van aansprakelijkheid vereiste *conditio sine qua non* (causaal) verband ontbreekt (rovv. 4.66-4.72).

Het hoger beroep

- 3.1 Tegen de gedeeltelijke toewijzing van vordering I(ii) en de daarvoor gebezigde motivering is de Staat opgekomen met zeven grieven. Grief I is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat SEKAM zich met vrucht op artikel 3:305a BW kan beroepen. Grief II strekt ertoe dat SEKAM ook bij het niet-slagen van grief I in verband met het verjaringsverweer van de Staat gedeeltelijk niet ontvankelijk moet worden verklaard in het toegewezen deel van vordering I(ii). Met de grieven III en IV komt de Staat op tegen het in de rov. 4.55-4.59 van het vonnis neergelegde onrechtmatigheidsoordeel. Grief V houdt in dat de Staat niet aansprakelijk is wegens het ontbreken van relativiteit. De grieven VI en VII klagen over achtereenvolgens de oordelen van de rechtbank over de toerekenbaarheid en het causaal verband.
- 3.2 SEKAM c.s. hebben de grieven I en II bestreden, en zich wat de overige grieven betreft, gerefereerd aan het oordeel van het hof. Zij zijn niet opgekomen tegen de beslissingen van de rechtbank tot niet ontvankelijkverklaring/afwijzing van hun overige vorderingen.
- 3.3 In hoger beroep is, zo volgt uit het voorgaande, alleen nog aan de orde vordering I(ii) van SEKAM, 2Houses en Two Young Rights voor zover door de rechtbank

toegewezen. Alleen in zoverre is het vonnis aan hoger beroep onderworpen.

3.4 Het hof zal nu eerst de grieven III, IV en VII van de Staat beoordelen. Grief III houdt in dat een parallel met onjuiste inlichtingen niet op zijn plaats is. Grief IV stelt dat het hier ging om ongerichte, algemene inlichtingen die niet makkelijk tot aansprakelijkheid kunnen leiden. In het kader van deze grieven heeft de Staat onder meer het volgende aangevoerd:

- Uit het persbericht/interview is niet de onmiskenbare boodschap af te leiden dat downloaden uit illegale bron zonder meer is toegestaan (punten 6.5 en 7.12 MvG)
- Het gaat hierbij niet om het uitdragen van een (beleids)standpunt over downloaden uit illegale bron (punt 6.5 MvG);
- In het persbericht/interview doelt de staatssecretaris op toekomstige ontwikkelingen, namelijk dat hij zelf een wetsvoorstel zal presenteren waarin downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig wordt gesteld.
- de boodschap die met de Uitlatingen werd afgegeven was dat het legale aanbod moet worden bevorderd (punten 6.10 en 6.32 MvG)
- Tot het ACI Adam arrest van het HvJEU bestond er onduidelijkheid over de uitleg van artikel 5 lid 2 sub b Arl. De staatssecretaris heeft zich aangesloten bij de (achteraf onjuist gebleken) uitleg die de wetgever daaraan gaf (punten 6.6 en 6.27-6.31 MvG).

Ter toelichting op zijn grief VII heeft de Staat onder meer opgeworpen dat er geen Nederlanders als gevolg van de Uitlatingen in de veronderstelling hebben verkeerd dat downloaden uit illegale bron was toegestaan waardoor een stijging van het aantal illegale kopieën heeft plaatsgevonden.

3.5 Uitgangspunt bij de beoordeling van de grieven III en IV is dat – naar de rechtbank onbestreden heeft vastgesteld (in de rov. 2.5 en 4.49 van het vonnis) en door SEKAM e.s. ook was aangevoerd (punten 3.13-3.18 van de inleidende dagvaarding) – **tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel ter implementatie van de Arl in de jaren 2002-2003 de minister van Justitie zich op het standpunt heeft gesteld dat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen kopiëren uit legale of illegale bron en dat** de opvolgende bewindslieden tot aan het ACI Adam arrest van het HvJEU de opvatting aanhingen dat artikel 16c Aw zo diende te worden uitgelegd dat de thuiskopie-exceptie eveneens van toepassing is op reproducties die zijn vervaardigd uit illegale bron. Bij deze stand van zaken moet als een feit worden beschouwd dat de regering in de periode van 2004 tot aan de Uitlatingen steeds de opvatting heeft gehuldigd dat ook kopiëren uit illegale bron onder de thuiskopie-exceptie viel en dus, indien aan de voorwaarden van artikel 16c Aw was voldaan, niet onrechtmatig was.

3.6 In de Uitlatingen heeft de staatssecretaris niet expliciet gezegd dat ten tijde daarvan downloaden uit illegale bron was toegestaan, maar in de door hem gebruikte bewoordingen ligt dat wel ('a contrario') besloten, in elk geval in de bewoordingen van het persbericht/het interview. Het nieuwsberichtcitaat *an sich* raakt op zo indirecte wijze aan die kwestie dat dit alleen voor ingewijden kenbaar is. Dat het nieuwsberichtcitaat onrechtmatig is, kan reeds hierom niet worden aangenomen.

-
- 3.7 De impliciete mededeling van de staatssecretaris, dat downloaden uit illegale bron op dat moment niet onrechtmatig was, is in zoverre feitelijk juist dat dat tot dan toe steeds de opvatting van de regering was geweest.
- 3.8 Niet kan worden gezegd dat de staatssecretaris in de Uitlatingen uit 2010 het onjuiste standpunt dat de regering in de daaraan voorafgaande jaren had ingenomen, (direct of indirect) heeft gepropageerd of ondersteund. In het persbericht/interview is juist aangegeven dat downloaden uit (evident) illegale bron alsnog onrechtmatig zal worden gesteld opdat legaal gebruik de norm wordt.
- 3.9 De Uitlatingen behelzen kortom impliciet een feitelijk juiste beschrijving van de (achteraf gezien onjuiste maar toentertijd niet onverdedigbare) opvatting van de regering tot dan toe en een aankondiging van nieuwe regelgeving waarin downloaden uit (evident) illegale bron alsnog onrechtmatig wordt gesteld. Zeker wanneer tevens in aanmerking wordt genomen dat de regering die onjuiste opvatting, dat downloaden uit illegale bron toelaatbaar was, al sinds 2002/2003 had uitgedragen, valt niet in te zien dat de Uitlatingen, die in 2010 zijn gedaan, personen tot het illegaal downloaden zouden hebben aangezet of hen over de drempel zouden hebben geholpen om dat te gaan doen. Van de Uitlatingen was dus ook geen nadeel voor rechthebbenden als SEKAM c.s. te verwachten.
- 3.10. Gelet op het onder 3.5 t/m 3.9 overwogene kunnen de Uitlatingen niet als onrechtmatig worden bestempeld. De grieven III en IV treffen derhalve doel. Uit hetgeen is overwogen in de 2^e en 3^e volzin van rov. 3.9 volgt tevens dat de grief VII terecht is voorgesteld.
- 3.11 Het bestreden vonnis zal, voor zover aan hoger beroep onderworpen, worden vernietigd onder alsnog afwijzing van vordering I(ii) van SEKAM c.s.. De grieven I, II, V en VI van de Staat kunnen verder onbehandeld blijven.
- 3.12 De Staat heeft op blz. 42 MvG aangegeven af te zien van zijn vordering tot een kostenveroordeling in de eerste aanleg en onder de voorwaarde dat SEKAM c.s. zich refereren in appel, ook van het vorderen van een kostenveroordeling in appel. Nu SEKAM c.s. zich hebben gerefereerd met betrekking tot de grieven die tot vernietiging van het vonnis en alsnog afwijzing van hun vordering I(ii) hebben geleid, is aan die voorwaarde voldaan te achten. Het hof zal dan ook geen proceskostenveroordeling uitspreken.

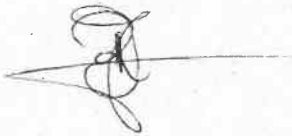
Beslissing

Het gerechtshof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 5 september 2018 voor zover aan hoger beroep onderworpen, en te dien aanzien opnieuw rechtdoende:

- * wijst af vordering I(ii) van SEKAM c.s..

Dit arrest is gewezen door mrs. M.Y. Bonneur, R. Kalden en S.J. Schaafsma en in het openbaar uitgesproken door mr. J.E.H.M. Pinckaers, rolraadsheer, op 11 augustus 2020 in aanwezigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr.
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

S.M. WINGSMA