

**Hof Den Haag 11 augustus 2020 (C/09/528768/HA ZA 17-298), IEF 19397 (Staat/SEKAM cs)**

De Nederlandse Staat is niet aansprakelijk voor uitlatingen die de (voormalig) staatssecretaris deed over downloaden uit illegale bron voordat het arrest ACI Adam was gewezen door het HvJ EU. In de uitlatingen werd niet expliciet gezegd dat downloaden uit illegale bron was toegestaan. Dit ligt wel in de uitlatingen van de staatssecretaris besloten, maar op zo indirecte wijze dat dit alleen voor ingewijden kenbaar is. De staatssecretaris heeft het onjuiste standpunt van de Staat verder niet gepropageerd of ondersteund. Het valt niet in te zien dat de uitlatingen personen tot illegaal downloaden hebben aanzet, zeker wanneer tevens in aanmerking wordt genomen dat de regering de onjuiste opvatting, dat downloaden uit illegale bron toelaatbaar was, al sinds 2002/2003 had uitgedragen. Het Hof vernietigt het vonnis van de rechtbank Den Haag.

[...]

**De beoordeling van het hoger beroep**

*I. Feiten*

[...]

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.

[...]

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.”*

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, VOC-Film, 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 thuiskopie-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 thuiskopie-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 diër 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 aannemen van onrechtmatigheid. De Uitlatingen zijn niet gelijk te stellen aan een juridische opvatting die in een procedure of in de wetgeschiedenis 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 vestigen van aansprakelijkheid vereiste *conditio sine qua non* (causaal) verband ontbreekt (rov. 4.66-4.72).

#### *Het hoger beroep*

[...]

3.4 Het hof zal nu eerst de grieven III, IV en VI 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, alge-

mene 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 MG)
- 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 MG).

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 c.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

le 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 thuiskopieexceptie 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 II en IV treffen derhalve doel. Uit hetgeen is overwogen in de 2e en 3e volzin van rov. 3.9 volgt tevens dat de grief VII terecht is voorgesteld.

[...]

#### Noot

De meeste mensen (die niet tot de lezers van dit tijdschrift behoren) denken dat downloaden uit illegale bron tot april 2014 was toegestaan in Nederland. In april 2014 kopten Nederlandse kranten dat er 'per direct een downloadverbod' was ingevoerd. Dat klopt natuurlijk niet. Downloaden uit illegale bron was altijd al een handeling waarvoor toestemming van de rechthebbenden nodig was. De Nederlandse overheid stelde tot april 2014 dat downloaden uit illegale bron onder de thuiskopie-exceptie van artikel 16c Aw viel, en dat deze handeling dus niet onrechtmatig was. In april 2014 oordeelde het Hof van Justitie in de zaak *ACI Adam* dat het maken van een thuiskopie uit onrechtmatige bron niet binnen de reikwijdte van de thuiskopie-exceptie kan vallen.<sup>1</sup> Het Hof verduidelijkte daarmee dat de Nederlandse interpretatie van de thuiskopie-exceptie in strijd was met het Unierecht, en dus inderdaad dat downloaden uit illegale bron niet is toegestaan. Het arrest van het Hof betekende echter niet dat downloaden uit illegale bron vanaf dat moment niet meer was toegestaan, maar dat downloaden uit illegale bron al de hele tijd niet was toegestaan.

SEKAM en een aantal Nederlandse filmproducenten zijn van mening dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door voorafgaand aan het *ACI Adam*-arrest de Auteursrechtlijn onjuist te implementeren en onjuist toe te passen, en het standpunt uit te dragen dat downloaden uit illegale bron onder de thuiskopie-exceptie valt. De rechtbank Den Haag oordeelde<sup>2</sup> dat de Auteursrechtlijn niet onjuist is geïmplementeerd in artikel 16c Aw omdat dit artikel richtlijnconform kan worden uitgelegd. De rechtbank oordeelde ook dat de Staat wél aansprakelijk kon worden gehouden voor uitingen van de (toenmalige) staatssecretaris in het publieke domein en de media (een persbericht van de Rijksoverheid en de NOS), waaruit afgeleid kon worden dat downloaden uit illegale bron was toegestaan. De rechtbank liet in het midden in hoeverre deze uitlatingen ook tot schade voor SEKAM c.s. hebben geleid, maar stelde vast dat niet kon worden geconcludeerd dat het *conditio sine qua non* verband geheel ontbrak.

Het hof gooit het over een andere boeg. Volgens het hof heeft de staatssecretaris niet direct gezegd dat downloaden uit illegale bron was toegestaan en waren de uitlatingen van de staatssecretaris zo indirect 'dat dit alleen voor ingewijden kenbaar is'. Volgens het hof moet men dus 'ingewijde' zijn om uit bijvoorbeeld de in een persbericht gedane mededeling 'Daarom wordt downloaden van auteursrechtelijk beschermd werk uit evident illegale bron onrechtmatig' af te leiden dat dit nu niet het geval is. De vraag is of het hof het intellect van de gemiddelde lezer van persberichten van de Rijksoverheid hiermee niet onderschat (maar dat zijn wellicht dan ook niet de personen die 'Verliefd op Ibiza' en 'Toscaanse Bruiloft' uit illegale bron hebben gedownload en daarmee schade bij de rechthebbenden hebben veroorzaakt).

Het hof overweegt ook nog dat de uitlatingen van de Staat uit 2010 niet onrechtmatig zijn omdat sprake is van een 'feitelijk juiste beschrijving' van de (onjuiste) opvat-

<sup>1</sup> HvJ EU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 (*ACI Adam/Stichting de Thuiskopie*).

<sup>2</sup> Rb. Den Haag 5 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10645 (*SEKAM c.s./Staat*).

ting van de regering. Opmerkelijk is ook dat dit volgens het hof zeker geldt 'wanneer tevens in aanmerking wordt genomen dat de regering die onjuiste opvatting [...]

al sinds 2002/2003 had uitgedragen'. Omdat de Staat al de hele tijd een onjuist standpunt innam, valt volgens het hof dus niet in te zien dat het uitdragen van dit

standpunt in 2010 tot nadeel voor SEKAM c.s. zou leiden.

*Marijn Kingma*