

Maatregelen tegen auteursrechtinbreuk door P2P-filesharing: wat leert het *Umfeld* ons?

Onze wetgever wikt en weegt over de vraag op welke wijze vorm te geven aan het voorstel van de Parlementaire Werkgroep Auteursrecht (Gerkens) om een halt toe te roepen aan auteursrechtinbreuk door P2P-filesharing door downloaden uit illegale bron niet langer onder de thuiskopie-exceptie te laten vallen maar strafbaar te stellen.¹ In deze bijdrage richten wij onze blik naar buiten. In Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland zijn namelijk al de nodige stappen gezet. Ook in het Europese Telecoms Package en de (voorsnog geheime) Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) wordt gerefereerd aan de aanpak van illegale filesharing. Indachtig deze buitenlandse ontwikkelingen, analyseren we in dit artikel met welke voor de regulering van illegale filesharing relevant gebleken factoren onze wetgever geconfronteerd wordt.²

M. de Cock Buning en A. Ringnalda

Prof. mr. M. de Cock Buning is Hoogleraar Auteursrecht en Media- en Communicatierecht, Universiteit Utrecht en voorzitter, Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER).

A. Ringnalda is projectonderzoeker CIER en masterstudent, Legal Research master, Universiteit Utrecht.

Begripsbepaling

Als opmaat voor dit alles geven we allereerst een omschrijving van de gebruikte kernbegrippen. Bij filesharing worden bestanden op de computer gedeeld met andere internetgebruikers. Deze techniek wordt ook wel peer-to-peer (hierna: P2P)-filesharing genoemd. Bij filesharing kan auteursrechtelijk beschermd materiaal worden gekopieerd en gedownload alsmede geupload. Indien bij het delen van materiaal inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt, omdat de daarvoor noodzakelijke toestemming van de rechthebbende ontbreekt en er geen beroep gedaan kan worden op een auteursrechtelijke beperking, spreken we hier van *illegale filesharing*. Anders dan over de auteursrechtelijke kwalificatie van het bij het proces van *illegale filesharing* betrokken uploaden (= openbaar maken), lopen de meningen over de status van het daarbij betrokken downloaden uiteen. De over dat onderwerp in ons *Umfeld* gevoerde discussie neemt

daarom een vrij prominente plaats in bij de bespreking van dit onderwerp.

Europese en internationale ontwikkelingen in vogelvlucht

Telecoms Package en Universele dienstenrichtlijn

Het Europese Parlement (EP) veroorzaakte opschudding in met name de Franse pers³ door een amendement op de zogenoemde Telecoms Package,⁴ waarmee werd beoogd afsluiting van het internet, vanwege het fundamenteelrechtelijke karakter van internettoegang, slechts toelaatbaar te laten zijn na een gerechtelijke uitspraak.⁵ De tussenkomst van een administratieve instantie, zoals aanvankelijk in Frankrijk voorgesteld, zou daardoor niet volstaan.⁶

1 Kabinetsreactie rapport parlementaire werkgroep auteursrecht, 30 oktober 2009, Ministerie van Justitie, kenmerk DDS 5621176.

2 Dit artikel is gedeeltelijk gebaseerd op het onderzoek *Auteursrechtinbreuk door P2P-filesharing, regelgeving in Duitsland, Frankrijk en Engeland nader onderzocht* dat is verricht in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie) door Allard Ringnalda, Mirjam Elferink en Madeleine de Cock Buning, Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER), Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht. Het integrale en geactualiseerde onderzoek verscheet medio 2010 in boekvorm bij Uitgeverij DeLex.

3 Zie bijvoorbeeld de berichtgeving op www.ecrans.fr/+HADOP/+.html en 'L'Europe étourdit Hadopi', *Liberation* 7 mei 2009.

4 Deze Telecoms-package ziet op een grootschalige wijziging van Europese telecomcommunicatieregulering, en bestaat uit drie gelijktijdige co-decisieprocedures.

5 COD/2007/0247, Positie van het EP van 6 mei 2009, Overweging 3a.

6 Het Amendement maakte deel uit van de procedure inzake de wijziging van wetgeving over 'Electronic communications networks and services'. Het door het EP aangenomen amendement zou na behandeling door de Raad van ministers resulteren in een gewijzigd art. 8 van de Kaderrichtlijn (2002/21/EG): 'Art. 8 (Policy objectives and regulatory principles) [...] 4. The national regulatory authorities shall promote the interests of the citizens of the European Union by inter alia: [...] (h) applying the principle that no restriction may be imposed on the fundamental rights and freedoms of end-users, without a prior ruling by the judicial authorities, notably in accordance with Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on freedom of expression and information, save when the public security is threatened in which case the ruling may be subsequent.'

Het amendement van het EP werd niet geaccepteerd door de Raad omdat het de lidstaten te zeer in een bepaald (strafrechtelijk) regime zou dwingen, en daarmee voorbij zou gaan aan de autonomie die lidstaten op dit gebied hebben.⁷ Commissie, Raad en EP bereikten uiteindelijk in november 2009 overeenstemming over de Telecoms Package. In de derde lezing werd door het EP op 24 november 2009 bij wijze van compromis een gewijzigd art. 1 lid 3a van de Kaderrichtlijn aangenomen, waarin het volgende is bepaald:

*Any of these measures regarding end-users' access to, or use of, services and applications through electronic communications networks liable to restrict those fundamental rights or freedoms may only be imposed if they are appropriate, proportionate and necessary within a democratic society, and their implementation shall be subject to adequate procedural safeguards in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and with general principles of Community law, including effective judicial protection and due process. Accordingly, these measures may only be taken with due respect for the principle of the presumption of innocence and the right to privacy. A prior, fair and impartial procedure shall be guaranteed, including the right to be heard of the person or persons concerned, subject to the need for appropriate conditions and procedural arrangements in duly substantiated cases of urgency in conformity with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The right to effective and timely judicial review shall be guaranteed.*⁸

Voor maatregelen die de toegang tot het internet beperken, is een voorafgaande beoordeling door een rechter daarmee – anders dan aanvankelijk gewenst door het EP – niet langer vereist. Een administratiefrechtelijke procedure volstaat, zij het dat die wel aan de verschillende, expliciet genoemde aspecten van *due process* moet voldoen. Dat stemt overeen met een eveneens in mei 2009 door het EP voorgestelde wijziging van de Universele dienstenrichtlijn (2002/22/EG), die een art. 2a toevoegt, waaruit expliciet blijkt dat afsluitingssancties mogelijk zijn, doch dat het recht op privacy en eerlijk proces (zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM) gerespecteerd moeten worden.⁹

Anti Counterfeiting Trade Agreement

Iets minder doordrongen van het belang van de fundamentele rechten bij het vaststellen van een regeling om illegale filesharing tegen te gaan, lijken intussen de ontwerpers van de Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), een initiatief van Japan en de Verenigde Staten om te komen tot een wereldwijde standaard op het gebied van handhaving van intellectuele eigendomsrechten om de productie van en handel in nagemaakte en illegaal gekopieerde goederen en informatie effectief te bestrijden. Toetreding tot de ACTA zal mogelijk zijn op vrijwillige basis. Diverse ontwerp teksten zijn inmiddels uitgelekt.¹⁰ Uit een commentaar van de Europese Commissie op een tekstversie van de Verenigde Staten kan worden afgeleid dat onder meer wordt voorgesteld om tussenpersonen aansprakelijk te stellen voor auteursrechtinbreuk, om providers filterverplichtingen op te leggen en om gebruikers van het internet af te sluiten als sanctie bij auteursrechtinbreuk.¹¹ Uit andere uitgelekte teksten zou blijken dat in ACTA verband overwogen wordt een systeem in te voeren van 'Three strikes out'. Dat betekent dat internetproviders, teneinde eigen aansprakelijkheid te voorkomen, verplicht worden personen van internet te weren wanneer wordt vastgesteld dat zij illegaal downloaden.¹²

Wetgeving en initiatieven in drie Europese landen

Duitsland

In Duitsland was het maken van kopieën uit onrechtmatige bron op grond van de jurisprudentie reeds uitgezonderd van de privé-kopie-exceptie ex § 53 Urheberrechtsgesetz (UrhG).¹³ Het kopiëren uit evident onrechtmatige bron werd in 2003 verboden teneinde filesharing beter te kunnen bestrijden.¹⁴ Zowel het uploaden als het downloaden wordt dus, onder omstandigheden, als inbreuk op het auteursrecht aangemerkt.

7 Zie de 'Results of the EP/Council conciliation committee' van 13 november 2009, COD/2007/0247.

8 Verslag van 16 november 2009 over de door het bemiddelingscomité goedgekeurde gemeenschappelijke ontwerp tekst van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (opgenomen in COD/2007/0247).

9 Zie de tekst zoals aangenomen in de tweede lezing van het EP op 6 mei 2009, COD/2007/0248.

10 Het streven van betrokken partijen is dat ACTA zich richt op drie deelonderwerpen: 1) toenemende internationale samenwerking op het gebied van handhaving, 2) uitwisseling van 'best practices' en 3) het bewerkstelligen van een meer effectief juridisch kader voor de bestrijding van namaak en piraterij. Met betrekking tot dit kader kan bestaande EU-wetgeving op het gebied van handhaving (zoals de Douaneverordening en de Richtlijn civiele handhaving van intellectuele eigendomsrechten) model staan voor een internationale standaard.

11 'What is ACTA and what should I know about it?', *The Guardian*, 11 november 2009 (te vinden op www.guardian.co.uk/technology/2009/nov/11/acta-trade-agreement). Een uitgelekte tekst is te vinden op www.scribd.com/doc/22208619/ACTA-Internet-Chapter-info. Daaruit blijkt dat de Verenigde Staten voorstellen dat ISP's aansprakelijkheid kunnen voorkomen, onder andere door een *three strikes*-aanpak. De VS stellen echter voor om een dergelijke aanpak niet verplicht te stellen, maar over te laten aan zelfregulering.

12 Waartegen Vrijschrift (<http://people.vrijschrift.org/~ante/acta/Vrijschrift-Justitie-EZ-2009-12-03.pdf>), waarin wordt bepleit dat het opnemen van online inbreuken op het auteursrecht in het ACTA een slecht idee is.

13 KG GRUR 1992, p. 168 (*Dia-Kopien*), in stand gelaten in BGH GRUR 1993, p. 899 (*Dia-Duplikate*).

14 Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 842 en 843; Daniel Gutman, 'Abruf im Internet von unbekanntem und offensichtlich urheberrechtlich unrichtmaßigen Werken', *MMR* 2003, p. 706. In 2008 werd de wet gewijzigd om te verduidelijken dat een evident onrechtmatige bron ook inhoudt een aanbod in het kader van filesharing van een legale kopie in strijd met het exclusieve openbaarmakingsrecht. Zie BT-Drucksache 16/1828, p. 18; zie echter kritisch Tobias Reinbacher, 'Strafbarkeit der Privatko-

Aanvankelijk bestond in Duitsland een voorkeur voor handhaving bij illegale filesharing door middel van het civiele recht. Inmiddels ligt in Duitsland de nadruk op het strafrecht. Die keuze is ingegeven door de, naar het oordeel van rechthebbenden, onbevredigende wijze van handhaving middels het civiele recht. Het probleem was daarbij met name dat het civiele recht nauwelijks reële mogelijkheden bood om de voor aansprakelijkstelling vereiste persoonsgegevens en bewijsmiddelen te verkrijgen.¹⁵ Overigens geldt in Duitsland civiele aansprakelijkheid onverkort; rechthebbenden kunnen, voor zover dat in een specifiek geval wenselijk en haalbaar is, bij de civiele rechter een vordering tot schadevergoeding instellen.

De Duitse privé-kopie-exceptie bevat in § 53 lid 1 UrhG de beperking dat een privé-kopie niet uit 'offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen' mag worden gemaakt. Deze beperking houdt in dat indien de kopie wordt gemaakt van een bronxemplaar dat onrechtmatig tot stand is gekomen of onrechtmatig wordt aangeboden, geen beroep op de privé-kopie-exceptie kan worden gedaan. Onrechtmatigheid moet hier worden uitgelegd als inbreukmakend op een auteursrecht. De vraag is dus of het bronxemplaar zelf verveelvoudigd had mogen worden, en of het zonder schending van het auteursrecht wordt aangeboden. Voor beide handelingen (verveelvoudigen en aanbieden) is in beginsel steeds toestemming van de rechthebbende vereist. Bij P2P-filesharing zal met name de onrechtmatigheid van het aanbieden van werken (uploaden) een beroep van de downloader op de privé-kopie-exceptie in de weg staan. Rechthebbenden hebben immers doorgaans niet de vereiste toestemming verleend voor dergelijke vormen van openbaarmaking. In dat geval wordt bij downloaden het verveelvoudigingsrecht ex § 16 UrhG geschonden, wat strafbaar is op grond van § 106 UrhG.

De enkele onrechtmatigheid van het aanbod is echter nog niet voldoende om een beroep op de Duitse privé-kopie-exceptie te blokkeren. Vereist is namelijk dat de onrechtmatigheid evident (offensichtlich) was. Dit criterium is in de wet opgenomen bij wijze van compromis tussen de Bundestag en de Bundesregierung, nu de Duitse regering aanvankelijk niets zag in een wettelijk verbod op verveel-

voudigen uit onrechtmatige bron. De regering rechtvaardigde deze terughoudendheid met het argument dat een dergelijk verbod onmogelijk te handhaven zou zijn, temeer daar het voor de normadressanten vaak moeilijk is om vast te stellen of een bepaald aanbod legaal of niet is.¹⁶ Aldus is het verbod beperkt tot gevallen waarin de onrechtmatigheid van het aanbod evident is.

De invulling van het evidentiecriterium is daarmee cruciaal om de civiele aansprakelijkheid en strafbaarheid van de downloader te kunnen bepalen. Over de wijze waarop het evidentiecriterium moet worden ingevuld bestaat in Duitsland nog steeds de nodige onduidelijkheid. Van de door de wetgever voorziene invulling in de jurisprudentie is het tot op heden niet gekomen. In de rechtswetenschappelijke literatuur kan evenwel een tweetal opvattingen worden onderscheiden. Een sterk geobjectiveerde benadering stelt de 'doorsnee gebruiker' centraal: als van een gemiddelde gebruiker redelijkerwijs mag worden verwacht dat hij van de onrechtmatigheid had geweten, is evidentie aanwezig.¹⁷ Door een gemiddelde gebruiker als uitgangspunt te nemen, wordt een zekere bekendheid met de werking van online aanbod van auteursrechtelijk beschermd materiaal verondersteld. De tegenhanger van deze opvatting stelt juist de subjectieve omstandigheden van de individuele gebruiker centraal: doorslaggevend is of een concrete persoon in een concreet geval wist of redelijkerwijs had kunnen weten van de onrechtmatigheid van het aanbod. Op die wijze worden gebruikers te goeder trouw beschermd, en zal evidentie in minder gevallen worden aangenomen.¹⁸

De vraag blijft: wat zal nu de toepassing van het evidentiecriterium op filesharing inhouden? Ondanks de bovengenoemde discussie is er in de Duitse literatuur overeenstemming over de te betrachten terughoudendheid bij het aannemen van evidentie. Over het algemeen wordt echter wel aangenomen dat bij het gratis downloaden van muziek via filesharing in veruit de meeste gevallen sprake is van een onrechtmatig aanbod. Nu bovendien wordt aangenomen dat dit onder gebruikers algemeen bekend is, is snel sprake van evidentie.¹⁹ Dat betekent mogelijk dat het evidentiecriterium bij de toepassing op filesharing weinig of geen beperkende betekenis heeft.

pie van offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen', *GRUR* 2008, p. 395 (beargumenterend dat er wel degelijk sprake is van een uitbreiding).

15 Marco Gercke, 'Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht', *ZUM* 2007, p. 792; vgl. ook Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 1451.

16 Drucksache 15/38, p. 39 (Gegenäußerung der Bundesregierung). Daarbij is ook relevant dat digitaal aanbod vaak geen aanknopingspunten omvat ten aanzien van de (on)rechtmatigheid, bestanden voorzien van Digital Rights Management systemen (DRM) daargelaten. Daarin verschilt het van het analoge aanbod, waarbij de omstandigheden waarin een cd of dvd worden gepresenteerd wel degelijk iets prijs geven over hun rechtmatigheid, bijvoorbeeld als de labels gekopieerd zijn of gebruikelijke kenmerken van echtheid ontbreken.

17 Deze opvatting wordt verdedigd door bijvoorbeeld Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? - Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 850. Ook Tobias Reinbacher,

'Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen', *GRUR* 2008, p. 398, sluit zich, voor wat strafrechtelijke aansprakelijkheid betreft, aan bij de objectieve benadering. Volgens Reinbacher is het dogmatisch juist om exculperende subjectieve omstandigheden mee te nemen bij de vraag naar de schuld (verwijtbaarheid) van de dader, in plaats van de strafbaarheid van diens daad.

18 Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 845-855. In gelijke zin: Christian Berger, 'Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit', *ZUM* 2004, p. 260; Daniel Gutman, 'Abruf im Internet von unbekanntem und offensichtlich urheberrechtlich unrichtmäßigen Werken', *MMR* 2003, p. 707.

19 Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 845-855; Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? - Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 842-854; Tobias Reinbacher, 'Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich

Tot slot kan ook de bewijslast in dit verband niet onvermeld blijven. In een strafzaak zullen alle bestanddelen door de aanklager moeten worden bewezen.²⁰ De bewijslast omvat dus zowel de onrechtmatigheid van het aanbod als de evidentie ervan. Hetzelfde geldt in het civiele recht voor de rechthebbende. Bij civiele aansprakelijkheid zou de gedaagde gebruiker, bij wijze van exceptief verweer, de bewijslast dragen van toepasselijkheid van de privé-kopie-exceptie, en dus ook voor het ontbreken van evidentie. De bewijslast is hier echter omgekeerd, zodat die op de eiser rust.²¹

Frankrijk

In Frankrijk was aanvankelijk voorgesteld om een verbod op illegale filesharing te doen handhaven door een administratief orgaan. Daarbij zou de mogelijkheid bestaan om bij een herhaalde overtreding en na een aantal waarschuwingen de internetverbinding van de overtreder voor enige tijd af te sluiten. Deze zogenaamde Hadopi-wet is aangenomen, maar de voorgestelde administratiefrechtelijke handhaving heeft, vanwege bezwaren van de Conseil constitutionnel, uiteindelijk plaats moeten maken voor een strafrechtelijke.

Het oorspronkelijke voorstel: administratieve handhaving

De Franse *loi Hadopi* is vernoemd naar de op te richten *Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*, die moet toezien op de bescherming van auteursrechten op internet. Het Hadopi-voorstel heeft enige internationale bekendheid verkregen door de zogenaamde *three strikes*-aanpak (ook wel de *riposte graduée*), die inhoudt dat een internetter na driemaal het auteursrecht te hebben geschonden, waarvoor tweemaal een waarschuwing werd gegeven, van het internet kan worden afgesloten en voor de duur van de afsluiting niet opnieuw een abonnement mag aangaan.²² Deze getrapte aanpak werd als bijzonder geschikt aangemerkt, omdat enerzijds het geven van waarschuwingen – waarvan de effectiviteit was aangetoond²³

– en anderzijds het opleggen van een op internet toegesneden sanctie, zouden bijdragen aan een ‘educatieve benadering’ waarmee het probleem van filesharing verholpen zou worden.²⁴

Het uitvaardigen van waarschuwingen en het eventueel opleggen van een sanctie zou tot de taken van de Hoge Autoriteit behoren, in het bijzonder van de daartoe behorende *Commission de protection des droits (CPD)*.²⁵ Deze CPD beschikt over ‘agenten’ die een onderzoek naar een concreet geval van schending van auteursrechten kunnen instellen door middel van het monitoren van het dataverkeer van een bepaald IP-adres en het opvragen van persoonsgegevens van de gebruiker daarvan.²⁶ Hoewel het in de Franse jurisprudentie niet duidelijk is of het enkele downloaden als schending van het auteursrecht moet worden aangemerkt (omdat het onder de privé-kopie-exceptie valt),²⁷ gaat de wetgever er vanuit dat zowel uploaden als downloaden illegaal is.²⁸

Een probleem bij dit model is dat degene die zich bezighoudt met illegale filesharing niet altijd dezelfde persoon is die het internetabonnement aanhoudt. Veelal wordt een internetverbinding immers door meerdere personen gebruikt, die allen onder hetzelfde IP-adres opereren, zodat het welhaast onmogelijk zou zijn vast te stellen wie van hen zich aan illegale filesharing had schuldig gemaakt. De oplossing werd gevonden in het invoeren van een toezichtverplichting: een internetabonnee zou worden verplicht ervoor zorg te dragen dat met zijn verbinding geen inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt.²⁹ Die verplichting stond al in de wet, maar kende geen sanctie. Het Hadopi-voorstel formuleerde de plicht naar het resultaat, en stelde dat indien via een bepaalde internetverbinding het auteursrecht was geschonden, ook de abonnee in zijn toezichtverplichting was tekort geschoten, zodat een sanctie kon worden opgelegd. De sanctie werd in dit model dus niet aan het schenden van het auteursrecht, maar aan het tekortschieten in het toezicht verbonden. De abonnee kon enkel aan de sanctie ontsnappen indien hij erin slaagde

zugänglich gemachten Vorlagen’, *GRUR* 2008, p. 394-401; Christian Berger, ‘Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit’, *ZUM* 2004, p. 260; Stefan Lüft, ‘§ 53: Vervielfältigung zum privaten Gebrauch’, in: Artur-Axel Wandtke & Winfried Bullinger, *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, München: Verlag C.H. Beck 2003, nr. 13.

20 Zie daarover Tobias Reinbacher, ‘Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen’, *GRUR* 2008, p. 395.

21 Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 855; Drucksache 16/1828, p. 26.

22 Voluit: projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Een dossier met (oorspronkelijke) voorstellen van wet is te vinden op www.senat.fr/dossierleg/pj107-405.html. Het sanctiemechanisme had zijn grondslag in art. L. 331-27 van het wetsvoorstel zoals aangenomen door de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, no. 81, van 13 mei 2009. De wet bevatte ook een mogelijkheid om door middel van een transactie aan de afsluitings-sanctie te ontkomen: art. L. 331-28 van het voorstel. Die transactie kon, op voorstel van de CPD, bestaan uit een afsluiting voor een kortere duur (maxi-

maal drie maanden) en/of het installeren van technische maatregelen om herhaling te voorkomen.

23 Ministerie van Cultuur en Communicatie, ‘Government Bill promoting the dissemination and protection of creative works on the internet: explanatory Memorandum’, p. 4, te vinden op www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/creainterenglish.pdf (laatst geraadpleegd 5 januari 2010). Daarin wordt onder andere verwezen naar Brits onderzoek, gepubliceerd in de *Digital Entertainment Survey* van maart 2008, waaruit blijkt dat 70% van de ondervraagden zegt te zullen stoppen met downloaden na het ontvangen van een waarschuwing.

24 Zie voor de *démarche pédagogique* bijvoorbeeld het *Rapport* van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 53, van 22 oktober 2008, door M. Thiollière, p. 57 (te vinden op www.senat.fr/dossierleg/pj107-405.html).

25 Art. L. 331-17 CPI.

26 Art. L. 331-21 CPI.

27 Zie daarover nader het CIER-rapport *Auteursrechtinbreuk door P2P-filesharing, regelgeving in Duitsland, Frankrijk en Engeland nader onderzocht*, p. 28-30.

28 *Rapport* van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 511, van 1 juli 2009, door M. Thiollière, p. 28.

29 Art. L. 336-3 CPI.

te bewijzen dat zijn toezicht de inbreuk niet had kunnen voorkomen, bijvoorbeeld in geval van overmacht of aperte fraude (waarbij te denken valt aan het geval dat de inbreukmaker zich wederrechtelijk toegang tot de internetverbinding heeft verschaft).³⁰

Grondrechtelijke bezwaren: naar een strafrechtelijk regime

Het *three strikes*-voorstel werd in de literatuur en het publieke debat hevig bekritiseerd. Daarbij speelden argumenten omtrent zowel de aard van de sanctie als de wijze van oplegging ervan een prominente rol. Zo kan de sanctie worden aangemerkt als disproportioneel of kan gesteld worden dat met die sanctie de plank wordt misgeslagen omdat niet de inbreukmaker zelf, maar de mogelijk onschuldige abonnee wordt bestraft. Bovendien raakt de sanctie een potentieel grote groep van medegebruikers: allen die van de betreffende internetverbinding gebruik maken, hebben immers onder de sanctie te lijden. Deze onvrede kwam op tweeërlei wijze concreet tot uiting. In de eerste plaats stelde een groep Europarlementariërs in reactie op het Franse Hadopi-voorstel het hiervoor besproken amendement 138 bij de Telecoms Package voor. Of dit amendement 138 in het Europees Parlement zou worden aangenomen of niet, was voor Frankrijk evenwel niet doorslaggevend. Ongeveer gelijktijdig met het indienen ervan heeft de Conseil Constitutionnel het Hadopi-voorstel aan de Franse grondwet getoetst, en bepaalde daarop dat enkele delen van de wet ongrondwettig zijn.³¹ Dat betrof met name de afsluitings-sanctie zelf en de procedure. De Conseil overwoog dat toegang tot het internet essentieel is voor de informatievrijheid, en dat het vrijheidsrecht vanwege zijn cruciale rol in de democratie van zwaarwegend belang moet worden geacht. Beperkingen op een dergelijk recht kunnen volgens de Conseil uitsluitend worden opgelegd door een rechter na een met waarborgen omklede procedure, en dus niet door een administratief orgaan.³² Voorts heeft de Conseil overwogen dat de wet op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie, omdat het aan de abonnee is om te bewijzen dat een uitzonderingsgrond op hem van toepassing is.³³

De Franse wetgever zag zich dus geconfronteerd met de nodige problemen rond de bescherming van het recht op toegang tot internet. In het bijzonder moest een alternatief worden gevonden voor die delen van de Hadopi-wet die

door de Conseil ongrondwettig waren verklaard, te weten de administratieve strafoplegging en de bewijslastomkering.³⁴ Daarvoor werd een nieuw wetsvoorstel, het zogenaamde Hadopi-2, aanhangig gemaakt.³⁵ Inmiddels is dit wetsvoorstel aangenomen.³⁶

Om tot dit voorstel te komen is de Franse wetgever naarstig op zoek gegaan naar een alternatief waarmee toch afsluitingssancties konden worden opgelegd. Dat werd uiteindelijk gevonden in het strafrecht. Aanvankelijk werd het strafrecht niet geschikt geacht om filesharing te bestrijden: de sancties zouden disproportioneel zijn voor gevallen van kleinschalige inbreuk (waarbij een commercieel oogmerk ontbreekt).³⁷ Het Hadopi-2 voorstel introduceert derhalve een bijzondere straf, die bestaat uit een afsluiting van de internettoegang voor de duur van maximaal een jaar.³⁸ Het gaat daarbij evenwel om een strafrechtelijke sanctie (een *peine complémentaire*³⁹) die enkel in een strafrechtelijke procedure kan worden opgelegd. Daarmee wordt dus aan het eerste bezwaar van de Conseil Constitutionnel tegemoet gekomen.

De grondgedachte van een administratief orgaan met eigen onderzoeksbevoegdheden blijft daarbij wel gehandhaafd. De Hoge Autoriteit (en de CPD als onderdeel daarvan) hebben de bevoegdheid om een onderzoek in te stellen naar concrete gevallen van filesharing.⁴⁰ Niet iedereen kan daartoe een klacht indienen; de CPD kan alleen handelen op basis van informatie die haar is toegezonden door andere collectieve beheersorganisaties.⁴¹ Vervolgens moet de CPD tweemaal een waarschuwing hebben gegeven aan een gebruiker die zich aan filesharing schuldig maakt. Als deze zonder effect blijven, zal het door de CPD voorbereide dossier worden doorgestuurd naar het openbaar ministerie.⁴² De daadwerkelijke vervolging wordt niet nader geregeld, en is onderhevig aan het beleid van het openbaar ministerie binnen het kader van het opportuniteitsbeginsel.⁴³

Hadopi-2 heeft een nadrukkelijk andere insteek dan Hadopi-1. De afsluitingssanctie kan worden opgelegd aan degene die via het internet het auteursrecht schendt en daarbij een misdrijf (L. 335-2,3,4 CPI) begaat. Dat is dus degene die zich daadwerkelijk schuldig maakt aan illegale filesharing, en niet de abonnee wiens verbinding daarvoor is gebruikt.⁴⁴ Daarmee wordt aan het bezwaar van de Con-

30 Art. L. 336-3 sub 3 van het voorstel.

31 Conseil Constitutionnel, décision n° 2009-580 DC van 10 juni 2009.

32 Paragraaf 16 van de beslissing.

33 Paragraaf 17-18 van de beslissing.

34 Rapport van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 511, van 1 juli 2009, door M. Thiollière, p. 11-17.

35 Voluit: projet de loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet; een dossier met alle relevante documenten is te vinden op www.senat.fr/dossierleg/pj108-498.html.

36 Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, *Journal officiel* n° 251 van 29 oktober 2009.

37 Rapport van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 511, van 1 juli 2009,

door M. Thiollière, p. 28.

38 Art. L. 335-7 CPI

39 Rapport van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 511, van 1 juli 2009, door M. Thiollière, p. 36.

40 Art. 331-21-1 CPI.

41 Art. L. 331-24 CPI. Andere organisaties met dat recht zijn *organismes de défense professionnelle*, de Centre national de la cinématographie, en de procureur de la République.

42 Rapport van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 511, van 1 juli 2009, door M. Thiollière, p. 30.

43 Artt. 40 en 40-1 van de Code de procedure Pénale.

44 Art. 335-7 spreekt van 'les personnes coupables des infractions'.

seil Constitutionnel tegen de bewijslastomkering tegemoet gekomen. Punt van aandacht blijft echter dat een afsluitingssanctie noodzakelijkerwijs ook de abonnee raakt. In ieder geval kan aan de abonnee een korte afsluitingssanctie van maximaal een maand opgelegd krijgen, indien hij in zijn toezichtverplichting is tekortgeschoten.⁴⁵

Hadopi-2 verschilt echter niet met het eerdere voorstel voor wat betreft de beleidsdoelen. Vooropgesteld blijft dat enerzijds piraterij moet worden aangepakt, en anderzijds een legaal aanbod moet worden ontwikkeld.⁴⁶ Voor wat betreft het eerste blijft de aanpak van 'educatieve' aard: het geven van waarschuwingen en informatie omtrent de illegaliteit van filesharing en het bestaan van legaal aanbod staat voorop, terwijl het opleggen van sancties als *ultimum remedium* moet worden beschouwd.⁴⁷

Verenigd Koninkrijk

Ook in het Verenigd Koninkrijk heeft illegale filesharing de gemoederen beziggehouden. De Labour-regering tracht illegale filesharing aan te pakken binnen het grotere *Digital Britain* project.⁴⁸ Sinds november 2009 is ter implementatie hiervan de *Digital Economy Bill* aangehangig.⁴⁹ Dat voorstel bevat twee pijlers waarmee illegale filesharing effectiever zou moeten kunnen worden aangepakt: het vereenvoudigen van civiele procedures wegens auteursrechtinbreuk enerzijds, en anderzijds een systeem van waarschuwingen en eventuele afsluitingssancties. Het is van belang op te merken dat het Engelse recht geen auteursrechtelijke beperking kent voor het maken van een privé-kopie.⁵⁰ De vraag naar de toelaatbaarheid van downloaden komt dan ook niet aan de orde.

De vereenvoudiging van civiele procedures

Het Engelse recht kent traditioneel een nadruk op private handhaving, en dat heeft ook als uitgangspunt gegolden bij

de ontwikkeling van nieuwe regelgeving tegen filesharing. De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk is en blijft in Engeland beperkt tot gevallen waarin de inbreuk 'prejudicially affects the right holders'.⁵¹ Bij filesharing zal dat veelal niet het geval zijn; ook al is de totale schade van het fenomeen omvangrijk, de concrete schade als gevolg van individueel gebruik is doorgaans zeer beperkt.

De bestrijding van illegale filesharing zelf geschiedt in het Verenigd Koninkrijk dan ook niet door middel van het strafrecht. De kern van het voorgestelde regime is een vereenvoudiging van private handhaving. Het is voor rechthebbenden niet eenvoudig de persoonsgegevens te verkrijgen van internetgebruikers die auteursrechtinbreuk hebben gepleegd.⁵² Daarvoor is, omwille van privacy, steeds een gang naar de rechter vereist.⁵³ Het wetsvoorstel beoogt dat proces te vereenvoudigen door de Communications Act 2003 (CA) te wijzigen. Ingevolge het voorstel kan een rechthebbende bij een ISP klagen dat zijn auteursrechten door een gebruiker op een bepaald IP-adres worden geschonden. Hij dient dan zogenaamde *copyright infringement reports* in.⁵⁴ Om er vervolgens achter te komen of bepaalde gebruikers herhaaldelijk het auteursrecht van de rechthebbende schenden, kan hij bij de ISP een geanonimiseerde lijst opvragen waarin de *copyright infringement reports* aan concrete gebruikers worden gekoppeld.⁵⁵ De rechthebbende kan dan op basis van die lijst besluiten om personen die zijn auteursrecht herhaaldelijk hebben geschonden via het civiele recht aan te spreken, door eerst in een gerechtelijke procedure afgifte van de persoonsgegevens te vorderen.⁵⁶

Waarschuwingen en sancties

In het Britse wetsvoorstel wordt echter ook erkend dat de aanpak van hardnekkige gebruikers van filesharing niet louter kan bestaan in privaatrechtelijke handhaving. Daarom wordt er ook een systeem ingevoerd waarmee ISP's

45 Art. L. 335-7-1 CPI.

46 Rapport van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 511, van 1 juli 2009, door M. Thiollière, p. 9-11.

47 Rapport van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 511, van 1 juli 2009, door M. Thiollière, p. 24.

48 Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: The Interim Report*, januari 2009, p. 44; Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: Final Report*, juni 2009, p. 110-111. Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen in Engeland tot juni 2009: CIER-rapport *Auteursrechtinbreuk door P2P-filesharing, regelgeving in Duitsland, Frankrijk en Engeland nader onderzocht*, p. 57-62.

49 Digital Economy Bill [HL], as introduced in the House of Lords on 19th November 2009. Zie voor de voortgang en recente documentatie: <http://services.parliament.uk/bills/2009-10/digitaleconomy.html>.

50 Voor een overzicht: H.K. Larusson, 'Uncertainty in the Scope of Copyright: The Case of Illegal File Sharing in the United Kingdom', *EIPR* 2009, p. 124-134; L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford UP 2009, p. 199-208. In de Gowers Review, dat een onderzoek naar actuele problemen in het Engelse IE-recht behelst, wordt voorgesteld om *format shifting* te legaliseren: *Gowers Review of Intellectual Property*, november 2006, aanbeveling nr. 9 en § 4.77. Zie het rapport van de IPO, *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property*, november 2007, p. 21-27, voor een verdere uitwerking van het voorstel.

51 *Gowers Review of Intellectual Property*, november 2006, p. 98. Strafrechtelijke aan-

sprakelijkheid is gegrond op art. 107 CDPA. Uit het recente *2008-2009 IP Crime Report* van de IP Crime Group, p. 41, te vinden op www.ipo.gov.uk, blijkt dat het strafrecht weldegelijk wordt toegepast op het grootschalig delen (m.n. aanbieden) van beschermd materiaal. Uit Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: Final Report*, juni 2009, p. 117, blijkt voorts dat de regering voornemens is de maximum boete onder art. 107 te verhogen van 5.000 naar 50.000 pond.

52 Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, juli 2008, p. 19-20.

53 *Gowers Review of Intellectual Property*, november 2006, p. 103. De procedure (de zogenaamde Norwich Pharmacal Court Order, vindt zijn grondslag in de zaak *Norwich Pharmacal Co. v Commissioners of Customs and Excise* [1974] AC 133. Naar Nederlands recht is in de zaak *Lycos/Pessers* bepaald dat een serviceprovider (in casu de hostingprovider van een website) zelf moet beslissen over de afgifte van persoonsgegevens (het betrof naam-, adres- en woonplaatsgegevens) van een gebruiker, indien de ISP van een derde een verzoek daartoe ontvangt in verband met een procedure wegens het plaatsen van onrechtmatig materiaal (in de zaak ging het om een uiting op een website waarvan de derde stelde dat deze jegens hem onrechtmatig was); HR 25 november 2005, *IER* 2006, p. 4 (*Lycos/Pessers*).

54 Het voorgestelde art. 124A van de CA.

55 Het voorgestelde art. 124B van de CA.

56 Digital Economy Bill [HL], Explanatory Notes, p. 9.

waarschuwingen afgeven aan gebruikers die zich schuldig maken aan filesharing.⁵⁷ Gelijk het Franse beleid, is de gedachte hierbij dat waarschuwingen veel gebruikers van filesharing zullen afschrikken en een 'educatieve' werking zullen hebben. Dat laatste blijkt onder meer uit het feit dat de waarschuwingen informatie moeten bevatten over het doel van auteursrechtelijke bescherming en over de mogelijkheden van legaal aanbod.⁵⁸

Het wetsvoorstel kent een getrapte benadering. Indien het systeem van waarschuwingen en de vereenvoudigde civielrechtelijke aanpak na enige tijd niet bevredigend blijkt, kan de minister bepalen dat technische maatregelen kunnen worden opgelegd aan *serious repeat infringers*.⁵⁹ Daarbij kan gedacht worden aan het beperken van de bandbreedte van de internetverbinding of het geheel afsluiten ervan.⁶⁰ De minister heeft aangekondigd dat het sanctiesysteem zal worden ingevoerd indien de omvang van illegale filesharing in juli 2011 niet met 70% is afgenomen.⁶¹

Het Engelse voorstel heeft veel weg van het Franse. Een belangrijk verschil is evenwel dat sancties zoals afsluiting en beperking van de bandbreedte niet door een rechter of een administratief orgaan zullen worden opgelegd, maar door ISP's op grond van een gedragscode die door toezichthouder OFCOM moet worden opgesteld.⁶² Die code zal ook een beroepsprocedure voor bestraffen moeten bevatten, in eerste instantie bij een onafhankelijke instantie en daarna bij de rechtbank.⁶³ Anders dan in het Franse voorstel zijn het in Engeland de ISP's en rechthebbenden die opdraaien voor de kosten van het systeem van waarschuwingen en afsluitingen.⁶⁴

Wegingsfactoren voor wetgevers

Bij nadere beschouwing van de besproken wetgevingsinitiatieven blijkt een aantal factoren van belang bij de daarbij gemaakte inhoudelijke afwegingen. Het gaat om factoren die in de verschillende landen uiteindelijk in meer of mindere mate gewicht in de schaal hebben gelegd. In het vervolg van dit artikel worden de belangrijkste daarvan uitgelicht.

Data en databescherming

Om illegale filesharing in een concreet geval te kunnen tegengaan, is de beschikking over verschillende soorten gegevens noodzakelijk. In ieder geval moet het internetverkeer geregistreerd zijn om te kunnen aantonen dat auteursrechtelijk beschermd materiaal is gedownload of geupload. Voorts dienen de persoonsgegevens van de betrokken internetgebruikers bekend te zijn om rechtsmaatregelen te kunnen laten opleggen. In dit verband zijn twee afzonderlijke aspecten van belang. De eerste betreft de wijze waarop initiële informatie over een concreet geval van illegale filesharing kan worden verkregen. De tweede betreft de beschikbaarheid van data en afgifte ervan aan de rechthebbenden en/of gerechtelijke instanties door ISP's.

Initiële informatie

Omdat ISP's op grond van Europese regelgeving geen algemene plicht (mogen) hebben om informatie preventief op rechtmatigheid te controleren en datastromen te 'monitoren', is bij alle wetgeving (sinitiatieven) in de onderzochte landen vereist dat er een 'klacht' van een concreet geval van filesharing is ingediend alvorens het dataverkeer van een gebruiker te kunnen bekijken. In Frankrijk en Engeland is die klacht afkomstig van bijvoorbeeld rechthebbenden of rechtenorganisaties, terwijl in Duitsland de politie of het Openbaar Ministerie (OM) aanleiding zal moeten hebben tot het instellen van een onderzoek naar filesharing.

De vraag is hoe een dergelijke instantie of derde aan informatie voor het indienen van een klacht dient te komen: op een of andere wijze moet de indiener op de hoogte zijn van (vermeende) auteursrechtsschendingen.⁶⁵ Dat is het probleem van de zogenaamde initiële informatie. In geen van de landen is dat duidelijk geregeld. In Engeland gaat men er bijvoorbeeld van uit dat een rechthebbende zelf zijn werken kan downloaden en daarbij informatie over het IP-adres van de uploader kan achterhalen.⁶⁶ Onduidelijk is echter of dat technisch altijd mogelijk is.⁶⁷

Data van ISP's: opslag en afgifte

Als een klacht is ontvangen of een strafrechtelijke opsporing is gestart, moet bewijs worden verkregen waaruit

57 Een dergelijke waarschuwing wordt afgegeven als de ISP een copyright infringement report heeft ontvangen: zie het voorgestelde art. 124A lid 4 van de CA. Zelfregulering zal moeten resulteren in een *initial obligations code* (zie het voorgestelde art. 124C), waarin criteria worden opgenomen die bepalen waaraan een copyright infringement report moet voldoen.

58 Het voorgestelde art. 124A lid 5 CA.

59 De voorgestelde artt. 124G en 124H CA; Digital Economy Bill [HL], Explanatory Notes, p. 6.

60 Digital Economy Bill [HL], Explanatory Notes, p. 6.

61 'Lord Mandelson sets date for blocking filesharers' internet connections', *The*

Guardian, 28 oktober 2009.

62 Het voorgestelde art. 124I CA.

63 Het voorgestelde art. 124J lid 2 CA.

64 Het voorgestelde art. 124L CA.

65 De beschikbaarheid van de vereiste informatie, bijvoorbeeld van de IP-adressen van gebruikers, zal afhangen van het P2P-netwerk en de gebruikte software.

66 Digital Economy Bill [HL], Explanatory Notes, p. 8.

67 Kabinetsreactie rapport parlementaire werkgroep auteursrecht, 30 oktober 2009, Ministerie van Justitie, kenmerk DDS 5621176, p. 18.

blijkt dat inderdaad sprake is van illegale filesharing door een bepaalde gebruiker. Bovendien dienen de persoonsgegevens van die gebruiker bekend te zijn om een procedure te kunnen entameren.

De opslag van gegevens over dataverkeer door ISP's wordt geregeld in de Richtlijn elektronische privacy.⁶⁸ Art. 6 lid 1 bepaalt dat deze informatie slechts bewaard mag worden voor het doel van de transmissie. Zodra opslag niet langer nodig is, moet zij worden gewist of geanonimiseerd. Wel kan door lidstaten de afgifte van gegevens in het kader van strafrechtelijk onderzoek worden verplicht op grond van art. 15 lid 1 van de Richtlijn elektronische privacy. De vraag of een ISP in het kader van een civiele zaak wegens filesharing op grond van het Europese recht ook gehouden is tot afgifte van de gegevens, werd door het Hof van Justitie EG (HvJ) in de zaak *Promusicae* behandeld.⁶⁹ Het HvJ beantwoordt de vraag of het gemeenschapsrecht vereist dat de Spaanse wet voorziet in een verplichting voor ISP's om persoonsgegevens in het kader van een civiele procedure te verstrekken ontkennend. De richtlijn Elektronische gegevensbescherming staat lidstaten toe een regeling te treffen voor de afgifte van persoonsgegevens in het kader van civiele procedures wegens schending van auteursrecht, maar verplicht daartoe niet.⁷⁰ Het Hof concludeert verder dat evenmin uit art. 8 lid 1 j° lid 3 sub e van de Handhavingsrichtlijn (2004/48) een verplichting tot het voorzien van een regeling voor de afgifte van persoonsgegevens voor civiele procedures voortvloeit. Hetzelfde geldt voor art. 8 lid 1 en 2 van de Auteursrecht richtlijn (nr. 2001/29/EG) en artikelen 15 lid 2 en 18 van de Richtlijn elektronische handel (nr. 2000/31/EG).⁷¹

Tot slot beoordeelt het Hof of de gegeven uitleg van de richtlijnen wel conform de in het Handvest vervatte grondrechten is, in het bijzonder het recht op bescherming van eigendom (art. 17) en het recht op een doeltreffend beroep (art. 47). Deze rechten moeten volgens het Hof worden afgewogen tegen het recht op privacy (art. 7 en 8 van het Handvest).⁷² Een correcte implementatie van de richtlijnen moet recht doen aan die afweging, zonder een van de genoemde grondrechten te schenden, of zonder in strijd te zijn met algemene gemeenschapsbeginselen.⁷³ In dit laatste verband is met name het evenredigheidsbeginsel van belang: art. 15 lid 1 van de richtlijn Elektronische gegevensbescherming vereist dat een maatregel waarmee een uitzondering wordt gemaakt op de vertrouwelijkheid van persoonsgegevens, evenredig is.⁷⁴

De vraag is nu wat uit de beslissing in de *Promusicae*-zaak kan worden afgeleid over de mogelijkheid ISP's te betrekken bij bijvoorbeeld de aanpak van illegale filesharing.⁷⁵ Uit het arrest valt niet af te leiden dat een regeling voor afgifte van persoonsgegevens in het kader van een civiele procedure nooit door het gemeenschapsrecht vereist wordt en evenmin dat een dergelijke regeling altijd is toegelaten.⁷⁶ De implementatie van de richtlijnen, samen met de bescherming van communautaire grondrechten en algemene beginselen, moet een afweging (*fair balance*) treffen tussen de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en privacybelangen.⁷⁷ Daartoe zijn uitzonderingen op de bescherming van persoonsgegevens wel toelaatbaar, maar zij moeten evenredig zijn aan het doel. Op grond van de uitspraak lijkt het in ieder geval in abstracto mogelijk om ISP's bij de bestrijding van illegale filesharing te betrekken door te voorzien in regelingen omtrent de afgifte van persoonsgegevens ten bate van een civiele procedure.

Overigens is onduidelijk of de in een procedure benodigde gegevens wel bij ISP's beschikbaar zijn. Zo is onder andere door de Parlementaire Werkgroep Auteursrecht opgemerkt dat de administratie bij ISP's niet altijd op orde is.⁷⁸ Ook de versleuteling van dataverkeer kan maken dat geregistreerde data niet de benodigde informatie weergeven.

Techniekafhankelijke regelgeving

In de onderzochte landen wordt bij het fenomeen van filesharing onderscheid gemaakt tussen up- en downloaden. Uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal is in alle onderzochte landen auteursrechtelijk gezien in beginsel (namelijk behoudens licenties of auteursrechtelijke beperkingen) een aan toestemming van de auteursrechtelijke onderworpen handeling, ongeacht de precieze wijze waarop dat uploaden gebeurt – P2P, via een website, of door middel van *streaming*. Dat is het gevolg van de definitie van het auteursrecht waarop bij het uploaden inbreuk wordt gemaakt: het beschikbaar stellen van een werk aan het publiek (*making available*) is een technologieneutraal geformuleerd exclusief recht van de auteursrechtelijken.

Het antwoord op de vraag of het enkele downloaden (on)toelaatbaar is, hangt af van het thuishopiendstelsel in een betreffend land. Onze regering heeft onlangs aangegeven te overwegen om het kopiëren uit een evident onrechtmatige bron als schending van het auteursrecht te gaan

68 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (*PbEG* 2002, L 201/37), hierna Richtlijn elektronische privacy.

69 HvJ EG, 29 januari 2008, Zaak C-275-06 (*Promusicae v. Telefonica inzake Kazaa*). Het betrof daarbij zowel de persoonsgegevens van de gebruikers als data omtrent hun internetgebruik (r.o. 30). De regel uit *Promusicae* is later bevestigd in HvJ EG19 februari 2009, C-557/07, r.o. 24-29.

70 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275-06, r.o. 54-55.

71 R.o. 57-60.

72 R.o. 61-65.

73 R.o. 70.

74 R.o. 69.

75 Zie ook de noot van Grosheide bij de zaak in *IER* 2008/3, p. 162-163, over de vele interpretaties die eraan gegeven worden.

76 Vgl. HvJ EG19 februari 2009, C-557/07, r.o. 29.

77 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275-06, r.o. 68.

78 Parlementaire werkgroep auteursrecht (A. Gerkens e.a.), *Auteursrechten: een rapport*, 17 juni 2009, p. 28.

kwalificeren.⁷⁹ Wat bij filesharing als 'downloaden' kan worden aangemerkt, valt echter niet noodzakelijk samen met de auteursrechtelijk relevant te achten handeling van het reproduceren van een werk. Met nieuwe technieken, zoals het zogenaamde *streamen*, kan een auteursrechtelijk beschermd werk worden bekeken of beluisterd terwijl steeds slechts een klein deel van het werk tijdelijk, als *cache*, gekopieerd wordt. Het maken van zulke gedeeltelijke en tijdelijke kopieën valt mogelijk niet als auteursrechtelijk relevant aan te merken, in welk geval het bekijken of beluisteren van auteursrechtelijk beschermde werken via streaming evenmin als schending van het auteursrecht valt aan te merken.⁸⁰

Iets soortgelijks speelt bij het Torrent-protocol. Bestanden worden bij gebruikmaking van deze techniek in kleine delen opgedeeld en vervolgens aangeboden aan de gebruikers die aan de uitwisseling van bestanden deelnemen.⁸¹ Een 'peer' biedt nooit een volledig bestand aan, maar alleen kleine delen daarvan. In de literatuur is naar aanleiding van de werking van Torrent-programma's de vraag opgeworpen of de uitwisseling van kleine delen van bestanden te zien is als openbaarmaking en verveelvoudiging in de zin van de Auteurswet.⁸² Deze vraag is nog niet eenduidig beantwoord. Een en ander is echter wel relevant bij het ontwerpen van een toekomstbestendige regeling voor illegale filesharing.

Een educatieve benadering

In alle onderzochte landen wordt benadrukt dat een aanpak van illegale filesharing niet uitsluitend kan bestaan in een sanctieregime. Een belangrijke bijdrage in de aanpak van illegale filesharing is het ontwikkelen van een aanbod van legaal downloadbare werken. De entertainmentindustrie kan aan de behoefte van gebruikers van internet aan online materiaal tegemoet komen door het ontwikkelen van nieuwe online exploitatiemodellen, waardoor legale content online (tegen betaling) kan worden verkregen, zodat de behoefte aan illegale filesharing mogelijk afneemt.⁸³ In Frankrijk wordt de Hoge Autoriteit (HADOPI) verantwoordelijk voor het stimuleren van de ontwikkeling van legaal aanbod via internet. In Engeland hebben rechtgebbenden aangegeven zich te zullen committeren tot het opzetten van nieuwe online exploitatiemodellen.⁸⁴

In Frankrijk en Engeland bestaat de belangrijkste educatieve werking echter in de waarschuwingen die aan het opleggen van een sanctie voorafgaan. Deze waarschuwingen hebben het doel de filesharende internetter op de hoogte te brengen van de illegaliteit van zijn handelen en hem uitleg te geven over het belang van het auteursrecht. Men hoopt met deze waarschuwingen het grootste deel van de illegale filesharing tegen te gaan. De Duitse regelgeving verschilt in dit opzicht significant. Doordat de mogelijkheid van waarschuwingen ontbreekt, is minder ruimte voor een 'educatieve' benadering.

Doel van de sanctie

In de onderzochte landen kan aan de gebruiker die zich schuldig maakt aan illegale filesharing een sanctie worden opgelegd. In Frankrijk en Engeland bestaat die sanctie in een tijdelijke afsluiting of vertraging van de internetverbinding. In Duitsland volgt een strafrechtelijke sanctie, zodat een boete of een taak- of vrijheidsstraf mogelijk zijn. Bij het kiezen van het soort sanctie moet voor ogen worden gehouden welke doelstellingen met het sanctioneren worden nagestreefd. Wordt bijvoorbeeld een generaal-preventieve werking beoogd, zodat publiciteit en signaalfunctie belangrijke kenmerken zijn? Of staat speciale preventie voorop, zodat de sanctie aan zoveel mogelijk gebruikers moet worden opgelegd op een wijze die hen zo effectief mogelijk van herhaling weerhoudt? Ook het hiervoor genoemde educatieve karakter van de sanctie is een factor waarmee rekening dient te worden gehouden.

Het doel van de sanctie is ook relevant voor de vraag of een sanctie aan alle filesharende gebruikers moet worden opgelegd, of enkel in (zeer) zware gevallen. In Frankrijk en Engeland geldt dat een sanctie pas wordt opgelegd indien de gebruiker de illegale filesharing voortzet ondanks waarschuwingen. Een voorafgaande waarschuwing naar een concrete gebruiker kan bijdragen aan het voorkomen van herhaling. In Duitsland geldt strafrechtelijke aansprakelijkheid voor alle gevallen van zowel uploaden als downloaden. Een *de minimis*-exceptie voor de strafbaarheid van downloaden is wel in de literatuur voorgesteld, maar is niet door de wetgever overgenomen.⁸⁵ Derhalve is in Duitsland ook het kleinschalige downloaden strafbaar en vervolgbaar.⁸⁶

79 Kabinetsreactie rapport parlementaire werkgroep auteursrecht, 30 oktober 2009, Ministerie van Justitie, kenmerk DDS 5621176.

80 H.K. Larusson, 'Uncertainty in the Scope of Copyright: The Case of Illegal File Sharing in the United Kingdom', *EIPR* 2009, p. 124-134, p. 127.

81 TNO/IVIR/SEO *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, films en games*, februari 2009, p. 52.

82 *Ibid.*, p. 52. Zie voor een gedetailleerde beschouwing over deze vraag: B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006/1, p. 12.

83 Zie bijv. ook P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, p. 583.

84 Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, juli 2008, p. 29.

85 Marco Gercke, 'Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht', *ZUM* 2007, p. 799; 'Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft', 27 september 2004, te vinden op www.bmj.bund.de/media/archive/760.pdf, p. 69-70.

86 De werking van de strafbaarstelling wordt wel beperkt door het evidentiecriteria, dat enkel in grensgevallen wordt aangenomen. Dat zegt echter niets over de vereiste schaal van het downloaden.

Legaal aanbod

De aanpak van filesharing ziet vanzelfsprekend uitsluitend op die gevallen van filesharing waarbij inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht. Filesharing en P2P-netwerken kunnen echter ook worden gebruikt voor het op legale wijze uitwisselen van materiaal, dus zonder dat inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij materiaal waarop de auteursrechten of de naburige rechten reeds zijn verlopen, of bij materiaal dat werd aangeboden onder een (creative commons-) licentie waarmee verdere verspreiding is toegestaan. Ook worden P2P-netwerken wel gebruikt voor de gratis verspreiding van materiaal door de artiest c.q. rechthebbende zelf. Hoewel het daarbij ongetwijfeld gaat om een klein (maar mogelijk groeiend) deel van het via P2P-netwerken gedeelde materiaal, is het van belang dat een regeling tegen filesharing effectief onderscheid kan maken tussen legaal en illegaal aanbod.

Bescherming van de internetgebruiker

Een belangrijk aandachtspunt bij het ontwikkelen van een sanctieregime voor illegale filesharing is de rechtsbescherming van de informatieconsument. Indien voor een aanpak binnen het strafrecht wordt gekozen, zoals in Duitsland, wordt gebruik gemaakt van de in het strafrecht en strafprocesrecht bestaande waarborgen voor de berechting en bestraffing van de gebruiker die zich (mogelijk) schuldig heeft gemaakt aan illegale filesharing. Dergelijke rechtswaarborgen zijn niet noodzakelijk aanwezig bij regimes waarin nieuwe sancties worden geïntroduceerd, die bovendien niet opgelegd zullen worden door een rechter, maar door een administratieve autoriteit (Frankrijk) of door een ISP op grond van een wettelijke verplichting (Engeland). Vooral als die sanctie bestaat in het afsluiten van de toegang tot internet is het bij de ontwikkeling van een sanctieregime van belang om goede rechtswaarborgen op te nemen. Internettoegang heeft immers een belangrijke plaats in het leven van velen, en is bovendien van groot belang voor de vrije toegang tot informatie. Het EHRM oordeelde reeds op soortgelijke wijze.⁸⁷ Ook het Europese Parlement heeft, als vermeld, in de Telecoms Package de aandacht gevestigd op het belang van zorgvuldigheid bij afsluitings sancties.

Bij de waarborgen die in dit verband van belang zijn zou met name kunnen worden gedacht aan de bewijsstandaard, de beroepsmogelijkheid, en de proportionaliteit van de sanctie. Het Engelse voorstel neemt in de hier besproken

landen een uitzonderingspositie in. Terwijl in Duitsland en Frankrijk de sanctie door een strafrechter wordt opgelegd, moet in Engeland een ISP zelf een sanctie opleggen in nader in de wet, alsmede in een zelfreguleringscode te definiëren gevallen. Daarmee zijn procedurele waarborgen mogelijk minder goed gegarandeerd. Bovendien zal zo'n regeling ertoe leiden dat de ISP in het concrete geval zelf een oordeel moet vellen over de rechtmatigheid van het handelen, hetgeen in elk geval in strijd is met de overwegingen van het EP bij de wijziging van de Telecoms Package.⁸⁸ Een van de voornaamste bezwaren bij een dergelijke beoordeling door ISP's is het zogenaamde *chilling effect*, waarmee bedoeld wordt dat een ISP al snel geneigd zal zijn aan een klacht van een rechthebbende gehoor te geven teneinde aansprakelijkheid te voorkomen. Daarbij wordt dan mogelijk geen correct oordeel over de rechtmatigheid van de filesharing gevormd, bijvoorbeeld doordat de ISP niet controleert of het materiaal inderdaad beschermd is, en of een auteursrechtelijke beperking van toepassing is. Dat risico bestaat in het bijzonder in het kennelijk in ACTA vervatte voorstel, volgens welke ISP's internetters moeten afsluiten teneinde zelf aansprakelijkheid te voorkomen.

Synthese

Wij wenden de blik terug binnen de eigen landsgrenzen en constateren een duidelijke beweging richting het Duitse model, waarbij overigens sprake is van een nadrukkelijk verschillende wetgevingscontext.

De Nederlandse regering heeft aangegeven dat de beoogde wetswijzigingen nadrukkelijk verband houden met een aanpassing van de thuiskopieheffing.⁸⁹ In lijn met kritiek op het thuiskopiestelsel is aangekondigd dat het zal worden afgeschaft, hetgeen gelegitimeerd wordt door de inperking van de privé-kopie-exceptie: nu downloaden uit illegale bron verboden is, hoeft daarvoor ook geen heffing te worden betaald. Niet onvermeld mag evenwel blijven dat juist in Duitsland wel degelijk nog heffingen op allerhande informatiedragers voor thuiskopiëren voorkomen.⁹⁰

De Nederlandse wetgever heeft zich voorts altijd op het standpunt gesteld dat het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken onder de thuiskopie-exceptie valt.⁹¹ Als uitgangspunt gold dan ook dat illegale filesharing bij de bron, dus bij de uploaders, moest worden aangepakt, en dan in eerste instantie langs privaatrechtelijke weg.⁹² In haar standpunt van oktober 2009 verklaart de regering

87 EHRM 10 maart 2009 (*Times Newspapers/United Kingdom*).

88 COD/2007/0248, Positie van het EP van 6 mei 2009, Overweging 23.

89 De Auteursrechtlijn laat het toe dat lidstaten een privé-kopie-exceptie invoeren, maar stelt daaraan wel de eis dat rechthebbenden op een of andere wijze een vergoeding ontvangen voor de aldus gemaakte verveelvoudigingen. *Kamerstukken II 2002-2003*, 28432, nr. 8 (nota naar aanleiding van het nadere verslag), p. 13.

90 § 54 UrhG. Vgl. Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Komment-*

tar, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 883. De vergoedingen voor het thuiskopiëren van muziek worden door GEMA geheven op bijvoorbeeld opname-apparatuur en -media en vaste opslagmedia zoals USB-sticks en harde schijven. Zie www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/.

91 *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 482, nr. 5, p. 32-33 (Nota naar aanleiding van het verslag).

92 *Kamerstukken II 2007-2008*, 29 838, nr. 6, p. 11.

dat niet alleen uploaden maar ook het downloaden uit evident onrechtmatige bron, in navolging van Duitse wetgeving, uitdrukkelijk zal worden verboden.⁹³ Dit downloaden leidt dan tot civiel- en strafrechtelijke aansprakelijkheid. Daarmee wordt de weg naar strafrechtelijke handhaving expliciet geopend. De regering heeft overigens te kennen gegeven dat zij haar eerdere standpunt daarmee niet ten principale heeft verlaten. Het kabinetsbeleid zal zich blijven richten op grootschalige uploaders; strafrechtelijke handhaving blijft daarbij enkel als sluitstuk gelden.⁹⁴ Het valt te bezien of dat in de praktijk ook zo zal uitpakken.⁹⁵ Als op het verboden downloaden geen sanctie volgt, zal snel sprake zijn van een dode letter.⁹⁶

Wat kan nu gezegd worden over de door het kabinet uitgesproken voorkeur voor het Duitse model, mede in het licht van de hiervoor genoemde factoren? Het strafprocesrecht biedt rechtswaarborgen die nodig zijn vanwege het fundamenteelrechtelijke karakter van toegang tot internet en de vereiste bescherming van persoonsgegevens. Maar het kent ook nadelen: de kosten ervan zijn hoog en worden door de staat gedragen. De procedure kan bovendien lang duren en is diffamerend en ingrijpend voor de betrokkenen. Het strafrecht lijkt zich derhalve niet goed te lenen voor grootschalige toepassing op kleinschalige uploaders en downloaders. Daarvoor zijn toegespitste sancties en waarschuwingen, zoals in Engeland en Frankrijk voorgesteld,

wellicht meer geëigende instrumenten.⁹⁷ Voor problemen als het ontbreken van initiële data en techniekafhankelijkheid biedt geen van de besproken modellen een oplossing. Nader onderzoek is daarvoor van belang.

Het moge duidelijk zijn dat het geen eenvoudige opgave is om als wetgever binnen het maatschappelijk krachtenveld tussen informatieconsumenten en rechthebbenden (organisaties) de juiste weg te vinden. Met het gebruik van internet is een aantal belangrijke grondrechten gemoeid. Uit de kabinetsreactie op het rapport-Gerrens volgt dat de regering zich daarvan ook rekenschap geeft:

*Het strafbaar stellen en als onrechtmatig aanmerken van downloaden uit illegale bron, zoals de parlementaire werkgroep voorstelt, heeft wel als nadeel dat het handhavingsbeleid zich op de privésfeer zou kunnen gaan richten en dat er een vorm van controle op het internetgebruik van particulieren zou kunnen ontstaan. Dit zou kunnen leiden tot een afname van het maatschappelijk draagvlak voor het auteursrecht in het algemeen. Ook zou in dat geval de bereidheid bij consumenten om te betalen voor digitale muziek of film kunnen verminderen.*⁹⁸

We noteren dit hier tot slot ter ondersteuning van het collectief geheugen van ons parlement.

93 Kabinetsreactie rapport parlementaire werkgroep auteursrecht, 30 oktober 2009, Ministerie van Justitie, kenmerk DDS 5621176.

94 Kabinetsreactie p. 20-21.

95 Dat hangt in belangrijke mate ook af van het vervolgingsbeleid van het OM, dat door middel van richtlijnen zou kunnen worden aangestuurd.

96 Zie de berichtgeving over het standpunt van Stichting Brein t.a.v. strafrechtelijke handhaving van het downloadverbod op <http://tweakers.net/nieuws/64429/brein-downloadverbod-is-zinloos-zonder-handhaving.html> (laatst geraadpleegd

10 januari 2010).

97 Zie voor effectiviteit van waarschuwingen en voorlichting bijvoorbeeld het Rapport van de Sénat, session ordinaire de 2008-2009, nr. 53, van 22 oktober 2008, door M. Thiollière, p. 57 (te vinden op www.senat.fr/dossierleg/pjl07-405.html).

98 Kabinetsreactie rapport parlementaire werkgroep auteursrecht, 30 oktober 2009, Ministerie van Justitie, kenmerk DDS 5621176.

De redactie van AMI is verheugd het toetreden van drie nieuwe redactieleden te kunnen aankondigen. **Mr. dr. A.C. Beunen** is universitair docent aan de Universiteit Leiden bij elaw@Leiden, Centrum voor Recht in de Informatiemaatschappij, en auteursrechtjurist bij de Koninklijke Bibliotheek. **Dr. L. Guibault** is senior onderzoeker aan het IViR te Amsterdam. **Prof. mr. J.J.C. Kabel** is emeritus hoogleraar Informatierecht, in het bijzonder commerciële communicatie en recht, aan het IViR te Amsterdam en of counsel verbonden aan DLA Piper advocaten.

Mr. C.B. van der Net heeft afscheid genomen van de redactie van AMI, waarvan hij in 2009 voorzitter is geweest. Naast zijn waardevolle inbreng tijdens de redactievergaderingen, heeft hij ook een groot aantal hoogwaardige en toegankelijke artikelen en annotaties aan het blad geleverd. Voor deze enthousiaste inzet voor AMI is de redactie hem veel dank verschuldigd. Het voorzitterschap is overgedragen aan **prof. dr. M.R.F. Senftleben**.