

## **Anoniem illegaal downloaden – een grondrechtelijk beschermd belang?**

Reactie op Hof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352 (Dutch Film works/Ziggo)

Jacqueline Seignette, Höcker advocaten

Het Hof Arnhem-Leeuwarden deed op 6 november uitspraak in de zaak van Dutch Film Works (DFW) tegen internet provider Ziggo. DFW wil internet gebruikers aanpakken die illegaal films downloaden en uploaden met behulp van BitTorrent. Daartoe vraagt zij Ziggo om de NAW gegevens van de betreffende klanten te verstrekken. Ziggo wil deze niet geven. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt dat Ziggo dat ook niet hoeft te doen omdat DFW onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt welke actie zij precies tegen welke klant gaat nemen en welke bedragen zij precies gaat vorderen. Die informatie is volgens het Hof nodig om te kunnen toetsen of de actie passend is in het licht van het grondrechtelijk verankerde privacybelang van de Ziggoklant. Het Hof vraagt zich daarbij af of schadevergoeding en kostenveroordeling wel passend zijn gezien de "zeer geringe" schade die de rechthebbende per downloader lijdt. Een vergaande uitspraak waarmee het Hof lijkt te willen zeggen: handen af van de downloadende internet consument. Maar op grond van welk grondrechtelijk belang precies?

De Handhavingsrichtlijn van de Europese Unie bepaalt welke maatregelen rechthebbenden kunnen vorderen met het oog op een effectieve rechtsbescherming. Onder deze maatregelen valt het recht op informatie (artikel 8). De rechter kan op grond hiervan een bevel opleggen aan een inbreukmaker om alle gegevens te verstrekken die hem bekend zijn omtrent de herkomst en distributiekanaalen van de inbreukmakende goederen of diensten, waaronder NAW gegevens. Dit bevel kan ook worden opgelegd aan een derde die op commerciële schaal diensten verleent die bij de inbreuk worden gebruikt. Dit recht op informatie laat eventuele ruimere rechten op informatie in de nationale wetgeving onverlet. Ook laat het recht op informatie de regelgeving met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens onverlet (artikel 8 lid 3 Handhavingsrichtlijn).

Artikel 8 Handhavingsrichtlijn is geïmplementeerd in artikel 28 lid 9 Auteurswet en artikel 1019f Rechtsvordering. Sindsdien heeft het Europese Hof van Justitie in verschillende zaken vragen beantwoord over de uitleg en toepassing van het recht op informatie. In [Promusicae](#) en [Bonnier](#) overwoog het HvJEU dat een lidstaat niet gehouden is om een verplichting op te leggen om informatie te verstrekken, maar dat wel kan doen. De rechter moet in het kader van de beoordeling van een informatieverzoek een juist evenwicht vinden tussen enerzijds het grondrecht van eigendom (artikel 17 Handvest) en effectieve rechtsbescherming (artikel 47 Handvest) en anderzijds het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 7 Handvest) en bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 Handvest). Daartoe moet de rechter de Europese en nationale regelgeving zodanig uitleggen dat deze niet in conflict komt met deze grondrechten of het evenredigheidsbeginsel. In [Coty Germany](#) voegde het HvJEU daaraan toe dat een maatregel die leidt tot een ernstige aantasting van een in het Handvest beschermd recht niet voldoet aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de met elkaar in overeenstemming te brengen grondrechten.

In [Bonnier](#) werd het HvJEU gevraagd zich uit te spreken over een nationale regeling die de internet provider verplicht om NAW gegevens te verstrekken indien duidelijke bewijzen van inbreuk zijn overgelegd, de gevraagde gegevens de opsporing van inbreuk kunnen vergemakkelijken en het belang van de redenen voor dit bevel opweegt tegen de ongemakken of andere nadelen ervan voor degene tot het wie het is gericht, of tegen enig ander daarmee strijdig belang. Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke regeling in beginsel een juist evenwicht tussen de bescherming van de eigendom en de bescherming van persoonsgegevens kan waarborgen.

In [McFadden](#) oordeelde het HvJEU over de aansprakelijkheid van een winkel voor inbreuk gepleegd via de onbeveiligde wiferverbinding van de winkel. Om een effectieve bescherming van grondrechten te waarborgen, moet de winkel inbreuken verhinderen of tenminste bemoeilijken. In het kader daarvan mag de rechthebbende verlangen dat de wifi-verbinding wordt beveiligd met een wachtwoord en dat gebruikers verplicht zijn om hun identiteit op te geven, zodat zij de verbinding niet anoniem kunnen gebruiken (punt 95, 96, 101).

In [Bastei Lübke](#) oordeelde het HvJEU over Duitse rechtspraak op grond waarvan de houder van een IP adres zich kan disculperen voor filesharing door de naam van een gezinslid te noemen die ook toegang heeft tot de internet aansluiting. Dat de rechter op grond van deze rechtspraak een verzoek tot overlegging van bewijs omtrent de overige gezinsleden kan beletten, maakt aldus het HvJEU de vaststelling van de vermeende inbreuk en de identificatie van de inbreukmaker onmogelijk. De grondrechten op een doeltreffende voorziening in rechte en op intellectuele eigendom worden hierdoor ernstig aangetast, zodat niet is voldaan aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de verschillende grondrechten in kwestie (punt 51, 52).

In het licht van deze rechtspraak zijn wel wat vragen te stellen bij de uitspraak van het Hof. Welk grondrechtelijk beschermd privacybelang wordt ernstig aangetast door de verstrekking van de NAW gegevens? En hoe waarborgt het Hof dat door zijn oordeel het belang van DFW bij een doeltreffende voorziening in rechte niet ernstig wordt aangetast? Laten we de afweging van het Hof nader beschouwen.

DFW hanteert een protocol waarin staat beschreven hoe zij bewijs verzamelt van ongeautoriseerde uitwisseling van bestanden via IP adressen en hoe zij de NAW gegevens van de vermeende inbreukmakers bij de provider opvraagt met het oog op het sturen van een waarschuwing, het treffen van een minnelijke regeling of het in rechte vorderen van een verbod, kostenvergoeding en eventueel schadevergoeding. De Autoriteit Persoonsgegevens heeft toestemming gegeven voor de verwerking van de persoonsgegevens in het kader van dit onderzoek. Op grond van het overgangsrecht houdt dit [Besluit](#) zijn gelding onder het regime van Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).

Het Hof maakt melding van het Besluit van de Autoriteit Persoonsgegevens maar oordeelt dat de AVG geen grondslag biedt voor verstrekking van de NAW gegevens door Ziggo. Die grondslag zou moeten liggen in artikel 6 lid 1 sub f AVG dat verwerking rechtmatig acht als deze noodzakelijk is voor de behartiging van een gerechtvaardigd belang, behalve wanneer de belangen of grondrechten van de betrokkene zwaarder wegen. Het Hof vindt dat DFW een gerechtvaardigd belang heeft en niet doeltreffend op andere wijze aan de NAW gegevens kan komen. Het Hof vindt ook dat het privacybelang van de Ziggo klanten niet absoluut is. De klanten kunnen ook weten dat zij op inbreuk kunnen worden aangesproken omdat de algemene voorwaarden van Ziggo bepalen dat de klant zelf verantwoordelijk is voor onbevoegd gebruik en er voor moet instaan dat zij geen auteursrechtinbreuk maken.

Toch weegt het belang van de Ziggo klant zwaarder dan het belang van DFW. Daartoe overweegt het Hof dat DFW niet op transparante wijze heeft uiteengezet welke actie zij tegen welke klant gaat ondernemen en welk bedrag aan schade en/of kosten zij precies gaat vorderen en dat dit ook niet uit het protocol volgt. Dat had volgens het Hof wel gemoeten om de volgende redenen: (1) de Ziggo klant moet de gelegenheid krijgen om zijn rol te onderzoeken, want het kan zijn dat zijn IP adres door iemand anders is gebruikt; (2) Ziggo moet de klant vooraf kunnen informeren over de gevolgen van de gegevensverstrekking; en (3) er moet kunnen worden getoetst of de door DFW voorgenomen acties passend zijn.

De eerste reden lijkt mij niet afdoende om een NAW verzoek af te wijzen. De Ziggo klant heeft een abonnement genomen waardoor hij aan een IP adres is gekoppeld. Daarmee is hij de meest gereede partij om te worden aangesproken op een anonieme inbreuk die via dat adres is gepleegd. Is de inbreuk door iemand anders gepleegd, dan kan hij dat aanvoeren. Als het NAW verzoek echter bij voorbaat wordt afgewezen omdat de kans bestaat dat anderen toegang hebben gehad en de inbreuk dus door een ander kan zijn gemaakt, wordt een absolute bescherming aan de klant verleend die identificatie van de inbreukmaker onmogelijk maakt. Dat tast de grondrechten van eigendom en een doeltreffende voorziening in rechte ernstig aan en voldoet niet aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de verschillende grondrechten in kwestie (vgl. *Bastei/Lübke*, punt 51-52).

De tweede reden lijkt mij ook niet afdoende. Ziggo kan de klant in de privacyverklaring informeren dat zij gehouden kan zijn om de NAW-gegevens te verstrekken als wordt geconstateerd dat er via het toegewezen IP adres inbreuk is gemaakt. Ook kan Ziggo de klant informeren als een NAW verzoek binnenkomt. De Ziggo klant weet daarmee dat de rechthebbende zijn persoonsgegevens wil verwerken teneinde hem aan te spreken om verdere inbreuk te voorkomen. Wat hem verder

aan handhavingsmaatregelen boven het hoofd hangt, kan hij in de Auteurswet lezen. De illegale downloader kan zich net zo min als iedere andere burger erop beroepen dat hij de wet niet kent.

De derde reden lijkt mij evenmin afdoende. Door te overwegen dat moet worden getoetst of de voorgenomen maatregelen passend zijn, trekt het Hof de inhoudelijke beoordeling van de inbreuk, de aansprakelijkheid en de sancties binnen de beoordeling van het NAW verzoek. Dat lijkt mij niet juist. Het recht op informatie als bedoeld in artikel 8 Handhavingsrichtlijn dient om de gegevens te verkrijgen om de inbreuk vast te stellen en de vermeende inbreukmaker te kunnen aanspreken. Als die persoon vervolgens wordt aangesproken, kan hij de vorderingen betwisten en kan de discussie daarover in volle omvang worden gevoerd. Als de rechter dit echter al in het kader van een NAW verzoek gaat beoordelen en het verzoek afwijst omdat hij de vorderingen niet passend acht, maakt hij identificatie onmogelijk. Daarmee trekt hij de rechthebbende af van de handhavingsmiddelen die hem normaliter ter beschikking staan om op te treden tegen vermeende inbreuk. Dat tast de grondrechten van de rechthebbende ernstig aan en voldoet dus niet aan het vereiste van een juist evenwicht tussen de verschillende grondrechten in kwestie (*Bastei/Lübbe*, punt 51).

Zou het NAW verzoek zijn toegewezen als DFW wel had opgegeven of en welk bedrag aan schade en/of kosten zij van welke Ziggo klant gaat vorderen? Het Hof zet in twee uitvoerige paragrafen uiteen waarom een kostenvergoeding of schadevergoeding wel eens niet passend zou kunnen zijn. Daarbij wijst het Hof op persberichten waarin DFW spreekt over boetes van 150 of 230 euro en zegt dat de bedragen afschrikkend moeten werken. Het Hof laat doorschemeren een boete of kostenvergoeding van deze orde van grootte niet passend te vinden in verhouding tot de inkomsten die DFW misloopt, te weten € 2,99 of € 2,49 voor een online stream of download en € 13,99 voor de verkoop van een dvd. Hierin volgt het Hof het betoog van Ziggo dat de schade die de rechthebbende lijdt door de individuele downloader "zeer gering" is. Ik kan het toekomstige verweer van internet providers al uittekenen: klanten maken van iedere film maar één download, de schade is dus zeer gering en het is dus niet passend dat de rechthebbende daartegen optreedt. De handhavingsmaatregelen die de Auteurswet en Handhavingsrichtlijn bieden, zijn echter niet voorbehouden aan rechthebbenden die grote financiële schade leiden. Ook een rechthebbende wiens schade per download "zeer gering" is, moet een verbod en vergoeding van schade en kosten kunnen vorderen. En met het oog daarop bewijs kunnen verzamelen en NAW gegevens opvragen. Het auteursrecht kent geen *de minimis* als het op handhaving aankomt.

De realiteit is natuurlijk dat de schade van illegaal downloaden niet gering is. Of die schade het beste kan worden geadresseerd door downloadende internet consumenten aan te spreken, is iets waarover men kan discussiëren. Het Hof is er blijkens dit arrest geen warm voorstander van. Dat het Hof zich heeft geërgerd aan de uitingen van DFW in de pers is ook duidelijk. Deze discussie hoort echter niet thuis in het kader van de beoordeling van een NAW verzoek.