

Auteursrechtinbreuk door *P2P filesharing*,

**Regelgeving in Duitsland, Frankrijk
en Engeland nader onderzocht**



***Centrum voor Intellectueel
Eigendomsrecht***

***Molengraaff Instituut voor Privaatrecht
Universiteit Utrecht***

**Allard Ringnalda
Mirjam Elferink
Madeleine de Cock Buning**

10 juli 2009

Copyrights © Ministerie van Justitie/WODC 2009

Alle rechten voorbehouden

Inhoudsopgave

Voorwoord	3
Summary	I
Samenvatting	VII
Hoofdstuk 1 Inleiding	5
1.1 Introductie en aanleiding onderzoek	5
1.1.1 Nationaal kader	5
1.1.2 Internationaal kader	7
1.2 Begripsbepaling	7
1.2.1 Internetproviders	8
1.2.2 Overige definities	11
1.3 Afbakening onderzoek en probleemstelling	13
1.4 Onderzoeksmethode en plan van aanpak	14
Hoofdstuk 2 Thuis kopiëestelsel in Frankrijk, Engeland en Duitsland	17
2.1 Inleiding	17
2.2 De thuis kopie exceptie in het licht van de Auteursrecht richtlijn	17
2.3 Nederland	19
2.3.1 Privé kopie-exceptie	19
2.3.1.1 Torrent-programma's: delen van bestanden toch onrechtmatig?	20
2.3.2 Parlementaire geschiedenis privé kopie-exceptie	21
2.3.3 Privé kopie uit illegale bron	23
2.3.4 Thuis kopie vergoeding	24
2.3.5 Synthese	24
2.4 Frankrijk	25
2.4.1 Privé kopië regeling	25
2.4.1.1 Wet: Code de la Propriété Intellectuelle	25
2.4.1.2 Voor eigen gebruik	25
2.4.1.3 Le cercle de la famille	25
2.4.1.4 Rechtvaardiging privé kopie-exceptie	26
2.4.1.5 Vergoedingen	26
2.4.2 Privé kopie-exceptie en de driestappentoets	27
2.4.3 Garantie dat men kan profiteren van de privé-kopië regeling	27
2.4.4 Privé kopie uit illegale bron	28
2.4.4.1 Cour de Cassation (chambre criminelle) 30 mei 2006	28
2.4.5 Synthese	30
2.5 Verenigd Koninkrijk	31
2.5.1 Omvang van gebruik is relevant: substantial taking	31
2.5.2 Fair dealing	32
2.5.3 Aanknopingspunten voor 'fairness'	32
2.5.4 Het Engelse recht kent geen exceptie voor een privé kopie	33
2.5.5 Synthese	35
2.6 Duitsland	36
2.6.1 Inleiding	36
2.6.2 Privé kopie-exceptie ex paragraaf 53 UrhG	36
2.6.3 Thuis kopie vergoeding	39
2.6.4 Synthese	39

Hoofdstuk 3	Initiatieven aanpak <i>filesharing</i> in Frankrijk, Engeland en Duitsland	41
3.1	Inleiding	41
3.2	Frankrijk	41
3.2.1	Stand van zaken huidige wetgeving: strafrechtelijke aanpak	41
3.2.1.1	Strafbare filesharing?	41
3.2.1.2	Faciliteren van filesharing	42
3.2.1.3	Preventie van illegale filesharing	42
3.2.2	Nieuwe wetgeving inzake aanpak illegale filesharing:	
	<i>La Loi Hadopi</i>	43
3.2.2.1	Inleiding	43
3.2.2.2	Verplichting tot toezicht op de internetverbinding door abonnee	43
3.2.2.3	Een nieuw sanctieregime	45
3.2.2.3.1	Waarschuwingssysteem	46
3.2.2.3.2	Sanctie: tijdelijke afsluiting Internet	47
3.2.2.4	Rol van accesproviders	48
3.2.2.4.1	Uitvoeren van de tijdelijke afsluiting van Internet	48
3.2.2.4.2	Raadplegen zwarte lijst	48
3.2.2.4.3	Verplichtingen accesproviders en de richtlijn Elektronische handel	48
3.2.2.5	Oprichting Internetautoriteit	50
3.2.2.5.1	College	50
3.2.2.5.2	Commission de protection des droits (CPD)	50
3.2.2.6	Kanttekeningen bij het Franse wetsvoorstel in het licht van Europese wetgeving	51
3.2.3	Synthese	55
3.3	Verenigd Koninkrijk	55
3.3.1	Huidige aanpak van filesharing	55
3.3.2	Voorstellen tot effectievere bestrijding van filesharing	57
3.3.2.1	Gowers Review: zelfregulering	57
3.3.2.2	Het Memorandum of Understanding van 2008	57
3.3.2.3	De BERR Consultatie: co-regulering?	58
3.3.2.4	Regeringsstandpunt: regulering verdient de voorkeur	60
3.3.3	Synthese	62
3.4	Duitsland	63
3.4.1	Stand van zaken huidige wetgeving	63
3.4.1.1	Inleiding	63
3.4.1.2	Kopieën uit evident onrechtmatige bron	63
3.4.1.3	Rechtswidrig hergestelden oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlage	64
3.4.1.4	Offensichtlichkeit	67
3.4.1.4.1	Inleidende opmerkingen	67
3.4.1.4.2	Opvattingen in de literatuur	68
3.4.1.4.3	Afsluitende opmerkingen: hoe zal het evidentiecriteria ingevuld worden?	71
3.4.1.5	Strafrechtelijke aansprakelijkheid	72
3.4.1.5.1	Strafrechtelijke aansprakelijkheid bij Downloaden	72
3.4.1.5.2	Strafrechtelijke aansprakelijkheid bij Uploaden	74
3.4.2	Synthese	74

Hoofdstuk 4	Overzicht en vergelijking van de verschillende stelsels	75
4.1	Inleiding en plan van behandeling	75
4.2	Eerste deel: punten van algemeen belang	75
4.2.1	Data en databescherming	75
4.2.2	Techniekafhankelijke regelgeving	79
4.2.3	Een sanctieregime staat niet op zichzelf	81
4.2.4	Wat is het doel van de sanctie?	81
4.2.5	Is filesharing altijd illegaal?	82
4.2.6	Bescherming van de internetgebruiker	83
4.3	Vergelijking van de drie regimes	84
4.3.1	Indeling van de regimes	84
4.3.2	Duitsland: strafrechtelijke aanpak	86
4.3.3	Engeland: ISP's en civiele procedure	87
4.3.4	Frankrijk	90
	Literatuurlijst	95

Voorwoord

Dit onderzoek is verricht in opdracht van het WODC (Ministerie van Justitie) door de heer A. Ringnalda (Universiteit Utrecht/CIER) en mw. mr. M.H. Elferink (Universiteit Utrecht/CIER) onder supervisie van Prof. mr. dr. M. De Cock Buning.

De onderzoekers zeggen dank aan alle gesprekspartners voor hun waardevolle inbreng en in het bijzonder aan Mr Y. Visser (WODC), Mr. M.J.H. Langendoen en Mr. drs. A.G.I. Terhorst (Ministerie van Justitie), alsmede aan mw. dr. C. Mahé (Universiteit Utrecht) voor haar hulp bij het onderzoek naar Franse wetgeving en de heer R. de Bruin (CIER en Websession) voor zijn technische inbreng.

Utrecht, 6 juli 2009

Allard Ringnalda
Mirjam Elferink
Madeleine de Cock Buning

Het onderzoek is afgesloten per 6 juni 2009, ontwikkelingen nadien zijn slechts sporadisch verwerkt.

Summary

Introduction

This report, which has been drafted at the request of the WODC on behalf of the Ministry of Justice, describes the laws and proposed legislation aiming to combat illegal file sharing. 'Illegal' file sharing is here defined as both downloading (copying) and uploading (offering) copyright-protected content without the required copyright owner's permission. The report covers developments in Germany, France and the United Kingdom.

The report first describes, in chapter 2, the laws on private copying exceptions, in order to determine if downloading is considered to be legal private copying in any of the countries included in this study. Chapter three gives an account of legislative proposals for combating illegal file sharing in France and the United Kingdom, and of the current legislation in Germany. A discussion of the general issues and concerns, followed by a comparison of the legal regimes described, is provided in the concluding chapter.

Chapter 2 – private copying

Dutch law allows a private copy to be made for the purposes of private practice, study, or other use, provided that the copy is made by a natural person without any (direct or indirect) intention to obtain financial gain. A copy made under this provision may not be communicated to the public. Copyright owners receive a remuneration that is paid from a levy on data carriers (recordable CD-ROMs or DVDs, memory cards).

The legislature has indicated that private copying is allowed irrespective of the legality of the source of the copy. The district court of The Hague has recently (2008) ruled, however, that downloading from an illegal source (i.e. one that is made available without the required permission of the copyright owner) might not be covered by the provision on private copying; an appeal against this decision is pending. It is also generally assumed that using file-sharing software based on the Torrent Protocol could be illegal, as such software simultaneously downloads and uploads content.

The European legislator has not taken a stance on the applicability of the private copying exception to copies made from an illegal source.

France

The French *Code Propriété Intellectuelle* (CPI) allows private copying for private purposes within the family circle. The courts have given a rather wide interpreta-

tion of that concept, and it includes friends. Remuneration for private copying is paid from levies on data carriers. The French courts have not yet taken a definite or uniform position on whether a legal source is required for making a private copy.

United Kingdom

The English Copyrights, Designs and Patents Act (CDPA) contains only a very limited exception for private copying under the heading of 'fair dealing for the purposes of research or private study'. This exception requires that the copy is made with a view to conducting research or some sort of private study. Copying music or movies is not covered by this provision.

Germany

German law provides for an exception for private copying if the copy is made by a natural person without the purpose of obtaining financial gain. The copy may be used by persons who have a personal relationship with the maker of the copy. Remuneration is paid from levies on data carriers. The *Urheberrechtsgesetz* explicitly provides that making a copy from an illegal source is excluded from the exception of private copying (see below).

Chapter 3

France

The French legislature initially considered legalising the downloading of copyrighted material through P2P networks. Lobbying efforts have resulted in a change of course, and the CPI now contains provisions that penalise illegal file sharing (when a file is uploaded illegally). Other penal provisions forbid the distribution of certain file-sharing software.

A recently adopted law seeks to address the issue of illegal file sharing by establishing an administrative authority (called Hadopi) that is to send warnings to internet users who participate in illegal file sharing. If the user continues his illegal activities after two warnings, the authority can order his internet connection to be cut off for a maximum of one year. The Conseil Constitutionnel has ruled that this sanction is unconstitutional. The Conseil argued that access to the internet is a fundamental right that can only be restricted by a decision of an independent court.

United Kingdom

Both uploading and downloading are generally not permitted in the United Kingdom. The government is currently working on proposals to combat illegal file sharing. A proposed approach to self-regulation (involving mainly ISPs and organisations of copyright owners) has been turned down by the parties involved on the grounds that not all ISPs could be forced to co-operate and that ISPs would be left uncertain as to the actions they would be required to take to address individual instances of illegal file sharing.

For these reasons, the government has now opted for a full regulatory approach that obliges ISPs to issue warnings to users who commit illegal file sharing. Continued violations will probably be punished by slowing down the user's internet connection.

A special procedure for 'serious repeat infringers' has been proposed. ISPs will be obliged to monitor the data traffic of such users and disclose these data, after they have been made anonymous, to copyright owners, who can then use the data to establish whether any of the users have violated their rights. A copyright owner who has suffered damage can seek redress from a civil court by the existing procedures, after he has obtained a judicial ruling to force the ISP to disclose the personal data of the user.

Germany

Germany is the only country included in this study where legislation against illegal file sharing is in force. This legislation is predominantly penal in nature and addresses both uploading and downloading content. Whoever copies a file that is evidently offered illegally (without the required permission of the copyright owner) cannot rely on the exception for private copying, and is thus criminally liable. However, as case law is currently lacking, the definition of 'evidently' remains uncertain.

Chapter 4

The research describes three categorically different legal approaches to combating illegal file sharing. The German approach operates mainly by means of criminal law. The French regime introduces a new administrative authority with specially designed sanctioning powers. The British suggestions, finally, amount to predominantly private law enforcement (to which end the disclosure of personal data by ISPs is simplified), combined with new warnings and sanctions to be executed by ISPs. The first two types characterise illegal file sharing as a social prob-

lem, which is exemplified by clear sanctions and close government involvement. In the British regime, illegal file sharing is considered to be more of a private dispute between users and copyright owners, which is to be solved by means of private law and remedies such as compensation for damages and injunctions.

Some issues emerge in all three countries. The following are particularly noteworthy:

- Data and data protection: the problem of so-called 'initial data' is particularly pressing: how should data that can initiate the enforcement of anti-file sharing laws, e.g. by demonstrating specific suspicions of illegal file-sharing activities, be obtained? None of the regimes described in this report seem to deal with this issue. The disclosure of data by ISPs for civil, criminal, or administrative enforcement does seem to be addressed.
- Technology dependency: file sharing involves uploading and downloading, but these acts do not necessarily coincide with legal concepts of communication to the public and reproduction. New file-sharing technologies might not involve acts that constitute a copyright infringement. Examples are streaming, which is used to view content without actually downloading (e.g. reproducing) the file completely, and the use of the Torrent Protocol, which involves sharing very small parts of files (which might not be protected by copyright at all). The use of these techniques is perhaps not covered by file-sharing regimes.
- Sanctions alone do not suffice: in all countries included in this research it is stressed that the problem of illegal file sharing cannot be solved by imposing sanctions alone. The entertainment industry is expected to contribute towards solving the problem by developing licensing schemes for online exploitation of music and movies that meets consumer demands.
- File sharing need not be illegal: any law should be able to distinguish between legal and illegal file sharing.
- Protecting the interests of the internet user: safeguards are required if sanctions are to be imposed by an ISP or administrative body. They are particularly important if the sanction includes the cutting off of the internet connection, since access to the internet can be viewed as essential to the fundamental right of access to information.

The report concludes by comparing the advantages and disadvantages of the three approaches discussed. They are compared using four parameters: 1. legal principles (especially legal certainty, safeguarding fundamental rights, privacy); 2. costs (expected efficiency and distribution of costs); 3. enforcement (how and

by whom?); 4. sanctions (the type and aim, and the methods of warranting proportionality). The regimes can be given various scores on the parameters, and none of the three can be said to have the best results on all scores. The comparison could, however, serve as a guideline for developing a Dutch regulatory approach.

Samenvatting

Inleiding

Dit onderzoek, dat is verricht in opdracht van WODC voor het Ministerie van Justitie, richt zich op een inventarisatie van de regelingen en initiatieven voor de aanpak van illegale *filesharing* in Duitsland, Frankrijk en Engeland. Onder illegale *filesharing* wordt in dit onderzoek verstaan: het kopiëren en downloaden alsmede het uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende.

Allereerst wordt het toepassingsbereik van de verschillende thuiskopiestelsels in de genoemde landen (Hoofdstuk 2) onderzocht. Vervolgens wordt de voorgenomen regelgeving voor de aanpak van illegale *filesharing* in Frankrijk en Engeland in kaart gebracht en de bestaande regelgeving in Duitsland besproken (Hoofdstuk 3). Tenslotte worden in een afrondend hoofdstuk een aantal punten van algemeen belang besproken, waarna de verschillende wijzen van aanpak van illegale *filesharing* onderling worden vergeleken.

Hoofdstuk 2 – Thuiskopiestelsel

In Nederland is het toegestaan om ten behoeve van eigen oefening, studie of gebruik een kopie te maken van een tekst, muziek of een film. Deze privékopie mag uitsluitend door een natuurlijk persoon worden gemaakt die geen direct of indirect commercieel oogmerk heeft. De privékopie mag niet openbaar worden gemaakt of beschikbaar worden gesteld aan het publiek. De rechthebbenden ontvangen ter compensatie een vergoeding (de thuiskopievergoeding). Deze vergoeding wordt betaald uit een heffing op voorwerpen die bestemd zijn om te kopiëren, i.e. blanco informatiedragers (blanco cd's, dvd's, geheugenkaarten).

Volgens de wetgever in de Memorie van Toelichting bij de Auteurswet maakt het voor de toepasselijkheid van de privékopie-exceptie niet uit of er gekopieerd wordt uit legale bron of niet. De Haagse rechtbank oordeelde echter in 2008 dat het downloaden uit illegale bron niet onder de thuiskopie-uitzondering zou kunnen vallen. Tegen dit oordeel is hoger beroep ingesteld. De uitkomst van dat hoger beroep is nog niet bekend. Het is overigens in ieder geval niet aanneemelijk dat het gebruik van P2P-*filesharing*programma's die werken volgens het Torrent-protocol onder de privékopie-exceptie vallen, omdat bij dergelijke *filesharing*programma's tegelijkertijd wordt gedownload en geupload.

De Europese wetgever heeft vooralsnog geen expliciete positie ingenomen ten aanzien van het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende.

Frankrijk

De Franse Auteurswet staat toe om een privékopie te maken voor strikte privédoeleinden en voor privégebruik van degene die de kopie maakt binnen de familiekring (*le cercle de la famille*). Dit begrip wordt ruim uitgelegd en omvat familie en vrienden. Vergoedingen voor de privékopie-exceptie worden door middel van een levy-systeem vergoed. De vraag of een beroep kan worden gedaan op de privékopie-exceptie indien uit een illegale bron is gekopieerd, is tot op heden niet definitief uitgemaakt.

Verenigd Koninkrijk

De Engelse Auteurswet kent slechts een zeer beperkte versie van de Nederlandse privékopie-exceptie. Dit is de *fair dealing for the purposes of research or private study*. Gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal is onder deze bepaling uitsluitend (en gratis) toegelaten indien de gebruiker kan aantonen dat hem of haar een doel van onderzoek of eigen studie voor ogen stond. Het kopiëren van muziek of films is daarvan echter nadrukkelijk uitgesloten.

Duitsland

Op basis van de Duitse Auteurswet is het toegestaan dat een natuurlijk persoon een kopie maakt voor eigen gebruik zonder commercieel oogmerk. Onder de Duitse privékopie-exceptie valt ook gebruik door personen die een persoonlijke band met de maker van de kopie hebben. De vergoedingen voor de thuiskopie worden geïnd via 'levies' op allerlei blanco datadragers. Het maken van een kopie uit evident onrechtmatige bron valt echter niet onder de privékopie-exceptie.

Hoofdstuk 3 – Initiatieven aanpak *filesharing* in Frankrijk, Engeland en Duitsland

Frankrijk

Nadat de wetgever bij de implementatie van de Auteursrechtlijn downloaden via P2P-programma's voor privégebruik aanvankelijk wilde legaliseren, is de koers op aandringen van betrokken partijen inmiddels gewijzigd. Aparte wetgeving werd ontwikkeld op grond waarvan internetgebruikers die illegaal bestanden

delen strafrechtelijk kunnen worden vervolgd wegens auteursrechtinbreuk . Daarnaast is strafbaar om filesharing te faciliteren door het ter beschikking stellen van bepaalde op filesharing gerichte computerprogrammatuur.

Daarnaast is onlangs een nieuwe wet aangenomen, de Loi Hadopi. De wet is vernoemd naar het administratieve orgaan dat ermee wordt opgericht, de *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet* (HADOPI). De wet voorziet in een waarschuwingssysteem aan de illegale filesharers. Na twee waarschuwingen zou de Haute Autorité kunnen besluiten om de internetverbinding van de individuele gebruiker tijdelijk te blokkeren. Deze bepaling is echter door de Conseil Constitutionnel onwettig verklaard op 10 juni jl. De belangrijkste motivering voor dit besluit is gelegen in het feit dat de toegang tot internet wordt aangemerkt als een fundamenteel recht waarover alleen een onafhankelijke rechter zou kunnen beslissen.

Verenigd Koninkrijk

Zowel het up- als downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal is in het Verenigd Koninkrijk in beginsel niet toegestaan. De regering werkt momenteel aan voorstellen ter bestrijding van illegale filesharing. De door de regering voorgestelde zelfreguleringsaanpak, waarbij filesharing vooral door ISP's en rechthebbenden zou worden bestreden, vond geen steun in het veld, omdat niet alle ISP's betrokken zouden kunnen worden bij de zelfregulering, en bovendien niet duidelijk was welke acties ISP's geacht werden te ondernemen. Daarom kiest de regering nu een wettelijke aanpak, op grond waarvan ISP's onder meer waarschuwingen jegens filesharende gebruikers moeten uitvaardigen. Als eventuele sanctie is vertraging van de internetverbinding voorgesteld. Met betrekking tot recidiverende gebruikers zouden ISP's volgens het Britse voorstel hun dataverkeer moeten monitoren en deze gegevens moeten bewaren. Rechthebbenden kunnen dan de geanonimiseerde gegevens inzien om schendingen van hun auteursrechten vast te stellen. Vervolgens dienen de rechthebbenden via de bestaande procedure een gerechtelijk vonnis te verkrijgen tot afgifte van de persoonsgegevens van de overtreedende personen, teneinde een civiele procedure te beginnen.

Duitsland

In Duitsland bestaat al wetgeving die daadwerkelijk op de aanpak van illegale filesharing is gericht. De insteek is daarbij overwegend strafrechtelijk. De Duitse wetgeving richt zich daarbij niet alleen op uploaden, maar ook op downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Wie een bestand kopieert dat zonder

toestemming van de rechthebbende wordt aangeboden, kan geen beroep doen op de privékopie-exceptie en is derhalve straf- en civielrechtelijk aansprakelijk. Van doorslaggevend belang is evenwel dat de onrechtmatigheid van het bron-exemplaar evident moet zijn. De invulling van dat criterium bepaalt de reikwijdte van deze aanpak van filesharing, doch de precieze invulling ervan staat tot op heden nog niet vast.

Hoofdstuk 4 – Overzicht en vergelijking van de verschillende stelsels

De onderzochte regimes laten zich als volgt classificeren. In Duitsland is gekozen voor een overwegend strafrechtelijke aanpak van filesharing. Het Franse regime voorziet in de oprichting van een nieuw administratief orgaan dat met een nieuwe sanctiebevoegdheid wordt bekleedt. In Engeland stelt de regering een aanpak voor van een combinatie van nieuwe door ISP's op te leggen sancties enerzijds, en een civielrechtelijke aanpak anderzijds, waarbij de afgifte van data voor civiele procedures wordt vereenvoudigd. In de eerste twee gevallen wordt filesharing aangemerkt als een probleem van een meer maatschappelijke aard, wat zich uit in een sterkere overheidsbetrokkenheid en duidelijke sancties. In het Britse regime ligt de nadruk op het private karakter van filesharing zonder toestemming van de rechthebbenden. Nadruk ligt op het civiele geschil, dat beslecht kan worden met verbodsacties of vorderingen tot schadevergoeding.

De voor regulering van illegale filesharing in alle drie landen relevant gebleken algemene aspecten waarvan men zich rekenschap dient te geven zijn de volgende gebleken:

- Data en databescherming: met name problematisch blijkt het verkrijgen van zogenaamde 'initiële data', dat wil zeggen gegevens op basis waarvan handhaving geïnitieerd kan worden. Geen van de (voorgestelde) regimes kent daarvoor een specifieke regeling. .. Afgifte van data door ISP's in civiele, strafrechtelijke of administratiefrechtelijke procedures behoort overigens wel uitdrukkelijk tot de mogelijkheden
- Techniekafhankelijkheid: Bij filesharing gaat het om up- en downloaden, maar deze handelingen vallen niet noodzakelijkerwijs samen met juridische begrippen als openbaarmaken en verveelvoudigen. Mogelijk vallen nieuwe filesharingtechnieken, waarbij gebruik gemaakt wordt van streamingtechnieken (het afspelen van media zonder deze geheel te downloaden) of Torrent-filesharing (waarbij slechts kleine deeltjes van een bestand worden uitgewisseld) niet als auteursrechtelijk relevante (exploitatie)handelingen aan te merken. Dat betekent voor de onder-

zochte landen dat deze technieken niet onder de regimes voor de aanpak van filesharing zouden vallen.

- Een sanctieregime staat niet op zichzelf: in alle onderzochte landen wordt benadrukt dat illegale filesharing niet enkel bestreden kan worden met een sanctieregime. Van de entertainmentindustrie wordt verwacht dat zij nieuwe online exploitatiemodellen ontwikkelt, zodat internetgebruikers kunnen voorzien in hun behoefte aan online beschikbare media.
- Filesharing is niet altijd illegaal: een regime zal in ieder geval effectief moeten kunnen onderscheiden tussen legale en illegale filesharing.
- Bescherming van de internetgebruiker: indien sancties worden opgelegd door een ISP of administratief orgaan, zijn rechtswaarborgen geïndiceerd. Dit is in het bijzonder het geval wanneer de sanctie bestaat in afsluiting van de internettoegang, nu dat laatste als belangrijk aspect van de fundamentele vrije toegang tot informatie kan worden gezien.

Tot slot worden in het rapport de gekozen benaderingen van de drie landen integraal vergeleken op de voor- en nadelen aan de hand van vier verschillende parameters uit de besproken literatuur en jurisprudentie. De betreffende parameters zijn: 1. rechtsbeginselen (met name rechtszekerheid, bescherming van fundamentele rechten en privacy); 2. kosten (verwachte efficiëntie en kostenverdeling); 3. handhaving (op welke wijze en door wie); 4. sancties (aard en doel en waarborging van de proportionaliteit). De verschillende regimes scoren beurtelings beter en slechter op de verschillende parameters, waarbij geen van de regimes als optimaal aangemerkt kan worden. Wel kunnen (aspecten) van de drie regimes tot inspiratie dienen voor een eventuele Nederlandse regulatieve oplossing.

Hoofdstuk 1- Inleiding

1.1 Introductie en aanleiding onderzoek

Het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Justitie heeft het Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER) opdracht gegeven om een rechtsvergelijkend literatuuronderzoek te verrichten naar de reikwijdte van de wettelijke thuiskopie-excepties en de aanpak van uploaden en downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken. Het gaat daarbij in de eerste plaats om het maken van een inventarisatie van de regelingen en initiatieven voor de aanpak van illegale filesharing, oftewel het uploaden en downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal,¹ in Duitsland, Frankrijk en Engeland. Meer in het bijzonder worden de thans voorgenomen regelgeving en beleidsmaatregelen in Frankrijk en Engeland in kaart gebracht. Tevens wordt het thans in Duitsland geldende verbod op downloaden uit evident onrechtmatige bron besproken. Daarbij gaat tevens specifieke aandacht uit naar de beschikbaarheid en het toepassingsbereik van een wettelijke thuiskopie-exceptie in de betreffende landen.

1.1.1 Nationaal kader

In de beleidsbrief van 20 december 2007² heeft het Ministerie van Justitie aangegeven digitale piraterij (het zonder toestemming verspreiden van muziek, films of games via het internet) te willen aanpakken bij de bron. De achterliggende gedachte is dat de handhaving van auteursrechten kansrijker is als deze zich richt op degene die op grote schaal illegaal uploadt en daarmee het auteursrechtelijke beschermde werk openbaar aanbiedt. Het kabinet acht de aanpak van degene die voor eigen studie of gebruik downloadt uit illegale bron weinig effectief. Daarbij komt dat noch de Europese Auteursrechtlijn (expliciet),³ noch de Nederlandse Auteurswet voor een beroep op de thuiskopie-exceptie de voorwaarde stelt dat de kopie voor eigen studie of gebruik afkomstig moet zijn uit legale bron. Onlangs is er in opdracht van de Ministeries van OCW, EZ en Justitie een onderzoek verricht naar de economische en culturele gevolgen van *filesharing* van muziek, films en games.⁴ Daaruit blijkt dat de economische effecten van *filesharing* op de

¹ Definitie afkomstig uit: TNO/IVIR/SEO, *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van filesharing voor muziek, films en games*, februari 2009, p. 10.

² *Kamerstukken II 2007-2008*, 29 838, nr.6, p. 11.

³ Richtlijn nr. 2001/29/EG van 22 mei 2001 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167/10), hierna ook: auteursrechtlijn.

⁴ TNO/IVIR/SEO, *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, films en games*, februari 2009.

Nederlandse welvaart op de korte en de lange termijn zelfs positief zijn te noemen. Verder blijkt uit dat rapport ook dat onder consumenten veel onduidelijkheid bestaat over wat op grond van de regelgeving inzake downloaden al dan niet is toegestaan.⁵ Daarvoor worden in de studie de volgende oorzaken aangewezen. In de eerste plaats is downloaden voor eigen gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziek en films wettelijk toegestaan, terwijl het downloaden van computerprogramma's - waaronder games - verboden is. Dat heeft te maken met de omstandigheid dat de privékopie-exceptie niet van toepassing is op computerprogramma's (art. 45n Auteurswet).⁶ Het is voor particulieren/consumenten niet altijd duidelijk welke soorten werken wél voor eigen gebruik mogen worden gedownload en welke niet.

Bovendien hangt het bij gebruik van peer-to-peer-(P2P)-filesharingprogramma's af of gebruik ervan legaal of illegaal is. Juridisch gezien moet worden onderscheiden tussen het uploaden - dat auteursrechtelijk gezien openbaarmaking of communicatie aan het publiek behelst⁷ - en downloaden - dat het reproduceren⁸ omvat. Het reproduceren van een werk valt naar Nederlands recht doorgaans onder de privékopie-exceptie (waarover hoofdstuk 2), terwijl het uploaden zonder toestemming van de rechthebbende meestal een schending van het auteursrecht oplevert. Bij de zogenaamde Torrent-programma's worden de bestanden die door gebruikers zijn gedownload vaak automatisch weer geupload en ter beschikking gesteld aan derden. De gebruikers zijn van dat onderscheid en van de werking van Torrent-programma's niet altijd op de hoogte.⁹ In de gevallen waarin tegelijkertijd wordt gedownload en geupload handelen gebruikers dus altijd in strijd met het auteursrecht.¹⁰ De werking van P2P-programma's wordt hierna in paragraaf 2 uitgelegd.

Het Ministerie van Justitie is voornemens om in 2009 de koers te bepalen van de inrichting van een thuiskopiestelsel dat houdbaar is op de langere termijn.¹¹ Dit onderzoek hoopt daaraan een bijdrage te kunnen leveren.

⁵ Ibid., p. 122-123; zie ook het persbericht van SEO op: <http://www.seo.nl/nl/publicaties/rapporten/2009/2009-02.html>

⁶ Art. 45n Aw betreft de implementatie van de Richtlijn nr. 91/250/EG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's Computerprogrammarichtlijn (*PbEG* 1991, L 122/42). Voor computerprogramma's geldt dat er hooguit een reservekopie gemaakt mag worden conform de in art. 45k Aw genoemde voorwaarden (gemaakt door de rechtmatige gebruiker en de reservekopie moet noodzakelijk zijn voor het beoogde gebruik).

⁷ Voor Nederlands recht art. 12 Aw.

⁸ Voor Nederlands recht art. 13 Aw.

⁹ TNO/IVIR/SEO, *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, films en games*, februari 2009, p. 122-123.

¹⁰ Vgl. ook P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, p. 583.

¹¹ Na het afsluiten van dit onderzoek verscheen op 17 juni 2009 het Eindrapport van de Parlementaire werkgroep Auteursrecht (A. Gerkens e.a.), *Auteursrechten: een rapport*, waarin op p. 28

1.1.2 Internationaal kader

In de ons omringende landen is veel discussie gaande over de aanpak van illegale *filesharing*. Deze discussie heeft in een enkel geval al geleid tot het aannemen van wetgeving. Zo kent Duitsland inmiddels een verbod op het kopiëren en downloaden uit evident onrechtmatige bron.¹² Artikel 53 Urheberrechtsgesetz (UrhG) bepaalt dat voor zover sprake is van een evident onrechtmatige bron, het maken van een kopie voor eigen gebruik kan leiden tot civiel- en strafrechtelijke aansprakelijkheid. In de context van *filesharing* gaat het hierbij dus om de *downloader*. De *uploader*, dat wil zeggen degene die (digitaal) materiaal aanbiedt of het voor dat doel verveelvoudigt, is in Duitsland op gelijke wijze als in Nederland aansprakelijk, namelijk op grond van inbreuk op de exclusieve rechten van de rechthebbende.

In Frankrijk heeft het Parlement in mei 2009 een wet aangenomen op basis waarvan degenen die illegale muziek en films downloaden - in het uiterste geval - tijdelijk van Internet kunnen worden afgesloten (La Loi HADOPI).¹³ Daarbij worden Internet Service Providers ingeschakeld om mee te werken aan het verbeteren van de handhaving.¹⁴ De Franse Constitutionele Raad heeft het sanctiemechanisme echter in juni 2009 ten dele ongrondwettig verklaard vanwege strijd met het fundamentele beginsel van de communicatievrijheid.¹⁵ De HADOPI-wet wordt beschreven in hoofdstuk 3.

1.2 Begripsbepaling

In deze paragraaf worden verschillende begrippen die in het kader van het onderzoek van belang zijn gedefinieerd.

wordt voorgesteld om de heffing stapsgewijs terug te brengen naar nul voor alle dragers. 'De thuiskopieheffing lijkt daarmee ten dode opgeschreven', aldus een letterlijk citaat uit dit rapport op p. 28. Bovendien wordt voorgesteld om downloaden strafbaar te stellen (en dus buiten de thuiskopie-exceptie te plaatsen), echter pas nadat de entertainmentindustrie een online exploitatiemodel heeft ontwikkeld (p. 28).

¹² P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, p.583. Zie ook D.J.G.Visser, 'De invloed van de Donald Duck op de afschaffing van het auteursrecht', *NJB* 2008, p.334.

¹³ *Projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, adopté le 13 mai 2009, N° 81, Sénat, session ordinaire de 2008-2009 (Texte définitif).

¹⁴ Zie de beschrijving van de diverse landen in hoofdstuk 3.

¹⁵ Zie: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009-2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html

1.2.1 Internetproviders

De meeste aanbieders van diensten op het internet worden aangeduid onder de verzamelnaam Internet Service Providers of Internetproviders (ISP's). Deze benaming zegt echter nog niets over het type diensten dat wordt aangeboden en/of over de verschillende functies die Internet Service Providers en/of internetproviders verrichten.¹⁶

In de richtlijn Elektronische Handel¹⁷ wordt onderscheiden in verschillende typen diensten van aanbieders die als tussenpersoon optreden (artt. 12-15).¹⁸ Dit onderscheid is van toepassing op internetproviders. Het gaat daarbij om diensten die bestaan uit het loutere informatie doorgeven (*mere conduit*) en diensten die bestaan uit het opslaan van informatie (*caching en hosting*). De Richtlijn heeft als doel het scheppen van een juridisch kader teneinde het vrije verkeer van diensten van de informatiemaatschappij te waarborgen.¹⁹

Hierna volgt een beschrijving van de verschillende typen diensten.

Mere conduit

Onder mere conduit wordt in artikel 12 lid 1 van de richtlijn Elektronische Handel verstaan: een dienst van de informatiemaatschappij die bestaat in de loutere doorgifte van door een afnemer van de dienst²⁰ verstrekte informatie in een communicatienetwerk (het internet) of in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk.²¹ Onder het doorgeven van informatie en het verschaffen van toegang valt ook de automatische, tussentijdse en tijdelijke opslag van de doorgegeven informatie, mits de opslag niet langer duurt dan redelijkerwijs noodzakelijk en uitsluitend dient om de doorgifte in het communicatienetwerk te bewerkstelligen (art. 12 lid 2). In het geval van mere conduit fungeert de internetprovider dus als doorgeefluik.

¹⁶ L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, diss. Leiden: Kluwer 2007, p. 11.

¹⁷ Richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* 2000, L 178/1); hierna ook: Richtlijn elektronische handel.

¹⁸ Geïmplementeerd in art. 6:196c BW.

¹⁹ Overweging 8 van de Richtlijn elektronische handel (nr. 2000/31/EG).

²⁰ De afnemer van de dienst is als volgt gedefinieerd: iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die, al dan niet voor beroepsdoeleinden, gebruikmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken (art. 2 lid 1 sub d Richtlijn elektronische handel (nr. 2000/31/EG)).

²¹ Vgl. art. 6:196c lid 1 en 2 BW.

Caching

Caching houdt in dat een dienstverlener bepaalde door hem aan een afnemer doorgegeven informatie automatisch, tussentijds en tijdelijk opslaat, opdat die informatie later eenvoudiger of sneller aan andere afnemers van de dienst kan worden doorgegeven (art. 13).²²

Deze vorm van opslag heeft uitsluitend ten doel om latere doorgifte van informatie aan andere afnemers van de dienst doeltreffender te maken. Bij caching wordt in feite een kopie gemaakt op de server van de internetprovider waardoor aan een volgende abonnee die dezelfde informatie opvraagt deze sneller kan worden verschaft.

Hosting

Hosting is geregeld in artikel 14 van de richtlijn Elektronische Handel.²³ Daaronder wordt verstaan: de opslag van informatie. De hostingprovider verschaft als tussenpersoon aan zijn klanten de mogelijkheid om op zijn server bepaalde informatie op te slaan en voor derden toegankelijk te maken. (bijvoorbeeld een homepage die een abonnee op de server van de dienstverlener aanhoudt; een mailbox).

Met het algemene begrip 'internetprovider' dat in de juridische literatuur wordt gebruikt, worden verschillende dienstenaanbieders aangeduid, zoals bijvoorbeeld de networkprovider, de contentprovider, de accessprovider, de hostingprovider en de informationprovider.²⁴ Deze terminologie wordt over het algemeen echter niet consistent gehanteerd en wijkt bovendien af van de hiervoor besproken definities uit de richtlijn Elektronische Handel. Dat laat zich onder meer verklaren door de praktijk waaruit blijkt dat de meeste aanbieders van diensten, diensten aanbieden die mengvormen zijn van de diensten die de hiervoor aangeduide verschillende typen providers aanbieden. Dienstenaanbieders kunnen bijvoorbeeld zowel internet- als hosting- en accessdiensten aanbieden. Dat maakt het vaak lastig om exact te kwalificeren om welke soort internetprovider het gaat.

²² Vgl. art. 6:196c lid 3 BW.

²³ Vgl. art. 6:196c lid 4 BW.

²⁴ L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, diss. Leiden: Kluwer 2007, p. 12.

Hierna volgt een bespreking van de definities die in de juridische literatuur voor de verschillende typen providers worden gehanteerd.²⁵

Accessprovider

De accessprovider verleent de toegang tot het internet en verschaft de (lokale) inbelfaciliteiten, waarmee internetabonnees via een pc en modem toegang kunnen krijgen tot het internet.²⁶

Hostingprovider

De dienstverlener die aan een klant de mogelijkheid verschaft om op de ISP-servers bepaalde informatie van en voor derden toegankelijk te maken.²⁷ Daarbij valt te denken aan websites, e-mail en nieuwsgroepen.

*Informationprovider*²⁸

De informationprovider- ook wel contentprovider genoemd- bepaalt doorgaans de inhoud van de aangeboden informatie op internet. Voorbeelden zijn redacteurs van elektronische tijdschriften, de commerciële eigenaren van websites, moderators van weblogs e.d.

Internet Service Provider (ISP)

Onder een Internet Service Provider (ISP) wordt in het kader van dit onderzoek verstaan: een provider die internetdiensten, zoals email, nieuwsgroepen en web-servers, aanbiedt.²⁹ De activiteiten van internet service providers bestaan uit de doorgifte en opslag van informatie. In veel gevallen verricht de ISP ook diensten als accessprovider. In die gevallen wordt daarvan in dit onderzoek expliciet melding gemaakt.

Networkprovider

De networkprovider exploiteert de infrastructuur waarover de informatie wordt getransporteerd, met andere woorden: hij levert het fysieke netwerk en verzorgt het transport van het signaal.³⁰

²⁵ De definities van de verschillende soorten providers zijn afkomstig van *ibid.*, p. 12 e.v.

²⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁷ *Ibid.*, p. 21.

²⁸ *Ibid.*, p. 14.

²⁹ Definitie gehanteerd door *ibid.*, p. 19.

³⁰ *Ibid.*, p. 12.

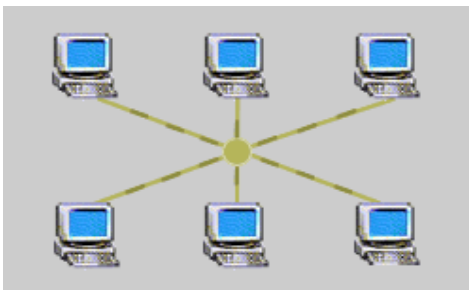
1.2.2 Overige definities

Filesharing

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 het auteursrecht wordt geschonden, omdat toestemming van de rechthebbende ontbreekt waar die wel vereist is en geen beroep op een auteursrechtelijke beperking mogelijk is, spreken we hier van *illegale filesharing*.

P2P-filesharingprogramma's werken globaal als volgt. Vanaf een internetwebsite kan een P2P-programma worden gedownload en geïnstalleerd op de computer. Vervolgens kunnen met behulp van dit programma bestanden aan andere gebruikers van het P2P-programma worden *aangeboden*, waarbij eerst een digitale kopie van het werk wordt gemaakt, waarna die kopie aan derden ter beschikking wordt gesteld. Omgekeerd kunnen die bestanden aldus worden *gedownload*. Bij dat downloaden wordt dan een lokale kopie gemaakt van wat hier het *bronbestand* zal worden genoemd. De bestandsuitwisseling vindt rechtstreeks van de ene computer naar de andere plaats.³¹ Bij filesharing is er in feite een directe verbinding tussen de computer van degene die downloadt en die van andere internetgebruikers.

Bekende P2P-programma's zijn Bittorrent, EMule en KaZaA.³² De P2P-programma's die in omloop zijn verschillen onderling nogal. Zo kunnen met behulp van het ene programma alleen MP3-bestanden³³ worden uitgewisseld. Andere programma's bieden de mogelijkheid om allerlei soorten film-, tekst- en softwarebestanden uit te wisselen.³⁴



Filesharing: Directe verbinding met andere computers³⁵

³¹ Ch. Alberdingh Thijm, *Het nieuwe informatierecht*, Den Haag: SDU uitgevers 2004, p. 74.

³² Zie over de werking van BitTorrent bijv.: B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006, p. 11.

³³ MP3 is een compressietechniek waarmee de omvang van audiobestanden wordt verkleind, welke veelvuldig voor muziek wordt gebruikt: Ch. Alberdingk Thijm, *Het nieuwe informatierecht*, Den Haag: SDU uitgevers 2004, p. 74.

³⁴ *Ibid.*, p. 75.

³⁵ www.downloadvergelijker.nl/filesharing-p2p.htm

Torrent-programma's

Bij Torrent-programma's³⁶ worden bestanden die worden gedownload in kleine delen opgedeeld en vervolgens aangeboden aan alle gebruikers die op een gegeven moment aan de uitwisseling van bestanden deelnemen (het zogeheten filesharing).³⁷ Een 'peer' biedt dus nooit een geheel bestand aan, maar alleen kleine delen daarvan. Het is de vraag of dit is toegestaan onder de Auteurswet; zie daarover hoofdstuk 2 (paragraaf 3).

Als iemand gaat downloaden door middel van een P2P-programma worden de bestanden rechtstreeks van andermans pc gekopieerd, zonder tussenkomst van een provider, met dien verstande dat er wel toegang tot het netwerk moet zijn zodat er in ieder geval sprake is van tussenkomst van de accessprovider. Omgekeerd kunnen anderen ook bestanden van die betreffende pc downloaden, mits de eigenaar zelf heeft aangegeven dat hij ze wil delen.³⁸ Bij de meeste van deze P2P-diensten van de huidige generatie torrent-programma's kan het delen van bestanden namelijk worden uitgezet.³⁹ Dat is niet onbelangrijk, nu uploaden en downloaden juridisch gezien onderscheiden soorten handelingen zijn. Daarbij verdient opmerking dat P2P-fileharing-programma's slechts kunnen bestaan bij de gratie van gebruikers die voor deze optie kiezen. Alleen dan is er informatie beschikbaar om te delen.

Streaming media⁴⁰

Streaming media is het rechtstreeks distribueren van audio en/of video via het internet (bijvoorbeeld live televisie, live radio via internet, webcams, Video on Demand en webvideo).⁴¹ Met behulp van deze techniek wordt het mediabestand niet eerst geheel gedownload, maar kan het vrijwel onmiddellijk worden afgespeeld. Bij gebruik van streaming media is er nooit een compleet mediabestand op de computer van de gebruiker aanwezig. Met behulp van streaming kan een auteursrechtelijk beschermd werk worden bekeken of beluisterd terwijl slechts

³⁶ Zie voor een uitgebreide beschrijving van een bekend Torrent-programma, het BitTorrent-peer-to-peer-protocol: B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006, p. 8-10.

³⁷ TNO/IVIR/SEO, *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van filesharing voor muziek, films en games*, februari 2009, p. 52.

³⁸ Voor welke soorten P2P-programma's dat geldt en in hoeverre dat werkt, is niet onderzocht.

³⁹ Rietjens schrijft dat bij BitTorrent geen mogelijkheid bestaat de uploadfunctie uit te zetten: B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006, p. 11. Bij gebruik van het programma eMule zou het bovendien een vereiste zijn voor downloaders om ook bestanden aan te bieden: *ibid.*, p. 10.

⁴⁰ Zie bijv. de omschrijving op http://nl.wikipedia.org/wiki/Streaming_media (laatst geraadpleegd 7 juli 2009).

⁴¹ Definitie afkomstig uit Parlementaire werkgroep Auteursrecht (A. Gerkens e.a.), *Auteursrechten: een rapport*, 17 juni 2009, p. 22.

steeds een klein deel van het werk tijdelijk, in *cache*, gekopieerd wordt. Het maken van zulke gedeeltelijke en tijdelijke kopieën valt mogelijk niet als auteursrechtelijk relevant aan te merken, zodat het bekijken of beluisteren van auteursrechtelijk beschermde werken via streaming mogelijk niet als schending van het auteursrecht kan worden beschouwd. Vanwege de beperkte omvang van het onderhavige onderzoek zullen we de (juridische kwalificatie) van deze techniek verder laten rusten.

Piraterij⁴²

Van inbreuk op het auteursrecht is sprake als zonder toestemming van de auteursrechthebbende een werk wordt verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Als auteursrechtinbreuk op grootschalige en/of georganiseerde wijze plaatsvindt, spreekt men van piraterij. Piraterij doet zich in verschillende vormen voor, zowel ten aanzien van goederen (het aanbieden en verspreiden van namaakartikelen zoals namaakkleding, cd's en dvd's) als in digitale vorm.

Digitale piraterij

Van digitale piraterij spreekt men als zonder toestemming van de auteursrechthebbende muziek, films, computerspellen en/of andere software) via het internet worden aangeboden en verspreid.⁴³

1.3 Afbakening onderzoek en probleemstelling

De probleemstelling luidt als volgt:

Wat kan worden gezegd over de wijze waarop men in Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Duitsland het kopiëren en downloaden alsmede het uploaden (piraterij) van auteursrechtelijk beschermd materiaal aanpakt c.q. wil gaan aanpakken, wat is daarbij de rol van Internet Service Providers en wat is de reikwijdte van de wettelijke thuiskopie-exceptie in die landen?

Bij de behandeling van deze probleemstelling richt het onderzoek zich in het bijzonder op beantwoording van de volgende deelvragen:

⁴² Zie over het begrip 'piraterij' bijv. de beleidsbrief inzake het auteursrechtbeleid van 20 december 2007, *Kamerstukken II* 2007-2008, 29 838, nr.6, p. 11 e.v.

⁴³ Definitie afkomstig uit *ibid.*, p. 11 e.v.

1. Kennen Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk een wettelijke thuis-kopie-exceptie en zo ja, wat is de reikwijdte daarvan?
2. Wat houdt het in Duitsland geldende verbod op downloaden uit evident onrechtmatige bron in en hoe werkt dat verbod in de praktijk?
3. Welke initiatieven zijn er in de betreffende landen genomen om illegale files-haring (het zonder toestemming van de rechthebbende kopiëren en down-loaden alsmede het uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal) aan te pakken? Wat is daarbij de rol die aan Internet Service Providers wordt toegekend?
4. Welke argumenten worden daarbij door de wetgever gebruikt?
5. Wat is de stand van zaken van de (wetgevende uitvoering van) deze initia-tieven?
6. Wat kan worden geconcludeerd op basis van een vergelijking van de ge-meenschappelijke kenmerken die de voorgestelde stelsels kennen?

1.4 Onderzoeksmethode en plan van aanpak

In het onderhavige onderzoek staat de vraag centraal welke maatregelen dan wel initiatieven er zijn of worden genomen voor de aanpak van illegale filesharing. Het onderzoek beperkt zich tot de regelingen die zich richten op de eindgebruiker (up- en/of downloaden); de aansprakelijkheid van tussenpersonen zoals aanbiede-rs van filesharingnetwerken of filesharingsoftware, valt buiten de kaders van het onderhavige onderzoek. Daarbij geldt voorts dat onderzoek naar de praktijk van de handhaving van de betreffende maatregelen en initiatieven, alsmede naar de omvang en ernst van de problematiek, buiten de kaders van dit onderzoek valt.

Het onderzoek beschrijft geldend of voorgesteld positief recht en beleid aan de hand van wetgeving, literatuur en jurisprudentie, alsmede op basis van recente overheidsstukken en beleidsrapporten uit de onderzochte landen. Voor de ge-raadpleegde bronnen verwijzen wij naar de literatuuropgave achterin.

In het laatste hoofdstuk worden de verschillende regimes vergeleken. Daarbij worden eerst enige algemene knelpunten en vraagstukken die bij de onderzochte regimes aan bod komen, besproken. Daarna worden deze regimes kort vergele-ken aan de hand van een viertal aspecten die in de onderzochte literatuur en be-leidsstukken veelvuldig aan bod komen. De betreffende aspecten zijn:

1. beginselen (met name rechtszekerheid, bescherming van fundamentele rechten en privacy);

2. kosten (verwachte efficiëntie en kostenverdeling);
3. handhaving (op welke wijze en door wie);
4. sancties (aard en doel en waarborging van de proportionaliteit).

Het onderzoek werd op 2 juni afgesloten. Met ontwikkelingen die daarna hebben plaatsgevonden, kon maar sporadisch rekening worden gehouden. In ieder geval zijn de beslissing van het Conseil Constitutionnel van 10 juni inzake het Franse wetsvoorstel, en het *Digital Britain: Final Report* van 16 juni 2009 verwerkt.

Na de bespreking van de verschillende thuiskopiestelsels (hoofdstuk 2) en de initiatieven voor de aanpak van filesharing (hoofdstuk 3) zullen de verschillende regimes aan de hand van de voornoemde aspecten in het laatste hoofdstuk (hoofdstuk 4) onderling worden vergeleken...

Hoofdstuk 2 - Thuiskopiestelsel in Frankrijk, Engeland en Duitsland

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de hoofdlijnen van de thuiskopiestelsels in Frankrijk, Verenigd Koninkrijk en Duitsland beschreven. Alvorens daartoe over te gaan volgt een korte bespreking van de thuiskopie-exceptie in het licht van de Europese Auteursrechtlijn en een summiere beschrijving van het Nederlandse thuiskopiestelsel (art. 16c Aw⁴⁴). In het vervolg van dit onderzoek wordt ook wel gesproken over de privé-kopie-exceptie, waarbij wordt vooropgesteld dat daarmee de exceptie uit art. 16c Aw wordt bedoeld.

2.2 De thuiskopie-exceptie in het licht van de Auteursrechtlijn

Het auteursrecht in Europa is niet volledig geharmoniseerd. De auteursrechtelijke beperkingen zijn echter wel onderworpen aan minimumharmonisatie in de Auteursrechtlijn: deze richtlijn bevat een (in beginsel) uitputtende opsomming van beperkingen waaruit lidstaten vrij zijn te kiezen.⁴⁵ De Europese regelgever heeft daarmee aanvaard dat met betrekking tot beperkingen significante verschillen tussen lidstaten bestaan. De richtlijn verplicht niet tot het opnemen van een privékopie-exceptie, noch tot implementatie van een dergelijke exceptie op een specifieke wijze.⁴⁶ De Europese regelgever heeft dan ook vooralsnog geen expliciete positie ingenomen ten aanzien van het downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende. Wel heeft de Europese Commissie, bij monde van de D-G's voor de informatiesamenleving en consumentenbescherming onlangs aangekondigd dat harmonisatie van de privékopieregimes met betrekking tot downloaden voor harmonisatie in aanmerking

⁴⁴ Art. 10 sub e Wnr verklaart art. 16c Aw van overeenkomstige toepassing. Dit houdt in dat het opnemen of reproduceren zonder direct of indirect commercieel oogmerk en uitsluitend voor eigen oefening, studie of gebruik ten aanzien van materiaal dat beschermd wordt op grond van de Wet op de naburige rechten is toegestaan.

⁴⁵ Art. 5 Auteursrechtlijn (nr. 2001/29/EG).

⁴⁶ N. Helberger en P.B. Hugenholtz, 'No place like home for making a copy', 22 *Berkeley Technology Law Journal* [22] 2007, p. 1061-1098; L. Guibault, G. Westkamp, T. Rieber-Mohn, P.B. Hugenholtz, e.a., *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, rapport aan de Europese Commissie, februari 2007; G. Westkamp, *Part II: Country Reports on the Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, rapport aan de Europese Commissie, februari 2007; M-C. Janssens, 'The issue of exceptions', in E. Derclaye, *Research Handbook on the Future of EU Copyright Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 317-348.

komt, teneinde een uniform regime en meer rechtszekerheid voor consumenten te creëren.⁴⁷

Een dergelijke ruimte voor nationaal beleid voor de lidstaten bestaat niet ten aanzien van het openbaarmakingsbegrip. De auteursrechtlijn verplicht lidstaten als exclusief recht aan te merken het recht werken aan het publiek te communiceren, waaronder ook valt het werk online aan het publiek ter beschikking te stellen. Het uploaden of anderszins aanbieden van auteursrechtelijk beschermd materiaal is dus in beginsel een handeling die aan de rechthebbende is voorbehouden.

Daarop zijn wel beperkingen mogelijk, zoals in de richtlijn opgesomd, maar het uitgangspunt is dat uploaden tot het auteursrechtelijk prerogatief behoort. In het vervolg van dit rapport ligt daarom de nadruk op het niet geharmoniseerde recht dat van toepassing is op downloaden. De vrijheid die de lidstaten hebben bij het implementeren van de privékopie-exceptie uit de Auteursrechtlijn, en daarmee in het innemen van een standpunt ten aanzien van de toelaatbaarheid van downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende voor eigen gebruik, is overigens niet onbeperkt. De nationale wetgevers dienen immers steeds rekening te houden met de zogenaamde driestappentoets, die in artikel 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn is opgenomen. Volgens deze toets is een beperking op het auteursrecht slechts toelaatbaar in (1) bepaalde bijzondere gevallen, waarbij (2) geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van het werk, en (3) de belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

In Nederland is deze toets opgevat als een instructie aan de wetgever, die bij het opnemen en formuleren van de beperkingen in acht moet worden genomen.⁴⁸ In de doctrine wordt daarnaast ook wel beargumenteerd dat een correcte implementatie van de richtlijn vereist dat de rechter per geval nagaat of toepassing van de beperking in concreto in overeenstemming met de drie criteria van de toets is.⁴⁹ Met betrekking tot de toepassing van de privékopie-exceptie op kopie-

⁴⁷ Zie het persbericht van 5 mei 2009 'Consumer Rights: Commission wants consumers to surf the web without borders', IP/09/702, te vinden op <http://europa.eu/rapid>, waarin melding wordt gemaakt van een 'Digital Agenda for Consumer Rights Tomorrow'; punt 3 van die agenda, aangehaald in het persbericht, betreft uniformering van de privékopie-exceptie in het kader van downloaden.

⁴⁸ Aanvankelijk lag er een wetsvoorstel ter tafel om op basis van de driestappentoets een fair use systeem in Nederland in te voeren: Vgl. o.m. M. Senftleben, 'Beperkingen á la carte: Waarom de Auteursrechtlijn ruimte laat voor fair use', *AMI* 2003, p. 10.

⁴⁹ M. Senftleben, *Copyright, limitations and the three-step test*, Den Haag: Kluwer 2004; M. Senftleben, 'Fair Use in the Netherlands – a Renaissance?', *AMI* 2009, p. 1-7; C. Geiger, 'The Implementation of the Directive of 22 May 2001 on Copyright in the Information Society in France: a Promising Debate for a Disappointing Result' *AMI* 2008, p. 1-7; M-C. Janssens, 'The issue of exceptions', in E. Derclaye, *Research Handbook on the Future of EU Copyright Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 317-348.

en verkregen uit illegale bron, wordt in de onderzochte landen door meerdere auteurs opgemerkt dat deze beperking alleen in overeenstemming met de driestappentoets kan zijn, indien zij uitsluitend kan worden ingeroepen wanneer het bronexemplaar de kopieerder rechtmatig ter beschikking staat.⁵⁰ In Nederland heeft de Haagse rechter onlangs op die grond geconcludeerd dat de privékopie-exceptie niet van toepassing is op onrechtmatig verkregen bronexemplaren.⁵¹ In paragraaf 3 gaan wij hier nader op in.

2.3 Nederland

2.3.1 Privékopie-exceptie

Het auteursrecht geeft de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst het uitsluitende recht om het verveelvoudigen en openbaar maken van zijn of haar werk toe te staan of te verbieden (art. 1 Aw). De wet staat echter verschillende uitzonderingen op dit verbodsrecht toe ten gunste van de informatie-vrijheid (met name de ontvangstvrijheid), ter compensatie van het door groot-schalige reproductietechnologie ontstane marktfalen, alsmede in het belang van de informatieconsumenten. Twee uitzonderingen op het voornoemde verbodsrecht zijn in het kader van het onderhavige onderzoek relevant. In de eerste plaats kan worden genoemd de privékopie-exceptie ex art. 16b Aw op basis waarvan het maken van enkele kopieën voor privé-gebruik is toegestaan. In de tweede plaats is dat de thuiskopieregeling van art. 16c Aw op grond waarvan het privékopieëren op informatiedragers die bestemd zijn om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven is toegestaan. De thuiskopieregeling geldt ook voor naburige rechten ten aanzien van CD's en DVD's.⁵²

Door bovengenoemde excepties is het in Nederland dus toegestaan om een kopie te maken van een boek, muziek of een film, mits dat gebeurt voor eigen oefening, studie of gebruik en het gekopieerde bestand vervolgens niet openbaar wordt gemaakt of beschikbaar wordt gesteld aan het publiek (art. 16c lid 1 Aw en art. 10 sub e Wnr). Daarnaast mag de reproductie uitsluitend worden gemaakt door een natuurlijk persoon die geen direct of indirect commercieel oogmerk heeft en dienen de rechthebbenden daarvoor een

⁵⁰ Bijv. Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 845-846; Daniel Gutman, 'Abruf im Internet von unbekannten und offensichtlich urheberrechtlich unrichtmäßigen Werken', *MMR* 2003, p. 706-709. Anders: C. Geiger, J. Griffiths, M. Hilty, 'Declaration, A Balanced Interpretation of the "Three-step test" in copyright law', *EIPR* 2008, p. 489 e.v.

⁵¹ Rb. Den Haag 25 juni 2008, *AMI* 2008, nr. 14, m.nt. C. van der Net (*Eisers/ThuisKopie en SONT*), ro. 4.4.3.

⁵² Art. 10 sub e Wnr.

vergoeding te ontvangen (vgl. artt. 16c tot en met 16ga Aw). De thuiskopieervergoeding bestaat in Nederland uit een heffing op voorwerpen die bestemd zijn om te kopiëren, i.e. blanco informatiedragers (waaronder thans begrepen worden blanco cd's, dvd's, geheugenkaarten).

De toepasselijkheid van de beperking ten gunste van het kunnen maken van privékopieën van bijvoorbeeld CD's en DVD's geldt ongeacht of de te kopiëren CD of DVD door de particulier zelf zijn aangeschaft, geleend of gehuurd. Bovendien is momenteel de heersende leer dat de thuiskopieregeling ex artikel 16c Aw niet beperkt is tot situaties waarin gebruik wordt gemaakt van een legaal aangeboden, vervaardigd of verkregen origineel.⁵³ Voordat de Auteursrechtlijn was geïmplementeerd in de Auteurswet voorzag overigens uitsluitend art. 16b Aw in een beperking op het exclusieve verbodsrecht van de auteur. In de Nederlandse juridische literatuur werd op basis van artikel 16b Aw aangenomen dat downloaden van een bestand via P2P-netwerken toegestaan was.⁵⁴ Ook de rechtbank Haarlem was in de *Zoek MP3*-zaak deze mening toegedaan.⁵⁵ Kopiëren c.q. downloaden van een illegaal exemplaar valt in beginsel eveneens onder de privékopie-exceptie, bijvoorbeeld via een internetuitwisselingsdienst als KaZaA. Dat standpunt werd bevestigd door de Minister van Justitie bij de implementatie van de Auteursrechtlijn.⁵⁶ Daarnaast geldt dat op basis van de Auteurswet en de Wet op de Naburige rechten niet blijkt dat aan de inroepbaarheid van de uitzondering de voorwaarde wordt gesteld dat sprake is van een legale bron.

2.3.1.1 *Torrent-programma's: delen van bestanden toch onrechtmatig?*

Bij gebruik van een Torrent-programma laat dit juridische kader zich minder goed toepassen. Immers, een van de kenmerkende eigenschappen van het Torrent-P2P-protocol is dat de content die wordt gedownload automatisch weer wordt aangeboden aan derden gedurende of net na het downloadproces.⁵⁷ Het zonder toestemming van de rechthebbende aanbieden van bestanden aan derden (uploaden) is in strijd met de artt. 12 (openbaarmaking) en 13 (verveelvoudi-

⁵³ J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 272.

⁵⁴ D.J.G. Visser, 'Napsteren, Gnutellen en de afwezigheid van legale muziek op internet', *Computerrecht* 2001, p. 132; Chr. A. Alberdingk Thijm, 'Peer-to-peer vs. Auteursrecht', *Justitiële Verkenningen* [30] 2004, p. 51. Anders: J.M.B. Seignette, 'Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk', *AMI* 2001, p.32.

⁵⁵ Rb. Haarlem 12 mei 2004, *AMI* 2004, p. 185, m.nt. Koelman (*ZoekMP3*).

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

⁵⁷ Er schijnt echter ook een mogelijkheid te zijn voor gebruikers van het Torrent-protocol om de werking van het 'bestanden delen' uit te zetten; in dat geval wordt er alleen gedownload en zou deze vorm mogelijk weer wel onder de privé-kopie-exceptie kunnen vallen. Als iedere gebruiker dit echter zou doen; zou het Torrent-protocol niet meer werken.

ging) Auteurswet. In de gevallen waarin tegelijkertijd wordt gedownload en zonder toestemming van de auteursrechthebbende wordt geupload handelen gebruikers dus wel in strijd met het auteursrecht.⁵⁸

Een andere kwestie die bij Torrent-programma's een rol speelt is dat bestanden in kleine delen worden opgedeeld en vervolgens worden aangeboden aan alle gebruikers die op een gegeven moment aan de uitwisseling van bestanden deelnemen.⁵⁹ Een 'peer' biedt nooit een geheel 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 valt onder openbaarmaking in de zin van de Auteurswet.⁶⁰ Deze vraag is nog niet eenduidig beantwoord.

Daarnaast is in de literatuur wel gesuggereerd dat gebruikmaking van Torrent-programma's geen gebruik overeenkomstig de privékopie-exceptie oplevert.⁶¹ Seignette baseert zich bij dit standpunt op het oordeel van de Amerikaanse rechter in de Napster zaak. Daarin overwoog deze dat Napster gebruikers commercieel gebruikmaken van de muziek omdat '*repeated and exploitative*' ongeautoriseerde kopieën worden gemaakt teneinde de kosten van een geautoriseerde CD uit te sparen.⁶²

De discussie over de auteursrechtelijke status van downloaden en uploaden via een Torrent-protocol is dus nog niet geheel uitgekristalliseerd.

2.3.2 Parlementaire geschiedenis privékopie-exceptie

In de parlementaire geschiedenis over de privékopie-exceptie valt het volgende te lezen:

'Op grond van zowel de huidige als de voorgestelde wetgeving is het kopiëren van werken van letterkunde, wetenschap of kunst voor eigen oefening, studie of gebruik toegestaan. *De Internetgebruiker die gebruik maakt van de mogelijkheden die Napster, KazaA en vergelijkbare peer-to-peer diensten bieden om werken van letterkunde, wetenschap of*

⁵⁸ Vgl. ook P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, p. 583.

⁵⁹ TNO/IVIR/SEO *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, films en games*, februari 2009, p. 52.

⁶⁰ Ibid., p. 52. Zie voor een gedetailleerde beschouwing over deze vraag: B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006, p. 12.

⁶¹ P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, p. 585; B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006, p. 11; J.M.B. Seignette, 'Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk', *AMI* 2001, p. 32;

⁶² U.S. Court of Appeals (9th Cir.), 12 februari 2001, 2000 WL 573136 (*A&M Records, Inc. et al. v. Napster, Inc.*); J.M.B. Seignette, 'Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk', *AMI* 2001, p. 32.

kunst te kopiëren voor privégebruik opereert over het algemeen genomen binnen de marges van het auteursrecht (cursief ondz.). Dat geldt ook wanneer een privékopie wordt gemaakt van een origineel dat illegaal, dat wil zeggen zonder toestemming van auteursrechthebbende, is openbaar gemaakt. Wanneer dezelfde Internetgebruiker vervolgens anderen in staat stelt van werken van letterkunde, wetenschap of kunst kennis te nemen en deze te kopiëren, is er sprake van een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking in de zin van beschikbaar stellen aan het publiek. Een dergelijke openbaarmaking is, behoudens toestemming van rechthebbenden, niet toegestaan. Het ontbreken van de eis dat het origineel legaal moet zijn, kan er dus toe leiden dat van een illegale bron legale privé-kopieën worden gemaakt, voor zover de overige voorwaarden die artikel 16c stelt in acht worden genomen. De beperking inzake privékopieën staat het niet toe dat zo'n kopie wordt afgegeven of wordt openbaar gemaakt. De term «witwassen» is dan ook enigszins misleidend, omdat die term lijkt te impliceren dat een rechtmatig gemaakte privé-kopie weer in omloop zou mogen worden gebracht.»⁶³

En over de thuiskopievergoeding wordt in de parlementaire stukken intussen het volgende opgemerkt:

*'Artikel 16c verbindt aan het privékopieën de voorwaarde dat een vergoeding wordt betaald. Die vergoeding is verschuldigd ongeacht of er sprake is van een legale of illegale bron en wordt geheven bij de producent of importeur en doorberekend aan de consument. Indien bij de vaststelling van de vergoeding de privé-kopie van een illegale bron niet in aanmerking zou worden genomen, dan zou de gebruiker die illegale werken kopieert in feite goedkoper uit zijn. De wet zou dan een premie zetten op gebruik van illegaal werk. Dat dat niet de bedoeling kan zijn verklaart dat ook de richtlijn niet de beperking stelt dat het moet gaan om een legale bron.'*⁶⁴

De regering heeft dit standpunt recentelijk nog onderschreven.⁶⁵ De rechtbank in Den Haag oordeelde echter onlangs in een hierna kort te bespreken uitspraak,

⁶³ *Kamerstukken II 2002-2003, 28432, nr. 5 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 32-33.*

⁶⁴ *Kamerstukken II 2002-2003, 28432, nr. 8 (nota naar aanleiding van het nadere verslag), p. 13.*

⁶⁵ Vergelijk het antwoord van de Minister van Justitie op de vragen met nummer 2256 van het kamerlid Gerkens, *Aanhangsel Handelingen II 2006-2007, nr. 2256*; zie ook de brief van de mi-

dat het downloaden uit illegale bron niet onder de thuiskopie-exceptie zou kunnen vallen. In deze zaak is overigens hoger beroep ingesteld.

2.3.3 Privékopie uit illegale bron

De relevante passage uit het Haagse vonnis inzake *Thuiskopie/SONT* luidt als volgt:

‘De rechtbank stelt voorop dat het maken van een privé-kopie van illegaal materiaal een illegale handeling is. Deze handeling valt niet onder de werkingssfeer van artikel 16c Aw. In de parlementaire geschiedenis zijn weliswaar aanknopingspunten te vinden voor een andere uitleg, maar de door de minister voorgestane en door de regering onderschreven uitleg, waarbij ervan wordt uitgegaan dat een privé-kopie van een illegale bron legaal is, is in strijd met de drie-stappen-toets van artikel 5 lid 5 van de Richtlijn.’ (r.o. 4.4.3)⁶⁶

Op dit oordeel van de rechter is veel kritiek geuit.⁶⁷ Zo is de stelling ingenomen dat de wetgever bewust gekozen heeft voor een privékopie-exceptie die mede downloaden uit illegale bron omvat, zodat een rechter niet zomaar andersluidend zou kunnen oordelen. Met het oordeel zou ten onrechte afgedaan worden aan het oogmerk van de wetgever om te voorkomen dat het auteursrecht in de privé-sfeer uitgeoefend zou moeten worden omdat dit onwenselijk en onpraktisch zou zijn. Daarnaast is het maar de vraag of van een consument kan worden verwacht dat hij beoordeelt of er al dan niet sprake is van een illegale bron.

Verder is volgens een aantal auteurs de driestappentoets – anders dan in bijvoorbeeld Frankrijk (zie paragraaf 3 van dit hoofdstuk over de privé-kopie in Frankrijk) nadrukkelijk bedoeld als algemeen toetsingskader voor de wetgever en niet voor de rechter.⁶⁸

nisters van Justitie, Economische Zaken en Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen aan de Tweede Kamer van 20 december 2007, *Kamerstukken II* 2007-2008, 29838, nr. 6, p. 12.

⁶⁶ Rb. Den Haag, 25 juni 2008, *AMI* 2004, nr. 14, m.nt. C. van der Net (*Eisers/Thuiskopie en SONT*).

⁶⁷ Zie o.m. M. Senftleben, ‘Privé-kopieren in het licht van de driestappentoets – opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuiskopie’, *IER* 2008, p. 265-268; zie ook de noot van C. van der Net bij Rb. Den Haag, 25 juni 2008 (*Eisers/Thuiskopie en SONT*), *AMI* 2004, nr. 14, p. 152.

⁶⁸ Ibid. Er is overigens de nodige discussie over de vraag of dat een goede zaak is: zie o.m.: M. Senftleben, ‘Fair Use in the Netherlands – a Renaissance?’, *AMI* 2009, p. 1-7.

2.3.4 Thuiskopievergoeding

Daarnaast motiveert de Haagse rechter het oordeel in de voornoemde zaak als volgt:

'Met de door de rechtbank voorgestane uitleg van artikel 16c Aw is nog geen antwoord gegeven op de vraag of met het maken van deze illegale kopieën rekening mag worden gehouden bij het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding. De Richtlijn bepaalt in artikel 5 lid 2 sub b niet meer dan dat de rechthebbende bij een beperking van het auteursrecht een billijke compensatie moet ontvangen. De Richtlijn laat onverlet dat op nationaal niveau tevens wordt voorzien in compensatie van nadeel dat de rechthebbende lijdt door het maken van privékopieën van illegaal materiaal. De Richtlijn ziet daar niet op, terwijl niet gezegd kan worden dat het rekening houden met privékopieën van illegaal materiaal tevens inhoudt dat die illegale handeling wordt toegestaan. Zonder nadere motivering - die ontbreekt - valt niet in te zien dat en waarom bij de vaststelling van de hoogte van de thuiskopievergoeding geen rekening mag worden gehouden met privékopieën van illegaal materiaal.' (r.o. 4.4.4)

Over de reikwijdte van deze heffing (de thuiskopievergoeding) is in Nederland veel discussie.⁶⁹ Zo wil Stichting De Thuiskopie de heffing uitbreiden naar mp3-spelers, iPods en mobiele telefoons, maar daar wil de Minister van Justitie voornog niet aan. De Minister van Justitie heeft het thuiskopiestelsel daarom voornog tot 1 januari 2010 bevroren.⁷⁰

2.3.5 Synthese

In deze paragraaf werd de stand van zaken van de Nederlandse thuiskopieregeling op hoofdlijnen besproken. Volgens de wetgever maakt het voor de toepasbaarheid van de thuiskopie-exceptie niet uit of dat uit legale bron geschiedt of niet, terwijl de rechtbank Den Haag onlangs heeft geoordeeld dat downloaden uit illegale bron niet onder de privé-kopie-uitzondering zou kunnen vallen. Volgens de Nederlandse wetgever is het downloaden uit illegale bron dus toegestaan. Het is echter niet aannemelijk dat daarmee tevens het gebruik van P2P-programma's die werken volgens het Torrent-protocol buiten het verbodsrecht van de auteurs-

⁶⁹ Zie bijv. S. van Gompel, 'De vaststelling van de thuiskopievergoeding', *AMI* 2006, p. 52-62.
⁷⁰ Besluit van 17 februari 2007, *Stb.* 2007, 75.

rechthebbende valt. Daarbij worden immers bestanden tegelijkertijd gedownload en geupload, en is er – bij gebreke van voorafgaande toestemming tot uploaden – steeds sprake van een auteursrechtinbreuk.

2.4 Frankrijk

2.4.1 Privékopieregeling

2.4.1.1 Wet: Code de la Propriété Intellectuelle

De Franse privékopie exceptie bestond al voor de implementatie van de Auteursrechtrichtlijn en is bij de implementatie van die richtlijn niet aangepast.⁷¹

In art. L. 122-5 van de Franse *Code de la Propriété Intellectuelle* (CPI) is de Franse privékopie exceptie opgenomen. Art. L. 122-5 luidt als volgt:

'(...)

2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective (...)'

2.4.1.2 Voor eigen gebruik

Wanneer een werk openbaar is gemaakt, kan de auteur de kopieën of reproducties daarvan [dus] niet verbieden indien die strikt voorbehouden zijn voor het eigen gebruik van de kopieerder en niet bestemd zijn voor collectief gebruik. Er mag bovendien niet voor collectieve doeleinden gekopieerd worden. Op grond van jurisprudentie is de exceptie beperkt tot natuurlijke personen.⁷² Dat betekent dat het maken van kopieën van een auteursrechtelijk beschermd werk, gemaakt in de privésfeer, is toegestaan. Aan deze uitzondering op het reproductierecht wordt echter een aantal beperkingen gesteld.

2.4.1.3 Le cercle de la famille

Volgens de jurisprudentie valt een kopie onder de privé-kopie exceptie, indien:

*elle bénéficie au cercle de la famille, entendu comme un groupe restreint de personnes qui ont entre elles des liens d'amitié ou de famille.*⁷³

⁷¹ G. Westkamp, *Part II: The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Rapport aan de Europese Commissie, februari 2007, p. 210.

⁷² Ibid., p. 210.

⁷³ CA Montpellier 10 maart 2005, te vinden via: <http://www.legifrance.gouv.fr>; zie ook T. Verbiest, M. de Bellefroid en A. Sokolowska, 'Le Régime de l'exception de la copie privée en droit français', *Droit & Technologies* (www.droit-technologie.org), 10 september 2007, p. 1.

Een kopie die bestemd is om uitgewisseld te worden met derden valt niet onder de privékopie-exceptie omdat deze niet bestemd is voor eigen gebruik van de kopieerder.⁷⁴ In een uitspraak van het Hof van Montpellier van 10 maart 2005, werd echter het tegenovergestelde geoordeeld. Daar besliste het Hof inzake een kopie gemaakt van een DVD door de koper/eigenaar ten behoeve van een vriend dat het maken van de kopie door de koper/eigenaar met als intentie eigen gebruik onder de privé-kopie exceptie valt, ook al gebeurde dat buitenshuis, maar wel binnen '*le cercle de la famille*'. De kopie kan gemaakt worden ten behoeve van een derde, ofwel een familielid, een vriend of een 'maatje'.⁷⁵

2.4.1.4 Rechtvaardiging privékopie-exceptie

Er worden verscheidene argumenten aangevoerd voor de privékopieregeling die rechtvaardigen dat het auteursrecht op een werk daardoor wordt beperkt. De belangrijkste reden is wel dat het praktisch vrijwel onmogelijk is om het gebruik van werken (en de kopieën die daarvan worden gemaakt) in iemands privésfeer te controleren.⁷⁶

2.4.1.5 Vergoedingen

Rechthebbenden (auteurs, uitvoerend artiesten en producenten) van muziek en audiovisuele werken kunnen aanspraak maken op een vergoeding voor de thuis-kopieregeling. Deze aanspraak geldt thans ook voor auteurs van andersoortige werken die op een digitaal medium zijn vastgelegd.⁷⁷ De aanspraak kan gemaakt worden jegens fabrikanten of importeurs van datadragers die zich lenen voor het maken van privékopieën.⁷⁸ Een overheidscommissie houdt toezicht op het vergoedingsstelsel, en stelt onder andere de hoogte van de vergoeding, wijze van betaling, en soorten datadragers waarvoor een vergoeding verschuldigd is, vast.⁷⁹ De vergoedingen worden uitgekeerd via collectief beheer.⁸⁰

⁷⁴ CA Nîmes 30 nov. 2004, aangehaald in *ibid.*, p. 2.

⁷⁵ C. Geiger, 'The private copy exception, an area of freedom (temporarily) preserved in the digital environment', *IIC* 2006, p. 77.

⁷⁶ Zie A. Lucas & H-J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Parijs: Litec 2006, p. 280 e.v. Zie voorts Cour d'appel de Paris 4 april 2007, *Gaz. Pal.* 18 juli 2007, nr. 199, p. 23 (*Studio Canal et al. v. S. Perquin et Union federale des consommateurs "Que Choisir"*). Zie ook meer in het algemeen: N. Helberger en P.B. Hugenholtz, 'No place like home for making a copy', *Berkeley Technology Law Journal* [22] 2007, p. 1067-1073.

⁷⁷ Art. L. 311-1 CPI; Zie voor een uitgebreide beschrijving: A. Lucas & H-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Parijs: Litec 2006, p. 291-299.

⁷⁸ Art. L. 311-4 CPI.

⁷⁹ Art. L. 311-5 CPI.

⁸⁰ Art. L. 311-6 CPI; een verdeelsleutel wordt gegeven in art. 311-7: 50% aan auteurs, 25% aan elk naburig rechthebbenden en producenten.

2.4.2 Privékopie-exceptie en de driestappentoets

Aan het slot van art. L. 122-5 CPI is een deel van de driestappentoets uit de Auteursrechtlijn letterlijk overgenomen in de wet:

“Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.”

Het vereiste dat het moet gaan om een bepaald bijzonder geval ('special case') uit art. 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn is niet overgenomen in de Franse Auteurswet, omdat er in de tekst van het artikel al wordt verwezen naar de excepties zoals opgesomd in art. L. 122-5 CPI. Dat zijn allemaal al bijzonder bepaalde gevallen. Geiger spreekt daarom van een *tweestappentoets*.⁸¹ Omdat deze toets in de wet is opgenomen, kan de Franse rechter – anders dan in Nederland waar deze toets is voorbehouden aan de wetgever – de privékopieregeling uitleggen conform beide vereisten. Wanneer er afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van een werk en/of de wettige belangen van de auteur op onredelijke wijze zouden worden geschaad, kan een beroep op de privékopie-exceptie worden geweigerd.

2.4.3 Garantie dat men kan profiteren van de privé-kopieregeling

In art. L. 331-8 CPI is onder meer '*Le bénéfice de l'exception pour copie privée*' neergelegd. De achtergrond van deze voorziening is gelegen in de mogelijkheid om kopieerbeveiligingen en/of andere technische beschermingsmaatregelen op dragers van werken aan te brengen, waardoor de consument niet in staat is om een kopie voor eigen gebruik te maken en daardoor niet kan profiteren van de privé-kopie exceptie. Er is een speciaal orgaan opgericht dat moet toezien op de rechtmatigheid van de aangebrachte kopieerbeveiligingen: *L'Autorité de régulation des mesures techniques* (art. L. 331-17 CPI). Deze problematiek valt buiten het kader van deze studie en blijft om die reden verder buiten beschouwing.⁸²

⁸¹ C. Geiger, 'The Implementation of the Directive of 22 May 2001 on Copyright in the Information Society in France: a Promising Debate for a Disappointing Result', *AMI* 2008, p. 4.

⁸² Zie hierover *ibid.*; N. Helberger en P.B. Hugenholtz, 'No place like home for making a copy', *Berkeley Technology Law Journal* [22] 2007, p. 1076; L. Guibault & G.J.H.M. Mom, *Evaluatie van de artikelen 29a en 29b van de Auteurswet 1912*, Ministerie van Justitie, 2007.

2.4.4 Privékopie uit illegale bron

2.4.4.1 Cour de Cassation (chambre criminelle) 30 mei 2006

In verband met de vraag of privé-kopieren uit illegale bron is toegestaan is de uitspraak van het Cour de Cassation van 30 mei 2006 van belang. In deze strafzaak werd een student ervan beschuldigd 488 cinematografische werken op CD-ROM te hebben gekopieerd, waarvan een derde werd gedownload van het internet. De student werd door het Franse openbaar ministerie vervolgd voor schending van de auteursrechten op de gekopieerde en gedownloade werken. Een van de vragen waar het in deze zaak om ging was of de kopieën onder de privékopie exceptie vielen. Zowel in eerste aanleg, bij het *Tribunal de grande instance de Rodez* (uitspraak van 13 oktober 2004) als ook in tweede aanleg bij het *Cour d'appel de Montpellier* (10 maart 2005) wordt de student vrijgesproken. Rechtbank en Hof vinden namelijk dat het kopiëren onder de privékopie exceptie valt. Het *Cour de Cassation* (Chambre criminelle) – het Franse Hof van Cassatie – oordeelt echter andersluidend:

« L'exception de copie privée prévue à l'article 122-5, 2 du CPI suppose une source licite exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires de droits sur l'oeuvre objet de la copie »⁸³

Het *Cour de Cassation* (Chambre criminelle) vernietigt het arrest van het Hof wegens onvoldoende motivering. Een toelichting over de omstandigheden waarin de werken ter beschikking werden gesteld ontbreekt, terwijl ook onvoldoende wordt ingegaan op de vraag waarom de uitzondering voor het kopiëren voor eigen gebruik (artikel L. 122-5, 2°) hier van toepassing zou zijn, nu deze als uitzondering op het monopolie van de auteur op zijn werk, veronderstelt dat de herkomst van het bronmateriaal legaal is.⁸⁴

Het Hof wordt verweten dat het de oorsprong en de kwaliteit van de bronbestanden niet heeft beoordeeld. De vraag of de student door het maken van kopieën van werken die via een *peer-to-peer* netwerk ter beschikking werden gesteld zich schuldig heeft gemaakt aan auteursrechtinbreuk, dan wel dat hij zich kan beroepen op de privé-kopie exceptie is vooralsnog onbeantwoord gebleven.⁸⁵

⁸³ Cour de cassation (chambre criminelle) 30 mei 2006, nr. 05-83335 (te vinden via: www.legifrance.gouv.fr).

⁸⁴ Zodoende heeft het Hof van Montpellier art. 593 van het Franse Wetboek van Strafvordering geschonden.

⁸⁵ B. Marthoz, 'Bespreking van het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 30 mei 2006', www.internet-observatory.be (laatst geraadpleegd 7 juli 2009); Ch. Geiger, 'Legal or illegal? That is the question! Private copying and downloading on the internet', *IIC* 2008, p. 597-603; A. Blocman, 'Court of cassation makes no decision on private copying', *IRIS* 2006-7, p. 11-19.

De zaak wordt terugverwezen naar het *Cour d'Appel de Aix en Provence*. Dit Hof deed op 5 september 2007 uitspraak, maar vermeed deze belangrijke kwestie in haar beslissing.⁸⁶ Het Hof van Aix en Provence omzeilde de vraag door te oordelen dat de privé-kopie exceptie niet van toepassing was in deze zaak omdat de student de kopieën had uitgeleend aan derden.

In een eerdere zaak, bekend onder de naam 'Mullholland Drive', kwam deze vraag overigens ook al aan de orde.⁸⁷ In de zaak 'Mullholland Drive' heeft het *Cour de Cassation* bevestigd dat de privékopieregeling niet (primaire) als gebruiksrecht van de consument dient te worden aangemerkt, maar als exceptie op het auteursrecht van de rechthebbende.⁸⁸ Het *Cour de Cassation* vernietigde hiermee de uitspraak van het Hof van Parijs. Het Hof van Parijs had in hoger beroep namelijk geoordeeld dat de toepassing van een kopieerbeveiliging op de DVD de rechten van consumenten beperkte door hen te weerhouden een privékopie te maken. Het *Cour de Cassation* paste vervolgens de driestappentoets toe op de casus en kwam tot het – fel bekritiseerde – oordeel dat de privé-kopie van een DVD afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk.⁸⁹

Het is dus in Frankrijk nog steeds niet uitgemaakt of de herkomst van de bron van belang is bij de beoordeling of downloaden onder de privékopie-exceptie is toegestaan of niet.⁹⁰

Ook Franse wetgevingsinitiatieven hebben vooralsnog niet in de gewenste duidelijkheid kunnen voorzien. Aanvankelijk voorzag de implementatiewetgeving van

⁸⁶ Ch. Geiger, *op. cit.*, p. 598.

⁸⁷ Cour de Cassation 28 februari 2006, zaak nr. 549, *Bull.* 2006-I, nr. 126, p. 115 (*Mullholland Drive*).

⁸⁸ In de Franse doctrine en de jurisprudentie bleek men verdeeld over de vraag of de privé-kopie exceptie een recht is of eerder een uitzondering op het monopolie van de auteursrechthebbende: A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Parijs: Litec 2001, nr. 349, p. 281 ; T. Verbiest, M. de Bellefroid en A. Sokolowska, 'Le Régime de l'exception de la copie privée en droit français', *Droit & Technologies* (www.droit-technologie.org), 10 september 2007, p. 3.

⁸⁹ Cour de Cassation 28 februari 2006, zaak nr. 549, *Bull.* 2006-I, nr. 126, p. 115 (*Mullholland Drive*). De Cour de Cassation week hiermee af van de uitspraak van de Cour d'appel de Paris van 22 April 2005, nr. 04/14933, beschikbaar op www.juriscom.net/documents/caparis20050422.pdf. Zie voorts T. Verbiest, M. de Bellefroid en A. Sokolowska, 'Le Régime de l'exception de la copie privée en droit français', *Droit & Technologies* (www.droit-technologie.org), 10 september 2007, p. 3. Vgl. ook de Belgische *Test Achats*-zaak, waarin het Hof bepaalde dat de privékopie exceptie geen recht is dat kan worden gehandhaafd: Hof van Beroep Brussel, 9 September 2005, zaak 2004/AR/1649 (*Test Achats v EMI Recorded Music Belgium et al.*). Vgl. ook C. Geiger, 'The Implementation of the Directive of 22 May 2001 on Copyright in the Information Society in France: a Promising Debate for a Disappointing Result', *AMI* 2008, p. 4.

⁹⁰ A. Lucas & H.-J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Parijs: Litec 2006, p. 283-285; C. Geiger, 'Legal or illegal? That is the question! Private copying and downloading on the internet', *IIC* 2008, p. 597-603.

de Auteursrechtlijn (de DADVSI-wet)⁹¹ in een privékopie-exceptie voor downloaden voor privé doeleinden in combinatie met een billijke vergoeding. Deze exceptie door het Franse parlement geschrapt.⁹² Wanneer dit amendement aangenomen zou zijn, zou downloaden via P2P- netwerken voor privégebruik gelegaliseerd worden. Op grond van de hiervoor aangehaalde tekst zou het downloaden via filesharing volgens een aantal auteurs onder de privékopie-exceptie vallen.⁹³ Ook sommige rechterlijke uitspraken wijzen in die richting.⁹⁴

De wetgever gaf er echter de voorkeur aan om de delicate kwestie van *filesharing* niet binnen het thuiskopiestelsel op te lossen. In plaats daarvan werd er aparte wetgeving ontwikkeld waarbij de producenten van software strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld en internetgebruikers die illegaal files haren kunnen worden vervolgd wegens auteursrechtinbreuk. Zie hierover meer in hoofdstuk 3, paragraaf 2 waarin de initiatieven voor de aanpak van filesharing in Frankrijk worden besproken.

2.4.5 Synthese

In deze paragraaf is het Franse thuiskopiestelsel besproken. Daaruit blijkt dat het is toegestaan om een privé-kopie te maken voor strikte privédoeleinden. Uit jurisprudentie blijkt voorts dat een beroep op de privékopie-exceptie kan worden gedaan als de kopie gemaakt is voor gebruik binnen de familiekring (*le cercle de la famille*). Dit begrip dient ruim te worden opgevat.

De vraag of een beroep kan worden gedaan op de privékopie-exceptie indien uit een illegale bron is gekopieerd, is in een aantal rechtszaken aan de orde gekomen, maar is tot op heden niet definitief uitgemaakt. Aanvankelijk wilde de wetgever bij de implementatie van de Auteursrechtlijn het downloaden via P2P- netwerken voor privégebruik legaliseren. Dat stuitte echter op zoveel verzet dat de wetgever er uiteindelijk voor koos om deze gevoelige kwestie buiten het thuiskopiestelsel op te lossen. Zodoende is aparte wetgeving ontwikkeld op grond waarvan internetgebruikers die illegaal files haren kunnen worden vervolgd wegens auteursrechtinbreuk en producenten van filesharing software kunnen worden vervolgd wegens het *faciliteren* ervan. Daarnaast is er recentelijk een nieuwe wet aangenomen die internetgebruikers verantwoordelijk maakt voor toe-

⁹¹ Loi n°2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁹² Zie hierover nader: C. Geiger, 'The Implementation of the Directive of 22 May 2001 on Copyright in the Information Society in France: a Promising Debate for a Disappointing Result', *AMI* 2008, p. 1-7.

⁹³ M. Vivant, 'Quel régime pour le téléchargement?', *RLDI* [20] 2006, p. 7.

⁹⁴ Zie C. Geiger, 'The Implementation of the Directive of 22 May 2001 on Copyright in the Information Society in France: a Promising Debate for a Disappointing Result', *AMI* 2008, p. 2, en de aldaar in noot 6 aangehaalde Franse rechtspraak.

zicht op een correct gebruik – dat wil zeggen, gebruik in overeenstemming met de Auteurswet – van hun internetverbinding. Deze nieuwe wet staat bekend onder de naam HADOPI, waarover meer in hoofdstuk 3.

2.5 Verenigd Koninkrijk

2.5.1 Omvang van gebruik is relevant: substantial taking

Zoals in iedere jurisdictie komt men in het Verenigd Koninkrijk pas toe aan de eventuele toepassing van een auteursrechtelijke exceptie wanneer een handeling met betrekking tot een auteursrechtelijk beschermd werk als inbreukmakend wordt beschouwd. Dat hangt vanzelfsprekend af van de reikwijdte van het auteursrecht en de aard van de handeling. Anders dan in Nederland, waar de omvang van het gebruikte deel geen primaire betekenis toekomt bij de inbreukvraag, is de omvang van het gebruikte deel naar Engels recht een van doorslaggevend belang. Uitsluitend indien sprake is van een 'substantial taking' kan sprake zijn van een inbreuk op het auteursrecht, en komt de vraag of dit gebruik toegestaan is op grond van een auteursrechtelijke beperking aan de orde.⁹⁵

Bij het aanbieden of downloaden in het kader van filesharing worden veelal gehele werken uitgewisseld, zodat 'substantial taking' doorgaans gegeven is. Een en ander hangt evenwel af van de gebruikte techniek en instellingen van de software en het netwerk. Hoe dient bijvoorbeeld geoordeeld te worden over het Torrent-protocol waarbij een groot aantal gebruikers simultaan een klein deel van een werk naar een downloader versturen: is hier voor iedere uploader sprake van een communicatie aan het publiek van een substantieel deel van het werk, zodat zij het auteursrecht schenden? Is de downloader enkel bezig met het kopiëren van insubstantiële delen van een werk, zodat er hoe dan ook geen sprake is van schending van het auteursrecht?

Beantwoording van dergelijke vragen hangt af van de gebruikte techniek; wanneer de filesharing in het geheel niet bestaat uit het overnemen van complete werken, doch slechts het bekijken of beluisteren ervan via *streaming* omvat, kan het leerstuk van 'substantial taking' met zich meebrengen dat het maken van een (tijdelijke) partiële kopie die voor de streaming gemaakt wordt, niet als auteursrechtelijk relevante handeling valt aan te merken.⁹⁶ Eenzelfde conclusie zou kunnen gelden bij Torrent-filesharing.

⁹⁵ W.R. Cornish, *Intellectual Property*, London: Sweet & Maxwell 1999., §11-38 en §11-06 t/m 11-20

⁹⁶ Eenzelfde conclusie kan mogelijk bereikt worden op grond van de cache-exceptie uit de Auteursrechtrichtlijn (nr. 2001/29/EG).

2.5.2 Fair dealing

Alleen wanneer vaststaat dat in het kader van de voor filesharing gebruikte techniek een substantiële kopie van het auteursrechtelijke werk wordt gemaakt, dient zich de vraag aan of de maker ervan (i.c. de downloader) zich kan beroepen op een auteursrechtelijke exceptie, zodat hij geen inbreuk maakt op het auteursrecht. Voor de excepties naar Engels recht is met name het leerstuk van de *fair dealing* relevant.⁹⁷ Het leerstuk van de *fair dealing* in het Verenigd Koninkrijk omvat een aantal in de wet uitgewerkte excepties.⁹⁸ De voornaamste daarvan zijn:

- *Fair dealing for the purposes of research or private study* (art. 29(1) Copyrights, Design and Patent Act, CDPA)
- *Fair dealing for criticism and review* (art. 30(1) CDPA)
- *Fair dealing for reporting current events* (art. 30(2) CDPA)

2.5.3 Aanknopingspunten voor 'fairness'

Voor elk van deze excepties geldt dat naast de per bepaling geformuleerde criteria ook voldaan moet zijn aan het criterium dat het gebruik 'fair' moet zijn. De invulling van dat criterium is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁹⁹ Bently en Sherman geven in hun handboek een aantal aanknopingspunten, die als indicatie kunnen dienen:¹⁰⁰

1. Gebruik van een ongepubliceerd werk zal minder snel als 'fair dealing' zijn aan te merken.
2. De wijze waarop het auteursrechtelijk beschermde materiaal is verkregen, bepaalt of gebruik ervan 'fair' is; Cornish merkt in dit verband op dat kopiëren uit illegaal aangeboden materiaal (d.w.z. materiaal dat zonder toestemming van de rechthebbende ter kopie wordt aangeboden) op grond daarvan niet als 'fair' is aan te merken en dus waarschijnlijk niet onder een exceptie van *fair dealing* kan vallen.¹⁰¹ De hoeveelheid en hoedanigheid van wat is overgenomen is ook hier relevant. Hoe

⁹⁷ Dit leerstuk behelst niet een breed geformuleerd kader voor belangenafweging op grond waarvan per geval kan worden bekeken of een handeling al dan niet van auteursrechtelijke bescherming is uitgezonderd, zoals in de Verenigde Staten het geval is met de algemene, 'open'geformuleerde beperkingsgrond van *fair use*.

⁹⁸ Zie W.R. Cornish, *Intellectual Property*, London: Sweet & Maxwell 1999, § 11-39

⁹⁹ Hubbard v. Vosper [1972] 2 QB 84.

¹⁰⁰ L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford UP 2004, p. 195-198.

¹⁰¹ W.R. Cornish, *Intellectual Property*, London: Sweet & Maxwell 1999, § 13-80

- groter en essentiëler de delen van het werk die worden overgenomen, hoe minder snel er sprake zal zijn van 'fair' gebruik,
3. Het soort gebruik is ook van belang: wanneer met het gebruik geen commercieel voordeel wordt behaald, is het gebruik eerder als 'fair' aan te merken; gebruik in een nieuwe context of voor een derivatief werk zal eerder als 'fair' worden aangemerkt dan wanneer sprake is van klakkeloos overnemen.
 4. Het motief van het gebruik is verder nog relevant: gebruik omwille van het algemeen belang of 'nobeke doelen' zal sneller als 'fair' worden aangemerkt. Wanneer de markt ten nadele van de rechthebbende wordt beïnvloedt, is het gebruik sneller 'unfair'.
 5. Alternatieve middelen voor het doel zijn tot slot indicatief: als het doel van de gebruiker ook op een andere wijze die minder belastend voor de rechthebbende zou zijn kan worden behaald, is minder snel sprake van fairness.

2.5.4 Het Engelse recht kent geen exceptie voor een privékopie

Zoals gezegd is het niet afdoende dat een gebruiker enkel voldoet aan de criteria zoals hierboven beschreven. Allereerst, en vooral, is vereist dat het gebruik onder de wettelijke definitie van een exceptie valt. De *fair dealing for the purposes of research or private study* lijkt nog het meest op de privékopie-exceptie zoals wij die in Nederland kennen. Echter, haar bereik is veel beperkter. Gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal is onder deze bepaling uitsluitend toegelaten indien de gebruiker kan aantonen dat hem of haar een doel van onderzoek of eigen studie voor ogen stond. Onderzoek ('research') wordt in de rechtspraak beperkt uitgelegd: er dient vast te staan dat sprake is van 'a diligent and systematic inquiry or investigation into a subject'.¹⁰²

Onder 'research' valt dan het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal voor onderzoeksdoeleinden, bijvoorbeeld door het opnemen ervan in een publicatie. 'Private study' daarentegen ziet op alle gebruik (vooral reproductie) voor eigen behoefte, al dan niet met een speciaal doel.¹⁰³ Bently en Sherman noemen als voorbeelden van dergelijke 'private study' het maken van kopieën van een tekst omwille van het schrijven van een artikel, maar ook het reproduceren van krantenknipsels om de prestaties van een racepaard bij te houden en het

¹⁰² De Garis v. Neville Jeffress Pidler (1990) 18 IPR 292 (Federal Court of Australia); L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford UP 2009, p. 199-200.

¹⁰³ L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford UP 2009, p. 208.

verveelvoudigen van materiaal om te besluiten wat voor oven aan te schaffen.¹⁰⁴ Bij 'private study' gaat het aldus om het verwerven van kennis in de meest brede zin.¹⁰⁵

Gelet op het vereiste doel zal het downloaden (en derhalve kopiëren) met behulp van P2P-technologie omwille van entertainmentdoelen (bijv. het downloaden van film of muziek) doorgaans niet onder deze exceptie vallen, nog daargelaten of zulk gebruik 'fair' zou zijn met inachtneming van de bovengenoemde criteria. Voor 'fairness' zijn in het kader van deze exceptie met name van belang de wijze waarop bronexemplaren werden verkregen, het aantal gemaakte kopieën, het effect op de markt,¹⁰⁶ en de noodzaak van het maken van een kopie en het verdere gebruik ervan.¹⁰⁷

Zelfs indien sprake zou zijn van een onderzoeksdoel geldt dat een beroep op deze beperking niet mogelijk is ten aanzien van bepaalde soorten auteursrechtelijke werken. Het kopiëren van films, geluidsopnames (muziek) en kabel-, satelliet- en etheruitzendingen is expliciet van het toepassingsbereik van de genoemde exceptie uitgezonderd; ook voor software gelden soortgelijke beperkingen.¹⁰⁸ Deze beperkte reikwijdte is wel bekritiseerd, omdat ze zou miskennen dat niet-tekstuele media van (toenemend) belang kunnen zijn voor onderzoek of privéstudie.¹⁰⁹ De Gowers Review, een in 2006 aan de Engelse regering uitgebracht rapport met aanbevelingen over de wijzigingen van het Engelse Intellectuele Eigendomsrecht, beveelt dan ook aan dat de werking van de exceptie wordt uitgebreid naar alle mediaformaten.¹¹⁰

Men kan dus met enig recht zeggen dat het Engelse auteursrecht geen zuivere privékopie-exceptie bevat, nu nadrukkelijke eisen worden gesteld aan het doel waarmee een kopie wordt gemaakt.

Men kent *de facto* echter wel een gedeeltelijke privékopie-exceptie, die in de wet werd opgenomen vanwege het algemeen beschikbaar worden van opname- en kopieerapparatuur voor huiselijk gebruik. Op grond van art. 70 CDPA is het toegestaan een kopie van een uitzending (via satelliet, kabel of ether) te maken met als doel het opgenomen programma op een later tijdstip te kunnen bekijken of beluisteren. Omdat dit doel van deze zogenaamde *time-shifting*-

¹⁰⁴ Ibid., p. 208, noot 69.

¹⁰⁵ Ibid., p. 200; zij merken daarbij op dat 'research' eerder ziet op een 'transformatief' proces.

¹⁰⁶ Ibid., p. 208.

¹⁰⁷ UK Intellectual Property Office (IPO), *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property*, november 2007, p. 21, §121.

¹⁰⁸ Zie art. 29(1) en (4)-(4a) CDPA.

¹⁰⁹ L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford UP 2009, p. 207.

¹¹⁰ *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.

bepaling in de praktijk niet te verifiëren valt, werkt zij praktisch als een privékopie-exceptie. De werking is echter beperkt tot uitzendingen, en omvat dus niet het kopiëren van werken die via internet ter beschikking zijn gesteld, noch het kopiëren van muziek of films vanaf een CD of DVD naar een ander formaat voor eigen gebruik.¹¹¹

Het ontbreken van een privékopie-exceptie is thans in het Verenigd Koninkrijk onderwerp van discussie. In de reeds genoemde Gowers review werd aanbevolen om een beperkte privékopie-exceptie op te nemen.¹¹² Het doel van deze exceptie zou gelegen moeten zijn in het toestaan van het kopiëren van geluid- of beeldmateriaal naar een ander formaat, bijvoorbeeld het omzetten van muziek van een CD naar MP3-formaat teneinde de muziek op een draagbare speler af te kunnen luisteren.¹¹³ De exceptie zou echter wel strikt beperkt dienen te zijn tot dit zogenaamde *format shifting*, en staat een gebruiker dus niet zonder meer toe om verveelvoudigingen van een werk voor eigen gebruik te maken.¹¹⁴ In ieder geval moet de maker van de kopie in het bezit zijn van een rechtmatig bron-exemplaar.¹¹⁵ Om die reden zal het downloaden van muziek via fileharing of van een internetwebsite ook niet onder deze eventueel in te voeren beperking vallen.¹¹⁶ Evenmin mag een onder de voorgestelde exceptie gemaakte kopie verder worden verspreid aan derden, bijvoorbeeld via filesharing.¹¹⁷

2.5.5 Synthese

Het Engelse recht kent geen privékopie-exceptie. Wel valt *fair dealing for the purposes of research or private study* buiten auteursrechtelijke bescherming. Voor toepassing van die exceptie moet evenwel sprake zijn van enig studiedoel. Bovendien is de bepaling niet van toepassing op muziek en films. Vooralsnog valt downloaden bij filesharing doorgaans dan ook als schending van het verveelvoudigingsrecht aan te merken. Een voorgestelde exceptie voor *format shifting* zou het wel toestaan dat auteursrechtelijk beschermd materiaal voor eigen gebruik verveelvoudigd wordt en daarbij wordt omgezet naar een ander formaat, waarbij

¹¹¹ W.R. Cornish, *Intellectual Property*, London: Sweet & Maxwell 1999, §13-21.

¹¹² Gowers Review of Intellectual Property, november 2006, aanbeveling nr. 8; zie § 4.72-4.76 van de review voor een inhoudelijke bespreking. Er zijn nog geen voorstellen tot wetgeving gedaan; het voorstel is wel verder uitgewerkt in het rapport van de IPO, *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property*, november 2007, p. 15-20.

¹¹³ Gowers Review of Intellectual Property, november 2006, § 4.73. Zie IPO, *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property*, november 2007, p. 16-17 voor een discussie over op welke soorten werken de exceptie van toepassing zal zijn.

¹¹⁴ Gowers Review of Intellectual Property, november 2006, § 4.76; de reden voor die beperking is dat *format shifting* enerzijds een legitiem belang van de gebruiker dient, terwijl het anderzijds de economische belangen van de rechthebbende niet wezenlijk aantast: *ibid.*, § 4.72.

¹¹⁵ IPO, *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property*, november 2007, p. 15.

¹¹⁶ Zie expliciet: *ibid.*, p. 15, § 86.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 15.

dan mogelijk wel de eis wordt gesteld dat de maker van de kopie in het rechtmatige bezit van het bronexemplaar moet zijn. Hiermee zou de toelaatbaarheid van downloaden bij filesharing niet wezenlijk komen te veranderen.

2.6 Duitsland

2.6.1 Inleiding

Het Duitse auteursrecht kent een wettelijke regeling die het maken van een verveelvoudiging voor eigen gebruik onder voorwaarden uitzondert van auteursrechtelijke bescherming, zodat toestemming van de rechthebbende niet langer vereist is. Deze hierna kort te bespreken regeling vertoont gelijkenissen met de Nederlandse, zij het echter dat de Duitse wet op dit punt onlangs is gewijzigd met het oog op het aanpakken van illegale filesharing: het maken van een kopie uit onrechtmatige bron valt niet onder de privékopie-exceptie en is dus in beginsel een onrechtmatige verveelvoudiging. Omdat deze wetswijziging specifiek is gericht op het tegengaan van illegale filesharing, wordt zij in hoofdstuk 3 besproken. De overige relevante aspecten van de thuiskopieregeling worden hieronder op hoofdlijnen behandeld.

2.6.2 Privékopie-exceptie ex paragraaf 53 UrhG

De Duitse thuiskopieregeling is vervat in artikel 53 van het Urheberrechtsgesetz (UrhG). Het artikel betreft 'Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch' en bevat dus niet enkel een regeling voor de privékopie (lid 1), maar ook een beperking voor andere soorten eigen gebruik (lid 2), alsmede een onderwijsexceptie (lid 3).

De Duitse dogmatiek kent aldus zowel een exceptie voor privégebruik (privater Gebrauch, lid 1) als voor 'eigen gebruik' (eigener Gebrauch, lid 2). Bij privégebruik in de zin van het eerste lid gaat het om het maken van verveelvoudigingen voor strikt persoonlijke behoeften en is daarom beperkt tot gebruik door natuurlijke personen. Het eigen gebruik in de zin van het tweede lid van art. 53 UrhG ziet daarentegen hoofdzakelijk op kopieën voor wetenschappelijke doelstellingen of archivering (lid 2 sub 1 resp sub 2) en heeft betrekking op zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. De noemer 'eigen gebruik' is breder en omvat privégebruik.¹¹⁸ Anderzijds is degene die een werk verveelvoudigt krachtens de privégebruik-exceptie van lid 1 meer toegestaan dan onder de eigen-

¹¹⁸ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 852 (§ 7) en p. 858 (§ 18); het commentaar op art. 53, 'vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch', is verzorgd door Dreier.

gebruikexceptie: krachtens lid 2 is een kopie voor eigen gebruik slechts toegestaan in de expliciet genoemde gevallen van wetenschappelijk onderzoek, archivering of voor het eigen onderricht in actuele kwesties,¹¹⁹ of in overige gevallen waar sprake is van gebruik voor private toepassing, doch dan enkel indien het betreft de verveelvoudiging van een klein deel van een werk of van een werk dat al ten minste twee jaar niet meer in de handel is.¹²⁰ Onder de privékopie-exceptie mag een gebruiker daarentegen een werk integraal verveelvoudigen, en worden geen eisen gesteld aan het doel van het privégebruik.

Wie een kopie voor privégebruik wenst te maken, dient te voldoen aan de vereisten van het eerste lid van artikel 53 UrhG, waarin de privékopie-exceptie is opgenomen. Zij luidt:

Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Der zur Vervielfältigung Befugte darf die Vervielfältigungsstücke auch durch einen anderen herstellen lassen, sofern dies unentgeltlich geschieht oder es sich um Vervielfältigungen auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren oder anderer Verfahren mit ähnlicher Wirkung handelt.

Deze bepaling staat een natuurlijke persoon toe om enkele kopieën van een auteursrechtelijk beschermd werk te maken of te laten maken. De kopie mag zowel analoog als digitaal zijn.¹²¹ Het criterium dat slechts 'enkele kopieën' mogen worden gemaakt, houdt in dat het aantal gemaakte exemplaren proportioneel aan de persoonlijke behoefte moet zijn.¹²² Verder moet aan de volgende vereisten zijn

¹¹⁹ Lid 2 resp. sub 1, 2 en 3. De laatste bepaling is beperkt tot het maken van kopieën van radio- of TV-uitzendingen.

¹²⁰ Een zgn. 'vergriffenes Werk'; voor een definitie zie art. 29 UrhG.

¹²¹ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 852 (§ 8). Dat wordt door sommige auteurs wel bekritiseerd, omdat de auteursrechtelijk volgens hen verplicht tot het maken van een onderscheid tussen analoog en digitaal kopieëren; het laatste is, aldus deze auteurs, wezenlijk verschillend omdat er bij het maken van een kopie geen kwaliteitsverlies optreedt, waardoor een 'natuurlijke' beperking op de thuiskopie-exceptie verdwijnt: Günter Poll, "'Korb 2": Was wird aus der Privatkopieregelung in §§ 53 ff. UrhG?", *ZUM* 2006, p. 96-103, p. 99; Günter Poll & Thorsten Braun, 'Privatkopie ohne Ende der Privatkopie?', *ZUM* 2004, p. 266-279; Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 845.

¹²² Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 852-853 (§ 9).

voldaan voordat een gebruiker van een auteursrechtelijk beschermd werk een beroep op deze exceptie toekomt:

- Er mag geen sprake zijn van een direct of indirect financieel doel op het tijdstip van het maken van de kopie doorslaggevend; een later besluit om de kopieën door te verkopen doet derhalve geen afbreuk aan de toepasbaarheid van de exceptie.¹²³ Commerciële of beroepsmatige verveelvoudiging valt derhalve in ieder geval niet onder de privékopie.¹²⁴
- De kopie mag niet gemaakt worden van een, kort gezegd, evident onrechtmatige bron. Dat vereiste is in 2003 toegevoegd (en in 2007 gewijzigd) teneinde illegale filesharing te bestrijden, en wordt derhalve in hoofdstuk 3 besproken. Wel moet hier opgemerkt worden dat in de rechtspraak ook al voor deze wetswijziging werd aangenomen dat het bronexemplaar rechtmatig in het bezit van de maker van de kopie moet zijn; anders is een beroep op artikel 53 UrhG niet mogelijk.¹²⁵
- Lid 6 van artikel 53 bepaalt dat de gemaakte kopieën niet verder onder derden verspreid mogen worden. Gelezen in samenhang met lid 1 betekent dit dat de kopie strikt bestemd moet zijn voor eigen gebruik of gebruik door personen die door een persoonlijke band met de maker van de kopie zijn verbonden.¹²⁶ Aldus mogen privékopieën ook niet verder gedeeld worden via bijvoorbeeld filesharing.¹²⁷
- De leden 4 en 7 sluiten enkele categorieën van auteursrechtelijke werken ten dele van toepassing van artikel 53 uit. Op grond van lid 4 is het maken van een kopie van bladmuziek of van een in wezen volledig boek of tijdschrift slechts toegestaan voor archiveringsdoeleinden of indien het werk ten minste 2 jaar uit de handel is. Krachtens lid 7 valt het opnemen van een voordracht, het vertonen of demonstreren van een op beeld- of geluidsdraager vastgelegd werk, het uitvoeren van een plan of ontwerp voor een beeldend kunstwerk of het nabouwen van een bouwkundig werk niet onder de werking van artikel 53.

¹²³ Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 842-854, p. 843; verder verspreiden van privékopieën is echter wel verboden op grond van art. 53 lid 6 UrhG.

¹²⁴ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 852-853, § 9.

¹²⁵ KG *GRUR* 1992, p. 168 (Dia-Kopien); daarin betrof het de verveelvoudiging van dia's die door diefstal of verduistering in het bezit van de maker van de kopie waren gekomen.

¹²⁶ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 852 (§ 7).

¹²⁷ Vgl. Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 870-871. Dat volgt ook uit het openbaarmakingsrecht ex art. 19a UrhG, dat aan de rechthebbende is voorbehouden.

2.6.3 Thuiskopievergoeding

Artikel 54 regelt de vergoedingen aan rechthebbenden wegens de thuiskopieregeling ex artikel 53. Indien, krachtens deze bepaling, de aard van het werk met zich meebrengt dat verveelvoudiging op grond van artikel 53 te verwachten is, heeft de auteur aanspraak op vergoeding. Dat zal met name het geval zijn bij schriftelijke werken, muziek, afbeeldingen en films.¹²⁸ De vergoedingen worden betaald door fabrikanten van kopieerapparatuur of datadragers, die daartoe heffingen (levies) over hun producten berekenen.¹²⁹ Het beheer van deze levyregeling is bijvoorbeeld in handen van de Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ), een samenwerkingsverband van enkele grote rechtenorganisaties.¹³⁰ In de praktijk is de heffing ten bate van muziek de voornaamste, en opereert de ZPÜ als afdeling van de GEMA. Heffingen worden betaald over zaken als opnameapparatuur (waaronder MP3-spelers), CD en DVD-branders, lege opnamemedia (CD's, DVD's) en (sinds 2008) vaste opslagmedia zoals USB-sticks en harde schijven.¹³¹

2.6.4 Synthese

Het Duitse recht kent een privékopie-exceptie die het verveelvoudigen door een natuurlijke persoon, of het laten verveelvoudigen, voor eigen gebruik zonder het oogmerk van financieel gewin toestaat. Ook gebruik door personen die een persoonlijke band met de maker van de kopie hebben, is onder de exceptie toegestaan. Met het oog op de bestrijding van filesharing is het maken van een kopie uit evident onrechtmatige bron van toepassing van de exceptie uitgesloten. De vergoedingen voor de thuiskopie worden geïnd via 'levies' op allerlei blanco datadragers.

¹²⁸ Ibid., p. 883.

¹²⁹ Zie voor een uitwerking van de producten waarop de levy-regeling van toepassing is: Ibid., p. 883-885.

¹³⁰ De ZPÜ werd in 1963 opgericht als samenwerking tussen GEMA (uitvoering en mechanische verveelvoudiging van muziek), VG WORT (literaire werken), Bild-Kunst (beeldende werken), GVL (naburige rechten) en VFF, GWFF, VGF en GÜFA (alle film). Zie www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/gesellschaft-zpue/.

¹³¹ Zie www.gema.de/musiknutzer/leermedien-geraete/.

Hoofdstuk 3 - Initiatieven aanpak *filesharing* in Frankrijk, Engeland en Duitsland

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de initiatieven beschreven voor de aanpak van *filesharing* in Frankrijk, Engeland en Duitsland beschreven. Voor de betekenis van de in dit hoofdstuk gehanteerde begrippen zoals ISP's, accesproviders en hosting-providers e.d. verwijzen wij naar paragraaf 2 van hoofdstuk 1, waar deze begrippen zijn gedefinieerd.

3.2 Frankrijk

3.2.1 Stand van zaken huidige wetgeving: strafrechtelijke aanpak

3.2.1.1 Strafbare *filesharing*?

Op basis van de strafbepalingen die zijn opgenomen in hoofdstuk 5 van de *Code de la Propriété Intellectuelle (CPI)*, kan worden opgetreden tegen het illegaal delen van bestanden. Uit de artikelen L. 335-2 en L. 335-3 volgt dat schending van het auteursrecht wordt bestraft met een boete van maximaal €300.000 of een maximale gevangenisstraf van drie jaar. Wat in het kader van *filesharing* precies strafbaar is, hangt echter af van wat als schending van het auteursrecht moet worden aangemerkt. Vaststaat dat het aanbieden van auteursrechtelijk beschermd materiaal – het uploaden – zonder toestemming van de rechthebbende schending van het auteursrecht oplevert en derhalve strafbaar is.¹³² De slagkracht van deze bepalingen is beperkt en ook overigens is de handhaving problematisch, omdat miljoenen Franse internetgebruikers zich schuldig maken aan illegaal downloaden. Het strafrechtelijk scenario wordt daarom zelden ingezet.¹³³

Of ook het enkele downloaden van een auteursrechtelijk beschermd werk, dus het maken van een reproductie (art. L. 122-3 CPI) zonder toestemming van de rechthebbende strafbaar is, hangt af van de reikwijdte van de Franse thuiskopie-exceptie, welke, zoals in hoofdstuk 2 besproken, momenteel onduidelijk is.¹³⁴

¹³² Artt. L122-4 jo. 122-2 CPI.

¹³³ Ministerie van Cultuur en Communicatie, 'Government Bill promoting the dissemination and protection of creative works on the internet: explanatory Memorandum, p. 2, te vinden op www.culture.gouv.fr/culture/actualites/_conferen/_albanel/_creainterenglish.pdf (laatst geraadpleegd 7 juli 2009).

¹³⁴ G. Westkamp, *Part II: The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, rapport aan de Europese Commissie, februari 2007, p. 210, stelt dat enkel 'actieve participatie' bij *filesharing* strafbaar is naar Frans recht, daarmee suggererende dat het enkele downloaden niet voldoende is. Wij merken tevens op dat in het kader van de DADVSI-wet een artikel 335-11 is voorgesteld, waarmee het maken van een reproductie van een auteursrechtelijk beschermd werk voor eigen gebruik door middel van peer-to-peer software van strafbaarheid werd uitgezonderd (zie projet de loi DADVSI, Sénat 30 juni 2006, TA 130). De Conseil Constitutionnel

3.2.1.2 *Faciliteren van filesharing*

Zoals in hoofdstuk 2 reeds werd opgemerkt, heeft de Franse wetgever er de voorkeur aan gegeven om de delicate kwestie van illegale *filesharing* niet binnen het thuiskopiestelsel op te lossen. In plaats daarvan werd er specifieke wetgeving ontwikkeld waarbij de producenten van computerprogramma's die het kennelijke oogmerk hebben om beschermde werken beschikbaar te maken voor het publiek (art. L. 335-2-1 sub 1 CPI), strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Daarnaast is het aanzetten tot gebruik van dergelijke software, bijvoorbeeld door advertenties, verboden (Art. L. 335-2-1 sub 2) . Art. L. 335-2-1 luidt als volgt:

Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait :

1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés ;

2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°.

3.2.1.3 *Preventie van illegale filesharing*

In een speciaal hoofdstuk van de CPI (getiteld *Prévention du téléchargement illécite*) is een tweetal artikelen opgenomen voor de preventie van illegale filesharing (art. L. 336-1 en art. L. 336-2). In gevallen waarin software voornamelijk wordt gebruikt voor illegale filesharing van auteursrechtelijk beschermde werken, kan de president van de rechtbank (*président du tribunal de grande instance*) maatregelen treffen. Art. L. 336-2 legt wat dit betreft een verplichting op aan de acces service providers om gebruikers bewust te maken van de (mogelijke) illegaliteit van filesharing.

heeft in zijn besluit nr. 540 van 27 juli 2006 geoordeeld dat deze bepaling ongrondwettelijk is, omdat zij een ongerechtvaardigd onderscheid zou kunnen maken tussen peer-to-peernetwerken en andere manieren van kopiëren, zodat het gelijkheidsbeginsel in het geding kwam (overwegingen 63-65).

3.2.2 Nieuwe wetgeving inzake aanpak illegale filesharing: La Loi Hadopi

3.2.2.1. Inleiding

Zoals eerder vermeld voldoet de huidige strafrechtelijke aanpak van filesharing niet. De Franse regering heeft een nieuwe benadering voorgesteld, die geheel buiten de kaders van het auteurs- of strafrecht zal opereren. Deze nieuwe wet vindt zijn oorsprong in het Memorandum van overeenstemming¹³⁵ dat op 23 november 2007 werd ondertekend door muziek- en filmproducenten, aanbieders van internetdiensten en de Franse overheid.¹³⁶ Kort gezegd omvat het wetsvoorstel de mogelijkheid om aan internetgebruikers die zich herhaaldelijk aan illegale filesharing schuldig maken tijdelijk de toegang tot het internet te ontfemen. Er vindt geen wijziging van het auteursrecht plaats; de onduidelijkheid rond toepassing van de thuiskopie-exceptie bij filesharing wordt niet veranderd, en de strafbaarstellingen als hierboven beschreven blijven gehandhaafd. Dit wetsvoorstel, dat de Loi Hadopi¹³⁷ wordt genoemd (naar het orgaan dat ermee wordt opgericht, de *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet*) is op 13 mei door de Senaat aangenomen.¹³⁸ Onlangs heeft de Conseil Constitutionnel het Franse sanctieregime echter ten dele ongrondwettig verklaard, omdat toegang tot internet van fundamenteel belang is voor de communicatievrijheid.¹³⁹

3.2.2.2 Verplichting tot toezien op de internetverbinding door abonnee

De kernbepaling van de nieuwe wet maakt dat een internetabonnee moet toezien op zijn internetverbinding: hij moet er voor waken dat zijn internetverbinding niet wordt gebruikt voor auteursrechtinbreuken of schendingen van naburige

¹³⁵ 'Accord pour le développement et la protection des oeuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux', 23 november 2007, te vinden op www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm

¹³⁶ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's inzake creatieve online-inhoud in de interne markt COM(2007) 836 def., p. 8.

¹³⁷ Voluit: projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, adopté le 13 mai 2009, N° 81, Sénat, Session Ordinaire de 2008-2009. Voor literatuur over HADOPI zie o.m.: S. Berland-Basnier, 'Loi hadopi: première étape pour un combat juste', *Gazette du Palais* 19 mei 2009, nr. 139.

¹³⁸ Zie voor de voortgang en alle relevante documenten www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/Internet.asp.

¹³⁹ Zie: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html

rechten. Schending van deze verplichting kan leiden tot een sanctie (§2.2.3). De toezichtsplicht is vervat in artikel L. 336-3,¹⁴⁰ dat luidt:

La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'oeuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits [...] lorsqu'elle est requise.

Deze bepaling stelt dat een internetabonnee er op moet toezien dat zijn internetverbinding niet wordt gebruikt voor het reproduceren, verspreiden, openbaarmaken of op andere wijze aan het publiek communiceren van auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbende, ingeval dat op grond van het auteursrecht is vereist. Daarmee wordt de inhoud van deze verplichting opgehangen aan het auteursrecht. Onduidelijk blijft daarmee of het maken van een kopie voor eigen gebruik als schending van deze verplichting gekwalificeerd kan worden: het regime voor de thuiskopie is in Frankrijk immers te dien aanzien onduidelijk.¹⁴¹ Het uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende valt wel aan te merken als inbreuk van het auteursrecht. Filesharing zal doorgaans dus als schending worden aangemerkt, indien het zowel het up- als downloaden omvat. De accesprovider moet deze verplichting, en de gevolgen van schending, duidelijk uiteenzetten in het contract met de abonnee (art. 331-35).

Krachtens artikel 336-3 moet de abonnee toezien op het gebruik van de internetverbinding. Niet ter zake doet dus of hij zelf de schending van het auteursrecht begaat. Voldoende is dat via de internetverbinding inbreuk op het auteursrecht is gemaakt. De verplichting is derhalve een resultaatsverbintenis: de abonnee wordt aangesproken op het uiteindelijke gebruik van zijn internetverbinding, niet op zijn inspanningen om auteursrechtsschendingen te voorkomen. De abonnee kan evenwel een beroep doen op een drietal rechtvaardigingsgronden:

1. Indien de internetabonnee zijn aansluiting heeft laten beveiligen op een conform artikel 331-32 door de op te richten Hoge Autoriteit goedge-

¹⁴⁰ Wij hanteren de artikelnummering van de wetstekst van de senaat van 13 mei 2009, nr. 81 (2008-2009), te vinden op www.senat.fr/leg/tas08-081.html.

¹⁴¹ Zie hetgeen daarover is opgemerkt in hoofdstuk 2.

keurde¹⁴² wijze.¹⁴³ Daarbij valt te denken aan: installeren van antivirus-software, pare-feu (firewall), contrôle parental.¹⁴⁴

2. In het geval auteursrechtinbreuk wordt veroorzaakt door een persoon die zich onrechtmatig toegang heeft verschaft tot de verbinding van de betreffende internetabonnee, waarbij gedacht kan worden aan hackers.
3. In geval van overmacht. Als voorbeeld wordt de situatie genoemd waarin de internetabonnee fysiek niet in staat is om te voldoen aan zijn toezichtverplichting, bijvoorbeeld door langdurige ziekenhuisopname.¹⁴⁵

Artikel 336-3 vindt zijn oorsprong in het huidige artikel L. 335-12 CPI, dat een soortgelijke toezichtverplichting bevat, maar daaraan geen sanctie verbindt.¹⁴⁶ Op schending van de nieuwe toezichtverplichting kunnen echter wel sancties volgen, zij het dat strafrechtelijke sancties op grond van de laatste alinea van artikel 336-3 zijn uitgesloten.

3.2.2.3 Een nieuw sanctieregime

De toezichtverplichting wordt gehandhaafd door een nieuw op te richten Commission de Protection des Droits (CPD, zie paragraaf 2.2.5.2). De CPD ontvangt een notificatie over een concreet geval van filesharing. Niet iedereen mag een dergelijke notificatie aanhangig maken; dat recht is krachtens artikel L. 331-24 voorbehouden aan collectieve beheersorganisaties, het Centre National de la Cinématographie, de *procureur de la republic* en *organismes de défense professionnelle régulièrement constitués*. Onduidelijk is hoe een dergelijke klacht eruit ziet en welke gegevens zij dient te bevatten. In ieder geval zal een IP-adres van de filesharende gebruiker en een tijdstip van filesharing bekend moeten zijn, opdat de commissie kan onderzoeken of zulks inderdaad via de verbinding van de abonnee heeft plaatsgevonden. De wet regelt evenwel niet hoe een der genoemde instanties deze gegevens kan vergaren. Dat zal dus waarschijnlijk moeten gebeuren door het (handmatig) naspeuren van filesharingnetwerken – waarbij de zicht-

¹⁴² De Hoge Autoriteit zal na overleg met ter zake kundige organisaties openbaar bekendmaken aan welke vereisten de beveiliging moet beantwoorden wil de rechthebbende zich in een voorkomend geval kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond. Indien de door de Hoge Autoriteit goedgekeurde vereisten worden gevolgd, zal een rechthebbende niet aansprakelijk kunnen worden gesteld.

¹⁴³ Op grond van art. 6 van de wet n° 2004-575 van 21 juni 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique* hadden de accesproviders reeds de verplichting om hun abonnees te informeren over technische middelen die de toegang tot bepaalde diensten kunnen beperken.

¹⁴⁴ Deze voorbeelden worden gegeven in het senaatsrapport over de Hadopiwetgeving: M. Thiollière, *Rapport nr. 53 (2008-2009)*, 22 Oktober 2008, p. 140.

¹⁴⁵ Zie het rapport van de assemblée van F. Riester, *Rapport nr. 1486 (2008-2009)*, 18 februari 2009, p. 181.

¹⁴⁶ Bovendien is de nieuwe toezichtverplichting breder van strekking, omdat zij op meer auteursrechtelijk relevante handelingen ziet. Zie daarvoor M. Thiollière, *Rapport nr. 53 (2008-2009)*, 22 oktober 2008, p. 138.

baarheid van de IP-adressen van gebruikers afhangt van de gebruikte soort software.

De CPD heeft ambtenaren in dienst die op grond van artikel L. 331-22 tot taak hebben om notificaties te onderzoeken en vast te stellen of inderdaad sprake is van een schending van de toezichtverplichting ex artikel L. 336-3. De laatste drie alinea's van artikel L. 331-22 regelen de onderzoeksbevoegdheden van deze ambtenaren. Van bijzonder belang is de bevoegdheid om de registraties van dataverkeer door accesproviders op te vragen. Artikel 34-1 van de Code des postes et communications électroniques (CPCE) regelt, ter implementatie van de Richtlijn elektronische gegevensbescherming (2002/58/EG) de niet-geanonimiseerde opslag en afgifte daarvan. Dat is slechts mogelijk gedurende 1 jaar na registratie en omwille van enkele nader omschreven zakelijke doeleinden en in het kader van strafrechtelijk onderzoek. Artikel 14 van de Hadopi-wet wijzigt de genoemde bepaling, zodat afgifte van de registratie van dataverkeer ook aan de ambtenaren van de CPD mogelijk is in het kader van een onderzoek naar de schending van de toezichtverplichting van de abonnee.¹⁴⁷ De laatste alinea van artikel 331-22 regelt de afgifte van de persoonsgegevens van een abonnee. Op basis van de gegevens die op grond van deze bevoegdheden worden verzameld, moet de CPD kunnen vaststellen of inderdaad een schending van de toezichtverplichting heeft plaatsgevonden en of auteursrechtelijk beschermd materiaal op illegale wijze is gedeeld; vervolgens kan de commissie een waarschuwing aan de abonnee verzenden, of hem een afsluitingssanctie opleggen.

3.2.2.3.1 Waarschuwingssysteem

Als de internetabonnee zijn toezichtverplichting heeft verzaakt doordat er toch via zijn verbinding schendingen van het auteursrecht worden gepleegd, krijgt hij daarover eerst per e-mail een gemotiveerde waarschuwing (art. 331-26). Volgens de Franse wetgever blijkt namelijk uit onderzoek uit 2008 dat 70% van de Franse internetgebruikers na een eerste waarschuwing hun activiteiten staken en dat 90% zijn activiteiten staakt na een tweede waarschuwing.¹⁴⁸

In geval van recidive binnen zes maanden na de eerste waarschuwing volgt een aanmaning, via e-mail of door verzending van een aangetekende brief

¹⁴⁷ Zie de bespreking van de Promusicae-zaak in hoofdstuk 4, paragraaf 2.1.

¹⁴⁸ 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 7 juli 2009).

met ontvangstbevestiging of door een ander middel waarmee in een later stadium de datum van aanmaning kan worden bewezen (art. L. 331-26)¹⁴⁹

3.2.2.3.2 Sanctie: tijdelijke afsluiting Internet

Negeert de internetabonnee ook die tweede waarschuwing, dan kan afsluiting volgen. Artikel L. 331-27 bepaalt als volgt: Indien vaststaat dat de internetgebruiker binnen één jaar na de waarschuwing nog steeds niet voldoet aan zijn verplichting ex art. L. 336-3 kan de CPD *après une procédure contradictoire* en afhankelijk van de ernst van de niet-nakoming, een van de volgende maatregelen treffen:

- Tijdelijke afsluiting van de internetverbinding voor een periode van 2 maanden tot 1 jaar inclusief een verbod om gedurende deze periode een nieuw contract bij een andere accesprovider af te sluiten.
- Een gebod om maatregelen te treffen om nieuwe schending van de contractuele verplichtingen ex art. L. 336-3 te voorkomen.

De internetabonnees die op dergelijke wijze gesanctioneerd worden moeten hun abonnementskosten overigens gewoon doorbetalen (art. L. 331-30).

Procedure

De procedure bestaat eruit dat een abonnee geïnformeerd wordt over de jegens hem bestaande verdenking en de mogelijke sancties die daarop kunnen volgen. De abonnee wordt dan geïnformeerd over de mogelijkheden om (juridische) bijstand te krijgen, het dossier na te zien, en schriftelijk en mondeling bezwaren en argumenten aan te voeren. Behalve de abonnee kan de CPD ook andere personen horen. De besluiten van de CPD dienen gemotiveerd te zijn.¹⁵⁰

Tegen een sanctioneringsbesluit kan de abonnee beroep instellen bij een nader aan te wijzen rechtbank; hangende het beroep kan de oplegging van de sanctie worden opgeschort.¹⁵¹

Schikkingsmogelijkheid

Alvorens over te gaan tot de maatregel om de internetverbinding tijdelijk af te sluiten, heeft de CPD de bevoegdheid om de overtreder een schikking aan te bieden (art. L. 331-28). Deze kan bestaan uit een tijdelijke afsluiting variërend van

¹⁴⁹ In de wettekst wordt niet nader toegelicht wat dit andere middel zou kunnen zijn.

¹⁵⁰ Zie voor dit alles art. L. 331-27.

¹⁵¹ Art. L. 331-27.

1 tot 3 maanden en een gelijktijdig verbod om een ander contract bij een andere accesprovider af te sluiten. Daarnaast kan een verplichting worden opgelegd om maatregelen te treffen teneinde hernieuwde schending van de verplichting ex art. L. 336-3 te voorkomen.

3.2.2.4 Rol van accesproviders

3.2.2.4.1 Uitvoeren van de tijdelijke afsluiting van internet

De sanctie wordt door de CPD opgelegd, maar dient door de accesproviders (*fournisseur d'accès*) van de abonnee te worden uitgevoerd. Onder de accesprovider wordt verstaan de dienst aanbieder die de toegang tot het internet verleent (zie Hoofdstuk 1). De accesprovider wordt over de afsluiting van een abonnee geïnformeerd door de CPD. Hij dient dan binnen 45 tot 60 dagen voor de afsluiting te zorgen. Als de accesprovider de verplichting tot afsluiting niet naleeft kan – na een niet nader uitgewerkte procedure op tegenspraak – een boete van €5000,- per gebrek worden opgelegd (art. L. . 331-31). Nadat de CPD vervolgens een beslissing heeft genomen is er wel een beroepsmogelijkheid bij de burgerlijke rechter (art. L. 331-31), waarbij de vernietiging of aanpassing van de door de CPD opgelegde sancties kan worden gevorderd. In een decreet dat de Conseil d'État nog moet uitvaardigen wordt nog nader bepaald welke gerechten bevoegd zullen zijn om kennis te nemen van het beroep. Bovendien wordt in een ander decreet van de Conseil d'État nog nader bepaald onder welke voorwaarden de sancties kunnen worden opgeschort.

3.2.2.4.2 Raadplegen zwarte lijst

Om te voorkomen dat een afgesloten abonnee zich tussentijds bij een andere Internet accesprovider aanmeldt, wordt een zwarte lijst bijgehouden waarop degenen worden vermeld die op last van de CPD tijdelijk van internet zijn afgesloten (Art. L. 331-33). Een accesprovider die deze lijst niet raadpleegt en toch een abonnement afsluit met een gebruiker die juist vanwege illegaal downloaden van internet was afgesloten, kan een boete opgelegd krijgen van maximaal €5000 onder voornoemde procedure.

3.2.2.4.3 Verplichtingen accesproviders en de richtlijn Elektronische handel

Het voorgaande roept de vraag op of de zojuist besproken verplichtingen die worden opgelegd aan de internet accesproviders in overeenstemming zijn met de

bepalingen uit de richtlijn Elektronische handel.¹⁵² Uit deze richtlijn volgt dat dienstaanbieders van diensten van de informatiemaatschappij (art. 15)¹⁵³ géén algemene toezichtverplichting mag worden opgelegd voor communicatie die via hun netwerk plaatsvindt. Indien het dienstaanbieders van de informatiemaatschappij wel zou zijn toegestaan de informatie-uitwisseling van hun gebruikers te observeren, zou de privacy immers in het geding komen. Preventief ingrijpen door dienstaanbieders van de informatiemaatschappij zou bovendien tot censuur kunnen leiden. Van dienstaanbieders van de informatiemaatschappij kan derhalve niet worden gevergd dat zij actief de communicatie van al hun gebruikers scannen op (mogelijke) schendingen van het auteursrecht. Wel is een dienstaanbieder van de informatiemaatschappij verplicht actie te ondernemen als hij geïnformeerd is over het bestaan van onrechtmatige informatie of van auteursrechtsschendingen die via haar netwerk plaatsvinden. In dat geval dient zij de informatie te verwijderen of toegang daartoe af te sluiten (artikelen 13-14 Richtlijn elektronische handel).¹⁵⁴ Daarbij moet vooropgesteld worden dat de algemene toezichtverplichting, die de kernbepaling van de Hadopi-wet vormt, niet aan de accesproviders zelf wordt opgelegd. De accesproviders zijn slechts verplicht deze algemene toezichtverplichting via hun contracten aan hun internetabonnees op te leggen. In feite kan de melding die de CPD aan de Internet accesprovider doet op grond van het hiervoor besproken artikel L. 331-31 worden gekwalificeerd als een notificatie in de zin van de 'notice and take down'-procedure uit de E-commerce richtlijn. In zoverre lijkt de Hadopi-wet in overeenstemming met deze richtlijn.

De vraag of een dienstaanbieder van diensten van de informatiemaatschappij zelf aansprakelijk is voor onrechtmatige informatie-uitwisseling die via het netwerk plaatsvindt, komt in de Hadopi-wet niet aan de orde. Op grond van de richtlijn Elektronische handel is de aansprakelijkheid van dienstaanbieders beperkt. In beginsel is een dienstaanbieder slechts een doorgeefluik voor informatie, en daarom dus niet zelf aansprakelijk voor de eventuele onrechtmatigheid ervan. Als zij echter geïnformeerd is over het bestaan van onrechtmatige informatie, dan dient zij – als eerder gesteld – de informatie te verwijderen en/of toegang daartoe af te sluiten op grond van art. 13 en 14 Richtlijn elektronische handel.

¹⁵² Richtlijn elektronische handel (nr. 2000/31/EG).

¹⁵³ In Nederland geïmplementeerd in art. 15d lid 3 BW. Onder dienst van de informatiemaatschappij wordt verstaan elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn.

¹⁵⁴ Deze regeling is in Nederland geïmplementeerd in art. 6:196c lid 1 en lid 4 BW.

3.2.2.5 Oprichting Internetautoriteit

De nieuwe wet voorziet in de oprichting van een onafhankelijk administratief toezichtorgaan (art. L. 331-12) voor de bescherming van de rechten van auteurs op het internet, '*Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet*' (HADOPI). De internetautoriteit heeft de volgende drie taken (art. L. 331-13):

1. De ontwikkeling van het legale aanbod van filesharingbestanden aan te moedigen en auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde werken te behoeden voor inbreuken via elektronische netwerken en publieke online communicatiediensten;
2. Het toezien op het illegale gebruik van auteursrechtelijk en nabuurrechtelijk beschermde werken via online communicatiediensten en het observeren van de ontwikkeling van het legale aanbod van die werken;
3. Het reguleren van technische beschermingsmaatregelen.

3.2.2.5.1 College

De Hoge Autoriteit bestaat uit een College en een Commissie voor de bescherming van de rechten (*CPD, commission de protection des droits*, art. L. 331-15). Tenzij anders wordt bepaald, berust de uitvoering van de taken bij het College van de Hoge Autoriteit. Het College bestaat uit 9 leden. De leden worden benoemd uit de *Conseil d'État, la Cour de Cassation, la Cour des comptes; l'Académie des technologies* en du *Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique*.

Daarnaast wordt een tweetal leden aangewezen op voordracht van de minister van E-commerce, consumptie en cultuur (*Communications électroniques, de la consommation et de la culture*) en een tweetal leden wordt aangewezen door de *Président de l'Assemblée nationale* en door de *Président du Sénat*. De president wordt voor de duur van 6 jaar benoemd (art. L. 331-16). De benoemingstermijn van de leden varieert van drie tot 6 jaar. Het mandaat van de leden kan niet worden herroepen en ook niet worden verlengd.

3.2.2.5.2 Commission de protection des droits (CPD)

Binnen de Hoge Autoriteit wordt een *Commission de protection des droits* (CPD) ingesteld. Deze commissie is belast met de bestrijding van illegale filesharing door het uitvoeren van het waarschuwingen- en sanctiemechanisme. De CPD bestaat uit drie leden, waaronder de President van de Hoge Autoriteit. De leden

worden voor de duur van zes jaar benoemd uit de *Conseil d'État*, de *Cour de Cassation*, en de *Cour des comptes*. Eventuele aanvullende leden worden onder dezelfde voorwaarden.

3.2.2.6 Kanttekeningen bij het Franse wetsvoorstel in het licht van Europese wetgeving

Naar aanleiding van onder andere het Franse wetsvoorstel is er op Europees niveau een discussie gaande over de vraag of een door een niet-gerechterlijke autoriteit (zoals de CPD) te nemen maatregel van (tijdelijke) afsluiting van internet zonder tussenkomst van de rechter, wel in overeenstemming is met hetgeen wordt bepaald in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde onlangs bijvoorbeeld als volgt:

*'In light of its accessibility and its capacity to store and communicate vast amounts of information, the Internet plays an important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information generally.'*¹⁵⁵

Ook Van Hoboken beschouwt het afsluiten van internet, waarbij de 'important role in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information' wordt beperkt niet strookt met 'the right to freedom of expression and communication that need to be legitimized.'¹⁵⁶

Recent heeft het Europese Parlement (EP) met enkele amendementen op de zogenoemde Telecoms-package opschudding veroorzaakt in met name de Franse pers. Het EP beoogde met de voorgestelde wijzigingen dat afsluiting van het internet, vanwege het fundamenteelrechtelijke karakter van internettoegang, slechts toelaatbaar zou zijn na een gerechtelijke uitspraak; tussenkomst van een administratieve instantie, zoals Hadopi, volstaat dan niet.¹⁵⁷

In Franse media werd het amendement derhalve ook wel aangeduid als de *loi anti-Hadopi*, nu het Franse wetsvoorstel voorziet in afsluiting van internet zonder tussenkomst van een gerechtelijke autoriteit.¹⁵⁸ De wijziging staat verder wel bekend als Amendement 138 (later vernummerd tot 46).

¹⁵⁵ EHRM 10 maart 2009 (*Times Newspapers/United Kingdom*), *Mediaforum* 2009, nr. 11, p. 167-169 (r.o. 27), m.nt. J. Van Hoboken.

¹⁵⁶ J. Van Hoboken, 'Why the Telecom Package Review IS about Fundamental Rights', 28 april 2009, te vinden op www.jorisvanhoboken.nl.

¹⁵⁷ Zie bijvoorbeeld 'L'Europe étourdit Hadopi', *Liberation* 7 mei 2009.

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld de themawebsite op www.ecrans.fr/+HADOPI-+.html.

De genoemde wijziging werd op 6 mei 2009 als onderdeel van de Telecoms-package door het EP aangenomen. Deze Telecoms-package ziet op een groot-schalige wijziging van Europese telecommunicatieregelgeving, en bestaat in feite uit drie gelijktijdige co-decisieprocedures.¹⁵⁹ In het kader van dit onderzoek zijn de procedures inzake wetgeving over 'Electronic communications networks and services'¹⁶⁰ en over wetgeving met betrekking tot 'Electronic communication networks, personal data and the protection of privacy' van belang.¹⁶¹ Overigens worden moet benadrukt dat de wijzigingen door het EP nog geen wetgeving tot stand doen komen. Krachtens de te volgen procedure moet de Raad van ministers het gewijzigde wetsvoorstel nog behandelen. Pas als de Raad zijn goedkeuring verleent, komen de wijzigingen tot stand. De Raad kan er echter ook voor kiezen om de wijzigingen van het EP te verwerven, zodat het wetsvoorstel opnieuw in behandeling moet worden genomen. Inhoudelijke bespreking door de Raad staat gepland voor december 2009.

Het genoemde Amendement 138 maakt 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), dat als volgt komt te luiden:

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.'

Inderdaad lijkt dit artikel, indien het wordt aangenomen, te vereisen dat een toegangsbeperkende maatregel die inbreuk maakt op de fundamentele rechten en vrijheden van een eindgebruiker in de regel pas kan worden opgelegd na een

¹⁵⁹ COD 2007/0246; COD 2007/0247; COD 2007/0248.

¹⁶⁰ COD 2007/0247.

¹⁶¹ COD 2007/0248.

voorafgaande gerechtelijke uitspraak. Hoewel de intentie van het EP duidelijk was, laat de wettekst echter de nodige onduidelijkheid bestaan. Zo is niet gespecificeerd of toegang het internet als fundamenteel recht moet worden aangemerkt en of een tijdelijke afsluiting van die toegang als (ontoelaatbare) schending van dat recht moet worden aangemerkt. Overweging 3a bij de wijziging stelt dat toegang tot het internet als 'essential for the practical exercise of freedom of expression and access to information' moet worden aangemerkt, zodat 'any restriction imposed on the exercise of these fundamental rights should be in accordance with the [EVRM]'. Uit die overweging kan mogelijk het fundamenteelrechtelijke karakter van internettoegang worden afgeleid. Evenwel moet bedacht worden dat het genoemde lid 4 van art. 8 van de Kaderrichtlijn geen harde vereisten stelt, doch slechts richtinggevende principes formuleert voor nationale autoriteiten. Welbeschouwd valt in dit artikel enkel te lezen dat nationale autoriteiten die bij de regulering van internet zijn betrokken, zich dienen te beijveren voor het waarborgen van genoemd uitgangspunt. Daaruit zou dan wel kunnen volgen dat een telecomautoriteit als Hadopi niet zelf, dus zonder voorafgaand gerechtelijk oordeel, tot afsluitingsbevelen kan overgaan. Echter, de voorgestelde wetstekst is op dit punt niet duidelijk.

Bovendien wordt in het kader van het wetgevingstraject 'Electronic communications networks and services' aan de Universele dienstenrichtlijn (2002/22/EG) voorgesteld om een nieuw art. 2a toe te voegen dat luidt:

This Directive neither mandates nor prohibits conditions, imposed by providers of publicly available electronic communications and services, limiting users' access to and/or use of services and applications, where allowed under national law and in conformity with Community law, but does provide for information regarding such conditions. National measures regarding end-users' access to or use of services and applications through electronic communications networks shall respect the fundamental rights and freedoms of natural persons, including in relation to privacy and due process, as defined in Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [onderstreeping toegevoegd].

Uit dit voorgestelde artikel kunnen twee zaken worden afgeleid. Ten eerste blijft de Universele dienstenrichtlijn expliciet neutraal ten aanzien van de mogelijkheid voor ISP's om toegang tot internet onder gebruikers te beperken of af te sluiten. De sanctiemogelijkheid blijft derhalve open. Dat sluit natuurlijk niet uit dat zij in

de hierboven genoemde kaderrichtlijn, die gezien kan worden als *specialis*, alsnog wordt verboden zonder tussenkomst van de rechter.

Het tweede dat uit deze voorgestelde bepaling kan worden afgeleid is dat nationale regelingen die betrekking hebben op de internettoegang van eindgebruikers, in overeenstemming dienen te zijn met de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden. Dat is, volgens de tekst, in het bijzonder relevant voor de bescherming van privacy en het recht op een eerlijk proces zoals vervat in artikel 6 van het EVRM. In dit voorgestelde artikel 2a, dat zich specifiek lijkt te richten op afsluitingssancties die door accesproviders of krachtens nationale wetgeving worden opgelegd, is met name conformiteit met artikel 6 EVRM vereist. Dat behelst niet noodzakelijk dat een voorafgaand gerechtelijk oordeel vereist is: een beroepsmogelijkheid kan voor de vereisten van een eerlijk proces wellicht volstaan. Daarmee lijkt de wijziging in de Universele dienstenrichtlijn een lagere toets aan te leggen dan de wijziging in de Kaderrichtlijn, zodat op grond van deze wijziging wél de mogelijkheid openstaat om een administratieve procedure (zoals Hadopi) voor internetafsluiting te introduceren.

Die conclusie vindt ook steun in de overwegingen bij de wijzigingsprocedure van de Universele dienstenrichtlijn. Overweging 22a is een verkorte weergave van het hierboven geciteerde voorgestelde artikel 2a en laat lidstaten aldus vrij in het kiezen voor regimes waardoor de toegang tot internet beperkt kan worden. Overweging 22b stelt verder dat 'responsibility for punitive action or criminal prosecution is a matter for national law, respecting human rights and freedoms including the right to due process'. Daarmee lijkt de mogelijkheid tot nationale regimes waarmee afsluitingssancties mogelijk worden gemaakt zonder voorafgaande gerechtelijke procedure, vanuit Europeesrechtelijk perspectief in ieder geval te worden opengelaten. Overweging 23 bepaalt daarbij wel dat 'it is a task for the Member States, not for providers of electronic communications networks or services, to decide, in accordance with due process, whether content, applications or services are lawful or harmful'. Het is dus niet aan accesproviders om zelf te beslissen over de rechtmatigheid van communicatie; het betrekken van een accesprovider bij de feitelijke afsluiting van een gebruiker staat daarmee niet op gespannen voet.

Hoe de Universele dienstenrichtlijn zich evenwel verhoudt tot de Kaderrichtlijn, blijft in het ongewisse. Het staat vast dat het Europees parlement met haar amendement 138 heeft willen voorkomen dat nationale administratieve instanties de macht wordt gegeven om internetverbindingen af te sluiten. De resulterende wetgevingsvoorstellen zijn echter niet geheel duidelijk. Nu Hadopi geen gerechtelijke autoriteit is, ligt strijd met amendement 138 voor de hand. De Ha-

dopi-wet lijkt wel verenigbaar met de voorgestelde wijzigingen van de Universele dienstenrichtlijn, omdat de beoordeling over afsluiting van een internetverbinding niet aan accessproviders wordt overgelaten.

3.2.3 Synthese

Op basis van de huidige wetgeving van de *Code de la Propriété Intellectuelle (CPI)*, kan via het strafrecht worden opgetreden tegen het illegaal delen van bestanden. Daarnaast is het faciliteren van filesharing door het ter beschikking stellen van bepaalde op filesharing gerichte computerprogrammatuur, strafbaar. De huidige strafrechtelijke aanpak van filesharing voldoet echter niet. Daarom heeft de Franse wetgever een nieuw regime voorgesteld. Deze nieuwe wet, die de *Loi Hadopi* wordt genoemd, omvat de mogelijkheid om aan internetgebruikers die zich herhaaldelijk aan illegale filesharing schuldig maken tijdelijk de toegang tot het internet te ontfeggen. Sancties worden door een op te richten commissie, na een procedure op tegenspraak, opgelegd en door een accessprovider ten uitvoer gelegd.

3.3 Verenigd Koninkrijk

In het Verenigd Koninkrijk (hierna ook aangeduid als Engeland) heeft bestrijding van filesharing de nodige aandacht gekregen van betrokkenen en de regering. Daarbij wordt naar een oplossing gezocht waarbij ook Internet Service Providers (ISP's) worden betrokken. Daarmee worden dan met name accessproviders bedoeld, doch in navolging op de in Engeland gangbare terminologie zal hier van ISP's worden gesproken. De voorstellen behelsen zelfregulering, al dan niet met enige betrokkenheid van de wetgever. Recent heeft de regering echter aangekondigd dat illegale filesharing via wetgeving zal worden aangepakt. Dat heeft tot op heden weliswaar nog niet tot concrete wetsvoorstellen geleid, maar de gevoerde discussie biedt interessante aanknopingspunten en argumenten voor het in Nederland gevoerde debat

3.3.1 Huidige aanpak van filesharing¹⁶²

Het Engelse auteursrecht bevat geen privékopie-exceptie zoals wij die in Nederland kennen (zie hoofdstuk 2). Juridisch gezien is dus het downloaden van auteursrechtelijk materiaal zonder toestemming van de rechthebbende op zich zelf

¹⁶² Zie 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;

genomen reeds aan te merken als een inbreukmakende handeling. Daarmee hanteert het Engelse recht een nadrukkelijk ander uitgangspunt dan het Nederlandse. Een gevolg daarvan is dat er naar Engels recht ook niet ten principale hoeft te worden onderscheiden tussen aanbieders van auteursrechtelijk beschermd materiaal en downloaders ervan. Beide maken inbreuk op het auteursrecht, zij het dat de aanbieder het recht tot openbaarmaking (*communicating to the public*), en de downloader het reproductierecht schendt.

Rechthebbenden kunnen in het Verenigd Koninkrijk dus een procedure starten tegen zowel uploaders als downloaders. Zowel een strafrechtelijke als civielrechtelijke aanpak is mogelijk. Het nut van een strafrechtelijke aanpak is overigens beperkt bij kleinschalige *filesharing*.¹⁶³ Daarvoor is namelijk vereist dat de auteursrechtinbreuk 'prejudicially affects the right holders'.¹⁶⁴ Dat kan het geval zijn bij grootschalige aanbieders van materiaal, maar is niet snel van toepassing op kleinschalige gebruikers van P2P-netwerken, die maar beperkte hoeveelheden werken aanbieden of downloaden, en daarbij vaak geen economische motieven hebben.¹⁶⁵ Zij kunnen echter wel via het civiele recht worden aangesproken. Dat kan bijvoorbeeld leiden tot het uitspreken van een verbod of het toekennen van een schadevergoeding. De weg daartoe is echter lastig voor rechthebbenden: allereerst zal het IP-adres dat gebruikt wordt voor de schending van zijn rechten moeten worden geïdentificeerd. Vervolgens zal de rechthebbende zich ook nog tot de rechter moeten wenden om de betreffende ISP in rechte af te dwingen de persoonlijke informatie van de gebruiker die achter het IP-adres schuil gaat, bekend te maken.¹⁶⁶ Een dergelijke gang naar de rechter is in Engeland steeds vereist omdat ISP's vanwege privacywetgeving niet zonder een vonnis gegevens van gebruikers aan derden mogen verstrekken.¹⁶⁷ Daarin is het Engelse recht strenger dan het Nederlandse; de Hoge Raad bepaalde in de zaak *Lycos/Pessers* 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 ver-

¹⁶³ Zie over strafrechtelijke aanpak de National IP Crime Strategy 2004.

¹⁶⁴ *Gowers Review of Intellectual Property*, november 2006, p. 98. Strafrechtelijke aansprakelijkheid 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 bij 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.

¹⁶⁵ Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, juli 2008, p. 15.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 19-20.

¹⁶⁷ *Gowers Review of Intellectual Property*, november 2006, p. 103.

zoek 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).¹⁶⁸ Daarbij moet de serviceprovider een afweging maken tussen de belangen van de gebruiker en de derde. Niet vereist is derhalve dat de derde bij de rechter een verzoek tot afgifte van de persoonsgegevens indient.

3.3.2 Voorstellen tot effectievere bestrijding van filesharing

De Engelse discussie over de aanpak van filesharing is nog niet uitgekristalliseerd. Hieronder worden eerst enkele recente ontwikkelingen geschetst (§3.2.1 – 3.2.3). Daarna komt het huidige standpunt van de regering aan bod (§3.2.4).

3.3.2.1 Gowers Review: zelfregulering

In 2006 beval de Gowers Review vanwege de bovengeschetste situatie aan tot een andere aanpak van filesharing via met name P2P-netwerken. Op dat moment was een aantal ISP's, waaronder zowel acces- als hostingproviders worden verstaan, reeds doende om samenwerking op dit terrein met rechthebbenden te stimuleren. De Gowers Review suggereerde daarom het ontwikkelen van protocollen waarmee data-uitwisseling tussen rechthebbenden en ISP's wordt gefaciliteerd. Ook zouden ISP's zich vrijwillig dienen te verplichten tot het afsluiten van gebruikers die zich schuldig maken aan piraterij. Nadere regulering was volgens de review geïndiceerd indien deze zelfregulering op den duur niet effectief blijkt te zijn.¹⁶⁹

3.3.2.2 Het Memorandum of Understanding van 2008

In de loop van 2008 hebben de voornaamste ISP's en rechthebbenden zich verbonden aan een *Memorandum of Understanding* (MOU) met als doel het verminderen van illegale filesharing.¹⁷⁰ Krachtens de MOU kunnen rechthebbenden zich tot de aangesloten ISP's wenden met lijsten van gebruikers die zich (volgens nader te bepalen bewijsstandaarden) met filesharing bezig houden. Deze gebruikers krijgen vanuit de ISP's eerst waarschuwingen. Met betrekking tot recidiverende gebruikers zal volgens de MOU nog gezocht worden naar passende technische

¹⁶⁸ HR 25 november 2005, *IER* 2006, p. 4 (*Lycos/Pessers*).

¹⁶⁹ *Gowers Review of Intellectual Property*, november 2006, p. 103 ('Recommendation 39')

¹⁷⁰ Een draft daarvan is te vinden in Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, juli 2008, annex D. Ook Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: The Interim Report*, januari 2009, p. 40, maakt melding van de MOU.

maatregelen, zoals het filteren of blokkeren van dataverkeer. De Britse telecom-autoriteit Ofcom houdt toezicht op de MOU en de implementatie ervan. De inhoud van de MOU wordt in paragraaf 3.2.3 nader besproken.

3.3.2.3 De BERR Consultatie: co-regulering?

De Britse overheid had zich sinds de Gowers Review op het standpunt gesteld dat zelfregulering, bijvoorbeeld op de wijze van de MOU, de voorkeur heeft. Medio 2008 heeft de overheid een openbare consultatieronde verricht waarin zij vraagt om commentaar op haar ideeën ten aanzien van de aanpak van filesharing. Daarin wordt aangegeven dat een volledig vrijwillige oplossing, zoals genoemd in de MOU, waarschijnlijk niet zal volstaan, omdat vermoedelijk niet alle ISP's zich daaraan zullen verbinden.¹⁷¹ Zo wordt door een aantal ISP's gevreesd dat aansluiting bij een zelfreguleringsinitiatief de concurrentiepositie ten aanzien van ISP's die niet bij de MOU betrokken zijn, verslechtert.¹⁷²

In het consultatiedocument geeft de regering de voorkeur aan een aanpak door middel van co-regulering. Dat houdt in dat zelfregulering omkleedt wordt met een wettelijk kader. Dat kader zal in dit geval bestaan uit toezicht door de telecomautoriteit Ofcom, alsmede een wettelijke verplichting voor alle ISP's om mee te werken aan het bestrijden van filesharing.¹⁷³ Als voordeel van co-regulering wordt enerzijds flexibiliteit genoemd. Anderzijds geeft het systeem garanties voor consumenten door het toezicht van Ofcom.¹⁷⁴ Bovendien garandeert deze vorm van co-regulering dat alle ISP's meewerken.

Voorts wordt in hoofdlijnen aangestuurd op erkenning van de reeds in concept bestaande MOU. Deze overeenkomst tussen ISP's en rechthebbenden bestrijkt drie methoden waarmee filesharing kan worden bestreden. In de eerste plaats wordt 'education and awareness' nagestreefd, waarmee wordt bedoeld dat consumenten en gebruikers beter moeten worden geïnformeerd over de illegaliteit van het up- en downloaden via P2P-netwerken.¹⁷⁵

In de tweede plaats dienen er voldoende legale alternatieven te bestaan waarmee internetgebruikers toegang kunnen hebben tot digitaal auteursrechtelijk

¹⁷¹ Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, juli 2008, p. 23.

¹⁷² Ibid., p. 30.

¹⁷³ Ibid., p. 29.

¹⁷⁴ Ibid., p. 31.

¹⁷⁵ Een voorbeeld van reclame in het VK is de 'Knock-Off Nigel' campagne, waarin ook wordt gewezen op illegale filesharing. Volgens een onderzoek is afkeuring van illegaal downloaden door consumenten thans gestegen van 22% naar 67%. Zie IP Crime Group, *2008-2009 IP Crime Report*, te vinden op www.ipo.gov.uk, p. 31. Een dergelijk streven zien we ook in Duitsland, waar rechthebbenden belang hebben bij het vergroten van kennis bij de consument in het kader van het evidentie criterium bij downloaden uit illegale bron.

beschermd materiaal. Daarmee wordt erkend dat het ontwikkelen van nieuwe exploitatiemodellen eveneens van belang is in de strijd tegen filesharing.¹⁷⁶

Het derde hoofdpunt betreft de actieve aanpak van filesharing. De ISP waarschuwt, op verzoek van de rechthebbenden, gebruikers van P2P-software voor de illegaliteit van down- of uploaden. Bovendien dienen ISP's een regeling in te voeren voor recidiverende gebruikers. ISP's worden dan bij wet verplicht een effectief beleid voor dergelijke gebruikers te hebben dat door middel van in de praktijk te ontwikkelen *codes of practice* nader zal worden ingevuld. Daarin kan bijvoorbeeld worden bepaald dat bij herhaaldelijk illegaal down- of uploaden een filter op de datastroom van de gebruiker wordt geplaatst of dat hij, al dan niet tijdelijk, van toegang tot het internet wordt afgesloten. Nader op te stellen zelf-reguleringscodes zullen betrekking hebben op het bewijs dat daarvoor vereist is en de wijze waarop een gebruiker bezwaar kan maken. Omwille van de bescherming van de consument dienen ook deze codes alle door de telecomautoriteit te worden goedgekeurd.¹⁷⁷

Als voordelen van deze benadering wordt genoemd dat ISP's niet aansprakelijk worden gehouden voor de verspreiding van illegaal materiaal via hun netwerk (wat in overeenstemming is met de Richtlijn elektronische handel). Bovendien wordt ISP's niet verplicht een algemeen toezicht op het dataverkeer uit te oefenen. Slechts indien rechthebbenden kunnen aantonen ('where it can be demonstrated') dat specifieke gebruikers het auteursrecht schenden, wordt jegens die gebruikers actie ondernomen.¹⁷⁸

In het consultatiedocument worden, naast de co-regulering waaraan de regering de voorkeur geeft, nog vier alternatieven voor de bestrijding van filesharing geschetst.¹⁷⁹ Een eerste alternatief bestaat uit het vereenvoudigen van de procedure waarmee rechthebbenden persoonlijke gegevens van gebruikers van ISP's kunnen opvragen. Daarmee kan de rechthebbende dan volgens het bestaande wettelijke kader acties jegens die gebruikers ondernemen. Een tweede alternatief is dat het hierboven uiteengezette regime wordt gecombineerd met wettelijke verplichtingen aan ISP's met betrekking tot acties jegens gebruikers van P2P-netwerken. Een derde alternatief roept een onafhankelijk orgaan in het leven dat zaken tegen concrete gebruikers beoordeelt en ISP's kan instrueren actie te ondernemen (naar Frans model). Het vierde alternatief is het aanbrengen van filter-

¹⁷⁶ Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, juli 2008, p. 29-30.

¹⁷⁷ Ibid., p. 30-31.

¹⁷⁸ Ibid., p. 31 (paragraaf 8.9)

¹⁷⁹ Ibid., p. 34-37.

technieken waarmee de uitwisseling van (zoveel mogelijk) illegale bestanden kan worden tegengehouden.

3.3.2.4 *Regeringsstandpunt: regulering verdient de voorkeur*

Op de hierboven besproken consultatieronde zijn veel reacties van betrokkenen ontvangen. Deze heeft de regering in 2009 samengevat en gebruikt voor het innemen van een nieuw standpunt.¹⁸⁰ Op basis daarvan heeft de regering haar huidige standpunt ingenomen. Dat gebeurt zowel bij monde van het Department for Culture, Media and Sports (auteur van het *Digital Britain* rapport) als van het Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform (auteur van de *BERR Consultation*, thans genaamd het Department for Business, Innovation and Skills). Omdat de standpunten eensluidend zijn, worden zij hieronder tezamen behandeld.

In het algemeen verdiende de aanpak van co-regulering onder de respondenten geen voorkeur. Verder waren de meningen onder de verschillende categorieën respondenten verdeeld en zelfs gepolariseerd.¹⁸¹ Enige consensus bestond over het belang van inlichting en het creëren van bewustzijn onder consumenten, en het beschikbaar zijn van legale alternatieven voor downloaden. Over de wijze van aanpak van overtreders bestond weinig overeenstemming, al waren de meeste respondenten het er over eens dat geen methode van aanpak het probleem van filesharing volledig zou kunnen oplossen.¹⁸²

Enkel de rechthebbenden blijken een co-reguleringsaanpak te ondersteunen. Vooral ISP's menen dat de aanpak op grond van een MOU te onzeker zijn, omdat onduidelijkheid bestaat over waartoe de ISP's in concreto verplicht zijn.¹⁸³ Anderen zijn van mening dat het zelfreguleringsproces te weinig transparant is.¹⁸⁴ Ook de belangen van de consumenten zijn mogelijk niet afdoende gewaarborgd: hoe wordt bijvoorbeeld de bewijsstandaard bepaald, en hoe worden privacy- en databeschermingsbelangen gewaarborgd?¹⁸⁵ Voorts merkt de regering nog op dat het erg lastig zal zijn om alle betrokken partijen, inclusief kleine ISP's en kleinere organisaties van rechthebbenden en consumenten, op representatieve wijze bij het zelfreguleringsproces betrokken te krijgen. Ook de daarbij betrokken

¹⁸⁰ De reacties zijn te vinden op www.berr.gov.uk/consultations/page47141.html.

¹⁸¹ Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Government Response: Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, 29 januari 2009, p. 2.

¹⁸² Ibid., p. 4.

¹⁸³ Ibid., p. 4.

¹⁸⁴ Ibid., p. 4.

¹⁸⁵ Ibid., p. 3-4.

belangen zijn te diffuus en tegenstrijdig om overeenstemming te mogen verwachten.¹⁸⁶

De regering ziet om die reden toch af van de eerder voorgestane co-reguleringsaanpak en opteert voorlopig – en afhankelijk van verdere consultaties op dit terrein – voor het alternatief waarbij in de wet verplichtingen aan ISP's worden opgelegd om acties tegen filesharende gebruikers te ondernemen.¹⁸⁷ Daarbij zal in de wet een expliciete verplichting worden opgenomen voor ISP's om gebruikers van filesharing een waarschuwing te zenden, waarin wordt uitgelegd dat hun activiteiten in strijd met het auteursrecht zijn. Bij herhaling dient de ISP nader in de wet te bepalen acties te ondernemen.¹⁸⁸ Met die oplossing wordt naleving door alle ISP's gewaarborgd, terwijl ook duidelijk is aan welke verplichtingen zij dienen te voldoen. Bovendien kunnen garanties voor consumentenbescherming mee worden genomen bij de totstandkoming van de wetgeving.

Onder deze wettelijke bepaling zullen ISP's verder worden verplicht om de activiteiten van *serious repeat infringers* bij te houden. Daarvoor is een klacht van rechthebbenden, met bewijs omkleed, vereist. De ISP wordt dus niet gevraagd om het gedrag van alle consumenten te monitoren, doch slechts om gespecificeerde gebruikers in de gaten te houden na ontvangst van een klacht van een rechthebbende of rechtenorganisatie. Deze plicht past binnen de *notice-and-take-down* procedure van de Richtlijn elektronische handel. De gegevens worden vervolgens geanonimiseerd. Wat dat precies betekent, wordt niet uiteengezet; de gegevens zullen in ieder geval moeten laten zien welke werken er zijn gedeeld, zonder daarbij te tonen door welke gebruikers. Een rechthebbende kan dan zonder tussenkomst van de rechter inzicht in die gegevens krijgen, hij kan vaststellen of zijn rechten zijn geschonden. Toestemming van de rechter voor de ontsluiting van persoonsgegevens van specifieke gebruikers blijft, conform de huidige regelgeving, vereist.¹⁸⁹ Daarmee kan de rechthebbende vervolgens een civiele procedure tegen de gebruiker(s) beginnen. De nieuwe wetgeving zal dus ISP's de taak geven om het download- en uploadgebruik van internetgebruikers die grootschalige inbreuken maken, bij te houden en door te geven aan rechthebbenden indien deze beschikken over een gerechtelijk vonnis tot afgifte van deze data.¹⁹⁰ Voor de daadwerkelijke aanpak van dergelijke inbreukmakers zal echter – be-

¹⁸⁶ Ibid., p. 5.

¹⁸⁷ Zie het meest recente standpunt in Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: Final Report*, juni 2009.

¹⁸⁸ Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Government Response: Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, 29 januari 2009, p. 5.

¹⁸⁹ Ibid., p. 5-6.

¹⁹⁰ Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: The Interim Report*, januari 2009, p. 44.

houdens wat hierboven gezegd is over waarschuwingen en acties door ISP's – worden aangesloten bij het reeds bestaande instrumentarium van civielrechtelijke handhaving. De strafrechtelijke aansprakelijkheid bij grootschalige economische schade blijft ongewijzigd.

Overigens ziet de regering hier ook nog enige ruimte voor zelfregulering – al wordt het belangrijkste deel van de voorziening verplicht opgelegd – en toezicht door Ofcom.¹⁹¹ Bovendien zal een nieuwe Rights Agency worden ingesteld, welke zich moet bezighouden met het ontwikkelen van nieuwe methoden om filesharing tegen te gaan. Deze Agency zal zich ook toeleggen op het ontwikkelen en toepassen van criteria krachtens welke een ISP een gebruiker in de gaten mag houden – met andere woorden, de vaststelling van de betekenis van het begrip 'serious repeat infringers'.¹⁹²

Deze voorstellen circuleerden in januari 2009. Zij waren op dat moment nog weinig uitgewerkt. Onduidelijk is bijvoorbeeld of ISP's ook verplicht zullen worden om ernstige overtreeders uit te sluiten van toegang tot internet. In het definitieve rapport *Digital Britain* van juni 2009 wordt het standpunt ingenomen dat een afsluitingssanctie bij filesharing te ingrijpend is. In plaats daarvan worden waarschuwingen gecombineerd met een sanctie waarbij de internetverbinding tijdelijk kan worden vertraagd. Het regime voor de 'serious repeat infringers' blijft gehandhaafd, evenals het belang van het ontwikkelen van voor consumenten aantrekkelijke online exploitatiemodellen.¹⁹³ Het rapport hanteert de doelstelling dat illegale filesharing via Britse ISP's binnen een jaar met 70 procent moet zijn gedaald.¹⁹⁴

3.3.3 Synthese

Zowel het up- als downloaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal is in het Verenigd Koninkrijk in beginsel niet toegestaan. De regering werkt aan voorstellen om filesharing tegen te gaan. Uit een consultatieronde onder belanghebbenden bleek dat de door de regering voorgestelde zelfreguleringsaanpak, waarbij filesharing vooral door ISP's en rechthebbenden zou worden bestreden, geen steun vond. Derhalve kiest de regering thans voor een wettelijke aanpak, waarbij ISP's waarschuwingen en nader te bepalen acties jegens filesharende gebruikers moeten ondernemen. Voor recidiverende gebruikers geldt dat de ISP hun data-

¹⁹¹ Ibid., p. 44.

¹⁹² The Guardian 30 januari 2009, p. 13, 'Digital digits: Britain's digital future unveiled: broadband for all and a crackdown on internet pirates: Industry has become key part of economy - report: Rights agency proposed to combat file-sharing'.

¹⁹³ Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: Final Report*, juni 2009, p. 110-111.

¹⁹⁴ Ibid., p. 112.

verkeer moet monitoren en moet bewaren. Rechthebbenden kunnen dan de geanonimiseerde gegevens inzien om stelselmatige schendingen van hun auteursrechten vast te stellen. Vervolgens moeten zij via de bestaande procedure een gerechtelijk vonnis verkrijgen tot afgifte van de persoonsgegevens van de overtredende personen.

3.4 Duitsland

3.4.1 Stand van zaken huidige wetgeving

3.4.1.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 werd reeds genoemd dat Duitsland een thuiskopieregeling kent. Artikel 53 Urhebergesetz (UrhG) bepaalt echter dat het maken van een kopie voor privégebruik onder bepaalde omstandigheden leidt tot civiel- en strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het gaat daarbij, kort gezegd, om het verbod op kopiëren uit evident onrechtmatige bron. In de context van het internet betreft het hier aldus het *downloaden* uit evident onrechtmatige bron.

De *uploader*, dat wil zeggen degene die (digitaal) materiaal aanbiedt of het voor dat doel verveelvoudigt, maakt in Duitsland net zoals in Nederland en in overige landen van de EU inbreuk op de exclusieve rechten van de rechthebbende. In het navolgende staat met name het *downloader* – dus degene van wie gezegd kan worden dat hij een kopie voor eigen gebruik maakt – centraal. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de uploader komt aan het einde van deze paragraaf kort aan bod.

3.4.1.2 Kopieën uit evident onrechtmatige bron

De in artikel 53, paragraaf 1 UrhG, vervatte privékopie-exceptie bevat een belangrijke beperking: een kopie uit evident onrechtmatige bron valt niet onder de werking van deze exceptie. Degene die een kopie maakt uit een dergelijke bron komt geen beroep toe op de privékopie-exceptie en is derhalve civiel- en strafrechtelijk aansprakelijk wegens schending van het exclusieve verveelvoudigingsrecht. Voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid is in dit verband relevant dat de bewijslast wordt omgekeerd. Naar Duits recht dient een gebruiker van een auteursrechtelijk beschermd werk aan te tonen dat hij gerechtigd is het werk te gebruiken. In het kader van art. 53 UrhG is het echter juist aan de rechthebbende (in voorkomend geval de eisende partij) om aan te tonen dat de gebruiker

geen beroep op de exceptie toekomt omdat het bronexemplaar evident onrechtmatig is.¹⁹⁵

De relevante passage van artikel 53 luidt dat geen privékopie mag worden gemaakt uit *offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen*. Hier zal eerst worden besproken wat onder een onrechtmatige bron wordt verstaan, waarna zal worden ingegaan op het criterium van 'evidentie' (*offensichtlichkeit*).

Overigens verdient het opmerking dat deze beperking in 2003 is ingevoerd (zie verder hieronder), en codificeert wat in literatuur en rechtspraak al langer was aanvaard, namelijk dat kopieën uit onrechtmatige bron niet onder de exceptie van de privékopie vallen.¹⁹⁶ In dat opzicht verschilt de Duitse situatie dus van de Nederlandse, waarin een dergelijk vereiste – met een enkele uitzondering¹⁹⁷ – niet in de rechtspraak wordt aangenomen. Bovendien verkondigen sommige auteurs de opvatting dat de privékopie-exceptie alleen dan conform de driestappentoets is, indien de rechtmatigheid van het bronexemplaar wordt vereist.¹⁹⁸ Indien een dergelijk criterium niet wordt aangelegd, zou een privékopie-exceptie er toe leiden dat de onrechtmatigheid van een exemplaar van een werk 'gezuiverd' kan worden door er privékopieën van te maken. Daardoor zou de exceptie een te breed bereik krijgen, aldus de redering van auteursrechtgeleerde Jani.¹⁹⁹

3.4.1.3 *Rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlage*

De inperking van de privékopie-exceptie is in twee fasen ingevoerd. In 2003 werd verboden om een privékopie te maken van een 'öffentlich rechtswidrig hergestellten Vorlage'. Deze formulering gaf in de doctrine aanleiding tot discussie over de reikwijdte van de inperking. Onduidelijk was met name of het downloaden van

¹⁹⁵ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 855; Drucksache 16/1828, p. 26

¹⁹⁶ Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 842 en 843; Daniel Gutman, 'Abruf im Internet von unbekannten und offensichtlich urheberrechtlich unrichtmäßigen Werken', *MMR* 2003, p. 706. De rechtspraak had deze beperking reeds aanvaard in bijvoorbeeld *KG GRUR* 1992, p. 168 (Dia-Kopien), in stand gelaten in *BGH GRUR* 1993, p. 899 (Dia-Duplikate).

¹⁹⁷ Rb. Den Haag, 25 juni 2008 (*ThuisKopie/SONT*), waarover meer in hoofdstuk 2.

¹⁹⁸ Bijv. Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 845-846. Jan Nicolaus Ullrich, 'Clash of Copyrights – Optionale Schranke und zwingender finanzieller Ausgleich im Fall der Privatkopie nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Richtlinie 2001/29/EG und Dreistufentest', *GRUR Int* 2009, p. 287, noemt dit verband niet.

¹⁹⁹ Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 845-846. Jani bekritiseert dan ook het thans in de wet opgenomen vereiste dat de onrechtmatigheid *evident* moet zijn; ook dat zou volgens deze auteur in het licht van de driestappentoets een te brede portee aan de privékopie-exceptie geven.

muziek of andere werken via het internet wel verboden was.²⁰⁰ Veel muziekbestanden die via P2P-netwerken (Tauschbörsen) worden verspreid, zijn immers legitiem gemaakte verveelvoudigingen krachtens de privékopie-exceptie (mits de bestanden niet zijn verveelvoudigd met het oog op nadere verspreiding, zie hoofdstuk 2). Dan is weliswaar het aanbieden van de kopie aan derden een schending van het auteursrecht (namelijk van het openbaarmakingsrecht ex art. 19 UrhG en van art. 53 lid 6 UrhG), maar het downloaden ervan (het maken van een nieuwe privékopie) is wel rechtmatig omdat het bronbestand legitiem tot stand is gekomen.²⁰¹ Dat had de wetgever echter niet beoogd, en in 2008 is dan ook – ter verheldering²⁰² – toegevoegd dat het bronbestand evenmin ‘offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht’ mag zijn. Aldus ziet de wetgeving nu op de evidente onrechtmatigheid van het bronexemplaar (Vorlage) alsmede van de openbaarmaking (öffentliche zugänglichmachung) ervan.

De vraag of het bronexemplaar rechtmatig tot stand is gekomen (hergestellt) hangt samen met het reproductierecht (art. 16 UrhG). Een origineel exemplaar is per definitie rechtmatig tot stand gekomen en kan dus in het kader van de privékopie-exceptie worden gekopieerd.²⁰³ Voor het overige gaat het er met name om vast te stellen of alle verveelvoudigingen in de keten van origineel tot bronexemplaar legitiem zijn geweest. Daarbij gaat het om de vraag of elke verveelvoudiging gemaakt is krachtens een licentie of onder de werking van een exceptie. Enkel wanneer een bronexemplaar rechtmatig tot stand is gekomen, dus wanneer de voorgaande verveelvoudigingen steeds legitiem waren, kan er een rechtmatige privékopie van worden gemaakt. Bijzondere betekenis komt in dit verband toe aan technische beschermingsmaatregelen (TPM). Op grond van art. 95a UrhG is het omzeilen van TPM niet toegestaan, zij het dat strafrechtelijke aansprakelijkheid daarvoor ex art. 108b lid 1 UrhG is uitgesloten (mits de omzeiling geschiedt in het kader van het maken van een privékopie). Het maken van een privékopie van een bronexemplaar waarbij TPM is omzeild, is dus niet toegestaan, want het bronexemplaar is niet rechtmatig tot stand gekomen wegens

²⁰⁰ Marco Gercke, ‘Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht’, *ZUM* 2007, p. 792 met verdere verwijzingen in noot 16; Christian Czychowski, ‘“Wenn der dritte Korb aufgemacht wird...” Das zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft’, *GRUR* 2008, p. 589.

²⁰¹ Zie echter Ole Jani, ‘Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG’, *ZUM* 2003, p. 842-854, die beargumenteert dat het onrechtmatig aanbieden van een privékopie het bronbestand al een ‘rechtswidrig hergestellten Vorlage’ maakt.

²⁰² BT-Drucksache 16/1828, p. 18; zie echter kritisch Tobias Reinbacher, ‘Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen’, *GRUR* 2008, p. 395 (beargumenterend dat er weldegelijk sprake is van een uitbreiding).

²⁰³ *Ibid.*, p. 395-396.

schending van art. 95a. Het maken van een kopie kan derhalve op grond van art. 53 ook leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid.²⁰⁴

De vraag of een bronexemplaar rechtmatig toegankelijk wordt gemaakt, hangt af van de vraag naar het recht van openbare toegankelijkmaking ex art. 19a UrhG. Dat recht is een aspect van het openbaarmakingsrecht en is ingevoerd naar het voorbeeld van het *making available right* dat in de Auteursrechttrichtlijn is vervat. Hierbij gaat het dus om de vraag of de aanbieder van het bronexemplaar gerechtigd is dit openbaar toegankelijk te maken krachtens licentie of exceptie. Onder openbaarheid dient te worden verstaan dat het werk toegankelijk wordt gemaakt aan personen die niet een persoonlijke betrekking met de aanbieder hebben (art. 15 lid 3 UrhG).²⁰⁵

Omwille van de bondigheid worden beide vraagstukken – de vraag naar de legitimiteit van het te kopiëren exemplaar onderscheidenlijk de legitimiteit van de toegankelijkmaking ervan – hierna tezamen aangeduid als de vraag naar de ‘legitimiteit van het bronexemplaar’.

Met betrekking tot het downloaden van bestanden via het internet zal vaak sprake zijn van onrechtmatig toegankelijk gemaakte werken. Het bronexemplaar kan zelf immers een legitieme privékopie zijn (bijvoorbeeld van een CD), zodat wel sprake is van een legitiem tot stand gekomen verveelvoudiging.²⁰⁶ Doorgaans is de bezitter van een (digitaal) exemplaar van het werk echter niet gemachtigd dat ook openbaar toegankelijk te maken. De meeste uitwisselingen van bestanden via het internet zijn als openbaar te kwalificeren, nu aanbieder en downloader elkaar in de regel niet persoonlijk kennen.²⁰⁷ Daarmee is de onrechtmatigheid van bronexemplaren op P2P-netwerken en andersoortige downloadsites in de regel gegeven.

Volgens de huidige regeling is een privékopie enkel rechtmatig indien zij niet gemaakt is van een exemplaar dat evident onrechtmatig tot stand is gekomen of evident onrechtmatig openbaar toegankelijk is gemaakt. Cruciaal is dus of de

²⁰⁴ Zie in het algemeen en voor kritiek Ibid., p. 396-397.

²⁰⁵ Ibid., p. 397.

²⁰⁶ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 855; Tobias Reinbacher, ‘Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen’, *GRUR* 2008, p. 397; Marco Gericke, ‘Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht’, *ZUM* 2007, p. 792; zie anders Ole Jani, ‘Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG’, *ZUM* 2003, p. 842-854 (beargumenterend dat ook het doorgeven van een privékopie is aan te merken als een *rechtswidrig hergestellte Vorlage*).

²⁰⁷ Tobias Reinbacher, ‘Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen’, *GRUR* 2008, p. 397; er zou een uitzondering kunnen gelden voor bepaalde gesloten netwerken, maar ook de meeste newsgroups en intranetten zijn toegankelijk voor personen waarmee geen persoonlijke band bestaat. Niet openbaar is waarschijnlijk, gelet op de criteria (*loc. cit.*) het aanbieden van bestanden op een locatie die enkel voor vrienden toegankelijk is, bijvoorbeeld een netwerksite, of een thuisnetwerk.

aanbieder van het bronexemplaar tot dit openbaarmaken of verveelvoudigen gerechtigd is doordat hij ofwel zelf rechthebbende op het werk is,²⁰⁸ dan wel handelt krachtens een licentie of onder de werking van een exceptie. Op grond van het territorialiteits- en assimilatiebeginsel moeten deze vragen naar nationaal recht (dus voor wat Duitsland betreft naar Duits recht) worden beantwoord.²⁰⁹

3.4.1.4 *Offensichtlichkeit*

3.4.1.4.1 *Inleidende opmerkingen*

Het belangrijkste vraagstuk met betrekking tot de privékopie-exceptie betreft de interpretatie van het evidentie criterium. Immers, met de betekenis van het begrip *offensichtlich* staat of valt de legitimiteit van het maken van een privékopie in een concreet geval. Het criterium is in de wet opgenomen bij wijze van compromis tussen Bundesrat en Bundesregierung.²¹⁰ De regering voelde er in eerste instantie niets voor om de beperking van de rechtmatige bron in de wet op te nemen; een dergelijk verbod zou, aldus de regering, niet te handhaven zijn.²¹¹ Zodoende werd aansprakelijkheid beperkt tot gevallen waarin de onrechtmatigheid 'evident' is. Er is opgemerkt dat met de toevoeging van dat criterium de exceptie voor de privékopie is verruimd: onder de oude, in de jurisprudentie ontwikkelde regeling was een kopie uit elke onrechtmatige bron niet toegestaan. Thans kan men *a contrario* redeneren dat het maken van een privékopie uit een bron die weliswaar onrechtmatig is, maar niet op evidente wijze, wel is toegestaan.²¹²

Behalve met enkele voorbeelden is het criterium van *offensichtlichkeit* niet nader toegelicht. De bedoeling van de wetgever was om het criterium in de rechtspraak te laten ontwikkelen.²¹³ Dat is tot op heden nog niet gebeurd. Bovendien is het begrip een novum in het Duitse materiële auteursrecht, zodat een

²⁰⁸ Het komt voor dat auteursrechthebbenden hun werk zelf via het internet of P2P systemen verspreiden: *ibid.*, p. 397. Dat betekent echter nog niet dat iemand die dat downloadt, het bestand zonder meer voor verdere verveelvoudiging ter beschikking mag stellen; het recht op openbare toegankelijkmaking wordt niet uitgeput: *ibid.*, p. 397.

²⁰⁹ Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 849-850

²¹⁰ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 850; Drucksache 15/1353.

²¹¹ Drucksache 15/38, p. 39 voor de argumentatie van de regering.

²¹² Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 844;

²¹³ 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, p. 79 (maar geen verdere verwijzing naar wetgevingsstukken).

analoge interpretatie niet tot de mogelijkheden behoort.²¹⁴ Gelukkig heeft de Duitse (auteurs)rechtswetenschap hier uitvoerig aandacht aan besteed.

3.4.1.4.2 Opmattingen in de literatuur

Jani schrijft in 2003²¹⁵ dat het evidentiebeprip zowel een objectief als een subjectief element omvat. Het objectieve element is volgens hem het belangrijkste.

Voor wat betreft het objectieve element stelt Jani dat op grond van het gebruik van het evidentiecriteria in andere rechtsgebieden geconcludeerd mag worden dat grensgevallen zijn uitgesloten. Evident zijn alleen die zaken, die 'gleichsam ins Auge springen'.²¹⁶ Zo komt men tot de aan het mediarecht ontleende invulling dat evidentie betreft hetgeen 'von jederman ohne besondere Mühe erkennbar ist'.²¹⁷ Er wordt hier dus gewerkt met het geobjectiveerde criterium wat voor 'eenieder' als onrechtmatig te herkennen is: niet doorslaggevend is wat vanuit de ogen van de concrete gebruiker of de beoordelende rechter als evident kan of moet worden aangemerkt. Cruciaal is dan de vraag wat onder eenieder moet worden verstaan: dient men daarbij uit te gaan van een min of meer onwetende doorsneeburger, of sluit de invulling van het criterium eerder aan bij wat van de gemiddelde gebruiker mag worden verwacht? Jani pleit voor dat laatste, en dat leidt er toe dat evidentie sneller zal worden aangenomen; voor de gemiddelde *gebruiker* zal immers eerder duidelijk mogen zijn of een bron-exemplaar onrechtmatig is dan voor een gemiddelde, minder goed geïnformeerde *burger*. Jani staft deze conclusie dan ook met het argument dat een ruime uitleg van evidentie aansluit bij het doel van de bepaling (te weten het tegengaan van illegale kopieën). Bovendien is deze uitleg, aldus Jani, meer in lijn met de (onder andere) in de Auteursrechttrichtlijn vervatte driestappentoets, welke noopt tot een restrictieve uitleg van beperkingen op het auteursrecht.

²¹⁴ Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 850; zie anders Christian Czychowski, 'Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft', *NJW* 2003, p. 2411. Het Duitse auteursrecht bevat de term offensichtlich in art. 101 lid 7 UrhG, maar in een procedurele context en de interpretatie is derhalve niet zonder meer toepasbaar in het materiële recht (Jani, *op. cit.*, p. 842-854).

²¹⁵ Dit artikel is dus geschreven op basis van de oude wetgeving welke alleen de *offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage* uitzonderde van de privékopie-exceptie. Voor de interpretatie van het evidentiebeprip doet dat niet ter zake. Bovendien gaat Jani, *op. cit.*, er vanuit dat onder die term ook het ongerechtigd openbaar toegankelijk maken te vatten is (zie hierboven).

²¹⁶ Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 850, met verwijzing naar verdere rechtspraak.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 850, met verwijzing naar verdere rechtspraak; deze interpretatie is tot stand gekomen in de context van art. 8 lid 1 Staatsverdrag über Mediendienste (MDStV); thans is deze bepaling overgeheveld naar het Jugendmedienschutz-Staatsverdrag art. 4 lid 2 sub 3. De bepaling verbiedt, kort gezegd, uitzending van materiaal dat evident in staat is de zeden van kinderen of jeugdigen ernstig te bedreigen.

Aldus dient volgens Jani het evidentie criterium als volgt te worden uitgelegd. De onrechtmatigheid van een bronexemplaar is evident indien, naar objectieve maatstaven, de gemiddelde gebruiker die onrechtmatigheid zonder nader onderzoek had herkend, bijvoorbeeld aan de hand van de omstandigheden van het aanbod of de kwaliteit van het exemplaar.

Het subjectieve element, de kennis van de gebruiker in een concreet geval, is volgens Jani in beginsel niet relevant. Indien een bronexemplaar evident onrechtmatig is, kan een individuele gebruiker zich niet succesvol verdedigen met een beroep op zijn onwetendheid te dien aanzien. Op dit punt lopen de meningen echter uiteen, zoals we nog zullen zien. Jani pleit er wel voor om het subjectieve element mee te wegen indien de gebruiker in een concreet geval wist of had moeten weten dat het bronexemplaar onrechtmatig was, terwijl de evidentie niet is komen vast te staan.

Duits auteursrecht prominent *Dreier* geeft een hiervan afwijkende interpretatie door juist het subjectieve element meer centraal te stellen. Ook hij benadrukt dat evidentie slechts in uitzonderingsgevallen mag worden aangenomen. Volgens Dreier is pas sprake van evidentie indien de rechtmatigheid van het bronexemplaar naar alle waarschijnlijkheid uitgesloten kan worden. Van een onderzoeksplicht is daarbij geen sprake.

Dreier wijkt af van Jani door het subjectieve element te benadrukken. Volgens Dreier moet de evidentie juist vooral subjectief, dus aan de hand van de concrete gebruiker, worden vastgesteld. Ook andere schrijvers zijn die mening toegedaan.²¹⁸ De reden voor de centraalstelling van het subjectieve element is dat daardoor de gebruiker te goeder trouw beschermd kan worden: wie niet wist dat een bronexemplaar onrechtmatig was, hoort vrijuit te gaan. Daarmee wordt de reikwijdte van het evidentie criterium ingeperkt en derhalve de privékopie-exceptie uitgebreid.

Overigens sluit een meer subjectieve invulling enige objectivering niet uit. Bij een subjectief criterium gaat het immers niet enkel om wat de concrete gebruiker al dan niet wist, maar ook om wat hij behoorde te weten. Het verschil met de meer objectieve invulling zoals die door Jani wordt aangehangen is gelegen in de abstractie van de individuele gebruiker: volgens de subjectieve invulling dient per gebruiker te worden vastgesteld of hij of zij wist of redelijkerwijs behoorde te weten van de onrechtmatigheid. De meer objectieve benadering abstraheert van

²¹⁸ 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 unbekannten und offensichtlich urheberrechtlich unrechtmäßigen Werken', *MMR* 2003, p. 707.

de individuele gebruiker en beoordeelt de evidentie vanuit de ogen van een 'doorsneegebruiker'.

Reinbacher schrijft specifiek over de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het maken van een kopie uit evident onrechtmatige bron. In die context moet in het evidentie criterium een objectieve en een subjectieve zijde worden onderscheiden. Het objectieve ziet op de uiterlijke verschijningsvorm van het delict en daarbij moet dus worden vastgesteld of de onrechtmatigheid objectief gezien evident was. Reinbacher wijst de subjectieve benadering van Dreier c.s. af voor toepassing in het strafrecht. In de strafrechtelijke dogmatiek moeten de objectieve en subjectieve zijden van een delict strikt gescheiden worden: het objectieve betreft de verschijningsvorm van de daad, terwijl de verwijtbaarheid van de dader in het subjectieve element ter sprake komt. De gebruiker te goeder trouw (*gutgläubigen Nutzer*) wordt in het strafrecht beschermd indien hem geen verwijt treft: dan ontbreekt de strafbaarheid van de dader (zie nader paragraaf 4.1.5). Wel kan volgens Reinbacher met de specifieke kennis van de dader aangaande de onrechtmatigheid van het bronexemplaar de evidentie gegeven zijn.²¹⁹

Ten aanzien van de objectieve zijde van het delict van de illegale privékopie wijkt Reinbacher eveneens af van de door Jani verkondigde leer van de doorsneegebruiker. Reinbacher stelt dat deze invulling voor het strafrecht te verstrekt.²²⁰ Hij zoekt derhalve aansluiting bij de striktere invulling van bijvoorbeeld Dreier, volgens welke evidentie pas kan worden aangenomen indien rechtmatigheid redelijkerwijs kan worden uitgesloten. Daarbij dient te worden uitgegaan van een redelijke toeschouwer, de 'besonnenen und gewissenhaften Dritten'. Evidentie valt daardoor moeilijker aan te nemen omdat, anders dan bij de interpretatie van Jani, niet van specifieke kennis mag worden uitgegaan.

Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid moeten naast de criteria voor de objectieve zijde ook die van de subjectieve zijde worden voldaan. De gebruiker moet daarvoor weten dat hij een verveelvoudiging maakt en weten dat deze handeling niet onder de wettelijke privékopie-exceptie valt. Dit bewustzijns criterium (de strafrechtelijke schuld) kan normatief worden ingevuld: het gaat er niet enkel om wat de gebruiker in het concrete geval wist, maar ook wat de specifieke gebruiker in het concrete geval redelijkerwijs had moeten weten (verwijtbaarheid).

²¹⁹ Tobias Reinbacher, 'Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen', *GRUR* 2008, p. 398; hiermee sluit hij dus voor wat betreft het strafrecht aan bij de door Jani verkondigde opvatting.

²²⁰ *Ibid.*, p. 399.

3.4.1.4.3 Afsluitende opmerkingen: hoe zal het evidentie criterium worden ingevuld?

In het algemeen en bij gebreke aan jurisprudentiële invulling, kan met betrekking tot het evidentie criterium het volgende worden gesuggereerd. De aanname van evidentie blijft beperkt tot uitzonderingsgevallen. Discussie bestaat over de vraag of het criterium meer objectief of subjectief moet worden uitgelegd. Bij een objectief criterium wordt geabstraheerd van de kennis van de specifieke gebruiker en wordt beoordeeld wat evident is voor een doorsneegebruiker. Evidentie zal daardoor sneller worden aangenomen. Bij een subjectieve uitleg staat de specifieke gebruiker en zijn kennis centraal. Ook daarbij is een zekere mate van objectivering mogelijk, doch wordt de evidentie pas aangenomen als een individuele gebruiker de rechtmatigheid van het bronexemplaar redelijkerwijs had kunnen uitsluiten. Dat criterium is strikter en evidentie zal dus minder snel worden aangenomen. Een subjectieve invulling leidt tot een breder toepasbare privékopie-exceptie. Daar wordt wel tegenin gebracht dat de driestappentoets (en dus een richtlijnconforme uitleg) noopt tot een restrictievere interpretatie van de exceptie en daarom een objectieve invulling van evidentie.

Ondanks deze onenigheid ten aanzien van het abstracte is de literatuur wel min of meer in overeenstemming over concrete aanwijzingen voor evidente onrechtmatigheid en de toepassing daarvan op enkele praktijkcasus. Met betrekking tot downloaden wordt vaak gesteld dat sprake is van evidente onrechtmatigheid indien de mogelijkheid van rechtmatige bronexemplaren redelijkerwijs is uit te sluiten. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het downloaden van films die nog niet op DVD of zelfs in de bioscoop zijn uitgebracht. Ook bij de uitwisseling van muziekbestanden via P2P-netwerken ontbreekt de mogelijkheid van legale bronexemplaren doorgaans, omdat bezitters van muziek zelden gerechtigd zijn deze muziek ook openbaar toegankelijk te maken.²²¹ Om die reden kan het downloaden van muziek via P2P-netwerken doorgaans als evident onrechtmatig worden aangemerkt, waardoor de privékopie-exceptie niet van toepassing is. Daar wordt wel tegenin gebracht dat een groeiend aantal muzikanten ook zelf gratis muziek ter download aanbiedt. Indien zij dit via P2P-netwerken doen, is het aanbod wel rechtmatig (mits de muzikanten ook de rechten daartoe bezitten) en downloaden

²²¹ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 845-855; Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung 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 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.

voor een privékopie dus ook. De huidige omvang van deze praktijk is onduidelijk, maar niet valt uit te sluiten dat zij in de toekomst zal toenemen, waardoor het onderscheid tussen legale en illegale filesharing moeilijker te maken zal worden. In ieder geval kunnen grote institutionele rechthebbenden in hun gevecht tegen piraterij het publiek informeren over de illegaliteit van het aanbod van bepaalde werken via P2P-netwerken; door zulke informatie kan evidente onrechtmatigheid eerder worden aangenomen.²²²

Ook andere omstandigheden van het aanbod kunnen bijdragen aan de aanname van evidente onrechtmatigheid. Zo zal het feit dat muziek gratis wordt aangeboden een sterke indicator zijn, nu zulks zelden legitiem gebeurt.²²³ Tot slot zal nog de kwaliteit van het bronexemplaar of hoedanigheid waarin het wordt aangeboden, met name bij analoge exemplaren, sterke aanwijzingen bevatten over de (on)rechtmatigheid.

3.4.1.5 *Strafrechtelijke aansprakelijkheid*

De hierboven genoemde revisie van het Duitse auteursrecht waarmee ook art. 53 UrhG werd aangepast, neigt naar toepassing van het strafrecht (vooral op verzoek van rechthebbenden) jegens met name downloaders, omdat een civielrechtelijke aanpak van *filesharing* met name in de ogen van rechthebbenden onbevredigend is gebleken.²²⁴ Dit 'falen' was hoofdzakelijk te wijten aan de moeilijkheid om IP-adressen en persoonsgegevens van gebruikers van filesharing te verkrijgen.²²⁵

Met wat hierboven over de interpretatie van art. 53 UrhG is gezegd, is de invulling van strafrechtelijke aansprakelijkheid al uitgebreid aan bod gekomen. Hier kan dus worden volstaan met enkele afrondende opmerkingen.

3.4.1.5.1 *Strafrechtelijke aansprakelijkheid bij downloaden*

Op grond van het huidige art. 53 is downloaden uit evident onrechtmatige bron strafbaar. Een gebruiker die een verveelvoudiging maakt zonder dat hij daartoe, bijvoorbeeld op grond van de privékopie-exceptie is gemachtigd, schendt immers het exclusieve verveelvoudigingsrecht ex art. 16 UrhG, en dat is strafbaar op

²²² Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM* 2003, p. 853

²²³ Tobias Reinbacher, 'Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen', *GRUR* 2008, p. 401. Indien dit in concreto wel het geval is, ontbreekt de wederrechtelijkheid en gaat de gebruiker dus vrijuit.

²²⁴ 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

²²⁵ Marco Gercke, 'Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht', *ZUM* 2007, p. 792.

grond van art. 106 UrhG. Op overtreding van artikel 106 UrhG staat een gevangenisstraf van maximaal drie jaren of een niet nader gemaximeerde boete. Voor strafbaarheid moet, zoals hierboven uiteengezet, zowel aan het objectieve als het subjectieve element voldaan zijn. Het objectieve element kent vijf bestanddelen:²²⁶

1. Het gekopieerde werk moet een werk in auteursrechtelijke zin zijn;
2. De dader moet dit werk verveelvoudigen;
3. De dader moet de daartoe vereiste rechten niet bezitten;
4. Het moet betreffen een 'rechtswidrig hergestellte oder rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Vorlage';
5. Deze illegaliteit (*Rechtswidrigkeit*) moet evident (*offensichtlich*) zijn.

Het subjectieve element betreft de verwijtbaarheid van de dader. Opzet (*Vorsatz*) is hierbij vereist.²²⁷ Ook voorwaardelijk opzet (*bedingter Vorsatz*), dus het geval waarin de dader de verwerkelijking van de bestanddelen voor mogelijk houdt en deze mogelijkheid aanvaardt,²²⁸ volstaat en laat dus een normatieve invulling toe.²²⁹ Nalatigheid (*Fahrlässigkeit*) is echter onvoldoende.²³⁰

De strafbaarstelling van het maken van een privékopie uit evident onrechtmatige bron is veelvuldig bekritiseerd. Onder andere deze kritiek heeft geleid tot een alternatief wetsvoorstel (*Referentenentwurf*).²³¹ Het grootste bezwaar tegen de strafbaarstelling was dat een strafrechtelijke aanpak van kleinschalige of incidentele gebruikers niet gepast is.²³² Om die reden werd een soort *de minimis*-bepaling (*Bagatellklausel*) voorgesteld, waardoor kleinschalig kopiëren uit evident onrechtmatige bron niet strafbaar zou zijn. Daar wordt wel tegenin gebracht dat een dergelijke beperking niet past binnen de strafrechtelijke dogmatiek.²³³ Deze *Bagatellklausel* is niet door de wetgever overgenomen. Naar Nederlands recht

²²⁶ Tobias Reinbacher, 'Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen', *GRUR* 2008, p. 395.

²²⁷ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 1453; vgl. Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humblot 1996, p. 291

²²⁸ *Ibid.*, p. 299-300.

²²⁹ Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 1453

²³⁰ *Ibid.*, p. 1453.

²³¹ '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, waarover Marco Gercke, 'Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht', *ZUM* 2007, p. 799.

²³² Het argument luidt dat strafbaarstelling van dergelijk gebruik politiek niet opportuun is en bovendien kan leiden tot een vermindering van sociale acceptatie van het auteursrecht: *ibid.*, p. 799 (met verdere verwijzingen).

²³³ *Ibid.*, p. 799.

zou de vervolgingsbeslissing bij strafbare filesharing, anders dan in Duitsland, binnen het opportuniteitsbeginsel vallen.

3.4.1.5.2 Strafrechtelijke aansprakelijkheid bij uploaden

Naar Duits recht staat buiten kijf dat degene die auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbende online aanbiedt, het auteursrecht in beginsel schendt. Ook dat kan leiden tot civiel- of strafrechtelijke aansprakelijkheid. De uploader schendt zowel het verspreidingsrecht (art. 17 UrhG) als het recht op openbare toegankelijkmaking (art. 19a UrhG), welke beide rechten aan de rechthebbende zijn voorbehouden. In het kader van filesharing is bovendien nog relevant dat de uploader artikel 53 lid 6 schendt, indien hij de werken zelf onder de werking van de privékopie-exceptie heeft verkregen. Indien de werken zelf uit filesharing afkomstig zijn, en dus (gelet op bovenstaande) onrechtmatig zijn, is de verdere verspreiding ervan tevens in strijd met artikel 96 UrhG. Dat is de grondslag voor civielrechtelijke aansprakelijkheid. De strafrechtelijke aansprakelijkheid is gegrond op artikel 106 UrhG in combinatie met de hiervoor genoemde artikelen. Voor strafbaarheid is, zoals gezegd, opzet vereist.

3.4.2 Synthese

Van de onderzochte landen is Duitsland het enige dat daadwerkelijk op filesharing gerichte wetgeving heeft geïntroduceerd. De aanpak daarvan is overwegend strafrechtelijk. Bovendien richt zij zich niet enkel meer op uploaders, maar ook op de downloaders van auteursrechtelijk beschermd materiaal. De Duitse thuiskopie-exceptie vereiste reeds, op basis van jurisprudentie, het rechtmatige bezit van het bronexemplaar. Teneinde filesharing aan te pakken is dat vereiste nu ook in de wet opgenomen: wie een bestand kopieert dat zonder toestemming van de rechthebbende wordt aangeboden, kan geen beroep doen op de privékopie-exceptie en is derhalve straf- en civielrechtelijk aansprakelijk. Van doorslaggevend belang is evenwel dat de onrechtmatigheid van het bronexemplaar evident moet zijn. De invulling van dat criterium bepaalt de reikwijdte van deze aanpak van filesharing, doch de invulling ervan is tot op heden niet vast komen te staan.

Hoofdstuk 4 – Overzicht en vergelijking van de verschillende stelsels

4.1 Inleiding en plan van behandeling

In dit hoofdstuk zullen de hiervoor besproken wijzen van aanpak van illegale filesharing worden vergeleken, waarbij de belangrijkste voor- en nadelen voor het voetlicht worden gebracht. De nadruk ligt daarbij op hetgeen in hoofdstuk 3 (initiatieven aanpak filesharing) besproken werd. De thuiskopiestelsels (hoofdstuk 2) worden niet meer uitvoerig besproken, tenzij direct relevant voor de aanpak van illegale filesharing. In wat volgt zullen eerst enkele algemene punten worden besproken, die in alle onderzochte landen een rol spelen. In het tweede deel worden de benaderingen van de drie landen integraal vergeleken op de voor- en nadelen. Wij roepen hier in herinnering dat alleen in Duitsland sprake is van geldend recht. De Franse wet is nog niet in werking getreden, en in Engeland is enkel nog sprake van enige beleidsvoorstellen, die nog niet in concrete wetsvoorstellen zijn omgezet.

4.2 Eerste deel: punten van algemeen belang

4.2.1 Data en databescherming

Om illegale filesharing in een concreet geval aan te kunnen pakken, zijn verschillende soorten data nodig. 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 op te kunnen doen leggen. In dit verband zijn twee afzonderlijke aspecten van belang. De eerste betreft de wijze waarop initiële informatie kan worden verkregen over een concreet geval van illegale filesharing. De tweede betreft de beschikbaarheid van data en afgifte ervan aan de rechthebbenden en/of gerechtelijke instanties door ISP's.

Initiële informatie

Voordat actie kan worden ondernomen tegen een internetgebruiker wegens illegale filesharing, moet kennis bestaan over de activiteiten van de internetgebruiker. Nu ISP's op grond van Europese regelgeving geen algemene plicht hebben of mogen hebben om informatie preventief op rechtmatigheid te controleren en datastromen te 'monitoren', is in de onderzochte landen steeds vereist dat er een soort 'klacht' van een concreet geval van filesharing is ingediend. In Frankrijk en Engeland is die klacht afkomstig van bijvoorbeeld rechthebbenden of rechtenorganisaties, terwijl de politie of het Openbaar Ministerie (OM) in Duitsland aanlei-

ding zal moeten hebben tot het instellen van een onderzoek naar filesharing. De vraag is dan hoe een dergelijke instantie of derde aan informatie voor het indienen van een dergelijke klacht dient te komen: op een of andere wijze moet de indiener van de klacht op de hoogte zijn van (vermeende) auteursrechtsschendingen. Bovendien zal bijvoorbeeld een IP-adres bekend moeten zijn om de klacht te kunnen koppelen aan een concrete gebruiker. De wijze waarop deze initiële informatie wordt verkregen, is in geen van de onderzochte landen specifiek geregeld. Doorgaans zal een rechthebbende of rechtenorganisatie derhalve zelf een methode moeten ontwikkelen om auteursrechtsschendingen op te sporen, bijvoorbeeld door het observeren van P2P-netwerken en het registreren van IP-adressen. De beschikbaarheid van de vereiste informatie, bijvoorbeeld van de IP-adressen van gebruikers, kan evenwel afhangen van het P2P-netwerk en de gebruikte software.

Enkel in het Verenigd Koninkrijk is op enige wijze aandacht besteed aan de beschikbaarheid van initiële informatie. In het aldaar circulerende voorstel dienen ISP's het dataverkeer van 'serious repeat infringers' te monitoren en geanonimiseerd beschikbaar te stellen aan rechthebbenden. Deze rechthebbenden kunnen dan vervolgens bezien of een van deze internetgebruikers hun rechten heeft geschonden. Die informatie kan vervolgens worden gebruikt om de rechter om een vonnis tot afgifte van de persoonsgegevens te verzoeken. Deze procedure maakt het verkrijgen en gebruiken van initiële informatie eenvoudiger, doch uitsluitend voor zover het gebruikers betreft die reeds bekend staan als 'serious repeat infringers'. Daarvoor moeten dus, in een eerder stadium, al klachten over deze gebruikers zijn ontvangen.

Het spreekt voor zich dat het beschikbaar zijn van initiële informatie voor het succes van enige aanpak van illegale filesharing van doorslaggevend belang is: zonder een klacht of aanleiding tot opsporing zal niet kunnen worden overgegaan tot het sanctioneren van illegale filesharing in een concreet geval.

Data van ISP's: opslag en afgifte

Als vervolgens wel een klacht is ontvangen of een strafrechtelijke opsporing is gestart, moet bewijs worden verkregen waaruit blijkt dat een gebruiker zich inderdaad schuldig heeft gemaakt aan illegale filesharing van auteursrechtelijk beschermd materiaal. Bovendien moeten de persoonsgegevens van de gebruiker bekend zijn teneinde een procedure te kunnen entameren.

De opslag van gegevens over dataverkeer door ISP's wordt geregeld in de Richtlijn elektronische privacy.²³⁴ Artikel 6 lid 1 bepaalt dat dergelijke informatie slechts bewaard mag worden voor het doel van de transmissie. Zodra opslag niet langer nodig is, moet zij worden gewist of geanonimiseerd. Op dat beginsel zijn evenwel uitzonderingen mogelijk op grond van artikel 15 lid 1 van de richtlijn, die hieronder bij de bespreking van de *Promusicae*-zaak aan bod komen.²³⁵

Ook voor wat betreft de afgifte van dataregistratie en persoonsgegevens van internetgebruikers door ISP's bevat het Europese recht aanwijzingen. Artikel 15 lid 1 van de Richtlijn elektronische privacy bepaalt expliciet dat lidstaten de afgifte van gegevens kunnen verplichten in het kader van strafrechtelijk onderzoek. De vraag of een ISP in het kader van een civiele zaak wegens filescharen op grond van het Europese recht gehouden is tot afgifte van de gegevens, werd door het Hof van Justitie EG (HvJ EG) in de zaak *Promusicae* behandeld.²³⁶ In dit arrest worden door de Spaanse rechter in een geding tussen *Promusicae*, een rechtenstichting, en *Telefonica*, een ISP gestelde prejudiciële vragen, beantwoord. *Promusicae* vorderde afgifte van persoonsgegevens van bij filescharen (middels het programma *KazAa*) betrokken gebruikers voor een civiele procedure wegens schending van het auteursrecht en oneerlijke mededinging. Het betrof daarbij zowel de persoonsgegevens van de gebruikers als data omtrent hun internetgebruik.²³⁷ *Telefonica* weigerde echter afgifte, zich op het standpunt stellende dat de Spaanse wet zulks slechts toelaat in het kader van strafrechtelijke procedures of voor de waarborging van de staatsveiligheid of openbare orde.

De vraag die het HvJ EG diende te beantwoorden, was 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. Het Europese Hof (HvJ EG) behandelt deze vraag als een conflict tussen het belang van de bescherming van intellectuele rechten (en dus eigendomsrechten) enerzijds, en de bescherming van persoonsgegevens (en daarmee het privacyrecht) anderzijds. Het Hof beantwoordt, na toepassing van de richtlijn te hebben vastgesteld, eerst de vraag of de richtlijn Elektronische gegevensbescherming (2002/58/EG) verstrekking van persoonsgegevens in een geval als het onderhavige verbiedt. Het antwoord daarop is ontkennend. Artikel 15 lid 1 van de richtlijn staat verstrekking van persoonsgegevens niet alleen toe in gevallen van een strafrechte-

²³⁴ 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.

²³⁵ NB dat de rechtmatigheid van de opslag van de gegevens waar het in de *Promusicae*-zaak om ging, in die zaak niet ter discussie stond: zie ro. 45.

²³⁶ HvJ EG, 29 januari 2008, Zaak C-275-06 (*Promusicae v. Telefonica inzake Kazaa*)

²³⁷ Ro. 30.

lijke procedure of wanneer staatsbelangen of de openbare veiligheid in het geding zijn. Door de verwijzing naar artikel 13 lid 1 van de Privacyrichtlijn (95/46/EG) is afgifte van persoonsgegevens ook toegestaan omwille van de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, waaronder het eigendomsrecht (inclusief het auteursrecht). De richtlijn Elektronische gegevensbescherming staat lidstaten dus toe een regeling te treffen voor de afgifte van persoonsgegevens ter bate van civiele procedures wegens schending van auteursrecht, maar de richtlijn verplicht evenwel niet tot het voorzien in een dergelijke regeling.²³⁸

Vervolgens behandelt het Hof de vraag of een plicht tot het opnemen van een dergelijke regeling uit ander gemeenschapsrecht voortvloeit. Daarbij behandelt hij, op grond van de voorliggende prejudiciële vraag, de richtlijnen die zien op de bescherming van intellectuele eigendomsrechten. Het Hof concludeert dat uit artikel 8 lid 1 jo. lid 3 sub e van de Handhavingsrichtlijn (2004/48) geen verplichting tot het voorzien van een regeling voor de afgifte van persoonsgegevens voor civiele procedures voortvloeit. Hetzelfde geldt voor artikel 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).²³⁹

Tot slot vraagt het Hof zich af 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 evenwel worden afgewogen met het recht op privacy (artt. 7 en 8 van het handvest).²⁴⁰ Een correcte implementatie van de richtlijnen moet dus recht doen aan die afweging, zonder een van de genoemde grondrechten te schenden, of in strijd te zijn met algemene gemeenschapsbeginselen.²⁴¹ In dit laatste verband is met name het evenredigheidsbeginsel van belang: artikel 15 lid 1 van de richtlijn Elektronische gegevensbescherming vereist dat een maatregel die uitzondering maakt op de vertrouwelijkheid van persoonsgegevens evenredig is.²⁴²

De vraag is nu wat uit de beslissing in de Promusicae-zaak mag worden afgeleid over de mogelijkheid ISP's te betrekken bij bijvoorbeeld de aanpak van illegale filesharing.²⁴³ Uit het arrest valt niet af te leiden dat een regeling voor afgifte van persoonsgegevens voor een civiele procedure nooit door het gemeenschapsrecht vereist wordt en evenmin dat een dergelijke regeling altijd is toege-

²³⁸ Ro. 54-55.

²³⁹ Ro. 57-60.

²⁴⁰ Ro. 61-65.

²⁴¹ Ro. 70.

²⁴² Ro. 69.

²⁴³ Zie ook de noot van Grosheide bij de zaak in *IER* 2008/3, p. 162-163, over de vele interpretaties die eraan gegeven worden.

laten. De richtlijnen, samen met de bescherming van communautaire grondrechten en algemene beginselen, moet een afweging treffen tussen de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en privacybelangen. Uitzonderingen op de bescherming van persoonsgegevens zijn daartoe 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 ter bate van een civiele procedure.

Voorts is van belang of de voor een tegen illegale filesharing gerichte procedure benodigde data wel bij ISP's beschikbaar zijn. Aangetoond zal moeten kunnen worden of een specifieke gebruiker een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk heeft gedeeld. Of zulke data bij ISP's aanwezig zijn, is niet onderzocht, evenmin als de technische middelen waarmee gebruikers dergelijke gegevens kunnen versleutelen of afschermen. Ook zijn NAW-gegevens van de gebruikers nodig, ten aanzien waarvan onder andere de Parlementaire Werkgroep Auteursrecht heeft opgemerkt dat de administratie bij ISP's niet altijd op orde is.²⁴⁴

4.2.2 Techniekafhankelijke regelgeving

In de onderzochte landen wordt bij het fenomeen van filesharing onderscheid gemaakt tussen up- en downloaden – al heeft het maken van dat onderscheid niet altijd gevolgen voor de toelaatbaarheid van een van beide soort handelingen. Uploaden van auteursrechtelijk beschermd materiaal is in alle onderzochte landen auteursrechtelijk gezien in beginsel (behoudens licenties of auteursrechtelijke beperkingen) ontoelaatbaar, ongeacht de precieze wijze waarop dat gebeurt – P2P, via een website of door middel van *streaming* (zie hieronder). Dat is het gevolg van de definitie van het auteursrecht waarop bij uploaden inbreuk wordt gemaakt: het beschikbaar stellen van een werk aan het publiek (*making available*) is een technologie-neutraal geformuleerd exclusief recht.

Of ook het enkele downloaden toelaatbaar is, hangt, zoals in hoofdstuk 2 uiteengezet, af van het thuiskopiéstelsel: ook het maken van een reproductie is een exclusief recht, maar een privékopie-exceptie kan daarop een uitzondering voor kopieën voor eigen gebruik maken, zodat downloaden auteursrechtelijk gezien toelaatbaar is. Voor filesharing via het BitTorrent-P2P-protocol, waarbij de informatie die wordt gedownload automatisch weer wordt aangeboden aan derden gedurende of net na het downloadproces, ligt dit weer wat genuanceerder.

²⁴⁴ Parlementaire werkgroep Auteursrecht (A. Gerken e.a.), *Auteursrechten: een rapport*, 17 juni 2009, p. 28.

Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 2, paragraaf 3.1.1. Het zonder toestemming van de rechthebbende aanbieden van bestanden aan derden (uploaden) is in strijd met de artikelen 12 (openbaarmaking) en 13 (verveelvoudiging) Auteurswet.²⁴⁵ In de gevallen waarin tegelijkertijd wordt gedownload en geupload kan het zo zijn dat gebruikers dus wel in strijd handelen met het auteursrecht.²⁴⁶

De privékopie-exceptie kan echter zodanig worden ingeperkt dat zij niet van toepassing is op een kopie uit illegale bron. Dat is bijvoorbeeld in de Duitse auteurswet opgenomen, maar wordt ook in Frankrijk wel bediscussieerd.²⁴⁷ Dan is het maken van een kopie van een auteursrechtelijk beschermd werk dat in het kader van filesharing ter beschikking is gesteld, doorgaans ontoelaatbaar.

Wat als 'downloaden' kan worden aangemerkt, valt echter niet noodzakelijk samen met de auteursrechtelijk relevante handeling van het reproduceren van een werk. Met nieuwe technieken, zoals het zogenaamde *streaming*, kan een auteursrechtelijk beschermd werk worden bekeken of beluisterd terwijl slechts steeds 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, zodat het bekijken of beluisteren van auteursrechtelijk beschermde werken via streaming niet als schending van het auteursrecht valt aan te merken.²⁴⁸

Een soortgelijke problematiek speelt bij het Torrent-protocol, waarbij steeds slechts kleine delen van een werk worden uitgewisseld. Daarbij wordt wel betoogd dat zowel het uploaden als het downloaden van dergelijke kleine pakketjes niet als auteursrechtelijk relevante handeling is aan te merken.

Door een aanpak van illegale filesharing te koppelen aan de auteursrechtelijke definitie van de reproductiehandeling, kunnen nieuwe technologieën met zich meebrengen dat nieuwe varianten van 'downloaden', zoals het bekijken of beluisteren van werken via *streaming*, niet binnen het bereik van de regeling vallen. Dat is ook in lijn met het auteursrecht, dat niet als recht op toegang kan worden opgevat.²⁴⁹ Een en ander is echter wel relevant bij het ontwerpen van

²⁴⁵ Zoals eerder opgemerkt in hoofdstuk 2, schijnt er echter ook een mogelijkheid te zijn voor gebruikers van het BitTorrent-protocol om de werking van het 'bestanden delen' uit te zetten; in dat geval wordt er alleen gedownload en zou deze vorm mogelijk weer wel onder de privékopie-exceptie kunnen vallen. Als iedere gebruiker dit echter zou doen; zou het BitTorrent-protocol niet meer werken.

²⁴⁶ Vgl. in dezelfde zin: P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, p. 583.

²⁴⁷ In Nederland in een enkele zaak: Rb. Den Haag, 25 juni 2008, *AMI* 2004, nr. 14, m.nt. C. van der Net (*Eisers/Thuis kopie en SONT*). Deze zaak ging echter m.n. om het vaststellen van de hoogte van de thuiskopievergoeding.

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 128.

een aanpak van filesharing, zeker voor zover die ook de zijde van de downloader zou willen adresseren.

4.2.3 Een sanctieregime staat niet op zichzelf

In alle onderzochte landen wordt benadrukt dat een aanpak van illegale filesharing niet uitsluitend kan bestaan in een sanctieregime. Zo wordt bijvoorbeeld genoemd dat het bewustzijn van de illegaliteit van filesharing bij de consumenten dient te worden vergroot, bijvoorbeeld door reclame- en informatiecampagnes daaromtrent. Daarbij kan ook de entertainmentindustrie worden betrokken: zo wordt in Duitsland bijvoorbeeld gesteld dat de evidentie van de onrechtmatigheid van downloaden sneller zal worden aangenomen indien rechthebbenden het bewustzijn daarvan hebben vergroot door middel van reclame gericht tegen illegale filesharing. Ook in Engeland worden dergelijke campagnes gevoerd door de overheid en rechtenorganisaties.²⁵⁰

Een andere belangrijke bijdrage in de aanpak van illegale filesharing is het ontwikkelen van een aanbod van legaal downloadbare werken. Onder veel gebruikers van het internet bestaat, kennelijk, de behoefte aan online beschikbaar materiaal. De entertainmentindustrie kan aan die behoefte 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.²⁵¹ In Frankrijk wordt bijvoorbeeld de Hoge Autoriteit verantwoordelijk voor het stimuleren van de ontwikkeling van legaal aanbod via internet. In Engeland zijn rechthebbenden betrokken geweest bij het ontwikkelen van plannen voor de aanpak van filesharing, waarbij zij zichzelf hebben gecommitteerd tot het opzetten van nieuwe online exploitatiemodellen. Door rechtenorganisaties en de entertainmentindustrie op deze wijze bij het wetgevingsproces te betrekken, kan het vergroten van de handhaving van auteursrechten in de context van filesharing worden gecombineerd met het ontwikkelen van een legaal aanbod dat aansluit op de behoeften van gebruikers.

4.2.4 Wat is het doel van de sanctie?

In alle onderzochte landen kan aan de gebruiker die zich schuldig maakt aan illegale filesharing een sanctie worden opgelegd. In Frankrijk en Engeland bestaat die sanctie uit een tijdelijke afsluiting of vertraging van de internetverbinding, of

²⁵⁰ 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.

²⁵¹ zie bijv. ook P.B. Hugenholtz, 'Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet', *Ars Aequi* 2008, p. 583.

uit het installeren van bepaalde datafilters. 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 generaalpreventieve 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?

Een antwoord hierop 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 derhalve bijdragen aan het voorkomen van verdere herhaling. In Duitsland geldt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid voor alle gevallen van zowel uploaden als downloaden geldt. Een *de minimis*-exceptie voor de strafbaarheid van downloaden is wel in de literatuur voorgesteld, maar niet door de wetgever overgenomen.²⁵² Derhalve is daar ook het kleinschalige downloaden strafbaar en vervolgbaar.²⁵³

4.2.5 Is filesharing altijd illegaal?

De aanpak van filesharing ziet vanzelfsprekend alleen op die gevallen van filesharing waarbij inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht op de betrokken werken. Van dergelijke inbreuken is doorgaans sprake bij de uitwisseling van bijvoorbeeld muziek- en filmbestanden, omdat de uploader niet beschikt over toestemming van de rechthebbende om het werk aan derden aan te bieden; bovendien kan ook de downloader in sommige gevallen, zoals in hoofdstuk 2 besproken, het reproductierecht schenden. Filesharing en P2P-netwerken kunnen echter ook worden gebruikt voor het uitwisselen van materiaal op legale wijze, dus zonder dat inbreuk op het auteursrecht wordt gemaakt. Daarbij valt te denken aan materiaal waarop de auteursrechten of de naburige rechten reeds zijn verlopen, of 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

²⁵² Marco Gercke, 'Tauschbörsen und das Urheberstraftrecht', *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.

²⁵³ De werking van de strafbaarstelling wordt wel beperkt door het evidentie criterium, dat enkel in grensgevallen wordt aangenomen. Dat zegt echter niets over de vereiste schaal van het downloaden.

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.. In Duitsland zal uit het strafvorderlijke onderzoek moeten blijken of de filesharing inderdaad illegaal was, terwijl bij de specifieke regelingen zoals voorgesteld in Frankrijk en Engeland het handhavingsinitiatief door de rechthebbende of een rechtenorganisatie zelf zal moeten worden genomen.

4.2.6 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 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 uit 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.²⁵⁴ Ook het Europese parlement heeft in de Telecoms-package de aandacht gevestigd op het belang van zorgvuldigheid bij afsluitingssancties. Zoals reeds in hoofdstuk 3 werd aangegeven, is de exacte positie van het EP in deze niet geheel duidelijk. Evenwel is toegang tot het internet een wezenlijk aspect van het grondrecht van informatievrijheid (ontvangstvrijheid). Het EP lijkt dat te erkennen en heeft beslist dat afsluitingssanctie moet worden opgelegd in overeenstemming met art. 6 EVRM.

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. In Frankrijk zal een onafhankelijk orgaan per geval het bewijs van illegale filesharing toetsen, en een oordeel vormen over de ernst en omvang van het vergrijp en over een passende sanctie. Vervolgens heeft de internetgebruiker de mogelijkheid beroep in te stellen bij de civiele rechter. In het

²⁵⁴ EHRM 10 maart 2009 (*Times Newspapers/United Kingdom*).

Engelse voorstel vindt geen werkelijke beoordeling plaats: daar moet een ISP een nauwkeurig wettelijk omschreven sanctie opleggen in nader in de wet te definiëren gevallen. Dat leidt mogelijk tot een 'geautomatiseerde' toepassing van de afsluitingssanctie, zonder dat de proportionaliteit van de sanctie en omstandigheden van het geval worden meegewogen. Bovendien kan deze regeling ertoe leiden dat de ISP zelf een oordeel zal moeten vellen over de rechtmatigheid van de filesharing, hetgeen in strijd is met de overwegingen van het EP bij de wijziging van de Telecoms-package.²⁵⁵ Een van de voornaamste problemen van beoordeling door ISP's is het zogenaamde *chilling effect*, waarmee bedoeld wordt dat een ISP al snel geneigd is 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.

4.3 Vergelijking van de drie regimes

4.3.1 Indeling van de regimes

Het onderzoek naar de drie landen laat drie verschillende mogelijke regimes zien. In Duitsland wordt gekozen voor een geheel strafrechtelijke aanpak van filesharing. In Frankrijk is gekozen voor de oprichting van een nieuwe autoriteit die bekleed is met een nieuwe sanctiebevoegdheid. In Engeland stelt de regering een combinatie voor van nieuwe door ISP's op te leggen sancties enerzijds, en een civielrechtelijke aanpak anderzijds, waarbij de afgifte van data noodzakelijk voor civiele procedures wordt vereenvoudigd. Deze in hoofdstuk 3 uitvoerig besproken regimes laten zich als volgt schematisch samenvatten:

²⁵⁵ Zie paragraaf 2.2.6 van hoofdstuk 3.

Land / regime	Wat is on-toelaatbaar?	Soort regime / sanctie	wie legt de sanctie op?	Wie brengt initiele klacht aan?	Hoe zijn ISP's betrokken?
Duitsland	• Uploaden • Down-loaden uit evident onrechtmatige bron	Strafrechtelijk: boete of vrijheidsstraf	Straf-rechter	Politie/OM start onderzoek, evt. o.g.v. aangifte door rechthebbende	Niet betrokken; afgifte bewijs voor strafzaak
Frankrijk	• Uploaden • Down-loaden onzeker	Administratief: waarschuwing, gevolgd door afsluiting voor maximaal 1 jaar	Nieuw op te richten college (CPD)	In wet genoemde organisaties, w.o. rechten-organisaties	• Afgifte data aan college • Uitvoeren sanctie • Niet opnieuw aansluiten gesanctioneerde gebruiker
Engeland	• Uploaden • Down-loaden	Administratief en civiel: sanctie: waarschuwing gevolgd door nader te bepalen sanctie; civiele actie voor schadevergoeding of verbod	ISP, op grond van wettelijke plicht Civiele rechter	Rechthebbende	• Monitoring van ernstige overtreders; afgifte daarvan aan rechthebbenden • Waarschuw en overtreders • Opleggen en uitvoeren sanctie • Afgifte persoonsgegevens na vonnis

Op grond van deze categorisering, en met inachtneming van wat in de voorgaande paragraaf is opgemerkt, zullen we hierna de regimes per land summier vergelijken. Dat zal gebeuren aan de hand van vier kenmerken die zijn ontleend aan de bovenstaande bespreking, en die aldus zijn terug te voeren op de bestudeerde literatuur. De betreffende kenmerken zijn: 1. beginselen (met name rechtszekerheid, bescherming van fundamentele rechten en privacy); 2. kosten (verwachte efficiëntie en kostenverdeling); 3. handhaving (op welke wijze en door wie); 4. sancties (aard en doel en waarborging van de proportionaliteit). Elke vergelijking wordt voorafgegaan door een korte samenvatting.

4.3.2 Duitsland: strafrechtelijke aanpak

In Duitsland wordt filesharing strafrechtelijk bestreden. Daarbij richt men zich niet primair op de aanbieder van bestanden (de uploader), maar op degene die voor zichzelf een kopie van de bestanden maakt (de downloader). Ook downloaden is krachtens de Duitse auteurswet een schending van het auteursrecht, indien de onrechtmatigheid van het bronexemplaar evident was. Het evidentie criterium is vooralsnog niet nader ingevuld in rechte. In de literatuur bestaat discussie over de wenselijkheid van een enerzijds meer objectieve invulling, volgens welke de evidentie aan de hand van een doorsneegebruiker zou moeten worden beoordeeld, of een anderzijds meer subjectieve invulling, waarbij de vraag centraal staat of de concrete gebruiker wist of had moeten weten van de onrechtmatigheid. Een subjectieve invulling geeft meer bescherming aan gebruikers die te goeder trouw downloaden, maar beperkt daarmee wel het aantal situaties waarin sprake is van strafbaar downloaden. Overigens bestaat in de literatuur wel overeenstemming dat downloaden bij filesharing van muziek of films doorgaans als evident onrechtmatig zal worden aangemerkt.

Beginsel: Een strafrechtelijk regime biedt meer rechtszekerheid omdat de strafbaarstelling en de daaraan verbonden sancties duidelijk in de wet zijn beschreven, terwijl bij de besproken administratieve regimes nogal eens ruimte is voor invulling door zelfregulering. Omdat oplegging van een sanctie bovendien in een strafrechtelijke procedure plaatsvindt, zijn de gebruikelijke strafrechtelijke waarborgen van toepassing: de strafrechter zal het bewijs afwegen en tot een oordeel komen, daarbij zowel de omstandigheden van daad als dader in overweging nemende. De waarborgen normeren ook de opsporing, waaronder het opvragen en onderzoeken van de registraties van dataverkeer. Op die wijze kan dus ook privacy worden gewaarborgd conform de daarvoor reeds geldende normen. Bij dit alles moet evenwel worden bedacht dat hoewel toepassing van strafrechtelijke waarborgen als voordeel kan worden aangemerkt, dit wel noodzakelijk met zich meebrengt dat filesharing ook in de sfeer van het strafbare, ofwel het moreel verwerpelijke wordt getrokken. Van groot belang is dan ook de vraag hoe het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht zich verhoudt tot de aanpak van kleinschalig downloaden.

Kosten: Bij een strafrechtelijke vervolging horen doorgaans hoge kosten, en het is goed mogelijk dat de kosten voor elk geval van filesharing hoger zullen zijn dan bij een administratieve procedure. Inschakeling van het opsporingsapparaat (OM en politie) en de strafrechter is immers vereist. Deze kosten worden bovendien volledig door de overheid, dus collectief, gedragen.

Handhaving: Bij een strafrechtelijk regime hoort handhaving door de strafrechtelijke opsporings- en vervolgingsinstanties. Strafrechtelijke handhaving kan op twee wijzen geschieden, afhankelijk van het beleid dat het OM en de politie hanteren: men kan zich actief richten op opsporing van illegale filesharing, of men kan opsporing in concrete gevallen af laten hangen van een aangifte. In het laatste geval is de handhaving ten dele in handen van rechthebbenden of belangenorganisaties, die zelf gevallen van filesharing op het spoor zullen moeten zien te komen om daarvan aangifte te kunnen doen. Voor het overige valt de rechthebbende geheel buiten de procedure: het vergaren en controleren van het bewijs en opvragen van persoonsgegevens van verdachten zijn taken voor de politie, waarna het OM de zaak inhoudelijk voorbereidt en de strafrechter een besluit neemt. De nadruk ligt derhalve op de overheid; dat spreekt ook voor zich, want een strafrechtelijk regime kwalificeert een vergrijp als schadelijk voor de samenleving als geheel, eerder dan als geschil tussen twee partijen (gebruiker van filesharing en rechthebbende).

Sanctie: Omdat het strafrecht uitsluitend werkt met sancties uit het strafrechtelijke arsenaal (boetes en taak- en vrijheidsstraffen) maken waarschuwingen of op internetgebruik toegesneden sancties zoals afsluiting van het internet of het filteren van dataverkeer daarvan geen deel uit (behoudens de mogelijkheid tot wijziging van het straffenarsenaal of voorwaardelijke sepo's of straffen). Dit zijn mogelijkheden die in het Franse en Britse regime wel een plaats hebben. Waarschuwingen kunnen juist het bewustzijn van de illegaliteit van filesharing vergroten en zo bijdragen aan speciale preventie. Een afsluitingssanctie kan voorts gezien worden als een sanctie die, in het kader van proportionaliteit, beter bij het onderhavige vergrijp van illegale filesharing past en bovendien mogelijk effectiever is dan een strafrechtelijke sanctie. Ten aanzien van de proportionaliteit geldt wel dat de strafrechter, op basis van zijn straftoemingsvrijheid, tot een afgewogen oordeel over een qua aard en duur passende strafrechtelijke sanctie zal kunnen komen. Door de strafrechtelijke aard van de sanctie ziet hij bovendien niet (direct) op het vergoeden van de door rechthebbenden geleden schade; ook hierin wordt het maatschappelijke in plaats van het private karakter van de strafrechtelijke aanpak van filesharing uitgedrukt.

4.3.3 Engeland: ISP's en civiele procedure

In Engeland is zowel het uploaden als het downloaden bij filesharing niet toegestaan, omdat het Engelse auteursrecht geen privékopie-exceptie kent. Bij filesharing zal echter niet snel sprake zijn van strafrechtelijke aansprakelijkheid, omdat het Engelse recht daarvoor significante schade aan de economische positie van

de rechthebbende of het oogmerk van financieel gewin vereist. In Engeland wordt daarom voorgesteld om filesharing te bestrijden met het vereenvoudigen van de civiele procedure tegen gebruikers, en dan met name het opvragen van data bij ISP's. Daarmee kan een rechthebbende aan de civiele rechter om een verbod of schadevergoeding vragen. Daarnaast krijgen ISP's de verplichting om abonnees die zich schuldig maken aan illegale filesharing een waarschuwing toe te sturen, en bij herhaling een nader te bepalen sanctie (bijvoorbeeld vertraging van de internetverbinding) op te leggen.

Beginsel: Rechtszekerheid zal in dit regime zo veel mogelijk gediend moeten worden door de verplichtingen van ISP's gedetailleerd in de wet en in zelfreguleringscodes te omschrijven, zodat geen onduidelijkheid over de concrete plichten van de ISP en de rechtspositie van de gebruiker kan bestaan. Omdat de wet geen privékopie-exceptie kent, zal het voor Engelse internetters meestal duidelijk zijn dat filesharing van auteursrechtelijk beschermd materiaal verboden is. De door ISP's te verzenden waarschuwingen dragen aan deze duidelijkheid nog verder bij. Het opleggen van sancties door de ISP is uiteraard wel met minder waarborgen omkleed dan wanneer sprake is van een strafrechtelijke procedure. Weliswaar zal de wet in het Engelse voorstel beschrijven in welke gevallen welke sanctie dient te volgen, doch het blijft aan de ISP om in concreto vast te stellen of een gebruiker zich schuldig heeft gemaakt aan illegale filesharing – en dat is geen taak die een ISP waarschijnlijk, bijvoorbeeld gelet op recente ontwikkelingen in het Europese recht zou behoren te hebben: bij de recente Telecoms-package wordt immers overwogen dat het aan overheden, en niet aan ISP's is, te besluiten over de (on)rechtmatigheid van informatie.²⁵⁶ Een gebruiker dient bij de oplegging van een sanctie bovendien over een goede beroepsmogelijkheid te beschikken, die in het Verenigd Koninkrijk thans nog niet expliciet is geregeld. Voorts geldt, net als voor het Franse regime, dat het nog onduidelijk is of het Europese recht afsluiting van internet zonder tussenkomend oordeel van de rechter toestaat (of zal blijven toestaan). Toegang tot internet is van fundamenteel belang voor de het grondrecht van de communicatievrijheid.²⁵⁷ De privacy ten slotte wordt in Engeland wel nadrukkelijk gewaarborgd door het vereisen van een gerechtelijk vonnis voor afgifte van persoonsgegevens enerzijds, en inzicht in geanonimiseerde gegevens van filesharing door gebruikers anderzijds.

Kosten: De kosten worden primair door de rechthebbenden zelf en door ISP's gedragen. Rechthebbenden zullen kosten moeten maken om gevallen van

²⁵⁶ Overweging 23 bij de herziene Universele dienstenrichtlijn; zie hierboven hoofdstuk 3, paragraaf 2.2.6.

²⁵⁷ Zie hierboven hoofdstuk 3, paragraaf 2.2.6.

illegale filesharing op het spoor te komen. Vervolgens moeten zij, op basis van informatie die door de ISP's wordt afgestaan, een civiele procedure beginnen om een schadevergoeding van de filesharende gebruikers te vorderen. In het kader van een civiele procedure kan echter een regeling gelden voor (gedeeltelijke) vergoeding van de proceskosten ten gunste van de partij die in het gelijk wordt gesteld. Onder het Engelse regime moeten ook ISP's enkele kosten dragen, met name voor de administratie en afhandeling van verzoeken van rechthebbenden, voor het monitoren van 'serious repeat infringers' en voor het verzenden van waarschuwingen naar gebruikers die zich schuldig maken aan filesharing. Enkele ISP's hebben al de kritiek geuit dat zij het onterecht vinden dat zij, en daarmee ook internetabonnees die zich wel aan de regels houden, moeten opdraaien voor de kosten voor de aanpak van filesharing.²⁵⁸ Hoe dan ook worden de kosten hier minder collectief gedragen dan in een strafrechtelijk regime zoals het Duitse, wat zich verenigt met de in Engeland herkenbare private duiding van het probleem van illegale filesharing.

Handhaving: In het Engelse regime zal aan de rechthebbende zelf een instrument worden gegeven om zijn rechten te handhaven. Er is dus in beginsel geen overheidsbetrokkenheid. Om dit te vereenvoudigen is in Engeland een aparte behandeling voor 'serious repeat infringers' voorgesteld. Voor gebruikers die ondanks waarschuwingen en sancties toch auteursrechtelijk beschermd materiaal blijven delen, geldt dat ISP's hun dataverkeer (waaruit blijkt welke werken ze delen) moeten registreren. Deze data worden geanonimiseerd aan rechthebbenden ter inzage gegeven, zodat zij kunnen nagaan of hun rechten door filesharing zijn geschonden. Vervolgens kunnen zij op grond van een vonnis van de civiele rechter de persoonsgegevens van de betreffende gebruikers opvragen. Rechthebbenden worden zo voorzien van informatie over het dataverkeer van groot-schalig delende gebruikers, zonder dat zij zelf actief naar dergelijke informatie op zoek hoeven. Handhaving blijft daarmee de verantwoordelijkheid van de rechthebbenden; de overheid staat hier buiten (behoudens gevallen van strafbare filesharing), nu filesharing vooral als een geschil tussen twee partijen wordt gezien.

Sanctie: Het Engelse regime kent een eigen sanctiesysteem, waarbij sancties kunnen worden opgelegd die binnen het strafrecht niet bestaan, zoals het vertragen van de internetverbinding. Bovendien wordt gewerkt met een systeem van voorafgaande waarschuwingen, zodat geen sanctie behoeft te worden opgelegd wanneer een gebruiker zijn illegale activiteiten alsnog staakt. Of de

²⁵⁸ 'Digital Britain report: Few surprises, many fudges - but a new era has begun', *The Guardian* (London) 17 juni 2009.

sanctie proportioneel zal zijn, is in individuele gevallen niet gegarandeerd: het is immers de ISP die, op basis van een gedetailleerde wet, over een sanctie beslist, zodat de sanctie eigenlijk vooraf al vaststaat en er geen nadere ruimte is voor afweging van de omstandigheden van ieder geval. Hierbij kan het zogenaamde *chilling* effect optreden, waarbij ISP's al snel (en mogelijk ten onrechte) aan hun sanctieplicht zullen voldoen om verdere aansprakelijkheid te voorkomen. Bovendien zijn de sancties minder zichtbaar (ze worden immers niet openbaar opgelegd) dan strafrechtelijke en hebben derhalve een minder sterke signaalfunctie. Hetzelfde geldt voor de civiele handhaving van het auteursrecht, dat met name gericht is op het verkrijgen van een (niet punitief bedoelde) schadevergoeding.

4.3.4 Frankrijk

In Frankrijk is een wet voorgesteld waarmee een nieuw administratief orgaan wordt opgericht. Binnen het orgaan, HADOPI, beoordeelt de *Commission de protection des droits* (CPD) concrete gevallen van illegale filesharing en kan dan, na een procedure op tegenspraak, besluiten tot oplegging van een sanctie, bijvoorbeeld de afsluiting van toegang tot internet voor maximaal 1 jaar. Voordat een sanctie wordt opgelegd dienen evenwel twee waarschuwingen te worden verstuurd. De sanctie wordt door de ISP van de gebruiker ten uitvoer gelegd. De bestrafte gebruiker hoeft zich niet zelf aan illegale filesharing schuldig te hebben gemaakt: de abonnee heeft een resultaatverbintenis om ervoor te zorgen dat zijn internetverbinding niet voor schendingen van het auteursrecht wordt gebruikt. Daaronder wordt in ieder geval het delen van materiaal verstaan; of enkel downloaden ook in strijd met het auteursrecht kan zijn, is nog niet eenduidig vast komen te staan.

Beginnelsen: Anders dan in Engeland vindt in Frankrijk een beoordeling per geval plaats door een onafhankelijke commissie na een procedure op tegenspraak. Dat geeft meer mogelijkheden voor rechtswaarborgen, en zadelt ISP's bovendien niet op met de beoordeling van individuele gevallen. De rechtszekerheid is gediend door een gedetailleerde omschrijving van de bevoegdheden van de commissie en de mogelijke sancties; anderzijds blijft in het Franse thuishopie-stelsel onduidelijk of het enkele kopiëren uit een illegale bron is toegestaan. Potentieel problematisch is dat de sanctie, die erin bestaat dat een internettoegang kan worden afgesloten, de communicatievrijheid direct treft. Het is onduidelijk of het Europese recht afsluiting van internet zonder tussenkomend oordeel van de rechter toestaat of zal blijven toestaan. De Conseil Constitutionnel heeft inmiddels het Franse sanctieregime ten dele ongrondwettig verklaard, omdat toegang tot internet van fundamenteel belang is voor de communicatievrijheid. Omwille

van de bescherming van privacy krijgt de commissie een wettelijke bevoegdheid om allerlei data op te vragen; de bescherming van de privacy bij de opsporing omwille van initiële informatie is niet geregeld.

Kosten: De oprichting en het operationeel houden van een speciale commissie zoals de CPD brengt kosten met zich mee, die bovendien volledig door de overheid zullen worden gedragen. Kosten voor het aanbrengen van een klacht, het verrichten van onderzoek daarvoor en het versturen van waarschuwingen zullen door de daartoe bevoegde organisaties moeten worden gedragen. IPS's dienen op last van de CPD sancties ten uitvoer te leggen; wie de (administratieve) kosten daarvoor draagt, is niet nader geregeld; ISP's zullen mogelijk (een deel van) de kosten voor uitvoering van de sancties dragen.

Handhaving: De commissie is voor het opleggen van sancties afhankelijk van de inbreng van klachten over concrete gebruikers die zich schuldig zouden maken aan illegale filesharing. Onduidelijk is echter hoe de organisaties die klachten aanhangig kunnen maken aan initiële informatie moeten komen: zij moeten in hun klacht immers informatie, zoals het IP-adres van de gebruiker en het tijdstip van vermoeden van illegale filesharing kunnen noemen, opdat de commissie een onderzoek kan instellen. Voor het overige is de handhaving in handen van de commissie, zij het dat bij de tenuitvoerlegging van sancties de ISP's worden betrokken.

Sanctie: Doordat een nieuw sanctieregime wordt ingevoerd, zijn de sancties goed op het soort overtreding af te stemmen en zijn ze op efficiënte wijze op te leggen. Tevens wordt gewerkt met voorafgaande waarschuwingen. De proportionaliteit van de sanctie kan gewaarborgd worden doordat de commissie, na een procedure op tegenspraak en met inachtneming van de omstandigheden van het geval, tot een besluit over de afsluiting komt. Daarmee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag of een afsluitingssanctie naar zijn aard proportioneel is. Daarbij is het fundamentele belang van internettoegang in het bijzonder relevant. Voorts is van belang dat de sanctie niet noodzakelijk of uitsluitend de overtreder (degene die zich aan filesharing schuldig heeft gemaakt) treft, doch primair de abonnee van de internetaansluiting, die een verplichting heeft filesharing te voorkomen (behoudens gevallen van overmacht). Zo treft de sanctie ook direct alle andere gebruikers van de internetverbinding (familie of huisgenoten), terwijl die zich mogelijk niet met illegale filesharing bezig hebben gehouden. Tot slot kan nog worden genoemd dat het Franse regime, net als het Duitse, er niet in voorziet daadwerkelijk schadevergoedingen naar de rechthebbenden te doen uitkeren. Dit versterkt de indruk dat filesharing ook in Frankrijk meer gezien wordt als een maatschappelijk probleem, dan als conflict tussen enkele partijen.

4.4 Afsluitende vergelijkende opmerkingen

Beginselen

Met name van belang is hoe in het gekozen regime de fundamentele rechten, en dan in bijzonder het recht op communicatievrijheid, worden gewaarborgd. Potentiële problematiek in de sfeer van de communicatievrijheid speelt overigens met name in de Franse en Engelse regimes, waarbij een sanctie wordt ingevoerd die de internetverbinding vertraagt of geheel afsluit. Voorts is van belang met welke rechtswaarborgen de opsporing en afhandeling van gevallen van filesharing is omkleed. In Duitsland zijn dat strafrechtelijke waarborgen. Frankrijk hoopt iets soortgelijks te bewerkstelligen door het instellen van een onafhankelijke, administratieve commissie; de fase van de 'opsporing', met name de initiële klacht, is daarbij echter niet geregeld zodat de waarborgen daarbij niet evident zijn. In het Britse regime zullen de waarborgen in gedetailleerde wetgeving worden verrat, maar hun verwezenlijking is ten dele afhankelijk van ISP's, die zelfstandig over het opleggen van bepaalde sancties zullen moeten beslissen. Ook privacy is een zwaarwegend belang, nu de aanpak van filesharing zowel afgifte van persoonsgegevens als gedetailleerde en inhoudelijke gegevens betreffende het internetverkeer van individuele gebruikers vereist. In Duitsland worden deze gegevens enkel door politie, OM en strafrechter gehanteerd. In Engeland worden zij (voor 'serious repeat infringers') geanonimiseerd aan rechthebbenden aangeboden waarna een gerechtelijk vonnis vereist is om de gebruikers te identificeren en hun NAW-gegevens te doen afgeven. In Frankrijk krijgt de commissie de bevoegdheid om data bij ISP's op te vragen. In Frankrijk en Engeland lijkt de relatie tussen privacy en het verkrijgen van informatie voor initiële klachten niet duidelijk geregeld.

Kosten

Ten aanzien van de kosten is met name van belang hoe hoog de verwachte kosten zijn, en door wie zij zullen worden gedragen. Voor de onderzochte landen zijn geen gegevens over de werkelijke of geraamde kosten beschikbaar. Het is denkbaar dat de totale kosten voor inschakeling van het strafrechtelijk apparaat (Duitsland) of oprichting van een speciale commissie (Frankrijk) hoger zullen zijn dan sanctionering door ISP's gecombineerd met civiele handhaving (Engeland). Over de verdeling van de kosten kan in het algemeen gezegd worden dat bij een strafrechtelijk regime de overheid waarschijnlijk alle kosten draagt; bij het Franse regime draagt zij de meeste kosten (behoudens kosten voor initiële klachten en tenuitvoerlegging van sancties door ISP's); bij het Engelse regime draagt zij

de minste kosten, nu rechthebbenden en overtreders zelf de kosten voor civiel-rechtelijke handhaving dragen, terwijl ISP's kosten maken voor het afgeven van waarschuwingen, het opleggen van sancties en het bijhouden, anonimiseren en ontsluiten van gegevens van 'serious repeat infringers', waarbij de kosten voor de overheid zich beperken tot toezicht op de zelfregulering door ISP's.

Handhaving

De verantwoordelijkheden voor de handhaving laten een vergelijkbaar beeld zien als het voormschreven beeld van de verdeling van de kosten. Daarbij kan opgemerkt worden dat een grotere betrokkenheid van de overheid beter past bij de perceptie van filesharing als een maatschappelijk en moreel probleem, terwijl grotere betrokkenheid van rechthebbenden zelf juist duidt op een kwalificatie van illegale filesharing als een primair privaat geschil. In alle regimes ligt het zwaktepunt van de handhaving bij de initiële informatie: hoe komen de voor handhaving verantwoordelijke instanties of personen een geval van filesharing op het spoor? Doorgaans zal een organisatie of rechthebbende zelf moeten constateren dat bepaalde werken online worden gedeeld, om zich vervolgens tot de handhavende instantie te wenden. In een strafrechtelijk regime als het Duitse is het – afhankelijk van de prioriteitstelling in de opsporing – ook mogelijk dat de politie actief onderzoek naar filesharing verricht, zonder afhankelijk te zijn van aangiften.

Sancties

Twee soorten sanctieregimes zijn bij dit landenonderzoek aangetroffen: een puur strafrechtelijk regime dat werkt met boetes en vrijheidsstraffen, en een 'nieuw' regime dat speciaal op internetgebruik toegesneden sancties combineert met voorafgaande waarschuwingen. Bij sancties is met name de proportionaliteit van belang. Bij een strafrechtelijk regime wordt de proportionaliteit in beginsel gewaarborgd door de straftoemingsvrijheid van de rechter, maar daarbij geldt wel dat het strafrecht hoe dan ook als *ultimum remedium* wordt beschouwd. In Frankrijk kan de commissie ook tot een proportionele sanctie komen nu zij in ieder geval de duur van de sanctie, zij het niet de aard, kan bepalen. In het Engelse regime lijkt nog de minste ruimte te zijn voor proportionaliteit, omdat ISP's daar de sancties zullen moeten opleggen op basis van gedetailleerde wettelijke verplichtingen, zodat er geen of weinig ruimte voor vrije toemeting zal zijn. De proportionaliteit van de afsluitingssanctie hangt ook samen met het fundamenteelrechtelijke karakter van internettoegang. Tot slot is van belang dat sancties doorgaans niet zien op het herstellen van het nadeel dat de rechthebbende is berokkend. Enkel het Engelse regime voorziet expliciet in een regeling die civiele

handhaving door rechthebbenden met het oog op verbod en schadevergoeding combineert met een nieuw, op filesharing toegesneden systeem van waarschuwingen en sancties.

Literatuur

Algemeen

C. Alberdingk Thijm, 'Introduceer een heffing voor KaZaA-gebruik', *NRC Handelsblad*, opiniepagina, 29 december 2003.

C. Alberdingk Thijm, *Het nieuwe informatierecht*, Den Haag: SDU uitgevers 2004.

P. Arkester, 'Copyright and the P2P challenge', *EIPR (European Intellectual Property Review)* 2005, p. 107.

Stefan Bechtold, 'Directive 2001/29/EC', in: Thomas Dreier & P. Bernt Hugenholtz (eds.), *Concise European Copyright Law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 343.

Andrew F. Christie, 'Private Copying and Levy Schemes: Resolving the Paradox of Civilian and Common Law Approaches' (Univ. of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 116, 2004), te vinden op <http://ssrn.com/abstract=690521>.

N. Duffet e.a., INDICARE: Digital Music Usage and DRM; Results from a European Consumer Survey, 2005, te vinden op www.indicare.org.

Electronic Frontier Foundation, 'A better way forward: voluntary collective licensing of music file sharing', april 2008, www.eff.org/wp/betterway-forward-voluntarycollective-licensing-musicfile-sharing.

L.M.C.R. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts*, Kluwer 2002.

L. Guibault, G. Westkamp, T. Rieber-Mohn, P.B. Hugenholtz, e.a., *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, rapport aan de Europese Commissie, februari 2007.

N. Helberger en P.B. Hugenholtz, 'No place like home for making a copy', 22 *Berkeley Technology Law Journal* [22] 2007, p. 1061-1098.

P.B. Hugenholtz, L. Guibault en S. van Geffen, *The future of levies in a digital environment: final report*, Instituut voor Informatierecht, Amsterdam 2003, www.ivir.nl.

P.B. Hugenholtz, 'Napster: een bliksemonderzoek', 5 *Computerrecht* 2000, p. 228.

P.B. Hugenholtz, Toegang tot de bron: het auteursrecht en het internet, *Ars Aequi* 2008, p. 581-588.

M-C. Janssens, 'The issue of exceptions', in E. Derclaye, *Research Handbook on the Future of EU Copyright Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2009, p. 317-348.

N.W. Netanel, 'Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing', *Harvard Journal of Law & Technology*, [17] 2003, p. 1-84.

Parlementaire werkgroep Auteursrecht (A. Gerkens e.a.), *Auteursrechten: een rapport*, 17 juni 2009.

B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006, p.11.

M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders*, Den Haag: SDU 2001.

J.B.M. Seignette, 'Napster en de controle van de rechthebbende over de distributie van zijn werk', *AMI* 2001, p. 29.

M. Senftleben, 'Fair Use in the Netherlands – a Renaissance?', *AMI* 2009, p. 1-7.

M. Senftleben, 'Beperkingen á la carte: Waarom de Auteursrechttrichtlijn ruimte laat voor fair use', *AMI* 2003, p. 10.

M. Senftleben, *Privé-kopieren in het licht van de driestappentoets – opmerkingen naar aanleiding van het vonnis van de Haagse rechtbank inzake de thuiskopie*, *IER* 2008, p. 265-268.

M. Senftleben, *Copyright, limitations and the three-step test*, Den Haag: Kluwer 2004.

L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, diss. Leiden: Kluwer: 2007.

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

TNO/IVIR/SEO, *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van filesparing voor muziek, films en games*, februari 2009.

D.J.G.Visser, 'De invloed van de Donald Duck op de afschaffing van het auteursrecht', *NJB* 2008.

D.J.G Visser, 'Napsteren, Gnutellen en de afwezigheid van legale muziek op internet', *Computerrecht* 2001, p. 132.

D.J.G. Visser, *Copyright Exemptions Old and New: Learning from Old Media Experiences*, in: P.B. Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Den Haag: Kluwer 1996.

G. Westkamp, *Part II: Country Reports on the Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, rapport aan de Europese Commissie, februari 2007.

Frankrijk

Explanatory Memorandum, Government Bill promoting the dissemination and protection of creative works on the internet, Ministry of Culture and Communication, p. 2 zie: <http://www.culture.gouv.fr/culture>

C. Geiger, 'The private copy exception, an area of freedom (temporarily) preserved in the digital environment', *IIC (International review of intellectual property and competition law)* 2006, p. 74-81.

C. Geiger, 'Legal or illegal? That is the question! Private copying and downloading on the internet', *IIC (International review of intellectual property and competition law)* 2008, p. 597-603.

C. Geiger, 'The Implementation of the Directive of 22 May 2001 on Copyright in the Information Society in France: a Promising Debate for a Disappointing Result', *AMI* 2008, p. 1-7.

A. Lucas & H-J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Parijs: Litec 2006.

B. Marthoz, 'Bespreking van het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 30 mei 2006', www.internet-observatory.be (laatst geraadpleegd 7 juli 2009).

T. Verbiest, M. de Bellefroid en A. Sokolowska, 'Le Régime de l'exception de la copie privée en droit français', *Droit & Technologies* (www.droit-technologie.org), 10 september 2007.

M. Vivant, 'Quel régime pour le téléchargement?', *RLDI* 20 (2006), p. 7.

Engeland

L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford UP 2004.

L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford UP 2009.

M. Daly, 'Life after Grokster: Analysis of US and European Approaches to File-sharing', *EIPR* 2007, p. 319-324.

Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, juli 2008 (www.berr.gov.uk/consultations/page47141.html).

Department for Culture, Media and Sport and Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, *Digital Britain: The Interim Report*, januari 2009 (www.culture.gov.uk).

Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform (BERR), *Government Response: Consultation on legislative options to address illicit peer-to-peer (P2P) file-sharing*, 29 januari 2009 (www.berr.gov.uk/consultations/page47141.html).

Gowers Review of Intellectual Property, november 2006 (www.hm-treasury.gov.uk).

UK Intellectual Property Office (IPO), *Taking forward the Gowers Review of Intellectual Property*, november 2007.

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

W. Wei, 'The Liability of Internet Service Providers for Copyright Infringement and Defamation Actions in the United Kingdom and China: A Comparative Study', *EIPR (European Intellectual Property Review)* 2006, p. 528-534.

Duitsland

Christian Berger, 'Die Neuregelung der Privatkopie in §53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit', *ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht)* 2004, p. 257-265.

Christian Czychowski, 'Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft', *NJW (Neue juristische Wochenschrift)* 2003, p. 2409-2412.

Christian Czychowski, "'Wenn der dritte Korb aufgemacht wird..." Das zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft', *GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht)* 2008, p. 586-591.

Thomas Dreier & Gernot Schulze, *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2008.

Gunda Dreyer, Astrid Meckel & Jost Kotthoff, *Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2004.

Marco Gercke, 'Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht', *ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht)* 2007, p. 791-800.

Daniel Gutman, 'Abruf im Internet von unbekannten und offensichtlich urheberrechtlich unrechtmäßigen Werken', *MMR (MultiMedia und Recht)* 2003, p. 706-709.

Ole Jani, 'Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Eine Überlegung zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG', *ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht)* 2003, p. 842-854.

Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humblot 1996.

Helge Langhoff, Pascal Oberndörfer & Ole Jani, 'Der "Zweite Korb" der Urheberrechtsreform', *ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht)* 2007, p. 593-603.

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.

Günter Poll & Thorsten Braun, 'Privatkopie ohne Ende der Privatkopie?', *ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht)* 2004, p. 266-279.

Günter Poll, "'Korb 2": Was wird aus der Privatkopieregelung in § 53 ff. UrhG?', *ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht)* 2006, p. 96-103.

Tobias Reinbacher, 'Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen', *GRUR (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht)* 2008, p. 394-401.

Jan Nicolaus Ullrich, 'Clash of Copyrights – Optionale Schranke und zwingender finanzieller Ausgleich im Fall der Privatkopie nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Richtlinie 2001/29/EG und Dreistufentest', *GRUR Int (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: internationaler teil)* 2009, p. 283-292.

Relevante internetadressen

<http://www.anti-piracy.nl>
<http://www.berr.gov.uk/files/file47139.pdf>
www.ecp.nl
http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=196418
<http://eur-lex.europa.eu/nl/index.htm>
<http://www.eff.org>
www.eff.org/wp/betterway-forward-voluntarycollective-licensing-musicfile-sharing
http://ec.europa.eu/avpolicy/other_actions/content_online/contributions/index_en.htm
<http://curia.eu.int/nl/content/juris/index.htm>
www.boek9.nl
www.iept.nl
www.ompi.org
www.ifpi.org
www.droit-technologie.org/
www.LEGALIS.net
<http://merlin.obs.coe.int/index.php>
<http://www.legifrance.gouv.fr/>
<http://breese.blogs.com/pi/>
<http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/creainterenglish.pdf>
http://ameli.senat.fr/publication_pl/2007-2008/405.html
www.droit-technologie.org/

Rechtspraak

Rb. Haarlem, 12 mei 2004, AMI 2004, P. 185 (*Zoekmp3*)
 HR 25 november 2005, LJN: AU4019, IER 2006/2, (*Lycos /Pessers*)
 Gerechtshof Amsterdam, 15 juni 2006, LJN: AX7579 (*Zoekmp3*)
 Rb. Den Haag, 5 januari 2007, LJN: AZ5678 (*Brein/KPN*)
 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae*).
 Rb. Den Haag, 25 juni 2008, AMI 2008/5, nr. 14 (*Eisers/ThuisKopie en SONT*)
 Rb. Den Bosch, 8 juli 2008 (*Brein/Euroacces*)