

## **Nederlandse reactie op verslag & analysedocument behorende bij richtlijn 2004/48/EG.**

### **1.1 Inleiding**

Nederland dankt de Commissie voor de analyse en evaluatie van de richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (hierna: "handhavingsrichtlijn") en geeft bijgaand een voorlopige reactie. Deze reactie richt zich voornamelijk op de handhaving van het auteursrecht en naburige rechten (hierna samen aangeduid als: het auteursrecht). Nederland meent dat de handhavingsrichtlijn, in combinatie met de via het nationale recht beschikbare middelen, voldoende mogelijkheden biedt om op effectieve wijze rechthebbenden te beschermen. Daarom ziet Nederland vooralsnog geen noodzaak om de handhavingsrichtlijn te wijzigen. Nederland ziet wel problemen in de handhaving waar het grensoverschrijdende inbreuken betreft en nodigt de Commissie uit om met name naar dit aspect onderzoek te doen. Tot slot maakt Nederland graag van de gelegenheid gebruik om de Commissie te informeren over zijn nationale beleidsvoornemens op het gebied van het auteursrecht. Deze zijn uitgezet in een beleidsbrief die in april naar het parlement is gestuurd en is als bijlage aan deze reactie gehecht. Op het gebied van handhaving wil Nederland zich richten op het bevorderen en beschermen van nieuwe bedrijfsmodellen op internet door een wetsvoorstel ter bestrijding van inbreukfaciliterende websites en een herbezinning op de thuiskopie-exceptie. Daartoe wordt het downloaden uit evident illegale bron onrechtmatig verklaard in combinatie met een afgewogen handhavingskader waarin een balans wordt gevonden tussen de bescherming van rechthebbenden en het belang van een open internet. Nederland hecht eraan dat de handhaving zich richt op de bron van illegale inhoud en dat criminalisering van de consument wordt voorkomen.

### **1.2 Nederlands stelsel van handhaving**

In Nederland is de handhaving van auteursrecht primair opgedragen aan rechthebbenden, door middel van het privaatrecht. Strafrechtelijk optreden wordt alleen als uiterste middel ingezet. Deze benadering blijkt in de praktijk goed te werken. Bij de handhaving via het privaatrecht maken rechthebbenden gebruik van de mogelijkheden die de handhavingsrichtlijn biedt. Daarbij tekent Nederland aan dat veel van deze bepalingen al vóór de handhavingsrichtlijn onderdeel uitmaakten van het Nederlandse recht. Nederland verwijst hierbij kortsheidshalve naar het eerder ingezonden verslag over de toepassing van de richtlijn. Enkele vernieuwingen die de richtlijn bracht, zijn de 'ex parte beschikking' (artikel 9 lid 4 richtlijn) en de mogelijkheid tot een reële proceskostenveroordeling (artikel 14 richtlijn). Voor zover bekend zijn er in Nederland bij de toepassing van de (onderdelen van) handhavingsrichtlijn geen grote problemen gesignaleerd.

In de praktijk hebben rechthebbenden hun krachten gebundeld, doordat zij een stichting hebben opgericht die namens hen inbreuken bestrijdt, zowel in als buiten rechte. Deze stichting (BREIN) is succesvol in het aanpakken van bijvoorbeeld websites die illegale content bevatten. Voor een overzicht van zaken wijst Nederland op de jaarverslagen van BREIN, die te vinden zijn via <http://www.anti-piracy.nl>. Het verslag van afgelopen jaar is als bijlage bijgevoegd. Door de actieve houding van rechthebbenden heeft zich in de afgelopen jaren jurisprudentie ontwikkeld die is toegespitst op inbreuken in de digitale wereld. Daaruit blijkt onder meer dat niet alleen

opgetreden kan worden tegen personen die zelf auteursrechtelijk beschermd materiaal openbaren en daardoor een inbreuk plegen, maar ook tegen diegenen die auteursrechtsschendingen faciliteren (Gerechtshof 's-Gravenhage 15 november 2010, LJN BO3980). Ook kan onder bepaalde omstandigheden de naam, adres en woonplaats van een persoon of organisatie die onrechtmatig handelt worden gevorderd (Hoge Raad 25 november 2005, LJN AU4019).

## **2. Actie in Europees verband op het gebied van handhaving van auteursrecht**

### **2.1. Algemene aspecten (tevens antwoord op de vragen onder 1.1 – 1.5 van document nr. 6141/11)**

Zoals hiervoor aangegeven, meent Nederland dat de Europese richtlijnen in combinatie met de via het nationale recht beschikbare middelen voldoende mogelijkheden bieden om op effectieve wijze rechthebbenden te beschermen. Nederland ziet wel mogelijkheden tot verbetering bij inbreuken met grensoverschrijdende aspecten. Daarbij meent Nederland dat strafrechtelijke handhaving niet de meest voor de hand liggende optie is om deze inbreuken te bestrijden. De mogelijkheden tot verbetering kunnen worden toegelicht aan de hand van de zaak tegen de bekende website 'the pirate bay'. Deze website biedt 'torrents' aan waarmee materiaal kan worden gedownload dat inbreuk maakt op het auteursrecht. Het betreft hier voornamelijk muziek, films en games. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam legde op verzoek van Stichting BREIN een gebod op om dit inbreukmakende materiaal te verwijderen (Voorzieningenrechter Amsterdam 22 oktober 2009, LJN BK1067). Dit gebod werd versterkt met een dwangsom om de activiteiten te doen staken. De tenuitvoerlegging van het vonnis bleek echter problematisch, omdat de betrokken website vanuit het buitenland werd gehost en ook de betrokken personen in het buitenland verbleven. Voor zover bekend speelt dit probleem niet als er sprake is van personen die zich binnen de lidstaat bevinden. Zo is onlangs vonnis gewezen door de Rechtbank Haarlem, waarin een gebod werd opgelegd aan een website om alle 'spots' (locaties waar inbreukmakend materiaal te vinden is) te verwijderen, op straffe van een dwangsom (Rb Haarlem 9 februari 2011, LJN BP3757). Naar aanleiding hiervan hebben de personen achter de betreffende website aangegeven hun activiteiten te staken.

Het hiervoor gegeven voorbeeld van de 'pirate bay' illustreert naar de mening van Nederland de punten waarop de handhaving van de handhavingsrichtlijn verbeterd zou kunnen worden. Één van de Nederlandse beleidsvoornemens richt zich hier op, door blokkering van websites in specifieke gevallen waarin de rechthebbenden hebben aangetoond dat de website een onrechtmatig karakter heeft mogelijk te maken. Nederland nodigt de commissie uit om deze problematiek in Europees verband te onderzoeken en zo nodig passende actie te ondernemen. Deze actie zou zich kunnen richten op samenwerking tussen de lidstaten van de Europese Unie, maar ook het aankaarten van het probleem van handhaving in de relatie tussen de Europese Unie en derde landen, bijvoorbeeld in het kader van besprekingen van vrijhandelsverdragen. Uit het analysedocument blijkt dat stakeholders pleiten voor vereenvoudiging van grensoverschrijdende bewijsverzameling, door verbetering van de erkenning van in het buitenland getroffen maatregelen. Nederland constateert dat dit pleidooi aansluit bij de hiervoor geschetste wens om te komen tot versterking van de grensoverschrijdende samenwerking.

Naar de ervaring van Nederland is er geen aanleiding om de door de richtlijn 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 („richtlijn inzake elektronische handel”) verplicht gestelde uitzonderingen van aansprakelijkheid van internet-serviceproviders aan te passen. Daarbij tekent Nederland aan dat onduidelijkheid over bijvoorbeeld begrippen of over de toepassing van bepalingen door nationale rechters in de vorm van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen worden voorgelegd. Nederland wijst daarbij ook op de mogelijkheden voor zelfregulering. Zo hebben internetproviders in Nederland een gedragscode ontwikkeld waarmee een eenduidig beleid voor de zogenaamde ‘notice and take down’ procedure is afgesproken. Ook auteursrechthebbers staan in beginsel positief tegenover deze code. In de praktijk blijkt deze code, ook volgens auteursrechthebbers, naar behoren te werken. Wel zien auteursrechthebbers problemen bij kleinere service providers. Deze hebben de neiging om niet op een ‘notice’ te reageren.

## **2.2 Positie en rol van tussenpersonen bij handhaving van auteursrechten (tevens antwoord op de vragen 4.1-4.5 van document nr. 6141/11)**

Nederland heeft de bepalingen van de richtlijn handhaving en de richtlijn elektronische handel omtrent tussenpersonen in zijn wetgeving omgezet. In combinatie met de bepalingen van het algemeen aansprakelijkheidsrecht en de algemene rechtsmiddelen van het burgerlijk procesrecht kunnen bepaalde voorzieningen worden getroffen jegens de tussenpersoon. De jurisprudentie rondom de positie van tussenpersonen op internet lijkt volop in beweging. Zo kan onder bepaalde omstandigheden van internetproviders de naam, adres en woonplaats van de inbreukmaker gevorderd worden (Hoge Raad 25 november 2005, LJN AU4019). Één van de beleidsvoornemens is om in de wet te bepalen onder welke omstandigheden deze gegevens gevraagd mogen worden. Afgifte mag volgens Nederland alleen aan de orde zijn als de rechter heeft vastgesteld dat iemand zich schuldig heeft gemaakt aan grootschalige auteursrechtinbreuken en als het niet mogelijk is gebleken om de websitebeheerder of de hosting provider effectief aan te spreken. Helaas is na de afgifte de ervaring dat er gebruik is gemaakt van valse gegevens. Hiervoor wil Nederland ook in Europees verband aandacht vragen. Een vordering om een verbod tot de doorgifte van een website bij de access provider is in Nederland bij de huidige stand van de jurisprudentie niet mogelijk (Rechtbank 's-Gravenhage 19 juli 2010, LJN BN1445). Daarom bereid Nederland een wetswijziging voor om adressen van websites in specifieke gevallen waarin de rechthebbenden hebben aangetoond dat de website een onrechtmatig karakter heeft als uiterste middel door tussenkomst van de rechter te kunnen blokkeren. Het gaat hier niet om een toezichtsverplichting van de internet service provider. De rol van de access provider is uitvoerend. Nederland is overigens niet bekend met problemen van uitleg van het begrip ‘tussenpersoon’ in de zin van de handhavingsrichtlijn.

Bij artikel 9, over de positie van tussenpersonen (ISP's & websites als Ebay), is door de Europese Commissie in het verslag en het bijbehorende analysedocument beschreven dat uit onderzoek is gebleken dat de huidige instrumenten niet krachtig genoeg zijn om auteursrechtelijke inbreuken aan te pakken. Gezien het feit dat tussenpersonen in een goede positie verkeren om tot de

voorkoming en beëindiging van online inbreuken bij te dragen, stelt de Commissie dat onderzocht zou kunnen worden hoe tussenpersonen nauwer bij inbreukbeëindiging zouden kunnen worden betrokken. Nederland vraagt zich af waaruit is gebleken dat op dit punt tekortkomingen blijken en dat er noodzaak bestaat tot versterking van het Europese instrumentarium. Nederland ziet daarbij een verband met hetgeen de Commissie bij artikel 2 in het verslag heeft aangegeven, namelijk dat weinig lidstaten verder zijn gegaan dan de voorgeschreven minimumnormen van de richtlijn en dat de reden hiervoor onderzocht zou kunnen worden.

Nederland stelt bij de positie van tussenpersonen – en internetproviders in het bijzonder – voorop dat het te ver gaat om opsporingstaken te beleggen bij een internetprovider. Een internetprovider is een private, commerciële onderneming, die weliswaar vanuit technologisch perspectief gezien zeer nauw betrokken is bij de doorgifte van alle informatie die via het internet verspreid wordt, maar dat wil nog niet zeggen dat hij daarom ook een opsporingstaak dient te krijgen. Tegelijk is een internetservice provider niet vrij van de verplichtingen om in bepaalde gevallen mee te werken om op te treden tegen auteursrechtsschendingen, zo volgt ook uit artikel 11 van de handhavingsrichtlijn. Nederland ziet vooralsnog geen reden om artikel 11 van de richtlijn te veranderen. Zoals het artikel thans is geformuleerd biedt dit artikel lidstaten en autoriteiten de vrijheid om volgens hun nationale stelsel maatregelen te treffen om inbreuken tegen te gaan. Deze maatregelen kunnen uiteraard niet afdoen aan de door de richtlijn inzake elektronische handel voorziene vrijwaring van aansprakelijkheid. Nederland wijst tot slot nog op de aanhangige zaak voor het Hof van Justitie van de Europese Unie tussen Sabbam en Netlog (C-360/10), die over de verhouding tussen rechthebbenden, tussenpersonen en inbreukmakers gaat en op dit terrein vermoedelijk duidelijkheid zal brengen.

### **2.3 Recht op informatie**

#### **(tevens antwoord op de vragen 5.1-5.5 van document nr. 6141/11)**

Zoals eerder aangegeven, is er in Nederland jurisprudentie ontwikkeld over de verhouding tussen het recht voor internetgebruikers op privacy enerzijds en het recht van auteursrechtshouders om hun rechten te handhaven anderzijds. Nederland kent geen specifieke regels over welk recht in welke gevallen moet prevaleren. Deze afweging wordt door de rechter op grond van de omstandigheden van het geval gemaakt. Uit een richtinggevende uitspraak van de Hoge Raad volgt dat deze afweging bij het verstrekken van gegevens van naam, woonplaats en adres moet worden gemaakt op basis van de omstandigheden. Daarbij moet met name worden gekeken naar de mogelijkheid dat de informatie jegens een derde onrechtmatig en schadelijk is, er belang is bij de verkrijging van de NAW-gegevens, er geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om die gegevens en de afweging van de betrokken belangen van de derde, de serviceprovider en de websitehouder (Hoge Raad, 25 november 2005, LJN AU4019). Zoals hiervoor is aangegeven wil Nederland deze lijn nuanceren, in zoverre dat afgifte alleen aan de orde kan zijn als de rechter heeft vastgesteld dat iemand zich schuldig heeft gemaakt aan grootschalige auteursrechtinbreuken en als het niet mogelijk is gebleken om de websitebeheerder of de hosting provider effectief aan te spreken. In het analysedocument van de Commissie wordt beschreven dat er gestreefd moet worden naar een balans tussen privacy en handhaving van het auteursrecht en dat dit onderwerp

onderzoek verdient. Nederland onderschrijft dit standpunt en is benieuwd naar de ervaringen van de lidstaten op dit gebied.

#### **2.4 Schadevergoeding (tevens antwoord op de vragen 7.1-7.3 van document nr. 6141/11)**

In het analysedocument en het verslag worden enkele suggesties gedaan om de berekeningswijze van toe te kennen schadevergoedingen bij inbreuken te harmoniseren. Concreet wordt daarbij aandacht gevraagd voor de mogelijkheid tot vergoeding van de onrechtmatige verkregen winsten. In het verslag wordt voorgesteld om te overwegen dat bij insolvente rechtspersonen de directeur van de rechtspersonen aansprakelijk kan worden gesteld bij inbreuken. Bij de vraag hoe de schadevergoeding zou moeten worden geregeld, ziet Nederland vooralsnog geen taak weggelegd voor de Europese Unie. Dit is een onderwerp dat behoort tot de kern van het nationale vermogensrecht. De suggestie van de Commissie doorkruist bovendien het systeem van het faillissementsrecht en het rechtspersonenrecht. NL acht het daarom onwenselijk dat in het aansprakelijkheidsrecht voor het terrein van het auteursrecht specifieke aanpassingen worden gedaan, tenzij dit onvermijdelijk blijkt.

#### **2.5 Proceskostenveroordeling**

Zoals onder 1.2 aangegeven betrof de zogenaamde 'reële' proceskostenveroordeling een nieuwe regel in het Nederlandse burgerlijk procesrecht. Voor de invoering van artikel 14 van de richtlijn, was de veroordeling in proceskosten in zaken van intellectueel eigendom gebaseerd op het commune stelsel, dat voorzag in een standaard tarief. Uit onderzoek uit de literatuur blijkt dat de rechtspraak verdeeld is over de wijze waarop de 'reële' proceskostenveroordeling moet worden toegepast.<sup>1</sup> Uitgangspunt van de richtlijn is dat "redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt, door de verliezende partij zullen worden gedragen". In de rechtspraak worden hierbij verschillende criteria aangehouden, waaronder verwijtbaarheid van de inbreuk, complexiteit en omvang van de zaak. Ook bestaat er verschil van mening over wanneer er aanleiding kan zijn om de in artikel 14 vervatte billijkheidscorrectie toe te passen. Nederland vraagt zich af of in dit verband af hoe de ervaringen van rechters in andere lidstaten zijn en nodigt de Commissie uit dit punt voor onderzoek mee te nemen.

#### **2.6 Overige opmerkingen**

Naar aanleiding van het verslag van de Commissie en het analysedocument heeft Nederland ten aanzien van een aantal artikelen nog specifieke opmerkingen.

##### *Bewijsmaatregelen*

In het analysedocument wordt beschreven dat de bepaling over een verzoek tot bewijsverstrekking (artikel 6 lid 1 en 8) in sommige lidstaten restrictief wordt uitgelegd en dat dit de effectiviteit vermindert. Nederland vindt dat in dit verband ook het risico op zogenaamde 'fishing expeditions'

---

<sup>1</sup> W. W. Bettink en J. Hoefnagel, "Artikel 1019h Rv en de indicatietarieven: toepassing in de praktijk", IER 2010, nr. 4, p. 336 e.v.

en de daarbij behorende effecten behoren te worden meegenomen (waaronder de bescherming van bedrijfsvertrouwelijke gegevens en de positie van functionarissen met een beroepsgeheim). Dit kan met name leiden tot marktversturende effecten wanneer de betrokken partijen concurrenten van elkaar zijn. Tegelijk vindt Nederland dat rechthebbenden voldoende mogelijkheden moeten hebben voor bewijsverzameling. Er moet dus sprake zijn van een gebalanceerde regeling.

#### *Corrigerende maatregelen*

Artikel 10, over corrigerende maatregelen. In het analysedocument wordt gesuggereerd dat het redelijk zou kunnen zijn om bij een geding waarbij de vernietiging van inbreukmakende goederen is gelast, deze te laten plaatsvinden op kosten van de verliezende partij. Voorts geeft de Commissie in het verslag aan dat bekeken zou kunnen worden of het zinvol is om hergebruik van inbreukmakende goederen te harmoniseren. Ten aanzien van artikel 10 vindt Nederland de gedane suggestie om de kosten van de vernietiging van inbreukmakende goederen, naar aanleiding van een geding, bij de verliezende partij te leggen interessant. Hoewel Nederland de suggesties op zichzelf interessant vindt, plaatst Nederland wel de kanttekening dat betwijfeld kan worden of hier in het kader van proportionaliteit en subsidiariteit een taak voor de Europese Unie ligt. Ten aanzien van een eventueel hergebruik merkt Nederland voorts op dat zij hier vooralsnog negatief tegenover staat, nu met dergelijk hergebruik het risico bestaat dat deze goederen uiteindelijk toch weer in het handelsverkeer zullen geraken.