

## **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 thuis kopiëestelsels 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 – Thuis kopiëestelsel**

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 thuis kopiëevergoeding). 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 thuis kopië-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 aannemelijk dat het gebruik van P2P-filesharingprogramma's die werken volgens het Torrent-protocol onder de privékopie-exceptie vallen, omdat bij dergelijke filesharingprogramma'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*

*Authorité 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 overtredende 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 bronexemplaar 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 onderzochte 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.