

afgewezen op de grond dat de partij die de kosten vordert niet heeft voldaan aan de in punt 6 vereiste toelichting. De term 'in beginsel' duidt erop dat deze regels met redelijkheid moeten worden gehanteerd. Denkbaar is dat de partij die aanspraak maakt op de proceskosten in de gelegenheid wordt gesteld om het deel van de vordering alsnog toe te lichten, waarop de wederpartij kan reageren. Omdat men hierop niet mag rekenen verdient het aanbeveling de vordering ex art. 1019h Rv steeds te onderbouwen, met inachtneming van alle in punt 6 van de Indicatievervoeren in IE-zaken Hoge Raad genoemde vereisten.

Overigens bevatten de Indicatievervoeren voor de Gerechtshoven een aan het hierboven geciteerde punt 8 identieke bepaling over specificatie en betwisting (zie aldaar punt 6), maar een toelichting op de redelijkheid en evenredigheid van het bedrag dat boven het indicatievervoer ligt is niet vereist. De Indicatievervoeren rechtbanken bepalen weer wel dat indien aanspraak wordt gemaakt op een hoger bedrag dan het indicatievervoer 'hoge eisen aan de onderbouwing van de gevorderde kosten gesteld worden', doch deze eisen gelden *bij betwisting door de wederpartij* (punt 6 Indicatievervoeren in IE-zaken rechtbanken). Aan deze verschillen ligt geen duidelijke (kenbare) reden ten grondslag. Het gebrek aan uniformiteit kan evenwel afbreuk doen aan de met de indicatievervoeren beoogde voorspelbaarheid van het mogelijke kostenrisico per instantie. Aanpassing van de Indicatievervoeren rechtbanken en Gerechtshoven op dit punt in overeenstemming met de scherpe(re) regels van de Indicatievervoeren in IE-zaken Hoge Raad lijkt daarom wenselijk.

Nr. 11 Brein/Google

Vzr. Rechtbank Den Haag 5 oktober 2015 en Vzr. Rechtbank Den Haag 6 november 2015, ECLI:RBDHA:2015:11408 en ECLI:NL:RBDHA:2015:12706

Bevel aan Google tot afgifte ex. art. 28 lid 9 Aw van persoons- en adresgegevens van de houder van een Google Play account vanwege onrechtmatige verkoop van e-books. Voorwaarde dat de houder op grond van art. 40 Wbp verzet kan aantekenen tegen die afgifte bij de verantwoordelijke (Google). Grondrechtconflict bescherming van eigendom, vrijheid van meningsuiting en privacy.

Vonnis in kort geding van 5 oktober 2015 in de zaak van

de stichting STICHTING BREIN, gevestigd te Amsterdam, eiseres, advocaten mr. D.J.G. Visser en mr. P. de Leeuwe te Amsterdam,

tegen

**1. de rechtspersoon naar vreemd recht
GOOGLE INC., gevestigd te Mountain View, California, Verenigde Staten van Amerika,**

**2. de vennootschap naar vreemd recht
GOOGLE IRELAND LTD., gevestigd te Dublin, Ierland, gedaagden,
advocaten mr. R.D. Chavannes en mr. A. Strijbos te Amsterdam.**

1. Procedure

[...]

2. De feiten

[...]

2.4. Onder de naam 'Google Play' biedt Google Inc. een website en een applicatie aan waarmee apps kunnen worden geïnstalleerd op mobiele telefoons en tablets die draaien op Android. Google Play is in feite de Android-tegenhanger van de App Store van Apple.

2.5. Via Google Play worden naast apps, ook films, muziek en e-books aangeboden. Deze worden aangeboden in respectievelijk Google Play Films, Google Play Muziek en Google Play Boeken. Bij Google Play Boeken wordt de content als afkomstig van derden door Google verkocht. Een e-book wordt betaald aan en geleverd door Google Ireland, althans Google.

2.6. Google biedt daarbij het zogenaamde 'Books Partner Center' aan. Dit geeft derden een platform om 'van hen afkomstige' e-books via Google Play Boeken te distribueren en daarvoor geld te vragen. Vanaf eind mei 2015 lijkt het, in ieder geval in Nederland, niet meer mogelijk om een account bij het 'Books Partner Center' aan te maken. De reeds ingeschreven aanbieders kunnen dit platform echter wel blijven gebruiken.

2.7. In mei 2015 bereikte BREIN de melding van een uitgeverij dat via Google Play Boeken onder de naam 'Flâmanca Hollanda' een groot aantal Nederlandstalige e-books – te weten werken van Nederlandse auteurs of Nederlandse vertalingen van werken van buitenlandse auteurs – tegen een lage prijs te koop werd aangeboden. Zo werden op dit account e-books van onder meer Harry Mulisch, (vertalingen van) John Grisham en Tommy Wieringa tegen een prijs van € 2,21 aangeboden, in plaats van de gebruikelijke € 13 - 15.

2.8. Bij bijna alle aangeboden titels van dit account ontbreekt de (juiste) naam van de auteur en werd daarvoor in de plaats 'Flâmanca Hollanda' vermeld. Ook werd in de meeste gevallen 'dragonle-

tebooks' vermeld in plaats van de daadwerkelijke uitgever. Voorts werden via dit account e-books aangeboden zonder cover, met een aangepaste cq. 'zelf ontworpen' cover, met een verouderde cover of met een cover die is overgenomen van een andere retailer, zoals bol.com.

2.9. Op 18 mei 2015 heeft BREIN een testaankoop gedaan van een e-book aangeboden via het account van Flâmanca Hollanda. Naar aanleiding van de betaling van een bedrag van € 2,29 aan de verkoper, Google Ireland, ontving BREIN het desbetreffende e-book digitaal. De cover van dit e-book is afkomstig van retailer bol.com. Bovendien is dit niet de cover waaronder het e-book wordt uitgegeven, maar de cover van een paperback uitgave. Ook komt het aantal bladzijden van het e-book niet overeen met het aantal bladzijden van het legaal aangeboden e-book.

2.11. Op 19 mei 2015 heeft BREIN bij Google melding gemaakt van de naar haar mening inbreukmakende activiteiten die plaatsvonden op het Google Play account Flâmanca Hollanda. Daarbij heeft BREIN Google verzocht het account van Google Play te verwijderen en BREIN de identificerende bedrijfsgegevens van de verantwoordelijke(n) voor dit account te verstrekken.

2.12. Op 22 mei 2015 heeft Google bevestigd dat het desbetreffende account is verwijderd. Voor het verzoek tot opgave van de identificerende bedrijfsgegevens, is BREIN verwezen naar de juridische afdeling van Google Inc. Op 27 mei 2015 heeft BREIN melding bij de juridische afdeling van Google Inc. gedaan, in reactie waarop Google heeft aangegeven niet bereid te zijn deze identificerende gegevens vrijwillig aan BREIN te verschaffen.
[...]

3. Het geschil

3.1. BREIN vordert na eiswijziging:

1. Google te gebieden om binnen 3 weken na het te dezen te wijzen vonnis aan de raadsman van BREIN ten behoeve van BREIN de volgende gegevens, voor zover Google daarover beschikt, te verschaffen met betrekking tot de houder(s) van de Google Play Books Partner Center Publisher Account(s) van waaruit boeken zijn geüpload onder de Google Play Books URL(s) die BREIN heeft aangemeld in haar verwijderingsverzoek van 19 mei 2015 (Google zaaknr. 7648800007259) (hierna: de betrokkene respectievelijk het Publisher Account), zoals omschreven in het lichaam van de dagvaarding:

Ten aanzien van het Publisher Account:

- a. abonnee-informatie;
- b. het IP adres van de computer waarmee het Publisher Account is aangemaakt;
- c. facturatie-informatie, d.w.z. postadres en bankrekeningnummer, naam van de bank en tenaamstelling van de bankrekening;

Ten aanzien van het Google Account dat is gebruikt om het Publisher Account aan te maken:

- d. de datum en tijd waarop het Google Account is aangemaakt;
- e. het IP adres van de computer waarmee het Google Account is aangemaakt;
- f. IP adressen van de computers waarmee de gebruiker heeft ingelogd op het Google Account;
- g. het voor het Google Account opgegeven secundaire emailadres en de opgegeven voor-en achternaam;

een en ander onder de voorwaarde dat de betrokkene niet binnen 14 dagen na de datum van het vonnis bij enige rechterlijke instantie een procedure is gestart met het doel om verstrekking van deze gegevens aan BREIN te voorkomen;

zulks met bepaling dat indien de betrokkene wel binnen de genoemde termijn een dergelijke procedure is gestart en Google daarover heeft geïnformeerd, Google deze informatie onmiddellijk ter kennis brengt van BREIN en van de voorzieningenrechter, waarna de voorzieningenrechter, na partijen hierover te hebben

gehoord, alsnog – bij wijze van onvoorwaardelijke uitspraak – een oordeel zal vellen over de eventuele gevolgen van die procedure voor de aan Google opgelegde verplichting;

2. Te bepalen dat het onder 1. gegeven bevel uitvoerbaar bij voorraad is, doch uitsluitend voor zover het ziet op de verstrekking van gegevens die betrekking hebben op adressen, bankrekeningen en IP-adressen binnen de Europese Unie.

3. Google te veroordelen in de kosten van het geding.

3.2. BREIN legt aan haar vorderingen ten grondslag dat via (het op Nederland gerichte deel van de website) Google Play illegale e-books te koop zijn aangeboden door de houder van de Google- en Publisher account Flâmanca Hollanda. BREIN wenst afgifte van de persoonsgegevens voor deze accounts op basis van (i) artikel 28 lid 9 Aw [noot weggelaten, red.], (ii) 6:162 BW [noot weggelaten, red.] (onrechtmatig handelen van Google door de gevraagde gegevens niet af te geven vanwege strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid), (iii) artikel 26d Aw/3:15a BW en (iv) 843a Rv [noot weggelaten, red.].

3.3. Google voert verweer.

[...] Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

[...]

4.6. BREIN voert aan dat in wezen sprake is van piraterij doordat de via Google Play aldus in Nederland aangeboden e-books evident illegale kopieën zijn. Dit is als zodanig door Google niet bestreden. Zij stelt wel dat er mogelijk sprake zou kunnen zijn van een geldige licentie of van uitputting (nr. 59 conclusie van antwoord) maar bij gebreke van enige onderbouwing moet dit verweer worden gepasseerd. Hierbij wrekt zich dat Google, zoals zij desgevraagd ter zitting heeft aangegeven, geen contact heeft gezocht met de accounthouder/verkoper Flâmanca Hollanda voor een reactie op de aantijgingen van BREIN. Er is zodoende uit te gaan van inbreuk op de auteursrechten van de bij BREIN Aangeslotenen in Nederland.

4.7. Vervolgens heeft Google bestreden dat de persoonsgegevens volgens artikel 28 lid 9 Aw dienen te worden afgegeven omdat dit artikel niet van toepassing zou zijn nu het ziet op vorderingen die de rechthebbende kan instellen in een procedure van inbreuk op auteursrechten. De inbreukmakende partij dient volgens Google derhalve betrokken te zijn in de procedure. De voorzieningenrechter overweegt dat, anders dan bij artikel 2.22 lid 5 BVIE [noot weggelaten, red.], waarover de zaak *Converse/Alpi* handelde [noot weggelaten, red.], de tekst van artikel 28 lid 9 Aw voor deze lezing geen aanknopingspunten biedt. De eerste zin van het artikellid ziet op een bevel aan de inbreukmaker om informatie over de herkomst en distributiekanaal te geven. De tweede zin is echter gericht op een bevel aan (bepaalde) derden om deze informatie te geven. Er is geen beperking te lezen dat dit bevel slechts in een procedure waarin de inbreukmaker partij is zou kunnen worden gevorderd. Ook de parlementaire geschiedenis bij dit artikel ondersteunt de lezing van Google niet. Uit de volgende passage in de nota naar aanleiding van het verslag is het volgende te lezen:

"Daarnaast is het mogelijk om in kort geding (of in een bodemprocedure) rechtstreeks een tussenpersoon (internetprovider) te dagvaarden om van hem de NAW-gegevens van websitehouders te vorderen. [onderstreping vzr] Ook in deze procedure zal de eiser voldoende aannemelijk moeten maken dat hij belang heeft bij toewijzing van de vordering, namelijk het beëindigen of voorkomen van een inbreuk. Verder is het mogelijk om de vordering tot staking door de internetprovider van zijn diensten die door derden worden gebruikt om inbreuk te maken, te combineren met een vordering deze internetprovider te gebieden de NAW-gegevens bekend te maken van de houder van de website waarop de inbreuk op het intellectuele eigendoms-

recht gemaakt wordt. Voor toewijzing is wel een belangenafweging vereist in verband met de privacy van de betrokkenen en het gelaedeerde belang (artikel 8 onder f Wet bescherming persoonsgegevens, zie ook Hoge Raad 25 november 2005, RvdW 2005, 133, *Lycos/Pessers*).” [noot weggelaten, red.]

Aan de verwijzing naar het arrest *Lycos/Pessers* in het slot van deze passage ontleent Google dat 28 lid 9 Aw geen zelfstandige grondslag zou bieden maar dat de grondslag enkel kan zijn onrechtmatig handelen wegens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid, als in dat arrest benoemd. De voorzieningenrechter verwerpt dit betoog. Door de wetgever wordt immers vooropgesteld dat de derde rechtstreeks (lees: zonder de inbreukmaker) in rechte kan worden aangesproken. De verwijzing naar het arrest *Lycos/Pessers* ziet op de afweging van de belangen van de gelaedeerde tegenover de privacy van de betrokkene, oftewel in deze zaak die van BREIN tegenover die van Flâmanca Hollanda. Die afweging zal hierna plaatsvinden.

4.8. Google heeft niet bestreden te kwalificeren als een derde die op commerciële schaal diensten verleent die bij de inbreuk worden gebruikt. Zij heeft nog wel aangevoerd dat deze vordering niet zou zijn in te stellen tegen een neutrale aanbieder van een online platform die zelf geen inbreuk maakt. Ook voor die stelling biedt artikel 28 lid 9 Aw evenwel geen grond. Het tegendeel kan bovendien worden afgeleid uit het arrest HvJ EU 16 juli 2015, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty/Stadsparkasse*) dat een verplichting van een bank betrof tot afgifte van naam- en adresgegevens van een rekeninghouder volgens artikel 8, lid 1, onder c), van de Handhavingsrichtlijn [noot weggelaten, red.]. Artikel 28 lid 9 Aw vormt een implementatie van dat artikel van de Handhavingsrichtlijn, waarbij artikel 28 lid 9 Aw slechts in zoverre ruimer lijkt dan artikel 8 van de Handhavingsrichtlijn dat de vordering niet tijdens een inbreukprocedure behoeft te worden gedaan.

4.9. Het betreft hier volgens partijen een conflict tussen grondrechten, enerzijds het recht op bescherming van eigendom van (de Aangeslotenen bij) BREIN (alsmede het in het Unierecht neergelegde beginsel dat inbreuken op rechten van intellectuele eigendom dienen te worden tegengegaan en de effectiviteit van de Handhavingsrichtlijn) en anderzijds het recht van Google op vrij ondernemerschap en van Flâmanca Hollanda op vrije meningsuiting, waaronder ook kan worden begrepen het belang om anoniem te blijven respectievelijk het recht op privacy/eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Ten eerste is volgens artikel 52 Handvest EU vereist dat de beperking bij wet is geregeld, hetgeen het geval is in artikel 28 lid 9 Aw. Ten tweede dient de beperking noodzakelijk te zijn en ten derde evenredig. Google heeft zich op het standpunt gesteld dat er een belangenafweging moet worden gemaakt maar zich ter zake de uitkomst daarvan gerefereerd aan het oordeel van de voorzieningenrechter. Overwogen wordt dat BREIN voldoende onderbouwd heeft dat de op te leggen maatregel noodzakelijk is en evenredig omdat haar belangen zwaarder dienen te wegen dan die van Google of Flâmanca Hollanda.

4.10. BREIN heeft een reëel belang bij verkrijging van de identificerende gegevens, namelijk de effectieve handhaving van de auteursrechten van haar leden. Zolang Flâmanca Hollanda dan wel de persoon daarachter niet in rechte kan worden aangesproken, zal hij/zij de inbreukmakende activiteiten via Google Play (en/of langs andere wegen) kunnen blijven voortzetten en zal de schade die de Rechthebbenden lijden voortduren. BREIN heeft voorts onweersproken aangevoerd dat haar geen minder ingrijpende mogelijkheid ten dienste staat om de gegevens van de houder van het account Flâmanca Hollanda te achterhalen. Google is, naar niet is bestreden, voor BREIN het enige aanknopingspunt om deze houder te achterhalen en in rechte te kunnen aanspreken.

4.11. De daartegenover staande belangen van de houder van Flâmanca Hollanda leggen naar voorlopig oordeel thans weinig gewicht in de schaal. Hoewel niet lichtvaardig voorbij mag wor-

den gegaan aan het belang van de vrijheid van meningsuiting, vermag de voorzieningenrechter met BREIN vooralsnog niet in te zien dat dit belang in deze zaak een wezenlijke rol speelt. Het lijkt de houder van Flâmanca Hollanda immers om niets anders te gaan dan het verspreiden van inbreuk makende e-books. Ook valt onvoldoende in te zien waarom het privacybelang van deze, niet in de privésfeer maar kennelijk – gelet op de hoeveelheid aangeboden werken en dat hij/zij een vergoeding daarvoor bedingt – in het economisch verkeer actieve persoon, anderszins zou moeten prevaleren. Hetzelfde geldt voor de informatievrijheid. Google heeft ook niet op een zwaarwegend belang aan haar zijde gewezen om tot een andere afweging te komen, waarbij meespeelt dat mag worden aangenomen dat zij een vergoeding ontvangt voor de via Google Play aangeboden boeken. De inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap van Google is minimaal te achten: zij hoeft enkel de gegevens ter beschikking te stellen die zij, zo heeft zij erkend, thans nog heeft. Voorts is ook de hierna nog te bespreken procedure rond het verzet dat de houder kan instellen tegen verwerking van zijn persoonsgegevens niet bijzonder ingrijpend, althans is zulks door Google niet aangevoerd.

4.12. Voor zover al anders over de toepasselijkheid van artikel 28 lid 9 Aw zou worden geoordeeld, zou het bovendien in strijd komen met de Google betamende zorgvuldigheid om onder voornoemde omstandigheden de gegevens niet af te geven (vgl. HR *Lycos/Pessers*).

4.13. De houder van het account zal bovendien nog een mogelijkheid krijgen thans niet onderkende belangen aan de orde stellen. BREIN heeft haar vordering zodanig ingericht dat de betrokkene eerst ingelicht zal worden van de mogelijke verwerking van de persoonsgegevens en de mogelijkheid van een verzet krijgt, een en ander kennelijk om te voldoen aan artikel 40 Wbp.”

Vonnis 6 november 2015

[...]

2.2. Uit de brief van Google van 22 oktober 2015 kan worden afgeleid dat de houder gereageerd heeft op de aankondiging van Google dat zijn/haar persoonsgegevens worden verwerkt. [...]

2.3. Er is – kort gezegd – weinig touw aan vast te knopen. In feite is niet eens duidelijk dat de houder zich daadwerkelijk verzet tegen de verwerking van zijn/haar persoonsgegevens. Zelfs echter als van een dergelijk verzet sprake zou zijn, valt er met BREIN geen serieus en onderbouwd verweer in te ontdekken. [...]

2.4. Google heeft desgevraagd telefonisch aangegeven zich niet te verzetten tegen thans onvoorwaardelijke toewijzing van het gevorderde zodat aldus geschiedde. [...]

Noot

J.J.C. Kabel

Prof. mr. J.J.C. Kabel is redacteur van dit blad.

IE vincit omnia? Opsporing in de particuliere sector

Deze noot beperkt zich tot het grondrechtenconflict.

Brein ontdekt via een test aankoop inbreuken op het auteursrecht van bij haar aangesloten schrijvers op Google Play. Google verwijderd het desbetreffende account (Flâmanca Hollanda), maar weigert de bijbehorende persoonsgegevens van de houder van het account aan Brein te verschaffen. De rechter gaat ervan uit dat de inbreuk vaststaat. Als dat zo is – en die vaststelling ligt in kort geding niet altijd voor de hand – biedt artikel 28 lid 9 Aw Brein in beginsel de mogelijkheid “een derde die op commerciële schaal diensten verleent die bij de inbreuk worden gebruikt” (Google en

Google Play) te gebieden de gegevens van de inbreukmaker aan de rechthebbende (lees Brein) te verstrekken. Opzet of kwade trouw is ingevolge de tekst van het artikellid niet vereist. Het in het artikellid genoemde verschoningsrecht geldt alleen ten aanzien van echtgenoten en bloedverwanten van Google (if any) als genoemd in artikel 165 lid 3 BRv. Piraterende bloedverwanten en echtgenoten van de derde kunnen zich dus, evenals de piraterende derde zelf, onttrekken aan die informatieplicht op basis van het 'nemo tenetur' beginsel. Dit verschoningsrecht geldt niet in het octrooi-recht en niet in het Benelux-merken- en modellenrecht (zie nader aant. 4 bij art. 1019f Rv in *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*).

Artikel 28 lid 9 Aw vormt voor het auteursrecht de implementatie van artikel 8 lid 1, sub c Handhavingsrichtlijn. Het informatiegebod van artikel 8 is ook op de andere IE-gebieden geïmplementeerd, behalve op dat van het handelsnaamrecht. Zie nader Maas, Shannon & De Boer, *De handhavingsrichtlijn*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 164, 166. In *Promusicae* (HvJEU 29 januari 2008, C-275/06) en in *LS-Gesellschaft* (Beschikking HvJEU 19 februari 2009, C- 557/07) heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de lidstaten niet verplicht zijn tot een regeling als die van artikel 28 lid 9 Aw, maar dat het Unierecht anderzijds zo'n regeling ook niet in de weg staat.

Niettegenstaande de duidelijke tekst van artikel 28 lid 9 Aw, kan dat artikellid echter niet ongeclausuleerd worden toegepast. Het gaat hier om grondrechten en om de handhaving daarvan. Ingevolge *Promusicae* en *Bonnier* (HvJEU 19 april 2012, C-461/10) moet de rechter het belang van handhaving van IE-rechten afwegen tegen de privacybelangen van de veronderstelde inbreukmaker en bij die afweging betrekken 1) het bewijs van de inbreuk, 2) de geschiktheid van de informatie t.b.v. de opsporing van de inbreuk, 3) het nadeel voor de veronderstelde inbreukmaker, 4) enig ander belang.

Dat lijkt een vanzelfsprekende aanpak. Botsende grondrechten moeten immers tegen elkaar worden afgewogen. Maar zo eenvoudig is dat ook weer niet. Alberdingk Thijm & De Vries hebben erop gewezen dat de rechtszekerheid niet is gediend wanneer de rechter niet duidelijk kiest om welk grondrecht het in eerste instantie gaat en vervolgens het stappenplan doorloopt van artikel 52 Handvest (*BIE* 2015/9, p. 174-183, i.h.b. p. 183). Ik vond het opvallend dat het Hof in beide uitspraken niet rept van het doelbindingsbeginsel, dat is neergelegd in artikel 6 lid 1 van de algemene privacyrichtlijn (Richtlijn 95/46/EEG). Dat beginsel houdt in dat persoonsgegevens niet mogen worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waaronder de gegevens in eerste instantie zijn verkregen. De gegevens van de accounthouder zijn niet aan de verantwoordelijke tussenpersoon verstrekt met het doel opsporing mogelijk te maken en zouden daarom niet door de verantwoordelijke verstrekt mogen worden aan een particuliere opsporingsdienst. Aldus besliste hetzelfde Hof in de zaak over de verstrekking van passagiersgegevens door Europese luchtvaartmaatschappijen aan publieke opsporingsdiensten in de Verenigde Staten (HvJEU 30 mei 2006, C-317/04). A-G Jääskinen in *Bonnier* volgt die lijn: de abonnee die via zijn internetprovider ePhone digitale luisterboeken met anderen heeft gedeeld, heeft zijn abonnee-gegevens niet aan ePhone verstrekt om particuliere opsporing wegens auteursrechtinbreuk door Bonnier mogelijk te maken. Zonder uitdrukkelijke (nationale) wettelijke bepaling die de inbreuk op het doelbindingsbeginsel legitimeert, is verstrekking van de persoonsgegevens van de abonnee aan Bonnier niet mogelijk.

De A-G leest zo'n bepaling niet in de Handhavingsrichtlijn, omdat die richtlijn nu juist in artikel 8 lid 3, sub e uitdrukkelijk bepaalt dat de wetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens moet worden nageleefd. Op nationaal gebied ontbreekt in onze Telecommunicatiewet een dergelijke bepaling. Artikel 9 Wbp biedt hier geen oplossing, omdat dat artikel weliswaar verdere verwerking van persoonsgegevens toelaat, maar de grens trekt bij

gebruik dat onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verkregen. De uitweg uit dit dilemma is het verband dat het Hof in *Promusicae* legt tussen artikel 15 van de e-Privacyrichtlijn en artikel 13 van de algemene privacyrichtlijn.

Beetje ingewikkeld verhaal: artikel 15 verwijst naar artikel 13. Artikel 13 maakt het mogelijk inbreuken op het doelbindingsbeginsel te rechtvaardigen, als dat noodzakelijk is ter vrijwaring van de rechten en vrijheden van anderen. A-G Jääskinen stelt echter in zijn conclusie bij *Bonnier* dat een afwijking van de doelbinding nooit noodzakelijk kan zijn (punt 61). Dat zou betekenen dat providers nooit persoonsgegevens van hun abonnees hoeven af te geven ten behoeve van de handhaving van auteursrechten. Tot dezelfde conclusie maar via een andere weg komt A-G Kokott in *Promusicae*. Zij toont overtuigend aan dat het verband dat het Hof in *Promusicae* legt tussen artikel 15 van de e-Privacyrichtlijn en artikel 13 van de algemene privacyrichtlijn niet deugt. Artikel 15 van de bijzondere e-Privacyrichtlijn is een *lex specialis* ten opzichte van artikel 13 van de algemene privacyrichtlijn. Daarom gelden de in artikel 13, lid 1 van de algemene privacyrichtlijn bedoelde uitzonderingen op het gebied van de elektronische communicatie slechts voor zover zij in artikel 15, lid 1, van de e-Privacyrichtlijn uitdrukkelijk worden genoemd. Daar is geen speld tussen te krijgen. En dus kan de bescherming van rechten en vrijheden van anderen conform artikel 13, lid 1, sub g, van de algemene privacyrichtlijn geen rechtvaardigingsgrond zijn voor het verstrekken van elektronisch verwerkte communicatiegegevens door een provider als die verstrekking de doelbinding te buiten gaat.

Daar is naar de tekst van artikel 6 van de algemene privacyrichtlijn wat voor te zeggen. Men kan toch moeilijk met droge ogen beweren dat verstrekking van gegevens aan een particuliere opsporingsinstantie – die werkt zonder de opsporingswaarborgen van een overheidsinstantie - verenigbaar is met de doeleinden waarvoor de gegevens oorspronkelijk van de betrokkene zijn verkregen. Maar zo heet wordt de soep niet gegeten. De abstracte en absolute formulering van het recht op bescherming van persoonsgegevens wringt met de praktijk.

Het Hof laat in *Bonnier* de doelbindingssubtiliteiten voor wat ze zijn en doet gewoon aan een belangenafweging op basis van de concrete omstandigheden van de zaak met inachtneming van eisen die voortvloeien uit het evenredigheidsbeginsel, omdat dat beginsel nu eenmaal altijd toegepast moet worden bij beperkingen op grondrechten. Het Hof zet die overwegingen echter in de context van een horizontale rechtsverhouding. Punt 53 van het arrest zegt het uitdrukkelijk: de mededeling van de persoonsgegevens "wordt gevraagd in een civielrechtelijke procedure, ten voordele van de auteursrechthouder of diens vertegenwoordiger, dat wil zeggen een particulier, en niet ten voordele van een bevoegde nationale autoriteit." Ik lees daar uit dat in de particuliere sector het doelbindingsbeginsel minder zwaar hoeft te wegen dan in de publieke sector. Dat is op dit punt een onjuist onderscheid; het zou eerder andersom moeten zijn: als het goed is, biedt overheidsopsporing immers betere waarborgen voor betrokkenen dan particuliere opsporing.

Nu het Hof dit echter zo heeft beslist, dient bijzondere aandacht te worden geschonken aan de particuliere opsporingsmethoden die hier in het geding zijn, in het bijzonder aan het verkrijgen van persoonsgegevens door de desbetreffende particuliere opsporingsinstantie. Dat is in de hier besproken zaak door de advocaat van Brein goed begrepen. De vordering van Brein verbindt immers aan het informatiegebod de voorwaarde dat betrokkene de mogelijkheid krijgt zich te verzetten tegen afgifte van de gegevens door Google aan Brein. In die verzetsprocedure zou betrokkene bijvoorbeeld de gelegenheid hebben om aan te tonen dat anderen van zijn aansluitingen gebruik hebben gemaakt of dat zijn computer is gekaapt. Die procedure heeft blijkens bovengenoemd vonnis van 6 november 2015 niets opgeleverd dat in de weg zou staan aan toewijzing van het informatiegebod.

Instanties als Brein hebben er doorgaans geen belang bij om dergelijke zaken uit te zoeken. Zij worden in beginsel niet gehinderd om niet-ernstige inbreuken aan te pakken of om opsporingswerk aan derden uit te besteden. Het opsporingsbeleid van Brein is voor wat betreft de privacy-aspecten vooraf aan voorwaarden gebonden door het College bescherming persoonsgegevens (na 1 januari 2016 de Autoriteit persoonsgegevens (Ap)). In Cbp 16 april 2004 inz. Stichting Brein (NL-VS), z2003-1660 worden o.m. eisen gesteld aan gegevensuitwisseling met de VS (geen inschakeling van derden, geen algemene verstrekking, maar alleen wanneer sprake is van (het voornemen tot) een gerechtelijke procedure). Van een daadwerkelijk toezicht achteraf door het College op naleving van die eisen is echter niet gebleken.

Gelukkig zijn er nog rechters in ons land. Rb. Utrecht 12 juli 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AT9073, op dit punt bevestigd door Hof Amsterdam 13 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY3854 (*Brein c.a./UPC c.a.*), oordeelt dat van een ISP niet gevergd kan worden klantgegevens behorende bij IP adressen bekend te maken, wanneer die IP adressen niet rechtmatig zijn verzameld door Brein, omdat, zoals in dit geval, Brein een derde heeft ingeschakeld bij het verkrijgen van IP adressen in de VS, die derde niet gebonden was aan de privacy waarborgen uit de inmiddels door HvJEU 6 oktober 2015, C-362/14 (*Schrems/DPC*) vernietigde Safe Harbour beschikking en vaststaat dat de VS geen passend beschermingsniveau kent voor persoonsgegevens. Noch de nationale wetgever, noch de nationale toezichthouder leveren dus een praktisch relevante bijdrage aan het evenwicht dat het Hof eist tussen de bescherming van het intellectuele eigendomsrecht enerzijds en het recht op bescherming van persoonsgegevens anderzijds. De wetgever niet vanwege het ontbreken van een specifieke regeling en de toezichthouder niet vanwege het ontbreken van daadwerkelijk toezicht.

We moeten het echt van de rechter hebben. Die heeft ook recent de keerzijde van het probleem belicht. Een regeling die het in dit soort gevallen mogelijk maakt ongemotiveerd te weigeren persoonsgegevens te verstrekken, kan evenmin door de beugel. In HvJEU 16 juli 2015, C-580/13 (*Coty/Stadtsparkasse*) ziet het Hof de onbeperkte en onvoorwaardelijke mogelijkheid voor een bank zich naar Duits recht op het bankgeheim te beroepen en informatie over mogelijke inbreukmakers te weigeren als een ernstige aantasting van het ten volle kunnen uitoefenen van het recht op intellectuele eigendom. Hier zien we toch iets van de keuze die Alberdingk Thijm & De Vries voorstaan. Wanneer een niet nader gemotiveerd beroep op het ene grondrecht een ernstige aantasting van het andere oplevert, moeten we beginnen met dat andere grondrecht.

Nr. 12 SENA/Organisatoren Dance Events

Rechtbank Den Haag 2 oktober 2013
zaaknummer/rolnummer: C/09/356216 / HA ZA 10-66

Artikel 7 WNR. Vaststelling billijke vergoeding dance events.

Vonnis in de zaak van

de stichting STICHTING TER EXPLOITATIE VAN NABURIGE RECHTEN (SENA), gevestigd te Hilversum, eiseres, advocaat mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,

tegen

25 organisatoren van *dance events*, gedaagden, advocaat mr. B.H.M. Schipper te Amsterdam.

Partijen zullen hierna SENA en gedaagden genoemd worden.

[...]

2. De feiten

2.1. SENA is krachtens artikel 5 lid 1 Wet op de Naburige Rechten (hierna: WNR) aangewezen als de rechtspersoon belast met de inning en verdeling van de in artikel 7 WNR bedoelde billijke vergoeding voor het openbaar maken van een voor commerciële doeleinden uitgebracht fonogram of een reproductie daarvan zonder toestemming van de producent van het fonogram en de uitvoerend kunstenaar of hun rechtverkrijgenden.

2.2. Bij de bepaling van de hoogte van de in artikel 7 WNR bedoelde billijke vergoeding maakt SENA een onderscheid tussen verschillende vormen van het gebruik van muziek. Zo hanteert SENA verschillende vergoedingsmodellen voor het muziekgebruik door enerzijds organisatoren van evenementen en anderzijds horeca-instellingen. Ten aanzien van de organisatoren van evenementen maakt het vergoedingsmodel van SENA een onderscheid tussen *dance events*, muziekfestivals en overige evenementen. Ten aanzien van horeca-instellingen wordt een onderscheid gemaakt tussen het gebruik van de fonogrammen als achtergrondmuziek in bijvoorbeeld restaurants, en als amusementsmuziek in bijvoorbeeld discotheken en clubs (hierna: het discothekentarief).

2.3. Het discothekentarief is gebaseerd op het aantal vierkante meters van de publiekstoegankelijke ruimte(s) in combinatie met het aantal openstellingen per jaar. De precieze hoogte van het discothekentarief is in de loop der jaren gewijzigd. Bij wijze van voorbeeld staat hierna een overzicht van het discothekentarief dat SENA in 2010 rekenende bij 1 tot en met 30 openstellingen per jaar:

Oppervlak.te	Basisvergoeding
t/m 100 m2	€ 521,61
101 t/m 150 rn2	€ 782,42
151 t/m 200 m2	€ 1.043,23
201 t/m 250 m2	€ 1.304,04
251 t/m 300 m2	€ 1.564,84
301 t/m 350 m2	€ 1.825,65
351 t/m 400 m2	€ 2.086,46
401 t/m 450 m2	€ 2.347,26
451 t/m 500 m2	€ 2.608,07
Voor elke 50 m2 meer of een gedeelte daarvan	€ 260,81