



Annotatie bij Hof van Justitie EU 16 juli 2015 (Coty / Stadsparkasse), *European Human Rights Cases*, 2015-10, nr. 188.

Door: mr. drs. B. van der Sloot

1. In de zaak *Coty* staat centraal de bescherming van het bankgeheim en de vraag of daar in nationale rechtstelsels een aparte regeling voor mag worden getroffen. Het bankgeheim is te vergelijken met de geheimhouding tussen bijvoorbeeld advocaat en cliënt en dokter en patiënt. Als patiënten er niet op kunnen vertrouwen dat de informatie die zij verstrekken aan hun arts vertrouwelijk en veilig wordt behandeld, dan blijkt uit onderzoek dat mensen simpelweg niet zo vaak naar de dokter gaan en als zij dat wel doen, minder openheid van zaken geven. Dit geldt ook voor het vertrouwen tussen advocaat en cliënt; als de gesprekken niet vertrouwelijk worden behandeld (bijvoorbeeld doordat een inlichtingendienst vrij structureel gesprekken aftapt), dan zullen verdachten minder snel naar een advocaat stappen en als zij dat wel doen, minder snel gevoelige informatie delen. Daarom bestaan er in veel westerse democratieën speciale regelingen voor dit soort relaties, met bijvoorbeeld een verschoningsrecht en een plicht voor dokters en advocaten om de informatie die zij hebben verkregen van hun cliënt of patiënt niet aan derden door te spelen. Als zij dit uitgangspunt schenden, kunnen zij worden aangeklaagd of tuchtrechtelijk uit hun ambt worden ontheven.

2. Het is belangrijk om te benadrukken dat dit soort principes niet gaan om de belangen van de individuele cliënt of patiënt als zodanig. Zij hebben uiteraard het recht op privacy en gegevensbescherming, waaruit onder meer volgt dat iedereen (ongeacht de bijzondere relatie) redelijk en billijk met hun gegevens om moet gaan. Het beroepsgeheim en het verschoningsrecht zien echter niet op dit individuele belang, maar vormen een waarborg die het functioneren van de beroepsgroep als zodanig beschermt. Het beroepsgeheim is een noodzakelijke voorwaarde, een *conditio sine qua non* voor het functioneren van de medische en juridische sector; het dient dan ook een algemeen belang. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan hier van worden afgeweken, bijvoorbeeld als een cliënt vrij gedetailleerd vertelt over de moord die hij van plan is morgen te plegen.

3. Het bankgeheim behoort tot dezelfde bloedgroep. Het beschermt het functioneren van de banksector als zodanig. Als burgers er niet op kunnen vertrouwen dat hun financiële situatie vertrouwelijk wordt behandeld, dan zouden zij simpelweg minder snel naar een bank gaan en er eerder voor kiezen om het geld thuis of via een andere constructie te bewaren. Er moet hier dus een onderscheid worden gemaakt tussen het recht op privacy en gegevensbescherming van de specifieke individuen enerzijds, namelijk in verband met het openbaar maken van specifieke gegevens over hun financiële situatie, en wettelijke regelingen, zoals die in het onderhavige geval, die zien op de bescherming van de vertrouwelijkheid van informatie en informatiebronnen in het algemeen belang anderzijds.

4. De zaak *Coty* draait in wezen om de interpretatie van Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten en dan met name art. 8 van die richtlijn, betreffende het recht op informatie: "1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties, tijdens een

gerechtelijke procedure wegens inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, op gerechtvaardigd en redelijk verzoek van de eiser kunnen gelasten dat informatie over de herkomst en de distributiekkanalen van de goederen of diensten die inbreuk maken op een intellectuele-eigendomsrecht, wordt verstrekt door de inbreukmaker en/ of door een andere persoon die: a) de inbreukmakende goederen op commerciële schaal in zijn bezit blijkt te hebben, b) de inbreukmakende diensten op commerciële schaal blijkt te gebruiken; c) op commerciële schaal diensten die bij inbreukmakende handelingen worden gebruikt, blijkt te verlenen; of d) door een onder a), b) of c) bedoelde persoon is aangewezen als betrokken zijnd bij de productie, de fabricage of de distributie van deze goederen of bij het verlenen van deze diensten. 2. De in lid 1 bedoelde informatie omvat naargelang passend is: a) de naam en het adres van de producenten, fabrikanten, distributeurs, leveranciers en andere eerdere bezitters van de goederen of diensten, alsmede van de beoogde groot- en kleinhandelaren; b) inlichtingen over de geproduceerde, gefabriceerde, geleverde, ontvangen of bestelde hoeveelheden, alsmede over de voor de desbetreffende goederen of diensten verkregen prijs. 3. De leden 1 en 2 gelden onverminderd andere regelgeving waarbij: a) de rechthebbende ruimere rechten op informatie worden toegekend; b) het gebruik van de krachtens dit artikel medegegeelde informatie in burgerlijke of strafzaken wordt geregeld; c) de aansprakelijkheid wegens misbruik van het recht op informatie wordt geregeld; d) de mogelijkheid wordt geboden te weigeren gegevens te verstrekken die de in lid 1 bedoelde persoon zouden dwingen deelname door hemzelf of door naaste verwanten aan een inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht toe te geven, of e) de bescherming van de vertrouwelijkheid van informatiebronnen of de verwerking van persoonsgegevens wordt geregeld." De zaak Coty is een vrij rechttoe rechtaan uitspraak, die toch interessant is om twee redenen. Ten eerste omdat de zaak in wezen gaat om de vraag of en zo ja, onder welke omstandigheden het bankgeheim mag worden doorbroken, terwijl het Hof van Justitie in een wat onbegrijpelijke redenatie meent dat het hier gaat om de bescherming van het recht op persoonsgegevens van B. Ten tweede omdat het Hof van Justitie de zaak afdoet met een belangenafwegingstest, zoals steeds meer hoven, terwijl een dergelijke test ten diepste getuigt van een onwil om principiële keuzes te maken en fundamentele principes te formuleren.

5. De eerste kwestie die moet worden besproken is of hier het recht van informatie van Coty jegens de bank opgaat. Daarbij is met name de vraag of lid 1 sub c van art. 8 van toepassing is, namelijk de vraag of het hier draait om een persoon die op commerciële schaal diensten die bij inbreukmakende handelingen worden gebruikt, blijkt te verlenen. Het Hof gaat niet echt in op deze vraag en stelt slechts: "*Vast staat dat een bankinstelling als die in het hoofdgeding onder artikel 8, lid 1, onder c), van richtlijn 2004/48 kan vallen*" (punt 26). Waarmee dat duidelijk is blijft echter onduidelijk. Het is bijvoorbeeld sterk de vraag wat een dienst is die bij de inbreukmakende handeling wordt "*gebruikt*". Hoe essentieel en noodzakelijk moet het verband tussen de activiteit en de dienst zijn? De verkoper heeft in dit geval bijvoorbeeld ook een computer gebruikt; is nu de computerproducent ook aanspreekbaar omdat de computer wordt gebruikt voor een inbreukmakende handelingen? Net zoals een computer is een bankrekening als zodanig nuttig bij de gehele inbreukmakende activiteit, maar de vraag blijft of kan worden gezegd dat de computerleverancier en de bank op commerciële schaal diensten leveren die worden gebruikt bij inbreukmakende handelingen. Het Hof van Justitie gaat echter niet in op deze principiële vraag en neemt voetstoots aan dat de parfumproducent jegens de bank een beroep kan doen op art. 8 van de richtlijn.

6. Vervolgens komt aan bod de interpretatie van art. 8 lid 3 onder e, waarin is vervat de bescherming van de vertrouwelijkheid van informatiebronnen en de verwerking van persoonsgegevens. Het gaat in deze zaak, zoals hierboven benadrukt, om de bescherming van de vertrouwelijkheid van informatie, namelijk de bescherming van het bankgeheim, en slechts in afgeleide zin om de bescherming van persoonsgegevens. De Duitse bepaling ziet op de bescherming van een algemeen belang, namelijk het functioneren van de banksector, en niet op individuele belangen van datasubjecten in verband met de verwerking van hun gegevens. De bepaling staat in een algemene

regeling omtrent het verschoningsrecht; par. 383 ("Recht om niet te hoeven getuigen om persoonlijke redenen") van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, in de op 5 december 2005 bekendgemaakte versie (BGBl. 2005 I, p. 3202), bepaalt in lid 1: "Hebben het recht om niet te hoeven getuigen: [...] 6. personen aan wie ingevolge hun ambt, functie of beroep feiten worden toevertrouwd waarvan door de aard ervan of op grond van een wettelijke bepaling geheimhouding is geboden, een en ander met betrekking tot de onder de geheimhoudingsplicht vallende feiten." Het Hof ziet dat echter anders en stelt dat in deze zaak twee rechten met elkaar botsen: "Artikel 8, lid 1, onder c), en artikel 8, lid 3, onder e), van richtlijn 2004/48, gelezen in hun onderlinge samenhang, strekken elk tot naleving van een ander recht. Zo moet enerzijds het recht op informatie en anderzijds het recht op bescherming van persoonsgegevens worden nageleefd" (punt 28). Dat het Hof deze zaak interpreteert onder het recht op bescherming van persoonsgegevens blijkt ook als het stelt: "Tevens staat vast dat wanneer een dergelijke bankinstelling de naam en het adres van een van haar cliënten verstrekt, er sprake is van verwerking van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 2, onder a) en b), van richtlijn 95/46" (par. 26). Het Hof doet het dus voorkomen alsof het in deze zaak draait om de bescherming van persoonsgegevens van B, terwijl het gaat om een bepaling die ziet op de bescherming van het bankgeheim. Het is onduidelijk hoe het Hof tot deze merkwaardige keuze is gekomen, maar in ieder geval beïnvloedt het de uitkomst van de zaak ten zeerste.

7. Het Hof vervolgt deze denktrant en trekt de zaak zelfs in het fundamentele rechtendiscours. "Met het recht op informatie, waarop de eiser geacht wordt aanspraak te hebben tijdens een gerechtelijke procedure wegens inbreuk op diens eigendomsrecht, wordt op het betrokken gebied beoogd uitvoering en invulling te geven aan het in artikel 47 van het Handvest neergelegde grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte en aldus ervoor te zorgen dat het grondrecht op eigendom, waartoe het in artikel 17, lid 2, van het Handvest beschermde intellectuele-eigendomsrecht behoort, ten volle wordt uitgeoefend. Zoals de advocaat-generaal in punt 31 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het eerste grondrecht een noodzakelijk instrument voor de bescherming van het tweede. Het recht op bescherming van persoonsgegevens, waarop de in art. 8, lid 1, van richtlijn 2004/48 bedoelde personen aanspraak hebben, is onderdeel van het in art. 8 van het Handvest en in richtlijn 95/46 gewaarborgde grondrecht van eenieder op bescherming van zijn persoonsgegevens. Met betrekking tot die rechten blijkt uit overweging 32 van richtlijn 2004/48 dat de richtlijn de grondrechten eerbiedigt en de beginselen in acht neemt die worden erkend door het Handvest. De richtlijn beoogt meer bepaald te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig art. 17, lid 2, van het Handvest. Tegelijkertijd mag, zoals uit art. 2, lid 3, onder a), en de overwegingen 2 en 15 van richtlijn 2004/48 volgt, de bescherming van de intellectuele eigendom geen belemmering van onder meer de bescherming van persoonsgegevens vormen, zodat richtlijn 2004/48 met name geen afbreuk doet aan richtlijn 95/46. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing werpt dus de vraag op hoe de eisen in verband met de bescherming van verschillende grondrechten, namelijk enerzijds het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het intellectuele-eigendomsrecht en anderzijds het recht op bescherming van persoonsgegevens, met elkaar in overeenstemming moeten worden gebracht" (punten 29-33).

8. Het gaat hier volgens het Hof om het fundamentele recht op eigendom, zoals beschermd in art. 17 lid 2 van het Handvest op de Grondrechten van de Europese Unie, van Coty aan de ene kant en het fundamentele recht op gegevensbescherming van B, zoals vervat in art. 8 van het Handvest, aan de andere kant. Een zaak die draait om het bankgeheim en een mogelijke uitzondering daarop omvormen tot een zaak die draait om een botsing van tegengestelde, maar gelijksoortige belangen is tekenend voor hoe veel gerechtshoven heden ten dage principiële zaken benaderen. De benadering heeft tot gevolg dat er zo min mogelijk principiële vragen hoeven te worden beantwoord en dat er zo min mogelijk fundamentele beslissingen hoeven te worden genomen. Alles wordt terugggebracht tot de particuliere belangen die in het geding zijn en de maatschappelijk relevante vragen worden omzeild. Deze benadering loopt langs twee lijnen. Ten eerste wordt er niet of nauwelijks stilgestaan

bij de vraag of de zaak in het onderhavige geval, of het belang waarop iemand zich beroept, überhaupt wel onder de rechtsdoctrine valt of zou moeten vallen. Er wordt doorgaans simpelweg aangenomen dat de belangen van zowel de klagende als de verdedigende partij relevant en legitiem zijn en moeten worden meegenomen in de afweging van de rechter. Ten tweede wordt tot de uitkomst van de zaak gekomen door deze verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en met elkaar te balanceren.

9. Een voorbeeld van deze benadering kan gevonden worden in de onlangs in dit blad geannoteerde uitspraak van het EHRM in *Delfi AS t. Estland* (EHRM 16 juni 2015 (GK), nr. 64569/09, «EHRC» 2015/172 m.nt. Van der Sloot), waarin centraal stond het Estse Nu.nl en zijn aansprakelijkheid voor de gebruikersreacties, die een derde hadden beledigd en zijn reputatie mogelijk hadden geschonden. De zaak had op principiële wijze kunnen worden besloten door twee stappen te nemen. Ten eerste kan een site als Nu.nl überhaupt een beroep doen op de vrijheid van meningsuiting, zeker nu het gaat om de gebruikersreacties waarbij Nu.nl nauwelijks bemoeienis heeft gehad, anders dan een platform bieden voor deze reacties? Ten tweede, als de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, is een beperking op art. 10 lid 1 EVRM bij wet voorgeschreven en noodzakelijk in een democratische samenleving met het oog op één van de in lid 2 genoemde gronden, namelijk de bescherming van de reputatie van derden? Het EHRM koos er echter voor om voetstoots aan te nemen dat de Estse Nu.nl een beroep kon doen op de vrijheid van meningsuiting, zonder dit verder toe te lichten. Ook neemt het zonder discussie aan dat de rechten van de derde in kwestie inderdaad in het geding zijn, terwijl de meeste van de gewraakte opmerkingen onschuldig van aard waren en het redelijkerwijs kon worden betwijfeld of deze uitspraken echt onrechtmatig waren. Vervolgens koos het EHRM er voor om de zaak niet af te doen onder art. 10 lid 2, maar de zaak te beschouwen als een botsing van gelijke belangen en gelijksoortige rechten, namelijk de vrijheid van meningsuiting van het internet platform enerzijds en het recht op privacy (art. 8 EVRM), waaronder volgens het EHRM ook valt het recht op bescherming van reputatie, van de derde anderzijds. Deze principes worden door het Hof vervolgens tegen elkaar afgewogen in een belangenafwegingstest, waarbij de verschillende claims met elkaar worden gebalanceerd. Hiermee worden dus alle principiële vragen en fundamentele discussies uit de weg gegaan en worden alle kwesties in de potpourri die de belangenafwegingstest heet gegoten.

10. Een gelijksoortige benadering kiest het Hof van Justitie in deze zaak. Het onderzoekt niet of het recht op informatie überhaupt wel van toepassing is, het neemt simpelweg aan dat de bankdienst wordt 'gebruikt' bij de inbreukmakende activiteit. Ook wordt niet nagegaan of en zo ja onder welke voorwaarden het bankgeheim mag worden opgeheven. Er wordt simpelweg uitgegaan van een uitgangspunt van gelijksoortige belangen die tegen elkaar moeten worden afgewogen.

11. De belangenafwegingstest is om drie redenen onwenselijk. Ten eerste ontwijken de rechters met deze benadering structureel alle principiële en fundamentele keuzes, bijvoorbeeld ten aanzien van de reikwijdte van een recht, de vraag wie daar een beroep op mogen doen en de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden er uitzonderingen op het recht mogen worden gemaakt. Of dit nu een vorm van morele lafheid of intellectuele luiheid is of een combinatie van die twee is moeilijk te zeggen. Ten tweede is de metafoor van belangenafweging als zodanig weinig toepasselijk omdat morele concepten als privacy, autonomie en vrijheid geen gewicht hebben. Er is ook geen exacte methode om belangen af te wegen en een standaard schaal waarop deze morele concepten moeten worden gewogen ontbreekt. In feite is het dus een verhullende metafoor en gaat het hier om retoriek die vooral de onmacht of onwil om fundamentele keuzes te maken verbloemt. Ten derde en daarop

aansluitend: de belangenafwegingstest is een intrinsiek vage en subjectieve test; welk gewicht iemand ergens aan toekent, hoe dit wordt gewogen en op welke schaal, daar bestaat in de morele, in tegenstelling tot de natuurkundige wereld, geen standaard voor. In feite werkt de keuze om met deze aanpak te werken dus rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid in de hand, omdat het steeds aan een volgende rechter is om, zonder fundamentele uitgangspunten en principes, een persoonlijke inschatting te maken van de omstandigheden van het geval, de weging van de factoren en het balanceren van de verschillende belangen.

12. Het problematische gevolg van deze belangenafwegingstest is tweeërlei. Enerzijds worden de zaken teruggebracht tot de particuliere belangen van de betrokken partijen en worden de fundamentele vragen omzeild, anderzijds wordt er geen duiding of handvaten gegeven door de Europese hoven, zodat de uiteindelijk beslissing in zaken wordt overgelaten aan nationale rechters of in voorkomende gevallen zelfs aan private partijen. Ten aanzien van het eerste punt moet worden opgemerkt dat een standaardtest ten aanzien van fundamentele rechten, zoals bijvoorbeeld onder het EVRM is vervat, enerzijds ziet op de vraag of een bepaald recht in het geding is en anderzijds beoordeelt of een wettelijke uitzondering daarop legitiem en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Heeft een internetintermediair recht op vrijheid van meningsuiting, kan een bank zich beroepen op een bankgeheim of een verschoningsrecht, etc. Merk hierbij op dat dit een algemeen belang dient, onder meer in verband met de rechtszekerheid; natuurlijk moeten hier de specifieke omstandigheden van het geval worden meegenomen, maar de rechtszekerheid is er bij gediend dat internetintermediairs in den algemene weten of en wat voor een soort rechten zij kunnen inroepen, in welke gevallen, of banken in den algemene een beroep kunnen doen op een bankgeheim, wat de waarde is van een bankgeheim, etc. Anderzijds gaat het om de vraag of een beperking daarop bij wet is voorgeschreven, noodzakelijk is in een democratische samenleving en een legitiem doel dient. De vraag is dus weer in den algemene, of een dergelijke *wettelijke bepaling* een maatschappelijk doel dient, of de bescherming van de reputatie van derden een legitieme en noodzakelijke beperking vormt op de vrijheid van meningsuiting van internet providers, of de bescherming van het merkenrecht van derden een legitieme en noodzakelijke beperking vormt op het bankgeheim, etc.

13. De eerste vraag wordt in het geheel niet besproken door het EHRM en het HvJ in de zaken *Delfi* en *Coty*; de tweede vraag wordt op een opmerkelijke wijze omzeild. Zowel in de zaak *Delfi* als in deze zaak wordt een derde, die geen partij is bij de zaak, bij de uitspraak betrokken, in het geval van *Delfi* de derde wiens reputatie zou zijn geschonden en in *Coty B.*, wiens recht op bescherming van persoonsgegevens in het geding zou kunnen komen. Hiermee verschuift de focus van de vraag of een wettelijke bepaling als zodanig noodzakelijk en legitiem is, naar de vraag hoe de belangen van de derde die geen partij is bij de zaak moeten worden afgewogen tegen de andere rechthebbende. De vraag is niet "*komt een internetintermediair voor wat betreft de door zijn users op zijn platform geplaatste comments een beroep op het recht op vrijheid van meningsuiting toe en zo ja, is een wettelijke bepaling die deze vrijheid beperkt om het recht op reputatie van derden te beschermen legitiem en noodzakelijk in een democratische samenleving?*", maar "*hoe moeten de belangen van Delfi en die van de derde persoon in kwestie in dit concrete geval tegen elkaar worden afgewogen?*"; de vraag is niet "*kan een bank zich beroepen op zijn bankgeheim en zodoende een verschoningsrecht afdwingen en zo ja, in welke omstandigheden kan hier een uitzondering op worden gemaakt, meer specifiek, is de bescherming van het merkenrecht zo'n legitieme en noodzakelijke uitzonderingsgrond?*", maar "*hoe moeten in dit concrete geval de belangen van Coty in verband met het merkenrecht en de belangen van B. in verband met de bescherming van persoonsgegevens tegen elkaar worden afgewogen?*" De vragen met een algemeen en maatschappelijk belang worden dus ontweken en vervangen door een afweging van de concrete belangen van de betrokken particulieren in het concrete geval.

14. Ten tweede wordt het problematische karakter van deze keuze versterkt doordat er geen duiding of invulling wordt gegeven aan de belangenafwegingstest; er worden geen concrete criteria gegeven, geen duiding aan welke gewichten bepaalde belangen hebben en hoe deze belangen zouden moeten worden gemeten – elke vraag over noodzakelijkheid, effectiviteit en proportionaliteit wordt ontweken (zie punt 16 en verder van deze annotatie). Hierdoor wordt nauwelijks duiding gegeven over hoe zaken moeten worden benaderd en beoordeeld. Het gevolg hiervan is dat private partijen vaak in concrete gevallen beslissingen moeten nemen, zonder dat ze een houvast hebben of handvaten aan de hand waarvan ze hun beslissing kunnen nemen, terwijl zij wel het risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld bij een verkeerde beslissing voor de geleden schade, bijvoorbeeld in verband met de gedeerde inkomsten in relatie tot het merkenrecht ofwel in verband met de reputatieschade van derden. De internet provider zal in concrete gevallen moeten onderzoeken of de belangen van derden legitiem zijn, of die geschonden zijn en hoe die eventuele belangen zich verhouden tot zijn eigen recht op vrijheid van meningsuiting en de belangen van de gebruikers van het platform in verband met hun vrijheid van meningsuiting; een bank zal bij verzoeken moeten beoordelen of een rechthebbende van een intellectueel eigendomsrecht inderdaad is getroffen in zijn recht, hoe zwaarwegend deze belangen zijn (gaat het om een grootschalige of kleinschalige schending), hoe het staat met zijn eigen belang in verband met het bankgeheim en hoe de belangen van derden in verband met hun recht op privacy en bescherming van persoonsgegevens moeten worden gewogen. De rechtszekerheid voor private partijen in dit soort zaken is zeer beperkt. De weigerachtigheid van Europese hoven om een wezenlijke beslissing te nemen, principiële vragen te beantwoorden en fundamentele principes te formuleren leidt er dus toe dat de daadwerkelijke beslissing moet worden genomen door particulieren. Zij komen in feite op de stoel van de rechter te zitten; het is de vraag hoe wenselijk dat is in een democratische rechtsstaat.

15. Hoe dan ook, door de keuze voor een belangenafwegingstest is de uitkomst van de zaak *Coty* uiteraard al gegeven. Een belangenafwegingstest verhoudt zich in principe immers niet tot fundamentele principes die slechts in zeer uitzonderlijke situaties mogen worden beperkt. Het veronderstelt daarentegen dat alle belangen in principe meegenomen worden en dat deze relatief zijn, anders kunnen ze immers niet worden afgewogen. Een principe als in het Duitse recht, waarin een relatief sterk principe is verankerd, namelijk dat banken zich in principe op hun verschoningsrecht en bankgeheim kunnen beroepen is dan ook moeilijk te verenigen met een belangenafwegingstest. De uitkomst van de zaak *Coty* is dan ook dat voor zover de bepaling in het Duitse recht moet worden gelezen als een vrij absoluut verschoningsrecht, dat volgens het Hof in strijd is met de voorgenoemde richtlijn.

16. Naast dit punt is het interessant om te zien hoe weinig aangekleed de belangenafwegingstest is, hoe weinig invulling het Hof hier aan geeft, hoe het doelbewust de belangenafwegingstest zo vaag en nevelig mogelijk lijkt te houden. Zo schaart het aan elkaar gelijk het recht op intellectueel eigendom en het recht op bescherming van persoonsgegevens. Toch had kunnen worden opgemerkt dat het eigendomsrecht in grondrechten- en fundamentele rechtendocumenten traditioneel een andere status heeft dan de klassieke afweerrechten, omdat er discussie bestaat over de waarde van eigendom (bijvoorbeeld in niet-kapitalistische regimes), omdat sociaal-economische rechten, anders dan politieke rechten, overheidsbemoedigen en -regelingen veronderstellen in plaats van deze afweren en omdat beperkingen op eigendomsrechten veel gebruikelijker zijn dan beperkingen op politieke rechten. Hier gaat het Hof echter niet op in. Ook maakt het geen verschil tussen dit traditionele eigendomsrecht en het intellectueel eigendomsrecht, dat nog meer dan het traditionele eigendomsrecht primair een economisch belang dient. Het verschil in status blijkt duidelijk uit lid 1

van art. 17 van het Handvest, waarin is vervat *"het recht de goederen die bij rechtmatig heeft verkregen in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Aan niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan worden geregeld bij de wet voor zover het algemeen belang dit vereist"* en lid 2 waarin slechts is vervat dat *"Intellectuele eigendom is beschermd"*, zonder dat er condities en waarborgen worden geboden voor het geval de staat dit intellectuele eigendomsrecht aan banden wil leggen.

17. Daarbij moet worden opgemerkt dat het hier gaat om het fundamentele recht op gegevensbescherming van een burger tegen het intellectueel eigendomsrecht van een rechtspersoon. De vraag of rechtspersonen überhaupt een beroep kunnen doen op fundamentele rechten, blijft hier echter onbesproken. Ook het verschil in het belang dat een rechtspersoon en een natuurlijk persoon hebben in verband met de bescherming van rechten blijft onbenoemd. Het feit dat het hier in feite niet zozeer gaat om de bescherming van een fundamenteel grondrecht, maar om het garanderen van winst en het voorkomen van winstderving door dergelijke inbreukmakende activiteiten blijft onbesproken. En ook het feit dat het hier niet gaat om fysiek eigendom en zelfs niet om intellectueel eigendom als bedoeld onder de voorgenoemde Richtlijn, maar om een merkenrecht, wordt door het Hof nauwelijks besproken en slechts afgedaan met de opmerking dat *"de werkingssfeer van deze richtlijn zo breed mogelijk dient te worden vastgesteld, zodat zij alle intellectuele-eigendomsrechten omvat die onder de communautaire bepalingen op dit gebied en/of het nationaal recht van de betrokken lidstaat vallen. Aangenomen moet dus worden dat de richtlijn ook van toepassing is op een procedure wegens inbreuk op aan een gemeenschapsmerk verbonden rechten"* (punt 20). Alhoewel deze zaak in feite draait om de bescherming van het merkenrecht van een parfumproducent, interpreteert het Hof van Justitie de zaak als een schending van één van de fundamentele rechten, namelijk het eigendomsrecht.

18. Ook had het Hof kunnen opmerken dat het recht op gegevensbescherming een aparte status heeft. Dit recht is lange tijd niet als fundamenteel grondrecht gezien. Bedacht moet worden dat in het handvest het recht op privacy en het recht op gegevensbescherming in twee aparte bepalingen zijn geregeld en dat het oudere Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa in art. 8 slechts het recht op privacy kent. Alhoewel er overlap tussen de twee rechten bestaat en art. 8 EVRM zeker een aantal gegevensbeschermingsrechtelijke principes omvat, zijn het desalniettemin twee verschillende rechten met verschillende reikwijdtes en verschillende uitgangspunten. Zo biedt het recht op privacy in principe slechts bescherming aan privégegevens en privacygevoelige gegevens, terwijl het recht op gegevensbescherming ziet op alle persoonsgegevens, ook publieke en niet gevoelige gegevens zoals de zin, wijzend naar een persoon, *"die man daar naast de lantaarnpaal"*. Ook geldt voor privacybepalingen traditioneel een 'nee, tenzij'-regime, terwijl bij gegevensbeschermingsregels traditioneel wordt aangenomen dat persoonsgegevens (ook gezien hun zeer brede reikwijdte) moeten kunnen worden verwerkt, zij het onder voorwaarden en zorgvuldigheidsnormen, tenzij er bijzondere omstandigheden of bijzondere gegevens in het geding zijn. Het karakter van het gegevensbeschermingsrecht is dan ook fundamenteel anders. De Richtlijn bescherming persoonsgegevens van de EU is bijvoorbeeld gestoeld op economische regulering en dus ook dit grondrecht, dat volgens het HvJ zou moeten worden gebalanceerd met het intellectueel eigendomsrecht van de parfumproducent, heeft een ander karakter dan traditionele fundamentele rechten zoals het recht op privacy. De status van dit recht als fundamenteel recht is dan ook omstreden.

19. Daarbij moet worden bedacht dat bijvoorbeeld de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, waarnaar het Hof expliciet verwijst, al expliciet twee doeleinden kent: namelijk de bescherming van de belangen van het datasubject en de bescherming van de belangen van de dataverwerker, namelijk in verband met de vrije markt en de bevordering van grensoverschrijdend gegevensverkeer. In zekere zin vormt de Richtlijn bescherming persoonsgegevens als zodanig dus al een balans tussen verschillende belangen, waaronder de belangen die volgens het Hof *in casu* centraal staan. Als het HvJ er bijvoorbeeld voor had gekozen om deze zaak uitsluitend als een gegevensbeschermingsrechtelijke kwestie te beschouwen en het de vraag had gesteld of *in casu* het recht van B mocht worden beperkt om de belangen van de parfumproducent te dienen, dan was de uitkomst waarschijnlijk dezelfde geweest als die waartoe het HvJ nu is gekomen. Het is hier dus niet slechts zo dat twee principes botsen, die principes zijn zelf al een boeket aan verschillende uitgangspunten en beschermingsgebieden. Ook hier staat het Hof van Justitie echter niet bij stil.

20. Tot slot nog een aantal opmerkelijke punten in het oordeel van het Hof. Ten eerste lijkt het er van uit te gaan dat *in casu* door de bepaling in het Duitse recht er een ernstige inbreuk wordt gemaakt op het intellectueel eigendomsrecht van de parfumproducent. Er moet op *"worden gewezen dat art. 52, lid 1, van het Handvest onder meer bepaalt dat beperkingen op de uitoefening van de erkende rechten en vrijheden de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden moeten eerbiedigen, en dat uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat een maatregel die leidt tot een ernstige aantasting van een in het Handvest beschermd recht niet voldoet aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de met elkaar in overeenstemming te brengen grondrechten"* (punt 35). De vraag is echter of in het onderhavige geval, waarin een illegale kopie van een parfum via een internetsite wordt verstrekt, er een ernstige inbreuk wordt gemaakt op de wezenlijke inhoud van het eigendomsrecht of dat het hier veeleer gaat om een wat onschuldige bijwerking van het internettijdperk.

21. Daarnaast is de vraag of er geen andere middelen openstonden voor de parfumproducent om zijn recht te halen. Het had immers al de naam en het adres van de accounthouder gekregen van de internet provider. Dit account was gebruikt om de parfum te verkopen. Dit lijkt op zich voldoende informatie om mee naar een rechter te stappen. Er is een daad geconstateerd, er is een account gesignaleerd en de accounthouder is geïdentificeerd. Indien de accounthouder volhoudt dat hij niet de verkoper is, dan zal de bewijslast ten dele op hem rusten om dit te ontcrachten. Het is dus sterk de vraag of het schenden van het bankgeheim überhaupt wel noodzakelijk was om het recht van Coty te kunnen waarborgen. Waarom het Hof van Justitie hier niet verder op in gaat blijft na lezing van het arrest onduidelijk.

22. Tot slot neemt het Hof, weliswaar met een slag om de arm, aan dat het hier om een absoluut recht van de bank zou gaan om geen gegevens te verstrekken. *"Bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepaling van nationaal recht lijkt, wanneer zij op zichzelf wordt bezien, sprake te zijn van een onbeperkte mogelijkheid om te weigeren, aangezien de bewoordingen daarvan geen voorwaarden of nadere bepalingen bevatten"* (punt 37). Het is echter de vraag waarop het Hof dat baseert. Geheimhoudingsbepalingen zijn eigenlijk nooit absoluut van aard. Zo zal een advocaat of een arts die hoort van een moordplan eigenlijk altijd gehouden zijn dit te melden; zij zijn dan dus verplicht hun vertrouwelijkheidsrelatie te doorbreken. Niet in te zien valt waarom dat hier anders zou zijn, waarom de bank wel een absoluut recht op vertrouwelijkheid van informatie en informatiebronnen zou hebben. De echte vraag die in dit arrest had moeten worden beantwoord is dus onder welke omstandigheden een rechter kan gelasten dat een bank zijn bankgeheim moet opheffen en meer specifiek, of de omstandigheid als in

het onderhavige geval, waarbij de bescherming van een intellectueel eigendomsrecht centraal staat, zo'n legitieme beperkingsrond kan vormen. Dit punt blijft echter onbesproken.

mr. drs. B. van der Sloot, Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam