

Knock Knock Who's There?

Tussenpersonen, persoonsgegevens en de kunst van het juiste evenwicht

Christiaan Alberdingk Thijm*

Wat te doen als je op Twitter door een anoniem profiel voor rotte vis wordt uitgemaakt? Het Nederlandse recht biedt verschillende mogelijkheden om identificerende gegevens te verkrijgen van internet-tussenpersonen. Maar hoe wordt de afweging met de bescherming van de persoonsgegevens van de anoniemus gemaakt? Hoe verhoudt het recht op een doeltreffende voorziening in rechte zich tot het gegevensbeschermingsrecht? Het Hof van Justitie schrijft voor dat bij botsende fundamentele rechten het 'juiste evenwicht' moet worden gevonden. Dat blijkt de Nederlandse rechter nog niet zo eenvoudig te vinden, zo wordt duidelijk bij de bespreking van het *Dutch Film Works*-arrest in dit artikel.

1 Inleiding

'On the Internet nobody knows you're a dog.' Mensen van een zekere leeftijd herkennen dat grapje onmiddellijk: het betreft het bijschrift van een cartoon in het Amerikaanse tijdschrift *The New Yorker* anno 1993. Op de tekening van George Steiner zien we een hond op een bureaustoel achter een computer. Hij spreekt de woorden uit tegen een andere hond die vanaf de grond nieuwsgierig omhoogkijkt.

Het idee dat het internet anonimiteit verschaft, was in 1993 al niet juist. Het is vaak mogelijk om personen die een internetverbinding gebruiken, te identificeren. Iedereen die het wereldwijde web opgaat, krijgt van zijn internetprovider een IP-adres toegewezen, al dan niet tijdelijk. Een internetprovider beschikt over je gegevens; hij moet je immers

iedere maand een rekening sturen. Wie dus wordt belaagd door een anoniemus kan diegene met behulp van zijn IP-adres via diens internetprovider identificeren. Het is om die reden dat het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') een IP-adres in beginsel als een persoonsgegeven aanmerkt.¹

Er zijn natuurlijk talloze manieren om je identiteit te maskeren, bijvoorbeeld door gebruik te maken van een VPN-verbinding. Je krijgt dan een anoniem IP-adres toegewezen wanneer je verbinding maakt met het internet. Pogingen van internetgebruikers om identificatie te voorkomen, leiden ertoe dat weer andere partijen worden aangesproken om gegevens te verstrekken, bijvoorbeeld banken of creditcardmaatschappijen. Het is een eindeloos kat-en-muisspel, dat de aanhouder wint.

* Chr.A. Alberdingk Thijm is als senior docent verbonden aan het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam en werkzaam als advocaat te Amsterdam. De auteur dankt Lisa Upelschoten en Alexandra Iedema, student-stagiaires bij een advocatenkantoor te Amsterdam, voor hun onderzoekswerk voor dit artikel.

¹ HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*). Zie ook HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net*), r.o. 152 e.v.

In al die gevallen dat iemand een ander via een derde wil identificeren, rijst de vraag of de derde die wordt aangesproken, verplicht is zijn medewerking te verlenen. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van verschillende omstandigheden.

In al die gevallen dat iemand een ander via een derde wil identificeren, rijst de vraag of de derde die wordt aangesproken, verplicht is zijn medewerking te verlenen

In de eerste plaats is de achtergrond van het vermeende onrechtmatig handelen van de anonieme internetgebruiker relevant. Wanneer het verzoek aan de derde om identificerende gegevens van de anonymus bijvoorbeeld is gebaseerd op een inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten ('IE-rechten'), is het kader uit de Handhavingsrichtlijn relevant.² In de tweede plaats is de partij tot wie het verzoek gericht is, relevant. Wanneer dat een aanbieder van bepaalde diensten van de informatie-maatschappij is, is het regime uit de Richtlijn elektronische handel van belang.³ In de derde plaats zijn de rechten en belangen van de andere betrokkenen relevant: kunnen zij zich op fundamentele of andere rechten beroepen?

In 2021 hebben twee hoogste rechters zich in vergelijkbare zaken over deze vraag uitgesproken: het HvJ EU en de Hoge Raad.⁴ Het HvJ EU doet dat in een uitgebreide uitspraak; onze hoogste rechter doet de zaak zonder inhoudelijke beoordeling af met een verwijzing naar artikel 81 RO. Gezien het feit dat de Belgische rechter het nodig vond om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU, is dat oordeel van de Hoge Raad te kort door de bocht. Het is ook een gemiste kans. De laatste keer dat de Hoge Raad zich uitsprak over de vraag of een derde op verzoek persoonsgegevens moest verstrekken, was in 2005. Inmiddels is in 2009 het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ('Handvest') in werking getreden en in 2018 de Algemene Verordening Gegevensbescherming ('AVG') ingevoerd. Bovendien heeft het HvJ EU diverse arresten gewezen over de vraag wanneer een vordering om persoonsgegevens te verkrijgen, kan worden toegewezen.

Aan het slot van dit artikel zal ik beide arresten bespreken; ze verschaffen duidelijkheid over het antwoord op de vraag wanneer een derde identificerende gegevens (al dan niet op

bevel van de rechter) moet verstrekken wanneer daarom wordt verzocht. Voordat ik dat zal doen, zal ik aangeven welke verschillende belangen een rol kunnen spelen bij verzoeken om identificerende gegevens, gevolgd door een paragraaf over de rechtspositie van internettussenpersonen. Aansluitend zal ik het relevante recht uiteenzetten en enige relevante Nederlandse en Unierechtelijke uitspraken behandelen. Daarbij zal ik onder meer uiteenzetten hoe de nationale rechter het 'juiste evenwicht' kan vinden bij botsende grondrechten.

2 Verschillende belangen

Uit de inleiding blijkt al dat er verschillende partijen betrokken zijn bij een verzoek om identificerende gegevens. In de eerste plaats is dat het slachtoffer, degene die een verzoek indient om persoonsgegevens te verkrijgen. Een restauranthouder, geconfronteerd met een vernietigende recensie op TripAdvisor, wil weten of zijn concurrent achter de kritiek zit. Een groot modemerken ziet dat stelselmatig kleding via Instagram wordt aangeboden, dat inbreuk maakt op zijn auteurs- en merkrechten. Een beursgenoteerde onderneming constateert dat bedrijfsvertrouwelijke gegevens worden gelekt via een podcast op Spotify. Iemand – misschien wel een ex-vriendje – kan compromitterende foto's van je op sociale media publiceren.

In de tweede plaats is degene die mogelijk onrechtmatig heeft gehandeld, de vermeende dader, betrokken bij het verzoek. Uit de voorbeelden hiervoor blijkt al dat het om uiteenlopende daders en schendingen van rechten van het slachtoffer kan gaan; het betreft degenen die mogelijk andermans eer en goede naam, rechten van intellectuele eigendom, bedrijfsgeheimen of privacy en portretrechten hebben geschonden. Kenmerkend bij een verzoek om identificerende gegevens is dat deze partij niet direct wordt aangesproken. Het slachtoffer beschikt immers niet over de persoonsgegevens van de dader. Hij richt zijn pijlen daarom op de derde betrokkene.

Die derde betrokkene is de partij die beschikt over de persoonsgegevens van de anonieme dader. Dit is dikwijls een internettussenpersoon: de partij die heeft bijgedragen aan het toegankelijk maken van de informatie waarover wordt geklaagd. Het gaat om een organisatie die indirect betrokken is bij de normschending waar de dader van wordt beschuldigd. Dat kunnen internetproviders als Ziggo of KPN zijn, maar ook socialemedia-

2 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten.

3 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatie-maatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

4 HvJ EU 17 juni 2021, C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492 (*Mircom / Telenet*) en HR 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:985 (*Dutch FilmWorks / Ziggo*).



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

diensten als Twitter of Instagram. Ook de aanbieders van platforms zoals Marktplaats of YouTube kunnen doorgaans als internettussenpersoon worden beschouwd.

De tussenpersoon zit tussen twee vuren: als hij de vermeende dader beschermt, krijgt hij het slachtoffer op zijn dak; als hij de gegevens verstrekt, krijgt hij ruzie met de dader. Het is een lastige afweging, die hij moet maken tussen conflicterende belangen

Al die verschillende partijen hebben verschillende belangen. Alle betrokkenen kunnen zich op andere, vaak fundamentele rechten beroepen. Het slachtoffer baseert zich op de bescherming van de eer en goede naam, het intellectuele-eigendomsrecht of het recht om een doeltreffende voorziening in rechte te verkrijgen. De dader zal zich mogelijk kunnen beroepen op zijn vrijheid van meningsuiting

en het recht op gegevensbescherming. De tussenpersoon heeft er belang bij dat de vrijheid om zijn bedrijf naar eigen goeddunken in te richten, niet te veel wordt belemmerd, en zal zich op de vrijheid van ondernemerschap beroepen. De tussenpersoon zit tussen twee vuren: als hij de vermeende dader beschermt, krijgt hij het slachtoffer op zijn dak; als hij de gegevens verstrekt, krijgt hij ruzie met de dader. Het is een lastige afweging, die hij moet maken tussen conflicterende belangen. Hij riskeert het zelf aansprakelijk te zijn wanneer hij geen medewerking verleent. Andersom kan de vermeende dader zich beklagen over schending van zijn gegevensbeschermingsrecht wanneer zijn gegevens ten onrechte worden verstrekt.

Er zijn tussenpersonen die niet het risico willen lopen een verkeerde beslissing te nemen en weigeren zelf de knoop door te hakken. De kwestie belandt dan op het bureau van de rechter. Hoe moet die oordelen wanneer hij geconfronteerd wordt met zoveel botsende, fundamentele rechten? Het HvJ EU heeft in verschillende uitspraken richtsnoeren gegeven hoe de nationale rechter daarmee om moet gaan. Na het voorgaande zal het niet verbazen

dat dit vooral zaken zijn waarbij tussenpersonen een rol spelen.⁵ Internettussenpersonen hebben een bijzondere plaats in ons recht. Om de vraag te beantwoorden wanneer tussenpersonen verplicht zijn persoonsgegevens te verstrekken, zal ik eerst de juridische positie van de internettussenpersoon schetsen.

3 Tussenpersonen

Er zijn veel internetdienstverleners die beschikken over persoonsgegevens. Een *internet service provider* als Ziggo of KPN beschikt over de adresgegevens van zijn klanten. Hij moet ze tenslotte iedere maand een factuur sturen. Facebook beschikt over gegevens van degenen die advertenties plaatsen op het platform. Bij de Stichting Domeinnaamregistraties zijn gegevens op te vragen van de houders van domeinnamen. Amazon heeft de gegevens van verkopers. *Payment service providers* beschikken over betaalgegevens, rekeningnummers en de gegevens van rekeninghouders. Zo kan ik nog wel even doorgaan.

Een internetdienstverlener kan ook slechts beschikken over gegevens waarmee iemand *indirect* geïdentificeerd kan worden. Denk aan een gratis e-maildienst als Gmail. Bij Gmail kan je een e-mailadres aanmaken zonder je gegevens achter te laten. Google beschikt dan misschien niet over je naam-, adres- en woonplaatsgegevens, maar de e-maildienst slaat wel het IP-adres op waarmee je jezelf toegang tot je inbox verschaft.

De Europese Richtlijn elektronische handel uit 2000 bevat regels over de aansprakelijkheid van internettussenpersonen die bepaalde diensten leveren.⁶ In de artikelen 12-14 van de richtlijn is de positie geschetst voor verschillende typen diensten die tussenpersonen kunnen leveren. Deze bepalingen zijn in ons nationale recht omgezet in artikel 6:196c BW. Artikel 13 van de richtlijn over het zogenoemde *caching* is in de praktijk minder relevant. Meestal gaat het om een doorgiftdienst (art. 12) of een opslagdienst (art. 14). Hierboven kwamen we al enige voorbeelden tegen van deze twee diensten. Het ter beschikking stellen van een gratis wifiverbinding in een café is een ander voorbeeld van een doorgiftdienst. Het op verzoek van een adverteerder opslaan van een advertentie op de website door Marktplaats is een opslagdienst.

Om te kunnen kwalificeren als tussenpersoon in de zin van deze bepalingen uit de richtlijn moet de aanbieder zijn diensten op neutrale wijze leveren en slechts in tech-

nisch opzicht betrokken zijn bij de litigieuze informatie. Hij mag daarbij geen actieve rol spelen waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de informatie. Dit heeft het HvJ EU uitgemaakt in de zaak *L'Oréal / eBay*.⁷ In die zaak hield L'Oréal het online veilingbedrijf eBay aansprakelijk voor de illegale verkoop van parfums via het platform. Het zou onder meer om namaakproducten gaan en om testers die volgens L'Oréal niet op de markt mogen worden verkocht. De vraag was of eBay een neutrale positie inneemt ten opzichte van de informatie of een actieve rol heeft waardoor het bedrijf kennis heeft van de (onrechtmatige) informatie. Het HvJ EU bepaalde dat wanneer de aanbieder van het platform bijstand verleent aan zijn klanten die er onder meer in bestaat om de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond, te optimaliseren of deze aanbiedingen te bevorderen, geen sprake meer is van een neutrale positie.⁸

Wanneer een tussenpersoon een neutrale positie inneemt en zich met succes op de vrijwaring van aansprakelijkheid kan beroepen, betekent dit niet dat hij niets hoeft te doen om een einde te maken aan het onrechtmatige handelen van degene die gebruikmaakt van zijn diensten

Wanneer een tussenpersoon een neutrale positie inneemt en zich met succes op de vrijwaring van aansprakelijkheid kan beroepen, betekent dit niet dat hij niets hoeft te doen om een einde te maken aan het onrechtmatige handelen van degene die gebruikmaakt van zijn diensten. De vrijwaring van aansprakelijkheid laat onverlet dat de rechter de tussenpersoon kan bevelen maatregelen te nemen om een einde te maken aan de onrechtmatige handelwijze van zijn klant. In het laatste lid van de artikelen 12 en 14 van de Richtlijn elektronische handel is deze verplichting opgenomen, welke verplichting is omgezet in artikel 6:196c lid 5 BW.

Als het gaat om inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten zijn daarnaast nog andere bepalingen aan te wijzen die voorzien in de mogelijkheid een rechterlijk bevel op te leggen

5 Zie de zaken die hierna worden aangehaald.

6 Op 15 december 2020 verscheen een voorstel voor een Verordening die de Richtlijn elektronische handel deels aanvult. Het voorstel handhaaft de aansprakelijkheidsregels voor de aanbieders van tussenhandelsdiensten zoals deze zijn vastgelegd in de Richtlijn. Zie Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten (wet inzake digitale diensten) en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG.

7 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal*), r.o. 113 en HvJ EU 22 juni 2021, C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*You-Tube & Cyando*), r.o. 106.

8 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal*), r.o. 116.

aan een tussenpersoon. Dit volgt uit artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn en artikel 8 lid 3 van de Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij (omgezet in art. 26d Auteurswet).⁹ Het HvJ EU heeft overwogen dat het type bevelen dat de nationale rechter aan tussenpersonen kan opleggen, van andere aard zijn dan de bevelen die de rechter kan opleggen aan degenen die rechtstreeks onrechtmatig handelen of inbreuk plegen op andermans rechten.¹⁰

Het is aan het nationale recht om te bepalen welke maatregelen onder welke voorwaarden opgelegd kunnen worden aan een tussenpersoon. Het HvJ EU heeft echter wel een aantal grenzen gemarkeerd waarbinnen de nationale rechter moet opereren.

In de eerste plaats moet de maatregel doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend, alsmede eerlijk, billijk en niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn, en geen onredelijke termijnen of nodeloze vertragingen inhouden. Ook moet de maatregel zo worden toegepast dat zij geen belemmering voor legitiem handelsverkeer oplevert en moet worden voorzien in waarborgen tegen misbruik (art. 3 Handhavingsrichtlijn). In de tweede plaats mag de maatregel geen algemene surveillancplicht inhouden, aangezien dit strijdig zou zijn met artikel 15 van de Richtlijn elektronische handel. Een algemene verplichting om al het inkomende of uitgaande internetverkeer te filteren, zou bijvoorbeeld zo'n verboden surveillancplicht zijn.¹¹

In het hierboven genoemde *L'Oréal*-arrest noemde het HvJ EU het eenvoudiger doen vaststellen van de identiteit van de inbreukmaker als mogelijke maatregel die de nationale rechter kan opleggen aan de tussenpersoon. In het verlengde hiervan ligt vervolgens het op bevel verstrekken van de identificerende gegevens aan de gelaedeerde. Het HvJ EU maakt daarbij een onderscheid tussen inbreukmakers die als privépersonen handelen en degenen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Die laatste categorie personen is op grond van de Richtlijn elektronische handel verplicht zich te identificeren. In het Nederlandse recht vloeit die verplichting voort uit artikel 3:15d BW. In alle andere gevallen moet het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden geëerbiedigd, zo instrueert het HvJ EU. In de hieronder te bespreken jurisprudentie heeft het HvJ EU uiteengezet wat dit betekent voor de mogelijkheid een bevel op te leggen om identificerende gegevens te verstrekken.

Het Nederlandse recht biedt verschillende grondslagen waarop een vordering om identificerende gegevens te verstrekken kan worden gebaseerd: artikel 843a Rv, artikel 6:162 BW en specifieke bepalingen ter handhaving van intellectuele-eigendomsrechten

4 Wettelijke verplichting om te identificeren

In het Nederlandse recht bestaat geen specifieke wettelijke grondslag die bepaalt dat een partij die beschikt over identificerende gegevens, deze desgevraagd moet verstrekken. Die verplichting bestaat evenmin op grond van het Unierecht. In het arrest *Promusicae* heeft het HvJ EU echter overwogen dat het Unierecht er niet aan in de weg staat dat lidstaten een dergelijke verplichting invoeren.¹²

Het Nederlandse recht biedt verschillende grondslagen waarop een vordering om identificerende gegevens te verstrekken kan worden gebaseerd: artikel 843a Rv, artikel 6:162 BW en specifieke bepalingen ter handhaving van intellectuele-eigendomsrechten.¹³

Op grond van artikel 843a Rv bestaat de mogelijkheid de rechter te verzoeken om een gedaagde te bevelen 'bescheiden' te verstrekken over een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn. De verzoeker moet daarbij een rechtmatig belang hebben. Wanneer aannemelijk is dat een derde onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de verzoeker, kan sprake zijn van een rechtsbetrekking als bedoeld in dit artikel. Onder het begrip 'bescheiden' kunnen ook identificerende gegevens vallen. Op grond van het vierde lid hoeven de identificerende gegevens niet verstrekt te worden in het geval gewichtige redenen zich daartegen verzetten of wanneer 'een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd'.

In de praktijk wordt artikel 843a Rv niet zo vaak toegepast.¹⁴ Meestal wordt het verzoek gebaseerd op artikel 6:162 BW, onder verwijzing naar een arrest van de Hoge Raad uit 2005, *Lycos/Pessers*. In deze zaak vorderde Pessers van internetprovider Lycos persoonsgegevens van diens klant. Volgens Pessers had deze klant zijn eer en goede naam aangetast door hem op een website anoniem voor

9 Ook de exploitant van een fysieke marktplaats kwalificeert volgens het HvJ EU als een tussenpersoon in de zin van art. 11 van de Handhavingsrichtlijn. HvJ EU 7 juli 2016, C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528 (*Tommy Hilfiger Licensing*), r.o. 30.

10 HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal*), r.o. 129.

11 Een specifiek filter is onder omstandigheden wel mogelijk. HvJ EU 3 oktober 2019, C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 (*Glawischnig/Facebook*).

12 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 54 en 55.

13 Zie bijvoorbeeld art. 2.22 lid 4 en 5 BVIE, art. 3.18 lid 4 en 5 BVIE, art. 28 lid 9 Aw en art. 1019f Rv.

14 Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag (vzr.) 30 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3980, Rb. Den Haag (vzr.) 17 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9685 en Rb. Amsterdam (vzr.) 28 maart 2018 ECLI:NL:RBAMS:2018:1914.

fraudeur uit te maken. Pessers, een postzegelverzamelaar, werd door de abonnee van Lycos ervan beschuldigd aangeschafte zegels niet te verzenden. Pessers, naast postzegelverzamelaar ook advocaat, vroeg de rechter tussenpersoon Lycos te bevelen de beschuldiging te verwijderen en de persoonsgegevens van degene die de uiting had gedaan, te verstrekken. Het hof Amsterdam oordeelde dat de beschuldiging niet verwijderd hoefde te worden door Lycos. De uiting was volgens het hof niet 'onmiskenbaar' onrechtmatig en daarom werd niet voldaan aan de vereisten van artikel 6:196c lid 4 BW. Omdat volgens het hof wel 'aannemelijk' was dat de uiting onrechtmatig was, werd Lycos het bevel opgelegd de identificerende gegevens van haar abonnee aan Pessers verstrekken.

Het hof oordeelde dat het 'maatschappelijk bezien' ongewenst zou zijn wanneer Pessers geen enkele reële mogelijkheid zou hebben de anonieme websitehouder, zo nodig in rechte, aan te spreken. Het hof formuleerde vier omstandigheden die met name relevant zijn om een vordering tot afgifte van identificerende gegevens te beoordelen:

- 1) Is het voldoende aannemelijk dat de betreffende informatie jegens de derde of verzoeker onrechtmatig en schadelijk is?
- 2) Heeft de derde of verzoeker een reëel belang bij de verkrijging van de identificerende gegevens?
- 3) Is aannemelijk dat er geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de identificerende gegevens te achterhalen?
- 4) Brengt afweging van de betrokken belangen van de derde of verzoeker, de serviceprovider en de betrokken *anonymus* mee dat het belang van de derde of verzoeker behoort te prevaleren?

Wanneer het antwoord op deze vragen steeds bevestigend luidt en de tussenpersoon de gegevens weigert te verstrekken, dan kwalificeert deze weigering als een onrechtmatige daad tegenover de verzoeker, aldus het hof. De rechter zal de tussenpersoon dan bevelen de gegevens alsnog te verstrekken.

In cassatie laat de Hoge Raad dit oordeel in stand.¹⁵ Lycos klaagde er bij de Hoge Raad onder meer over dat de uitspraak in strijd zou zijn met het vrijwaringsregime uit de Richtlijn elektronische handel. De Hoge Raad overweegt dat dit standpunt van Lycos strijdig is met het beginsel van effectieve rechtsbescherming en een te hoge drempel opwerpt.¹⁶ Toepassing van het standpunt van Lycos zou

ertoe leiden dat nooit in rechte opgetreden kan worden tegen personen ten aanzien van wie het niet 'onmiskenbaar' maar wel 'aannemelijk' is dat ze onrechtmatig hebben gehandeld. In navolging van de advocaat-generaal overweegt de Hoge Raad dat de voorloper van het huidige artikel 6 sub f AVG geschikt is voor de belangenafweging die het hof als vierde omstandigheid voorschrijft, zoals hierboven weergegeven.¹⁷

De Lycos / Pessers-toets wordt regelmatig in intellectuele-eigendomszaken toegepast. Niettemin biedt het intellectuele-eigendomsrecht nog een aantal specifieke bepalingen waar een beroep op kan worden gedaan

De *Lycos / Pessers*-toets is ontwikkeld in een uitingszaak: de websitehouder zou de eer en goede naam van Pessers hebben geschonden. Veel verzoeken om identificerende gegevens worden gedaan in zaken waar inbreuk wordt gemaakt op rechten van intellectuele eigendom. De toets wordt dan ook regelmatig in intellectuele-eigendomszaken toegepast. Niettemin biedt het intellectuele-eigendomsrecht nog een aantal specifieke bepalingen waar een beroep op kan worden gedaan.

In 2004 is de Handhavingsrichtlijn tot stand gekomen. Daarin is een bijzondere catalogus aan rechten opgenomen die rechthebbenden kunnen aanwenden om inbreuken op hun rechten te bestrijden. Artikel 8 van de Handhavingsrichtlijn bevat een recht op informatie. De bepaling is onder meer geïmplementeerd in artikel 28 lid 9 van de Auteurswet.¹⁸ Verschillende partijen die betrokken zijn bij een inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten kunnen op grond van de bepaling door de rechter worden bevolen om informatie te verstrekken. Ook wanneer een partij slechts indirect betrokken is bij de inbreuk, bijvoorbeeld een tussenpersoon, kan zij gehouden zijn informatie te verstrekken. Het HvJ EU heeft bepaald dat een tussenpersoon een partij is die op commerciële schaal diensten verricht die bij inbreukmakende handelingen worden verricht. Om die reden kan een internetprovider worden verplicht de identificerende gegevens van zijn abonnee mede te delen aan een rechthebbende die de abonnee verdenkt van het maken van inbreuk op zijn auteursrechten.¹⁹

- 15 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos / Pessers*).
- 16 Mede in het licht van art. 3:296 BW.
- 17 HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4019 (*Lycos / Pessers*), r.o. 5.4.3.
- 18 Zie ook art. 2.22 BVIE en art. 1019f Rv.
- 19 HvJ EU 17 juni 2021, C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492 (*Mircom / Telenet*), r.o. 90-92.
- 20 HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty / Stadtparkasse*), r.o. 29. Zie ook HvJ EU 18 oktober 2018, C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841 (*Bastei Lübbe*), r.o. 51, HvJ EU 9 juli 2020, C-264/19, ECLI:EU:C:2020:542 (*Constatin Film Verleih*), r.o. 35 en HvJ EU 17 juni 2021, C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492 (*Mircom / Telenet*), r.o. 83. In het geval het recht op een voorziening in rechte niet kan worden uitgeoefend, kan niet een doeltreffende en afschrikkende sanctie worden opgelegd aan een inbreukmaker, wat weer op gespannen voet staat met andere richtlijnbevestigingen. Zie HvJ EU 18 oktober 2018, C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841 (*Bastei Lübbe*), r.o. 52.
- 21 HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty / Stadtparkasse*), r.o. 32.
- 22 Zie HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), r.o. 49. Daarbij kan ook rekening worden gehouden dat toewijzing van het ene verzoek mogelijk tot een veelvoud van andere verzoeken leidt, de zogenoemde glijdende schaal.
- 23 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 68, HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet / Sabam*), r.o. 45, HvJ EU 19 april 2012, C-461/10, ECLI:EU:C:2012:219 (*Bonnier Audio*), r.o. 56, HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty / Stadtparkasse*), r.o. 34, HvJ EU 18 oktober 2018, C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841 (*Bastei Lübbe*), r.o. 45 en HvJ EU 9 juli 2020, C-264/19, ECLI:EU:C:2020:542 (*Constatin Film Verleih*), r.o. 39.

24 Zie hierover onder anderen Chr.A. Alberdingk Thijm & C.F.M. de Vries, 'De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom', *BIE* 2015, afl. 9, p. 180, R.D. Chavannes, "Juist evenwicht" in de praktijk. De toelaatbaarheid van internetblokkades volgens het Hof van Justitie in *UPC Telekabel Wien*', *AMI* 2015, afl. 2, p. 43 en P. Teunissen, "Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht", *IER* 2018/40, p. 394.

25 HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), r.o. 66 en HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 43. HvJ EU 17 juni 2021, C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492 (*Mircom / Telenet*), r.o. 112.

26 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty / Stadsparkasse*), r.o. 35 en HvJ EU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet / Sabam*), r.o. 48.

27 HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), r.o. 51.

28 Dat geldt ook voor de uitleg en toepassing van een richtlijn bepaling of de nationale bepaling die daarop is gebaseerd, HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), r.o. 46 en HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), r.o. 52. Zie ook art. 52 lid 1 van het Handvest, dat beperkingen op de uitoefening van grondrechten toestaat, mits die beperkingen bij wet worden gesteld, de wezenlijke inhoud van die rechten eerbiedigen en, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

29 Vgl. HvJ EU 6 oktober 2020, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net*), r.o. 132 en daar aangehaalde jurisprudentie.

Zoals volgt uit het voorgaande is de verplichting om identificerende gegevens te verstrekken veelal gebaseerd op de gedachte dat het voor het slachtoffer mogelijk moet zijn een procedure tegen de onbekende derde te beginnen. De ratio voor erkenning van het recht op informatie is dus in sterke mate gelegen in de effectuering van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Dat recht is in het primaire Unierecht erkend als een fundamenteel recht en opgenomen in artikel 47 van het Handvest.

Dit recht wordt ook steeds benadrukt in de jurisprudentie van het HvJ EU over de vraag of en, zo ja, onder welke omstandigheden de nationale rechter een bevel kan opleggen identificerende gegevens te verstrekken. In de zaak *Coty / Stadsparkasse* gaat het om de vraag of een bankinstelling mag weigeren, met een beroep op het bankgeheim, om identificerende gegevens te verstrekken van een rekeninghouder, die ervan verdacht wordt inbreuk te plegen op de merkrechten van *Coty Germany*. Het HvJ EU beantwoordt deze vraag ontkennend. Het HvJ EU geeft aan dat met het recht op informatie uit de Handhavingsrichtlijn uitvoering en invulling wordt gegeven aan artikel 47 van het Handvest.²⁰

In zijn jurisprudentie benadrukt het HvJ EU consequent dat in het geval van botsende grondrechten een 'juist evenwicht' moet worden gevonden tussen verschillende fundamentele rechten. Hoe het juiste evenwicht kan worden gevonden, is nog niet zo eenvoudig te zeggen

Uit het voorgaande volgt dat tegenover het recht op verkrijging van een doeltreffende voorziening in rechte ook steeds andere rechten staan. Vooral het gegevensbeschermingsrecht is relevant. Het verzoek van de derde heeft immers betrekking op de persoonsgegevens van een anoniem. Wanneer die gegevens verwerkt worden door ze aan een derde te verstrekken, moet rekening worden gehouden met het fundamentele recht op gegevensbescherming (art. 8 Handvest) en de AVG. Bescherming van het recht op intellectuele eigendom mag immers geen belemmering vormen voor de bescherming van persoonsgege-

vens.²¹ Ten slotte kunnen ook de rechten van de tussenpersoon van belang zijn, met name diens fundamentele recht op vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest). Wat betekent het verzoek om identificerende gegevens voor de mogelijkheden van de tussenpersoon om vrij te beschikken over zijn economische, technische en financiële middelen?²²

In zijn jurisprudentie benadrukt het HvJ EU dan ook consequent dat in het geval van botsende grondrechten een 'juist evenwicht' moet worden gevonden tussen verschillende fundamentele rechten.²³

5 Wat is het juiste evenwicht?

De leer van het 'juiste evenwicht' heeft het HvJ EU ontwikkeld in zaken waar verschillende conflicterende grondrechten in het geding zijn.²⁴ Vooral in zijn jurisprudentie met betrekking tot de maatregelen die de nationale rechter kan opleggen aan tussenpersonen geeft het HvJ EU de nationale rechter regelmatig de opdracht het juiste evenwicht te zoeken.

Hoe het juiste evenwicht kan worden gevonden, is nog niet zo eenvoudig te zeggen. Het HvJ EU doceert dat het juiste evenwicht in sommige gevallen gevonden kan worden in een Unierechtelijk instrument zelf, bijvoorbeeld in een richtlijn.²⁵ Soms beoordeelt het HvJ EU of een fundamenteel recht in de kern wordt geraakt. Wanneer een maatregel leidt tot een 'ernstige aantasting' van een in het Handvest beschermd recht, is geen sprake van een juist evenwicht.²⁶ In het geval het grondrecht niet in de kern wordt geraakt, kan alsnog een juist evenwicht worden gevonden.²⁷ Daarbij spelen algemene beginselen van het Unierecht, zoals het evenredigheidsbeginsel, ook een rol.²⁸ Als een maatregel betrekking heeft op het verwerken van persoonsgegevens zal het evenredigheidsbeginsel bijvoorbeeld meebrengen dat de nationale rechter duidelijk en nauwkeurig de reikwijdte en de toepassing van de betrokken maatregel bepaalt.²⁹

Zoals in de inleiding opgemerkt, oordeelde de Hoge Raad medio 2021 in een zaak waarin de rechter werd gevraagd een tussenpersoon te bevelen identificerende gegevens over zijn abonnees te verstrekken. Rond dezelfde tijd beantwoordde het HvJ EU prejudiciële vragen van de Belgische rechter in een vergelijkbare zaak. In beide zaken worden de abonnees van de tussenpersonen ervan verdacht auteursrechtinbreuk te plegen via peer-to-peer-netwerken. De rechthebbenden of degenen die voor hen optreden, hebben de IP-adressen

van de vermeende inbreukmakers verzameld en willen dat de internetprovider de bij de IP-adressen passende naam- en adresgegevens verstrekt. Zowel de Nederlandse provider Ziggo als de Belgische provider Telenet weigeren dat. Als belangrijkste reden voeren zij aan dat het verstrekken van de gegevens strijdig is met het gegevensbeschermingsrecht zoals opgenomen in de AVG. Daarnaast speelt de vraag of het bewaren en vertrekken van IP-adressen in overeenstemming is met de e-Privacyrichtlijn.³⁰

De uitspraken geven inzicht in de vraag hoe de Nederlandse rechter en het HvJ EU omgaan met botsende fundamentele rechten, in het bijzonder het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en de bescherming van het recht op intellectuele eigendom aan de ene kant en het gegevensbeschermingsrecht aan de andere kant.

De eiser in de Nederlandse zaak, Dutch FilmWorks ('DFW'), is een belangenorganisatie van auteursrechthebbers van films, onder meer van de film *The Hitman's Bodyguard*.³¹ DFW wil de gegevens van degenen die zij ervan verdenkt illegaal die film te hebben gedownload met behulp van het peer-to-peer-systeem BitTorrent. DFW wil na ontvangst van deze persoonsgegevens de klanten van Ziggo benaderen en hen eventueel aansprakelijk stellen voor inbreuk op het auteursrecht op de film *The Hitman's Bodyguard*.

Zij baseert haar vordering om identificerende gegevens op artikel 6:162 BW en de *Lycos/Pessers*-toets (dus niet op art. 843a Rv of art. 8 van de Handhavingsrichtlijn). Voordat DFW tot het verzamelen en vastleggen van de IP-adressen is overgegaan, heeft zij aan de toezichthouder, de Autoriteit Persoonsgegevens, gevraagd te oordelen over de rechtmatigheid van deze gegevensverwerking. De Autoriteit Persoonsgegevens oordeelde dat de handelwijze van DFW in overeenstemming met de AVG en dus rechtmatig is. De centrale vraag die de rechter dus moet beantwoorden, is of de *verstrekking* van identificerende gegevens van haar klanten door Ziggo aan DFW op basis van de 174 IP-adressen ook rechtmatig is. Het hof Arnhem-Leeuwarden komt tot de slotsom dat dit *niet* zo is en weigert dus Ziggo te bevelen de gegevens van haar klanten aan DFW te verstrekken.³²

Kort gezegd is de reden voor deze beslissing dat het volgens het hof onduidelijk is wat de gevolgen van de gegevensvertrekking voor de Ziggo-klanten zijn. DFW heeft onvoldoende duidelijk gemaakt met wat voor een (juridi-

sche) actie de Ziggo-klanten zullen worden geconfronteerd en welke bedragen zij van hen zal vorderen, zo overweegt het hof. Het hof past daarmee de vierde omstandigheid, de belangenafweging, uit het *Lycos/Pessers*-arrest toe. Volgens het hof heeft de onduidelijkheid een 'verstoring van het te vinden evenwicht' tot gevolg, vooral in gevallen dat het onzeker is of de aangesproken Ziggo-klant ook daadwerkelijk de inbreukmaker is. Dit leidt ertoe dat het hof oordeelt dat het juiste evenwicht tussen de privacybelangen van de betrokken Ziggo-klanten enerzijds en het belang van de rechthebbenden van intellectuele-eigendomsrechten op een doeltreffende voorziening anderzijds (nog) niet is bereikt.

Het lijkt alsof het hof in *Dutch FilmWorks* wil zeggen dat het nog niet kan beoordelen hoe het juiste evenwicht tussen de conflicterende grondrechten moet worden gevonden. Het is echter de vraag of het hof hiermee de jurisprudentie van het HvJ EU over de leer van het juiste evenwicht wel goed toepast

Het lijkt alsof het hof wil zeggen dat het nog niet kan beoordelen hoe het juiste evenwicht tussen de conflicterende grondrechten moet worden gevonden. Het is echter de vraag of het hof hiermee de jurisprudentie van het HvJ EU over de leer van het juiste evenwicht wel goed toepast. Het HvJ EU lijkt in zijn jurisprudentie de nationale rechter niet de ruimte te geven het juiste evenwicht (nog) niet te kunnen vinden. Onduidelijk is waarom het hof niet een bevel op zou kunnen leggen waarbij het, indachtig het evenredigheidsbeginsel, tegemoet zou komen aan de mogelijke bezwaren die het constateert. Het hof had bijvoorbeeld kunnen oordelen dat DFW de identificerende gegevens van de Ziggo-abonnees slechts onder bijzondere voorwaarden zou mogen gebruiken.

Het oordeel van het hof is temeer opmerkelijk nu het ook overweegt dat het niet verstrekken van de gegevens van de Ziggo-klanten aan DFW een 'ernstige aantasting' vormt van de mogelijkheid de grondrechten op intellectuele eigendom en op een doeltreffende voorziening uit te oefenen. Het hof

30 Richtlijn 2002/58/EG van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *PbEG* 2002, L 201/37.

31 Het arrest is door diverse auteurs van (kritisch) commentaar voorzien, zie *JBP* 2019/135, m.nt. J.G. Reus, *AMI* 2020, afl. 2, m.nt. P. Teunissen, G.A.C. van der Hout, 'Handhaving tegen particuliere illegale downloaders: een brug te ver?', *IR* 2020, p. 22 en J.M.B. Seignette, 'Anoniem illegaal downloaden – een grondrechtelijk beschermd belang?', *IEF* 18807.

32 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352 (*Dutch FilmWorks*).

geeft nota bene aan dat daardoor niet aan het vereiste van het juiste evenwicht is voldaan.³³ Met die vaststelling zou er geen ruimte meer mogen zijn voor de belangenafweging die het hof vervolgens uitvoert.³⁴

Het hof vindt dat DFW onvoldoende transparant is over de acties die zij wil gaan uitvoeren zodra zij over de identificerende gegevens beschikt, onder meer omdat DFW niet wil aangeven of en, zo ja, welke bedragen zij wil gaan vorderen van de inbreukmakers. Daarmee verwacht het hof dat DFW wel erg veel inzage geeft in haar vervolgstappen. Met die toets lijkt het hof bovendien uit het oog te verliezen dat de vraag welke juridische gevolgen het verstrekken van de gegevens heeft, in deze fase van de procedure nog niet relevant is. Het gaat erom dat DFW überhaupt toekomt aan het effectueren van haar recht op een doeltreffende voorziening in rechte.

Door de nadruk te leggen op de gevolgen van de gegevensverstrekking heeft het hof zich mogelijk (te veel) laten leiden door artikel 6 sub f AVG

Door de nadruk te leggen op de gevolgen van de gegevensverstrekking heeft het hof zich mogelijk (te veel) laten leiden door artikel 6 sub f AVG. Bij de belangenafweging die dat artikel voorschrijft, moeten ook de gevolgen van de gegevensverwerking worden beoordeeld. Voldoende zou echter moeten zijn dat de Ziggo-klant mogelijk in rechte wordt betrokken en dat in die procedure mogelijk schadevergoeding wegens inbreuk op de rechten van DFW wordt gevorderd. Of DFW die vordering daadwerkelijk zal instellen, of een dergelijke vordering zal slagen, hoe hoog de mogelijke schadevergoeding is: dat zijn allemaal vragen die in de volgende fase van de procedure moeten worden beantwoord. Het is ook wat merkwaardig om van DFW te verwachten dat zij daar transparant over is. Het is per slot van rekening aan de rechter te bepalen of en, zo ja, hoeveel schadevergoeding wordt toegewezen. Dit is bovendien voornamelijk een financieel aspect, waardoor het gegevensbeschermingsrecht niet lijkt te worden geraakt, in ieder geval niet in de kern.³⁵

Het gevolg van de uitspraak is dat DFW geen doeltreffende voorziening in rechte kan verkrijgen tegenover de Ziggo-klienten die (mogelijk) inbreuk maken op de rechten die zij beheert. In zijn conclusie geeft advocaat-gene-

raal Drijber aan dat de afweging van het hof ook anders had kunnen uitpakken. Daarmee kwalificeert hij het oordeel van het hof als een feitelijke beslissing die niet vatbaar is voor toetsing in cassatie. Daarmee doet hij de zaak naar mijn mening tekort. De vraag is of het hof de leer van het juiste evenwicht van het HvJ EU op juiste wijze heeft toegepast. Dat lijkt niet het geval. Helaas volgt de Hoge Raad de conclusie zonder zijn oordeel te motiveren (art. 81 RO).³⁶ Met een gemotiveerde uitspraak worden volgens de Hoge Raad dus geen juridisch belangrijke nieuwe vragen beantwoord.

In de zaak *Mircom* vroeg de Belgische rechter het HvJ EU onder meer de vraag te beantwoorden of artikel 6 sub f AVG eraan in de weg staat dat Telenet identificerende gegevens van haar klanten aan Mircom verstrekt

Dat er ook anders over deze materie gedacht kan worden, blijkt uit de zaak *Mircom* van het HvJ EU, waarin het HvJ EU een week voor de uitspraak van de Hoge Raad arrest had gewezen. In deze zaak vroeg de Belgische rechter het HvJ EU onder meer de vraag te beantwoorden of artikel 6 sub f AVG eraan in de weg staat dat Telenet identificerende gegevens van haar klanten aan Mircom verstrekt. Doel was om met behulp van de gegevens schadevergoeding bij de burgerlijke rechter te vorderen wegens het illegaal downloaden van (porno)films via peer-to-peer-netwerken.

Ook in deze zaak was niet duidelijk of Mircom of de rechthebbenden de gegevens zou of zouden gaan gebruiken om een procedure te starten of om de inbreukmakers een schikkingsvoorstel te doen. In de zaak *Mircom* was die vraag extra prangend, omdat Mircom trekken vertoont van een *copyright troll*. Het bedrijf werkt op basis van licenties van producenten van pornofilms en heeft vooral het doel om schadevergoedingen te incasseren. Het bedrijf probeert gebruikers van peer-to-peer-netwerken snel tot een schikking te bewegen. Daarbij maakt het, naast de dreiging met juridische procedures en hoge schadevergoedingen, ook gebruik van de gevoelens van schaamte bij de (illegale)pornokijkers.³⁷

Onder deze druk toucheert Mircom 50% van de verkregen schadevergoeding (de andere helft is voor de filmproducent). Dat

³³ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9352 (*Dutch FilmWorks*), r.o. 5.15.

³⁴ Het 'juiste evenwicht' wordt zo gereduceerd tot een belangenafweging, wat mij niet de bedoeling van het HvJ EU lijkt. HvJ EU 17 juni 2021, C-597/19, ECLI:EU:C:2021:492 (*Mircom / Telenet*), r.o. 111-112. Advocaat-generaal Drijber lijkt daar in zijn conclusie echter anders over te denken. Conclusie van 29 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:83 bij Hoge Raad 25 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:985, randnummer 3.29.

³⁵ Vgl. HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), r.o. 51. Ook advocaat-generaal Drijber is hier kritisch over (ECLI:NL:PHR:2021:83, randnummer 4.9), maar verbindt daaraan geen nadelige gevolgen voor het arrest van het hof.

³⁶ Vaak betekent een arrest waarin de Hoge Raad art. 81 RO toepast dat ons hoogste rechtscollege het eens is met de conclusie van de advocaat-generaal.

³⁷ Zie conclusie advocaat-generaal Szpunar 17 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1063, randnummer 73.

kan een lucratieve handel zijn, die onder-
tussen niet meer zoveel met de handhaving
van IE-rechten te maken heeft. Het HvJ EU
overweegt daarom dat de nationale rechter
moet beoordelen of Mircom geen misbruik
van recht maakt door haar werkwijze. Die
toets moet volgens het HvJ EU plaatsvinden
op basis van artikel 3 lid 2 van de Handha-
vingsrichtlijn. Uit deze bepaling volgt dat het
in artikel 8 van die richtlijn bedoelde recht
op informatie eerlijk en billijk moet worden
toegepast en dat moet worden voorzien in
waarborgen tegen misbruik ervan.

Uit de *Mircom*-uitspraak volgt dat artikel 6 sub f AVG in beginsel niet aan de verstrekking van de gegevens in de weg staat. Daarnaast moeten ook de bepalingen uit de e-Privacyrichtlijn bij de beoordeling worden betrokken, nu IP-adressen ook kwalificeren als verkeersgegevens

Uit de uitspraak volgt dat artikel 6 sub f AVG
in beginsel niet aan de verstrekking van de
gegevens in de weg staat.³⁸ Daarnaast moeten
ook de bepalingen uit de e-Privacyrichtlijn
bij de beoordeling worden betrokken, nu
IP-adressen ook kwalificeren als verkeersge-
gegevens.

Het HvJ EU overweegt dat wanneer een
tussenpersoon op grond van artikel 8 Hand-
havingsrichtlijn een rechthebbende namen
en adressen van (mogelijk) inbreukmakende
klanten verstrekt, dit in overeenstemming is
met het doel om een juist evenwicht tot stand
te brengen tussen het recht op informatie van

rechthebbenden en het recht op bescherming
van de persoonsgegevens van de inbreukma-
kers. Het HvJ EU vindt dit geen ‘ernstige’
inmenging in de persoonlijke levenssfeer, nu
het slechts contactgegevens betreft.³⁹

Het moet dan wel louter gaan om de mede-
deling van de namen en adressen. Dit is
anders wanneer bijvoorbeeld informatie over
het communicatieverkeer van de vermeende
inbreukmakers kan worden gekoppeld aan de
contactgegevens. Dan gaat het eveneens om
de verwerking van verkeersgegevens, zoals
de datum, het tijdstip en de duur dat iemand
online is geweest. Voor het verstrekken van
verkeersgegevens is een wettelijke grondslag
nodig, aldus het HvJ EU.⁴⁰

6 Conclusie

Wie een zaak wil starten tegen een internet-
anonymus, staat niet met lege handen.
Het Nederlandse recht biedt verschillende
mogelijkheden om identificerende gegevens
te verkrijgen. Verzoeken om gegevens worden
vooral gedaan in zaken waarin internettus-
senpersonen wordt verzocht medewerking te
verlenen bij de handhaving van rechten van
intellectuele eigendom. In die gevallen moet
de rechter een afweging maken tussen ver-
schillende betrokken fundamentele rechten.
Waar die rechten botsen, moet hij het ‘juiste
evenwicht’ vinden, zo leert de jurisprudentie
van het HvJ EU.

Uit de hierboven besproken zaken blijkt dat
dit niet altijd even eenvoudig is. In de *DFW*-
zaak lijken de anonieme Ziggo-klanten voor-
lopig aan het langste eind te trekken. Dat is
een wat onbevredigende uitkomst; de bescher-
ming van persoonsgegevens biedt immuniteit
tegen de mogelijkheid om een gerechtelijke
procedure te starten. Dat lijkt niet in overeen-
stemming met het Unierecht zoals uitgelegd
door het HvJ EU.

³⁸ Zie ook HvJ EU 4 mei
2017, C-13/16, ECLI:EU:C:
2017:336 (*Rigas satiksme*).

³⁹ HvJ EU 17 juni 2021,
C-597/19, ECLI:EU:C:
2021:492 (*Mircom / Tele-*
net), r.o. 120-121.

⁴⁰ Op grond van art. 15 lid 1
van Richtlijn 2002/58/EG.
Dit aspect speelt ook in de
zaak *Dutch FilmWorks*.
advocaat-generaal Drijber
meent dat art. 6:162 BW
kan gelden als zo'n wette-
lijke grondslag. Conclusie
van 29 januari 2021 bij het
arrest van de Hoge Raad,
ECLI:NL:PHR:2021:83,
randnummer 3.35.