

‘Juist evenwicht’ in de praktijk

De toelaatbaarheid van internetblokkades volgens het Hof van Justitie in *UPC Telekabel Wien*

In het arrest-UPC Telekabel Wien¹ oordeelt het Hof van Justitie dat nationale rechters onder bepaalde voorwaarden internetaanbieders mogen verplichten om toegang tot inbreukmakende websites te blokkeren. Daarbij moeten echter de grondrechten van gebruikers en providers worden gerespecteerd. De vraag hoe dat precies moet, schuift het Hof door naar de nationale rechter en de providers zelf. Bovendien eist het Hof procesrechtelijke waarborgen voor providers en gebruikers die zich niet eenvoudig laten vertalen naar de Nederlandse situatie.

R.D. Chavannes

Mr. R.D. Chavannes is
advocaat te Amsterdam.

Inleiding

De zaak draait om de uitleg, in het licht van de Unierechtelijk beschermde informatievrijheid en ondernemingsvrijheid, van het vage en dus in potentie verstrekkende artikel 8 lid 3 van de Auteursrechtverdragen. Deze bepaling, geïmplementeerd in de artikelen 26d Aw en 15e WNR, verplicht de lidstaten om ervoor te zorgen ‘dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.’ Het arrest volgt op eerdere uitspraken over deze bepaling en haar verhouding tot de grondrechten, waarin het Hof heeft geoordeeld dat access providers onder voorwaarden verplicht kunnen worden identificerende gegevens te verstrekken over inbreukmakende klanten,² maar niet verplicht kunnen worden om inbreukmakend internetverkeer te filteren.³ Het arrest markeert een volgende stap in de horizontale inbedding van het auteursrecht onder de invloed van het EU Handvest van grondrechten, waarbij duidelijk is dat intellectuele eigendomsrechten grondrechten zijn, en als zodanig op gelijke voet concurreren met andere grondrechten, waaronder met name informatievrijheid, ondernemingsvrijheid en privacy.⁴

De zaak gaat over de verplichting die de Oostenrijkse rechter oplegde aan een grote Oostenrijkse internet access provider, UPC Telekabel, om de toegang tot de website *www.kino.to* te blokkeren. Daar konden zonder toestemming van de rechthebbenden allerlei films worden bekeken en gedownload, waaronder de films *Wickie und die starken Männer*, *Pandorum* en *Das weiße Band* van verzoeksters. UPC Telekabel stond in geen enkele rechtsverhouding tot de exploitanten van de website *kino.to* en heeft hen internettoegang noch opslagruimte ter beschikking gesteld. Volgens de verwijzende rechter kon echter met een zekere mate van waarschijnlijkheid worden aangenomen dat individuele klanten van UPC Telekabel gebruik hebben gemaakt van het aanbod van *kino.to*.⁵

Het arrest draait om twee vragen: (1) of de access provider van de consument die een inbreukmakende website raadpleegt, kwalificeert als een tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken in de zin van artikel 8 lid 3 Auteursrechtverdragen; en (2) of de door het Unierecht erkende grondrechten aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een internetprovider bij rechterlijk bevel wordt verboden om zijn klanten toegang te verschaffen tot een website waarop beschermde werken

1 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel Wien/Constantin Film Verleih en Wega Filmproduktionsgesellschaft*); zie nr. 3 in dit nummer.

2 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*) AMI 2008/3, nr. 5 m.nt. A.H. Ekker; HvJ EU 19 februari 2009, zaak C-557/07 (*LSG/Tele2*).

3 HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet Extended/SABAM*) AMI 2012/2, nr. 5; HvJ EG 16 februari 2012, zaak C-360/10 (*Scarlet/Netlog*). Zie nader: E.J. Dommering, ‘De zaak Scarlet/Sabam – Naar een horizontale integratie van het auteursrecht’, AMI 2011/2, p. 49-53; en R.D. Chavannes, ‘Belangenafweging in het informatierecht: het arrest *Scarlet/Sabam* en de botsing tussen auteursrecht en ondernemingsvrijheid, uitingsvrijheid en privacy’, verschenen in de

VMC-lustrumbundel 25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel. 25 jaar rechtspraak media- en communicatierecht, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2013, <http://blog.chavannes.net/2013/12/vmc-scarlet/>.

4 In deze reeks horen ook: HvJ EU 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*), AMI 2011/2, nr. 6 m.nt. M.M.M. van Eechoud, r.o. 132-134; HvJ EU 3 september 2014, zaak C-201/13 (*Deckmyn/Vandersteen*), AMI 2014/5, nr. 16 m.nt. K.J. Koelman, r.o. 26-28; EHRM 10 januari 2013, appl.nr. 36769/08 (*Ashby Donald*), AMI 2014/2, nr. 4 m.nt. E.J. Dommering, r.o. 34-45.

5 Zie de omschrijving van de feiten en het procesverloop in §§ 9-17 van de conclusie van A-G Cruz Villalón.

zonder toestemming van de rechthebbenden online worden geplaatst, zonder dat daarbij wordt gepreciseerd welke maatregelen de provider moet nemen.

Kort gezegd oordeelt het Hof dat een aanbieder van internettoegang die zijn klanten toegang verschaft tot auteursrechtelijk beschermde werken die een derde op een website beschikbaar heeft gesteld zonder toestemming van de rechthebbende, inderdaad kwalificeert als een tussenpersoon van wie de diensten worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht. Voor een blokkeringsbevel aan een dergelijke internetprovider hoeft naar het oordeel van het Hof niet te worden aangetoond dat de klanten van de aanbieder zich daadwerkelijk toegang verschaffen tot de beschermde werken op de website van de derde, aangezien een bevel ook preventief van aard kan zijn. Het Hof oordeelt vervolgens dat de betrokken grondrechten, zoals de vrijheid van onderneming van de internetprovider, niet voorschrijven dat de rechter in zijn bevel preciseert welke maatregelen de provider moet nemen, als de provider kan ontkomen aan dwangsommen wegens schending van dit bevel door aan te tonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen. Het kan dus aan de tussenpersoon worden overgelaten om de technische parameters van de blokkeringsmaatregel vast te stellen. Tegelijkertijd overweegt het Hof dat die blokkeringsmaatregel géén rechtmatig materiaal mag tegenhouden, omdat dan de informatievrijheid van internetgebruikers zou worden geschonden. Het Hof verlangt dat er een aparte procedure beschikbaar is waarin de tussenpersoon vóór verbeurte van boetes kan laten vaststellen of de voorgenomen maatregel *voldoende* blokkeert, én dat er een procedure wordt ingericht waarin internetgebruikers kunnen klagen dat de voorgestelde maatregel *te veel* blokkeert.

Het arrest is voorwerp van debat in de procedure tussen Stichting Brein en providers Ziggo en XS4ALL over het blokkeren van toegang tot file-sharing website The Pirate Bay, waarin de A-G bij de Hoge Raad binnenkort concludeert.⁶ Het is geannoteerd door Stefan Kulk in *IER* en Chantal Mak in *EHRC*.⁷

De tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te plegen

Het Oberste Gerichtshof zag zich allereerst voor de vraag gesteld of de exploitant van de website kino.to gebruik

maakte van de diensten van UPC Telekabel als bedoeld in artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn.⁸ Het legde daarom de vraag voor of deze bepaling zo moet worden uitgelegd dat een persoon die zonder toestemming van de rechthebbende beschermde werken beschikbaar stelt op internet, gebruikmaakt van de diensten van de internetprovider van de personen die zich toegang verschaffen tot deze beschermde werken.

Het Hof beantwoordt deze vraag positief. Het begrip 'tussenpersoon' wordt in r.o. 30 gedefinieerd middels een grammaticale uitleg, onder verwijzing naar overweging 59 van de considerans: eenieder die een door een derde gemaakte inbreuk met betrekking tot een werk of ander materiaal via een netwerk doorgeeft. Het controversiële punt was echter niet of UPC Telekabel *een* tussenpersoon was, noch of de websiteaanbieder inbreuk pleegde. UPC Telekabel was niet de *hosting provider* van de inbreukmakende website en werd dus niet gevraagd enige dienstverlening aan de aanbieder daarvan te staken. De controversiële vraag was of UPC Telekabel, als leverancier van internettoegang aan consumenten, die met gebruikmaking van die dienst de inbreukmakende website *raadpleegden* – een handeling waarvan blijkt r.o. 34 niet was vastgesteld dat die inbreukmakend was –, heeft te gelden als tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te plegen. Het Hof verwijst naar overweging 59, maar die lijkt eerder te bevestigen dat artikel 8 lid 3 alleen ziet op hosting providers en andere tussenpersonen die door de inbreukmaker zelf worden ingeschakeld om de inbreuk te plegen: 'In het bijzonder in de digitale omgeving, zullen derden voor inbreukmakende handelingen wellicht in toenemende mate gebruik maken van de diensten van tussenpersonen. Die tussenpersonen zijn in veel gevallen het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen.'⁹

Waar het op grond van een grammaticale uitleg of vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en voorzienbaarheid voor de hand had gelegen om te oordelen dat UPC Telekabel onder deze omstandigheden niet kon worden aangemerkt als tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken, komt het Hof tot een andere conclusie, met als expliciete doel een hoog beschermingsniveau voor rechthebbenden te realiseren.

Deze naar de vorm teleologische uitleg gaat in twee stappen, die niet geheel logisch op elkaar aansluiten. Allereerst overweegt het Hof in r.o. 31 dat, 'gelet op de door richtlijn

6 Hof Den Haag 28 januari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:88* (*Ziggo en XS4ALL/Brein*). Conclusie A-G is bepaald op 17 april 2015.

7 *IER* 2014, 45; *EHRC* 2014, 138. Zie ook M.-C. Janssens, 'De impact van het internet op de sector van het auteursrecht (of is het omgekeerd?) – een analyse aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie', *SEW* 2014, 10.

8 Zie het verwijzingsarrest, OGH 11 mei 2012, *ECLI:AT:OGH0002:2012:0040OB00006.12D.0511.000* (<http://bit.ly/1C1TiFb>), onder V.1.

9 In zijn annotatie onder het arrest in *IER* 2014, 45 wijst Kulk er terecht op dat overweging 59 bij de Auteursrechtlijn in de Nederlandse taalversie weliswaar spreekt van 'een tussenpersoon die een door een derde gepleegde

inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal in een netwerk *steunt*', maar dat het Hof in r.o. 30 (ook in de Nederlandse taalversie) uitgaat van het meer beperkte, technische begrip 'doorgeeft' dat volgt uit andere taalversies van de richtlijn. In de Engelse taalversie verwijst overweging 59 naar 'an intermediary who carries an infringement'; in de Duitse taalversie: 'einen Vermittler der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt'; in de Franse taalversie: 'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé.'

2001/29 nagestreefde en in punt 9 van de considerans ervan weergegeven doelstelling om de rechthebbenden een hoog beschermingsniveau te waarborgen, de aldus gebruikte term “inbreuk” in die zin [moet] worden opgevat dat deze ook ziet op de situatie van een beschermd werk dat zonder toestemming van de betrokken rechthebbenden op internet voor het publiek beschikbaar is gesteld.’ Mij is echter niet duidelijk waarom een teleologische uitleg nodig is om de term ‘inbreuk’ mede op te vatten als ‘de situatie van een beschermd werk dat zonder toestemming van de betrokken rechthebbenden op internet voor het publiek beschikbaar is gesteld’. Mogelijk is dit een gevolg van de door partijen ingenomen standpunten.

Hoe dat ook zij, de echte teleologische sprong bevindt zich in de direct hierop volgende r.o. 32: ‘Bijgevolg moet worden geoordeeld dat, aangezien de internetprovider noodzakelijkerwijs betrokken is bij elke doorgifte op internet van een inbreuk tussen een van zijn klanten en een derde doordat hij deze doorgifte mogelijk maakt door internettoegang te verschaffen [...] een internetprovider als die van het hoofdgeding – die zijn klanten toegang verschaft tot door een derde op internet voor het publiek beschikbaar gestelde beschermde werken – kan worden aangemerkt als een tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29.’ Hier breidt het Hof het leveren van ‘diensten die gebruikt worden om inbreuk te plegen’ immers uit tot het in technisch opzicht betrokken zijn bij het doorgeven van een inbreuk, ongeacht of de eigen klant inbreuk pleegt of de aan hem geleverde dienst gebruikt om inbreuk te plegen. Hoewel de woorden ‘noodzakelijkerwijs betrokken’ anders doen vermoeden, is de access provider van de raadplegende consument geen onmisbaar onderdeel van de inbreukmakende beschikbaarstelling: die wordt alleen verricht door de inbreukmakende derde, die daarvoor gebruik maakt van een hostingdienst die hij afneemt van een andere provider dan degene die hier op grond van artikel 8 lid 3 om blokkering wordt gevraagd. Als een individuele access provider de toegang tot een inbreukmakende website elders op het internet blokkeert, blijft die inbreukmakende website staan en wordt niet, in de terminologie van overweging 59, een einde gemaakte aan de inbreukmakende handeling.

Het Hof rechtvaardigt deze uitleg onder verwijzing naar de doelstelling van de richtlijn. In r.o. 33 overweegt het:

‘Zouden internetproviders worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29, zou de door deze richtlijn beoogde bescherming van de rechthebbenden immers aanzienlijk worden verminderd.’ Het gaat er echter niet om of access providers¹⁰ ‘tussenpersonen’ zijn: dat wist de verwijzende rechter zelf ook al.¹¹ Het gaat er blijkens de prejudiciële vraag om of degene die inbreukmakende bestanden *beschikbaar* stelt op internet, ‘gebruik’ maakt van de diensten van de access provider wiens klanten zich vervolgens toegang verschaffen tot die bestanden. Ook in de door UPC Telekabel bepleite uitleg zou een access provider onder omstandigheden onder de reikwijdte van artikel 8 lid 3 kunnen vallen, namelijk wanneer haar klant haar dienst gebruikt om inbreuk te plegen.

Het Hof verwijst hier naar de beschikking inzake LSG uit 2009, waarin het Hof had geoordeeld dat een access provider een tussenpersoon was in de zin van artikel 8 lid 3.¹² Dat betrof echter een verzoek aan een access provider om identificerende gegevens te verstrekken over eigen klanten die zelf inbreuk pleegden, en rechtvaardigt op zichzelf dus niet de conclusie dat artikel 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn ook een grond biedt voor het opleggen van stakingsverplichtingen aan access providers wier dienstafnemers zelf geen inbreuk plegen.¹³

Ook de in r.o. 34-35 vervatte overweging dat artikel 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn geen contractuele band veronderstelt tussen de inbreukmaker en de tussenpersoon wiens diensten het voorwerp van het stakingsbevel zijn, doet enigszins gekunsteld aan. Zo’n contractuele band wordt weliswaar niet met zoveel woorden voorgeschreven in de tekst van de richtlijn, maar de verwijzing naar het *gebruik* van door de internetaanbieder geleverde *diensten* wijst toch wel sterk in die richting. Het Hof onderkent ook impliciet dat het hier gaat om een rechtspolitieke keuze: ‘Een dergelijk vereiste kan overigens evenmin worden afgeleid uit de door deze richtlijn nagestreefde doelstellingen aangezien de aanvaarding ervan de aan de betrokken rechthebbenden geboden rechtsbescherming zou verminderen, terwijl die richtlijn blijkens met name punt 9 van de considerans ervan juist ertoe strekt hun een hoog beschermingsniveau te waarborgen.’

Bij het antwoord op de eerste vraag staat de doelstelling van een hoog niveau van bescherming dus centraal. De rechtszekerheid en voorzienbaarheid spelen in de uitleg

10 Uit de Duitse taalversie van het arrest blijkt dat met ‘internetproviders’ alleen wordt bedoeld op access providers (‘Anbieter von Internetzugangsdiensten’), dus de aanbieders die aan consumenten de toegangsdienst leveren waarmee zij de inbreukmakende bestanden kunnen bereiken.

11 OGH 11 mei 2012, reeds aangehaald, onder V.1.2.

12 HvJ EU 19 februari 2009, zaak C-557/07 (LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH/Tele2 Telecommunication GmbH).

13 Aldus ook A-G Cruz Villalón in § 42 van zijn conclusie: ‘Samenvattend stel ik derhalve vast dat de rechtspraak reeds heeft verduidelijkt dat internetproviders in beginsel moeten worden beschouwd als “tussenpersonen wier dien-

sten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht” in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en dus in aanmerking komen als adressaat van het in die bepaling bedoelde verbod. Zoals de verwijzende rechter terecht opmerkt, is echter nog onduidelijk of uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 ook een verbod kan worden opgelegd tegen een internetprovider wanneer deze geen internettoegang biedt aan de inbreukmaker zelf, maar alleen aan de persoon die toegang zoekt tot het illegale aanbod, anders gezegd (in de woorden van de bepaling) of de aanbieder die inbreuk maakt op het auteursrecht, hiertoe gebruikmaakt van de diensten van de internetprovider van de gebruikers.’

geen rol. Evenmin wordt in deze fase van uitleg aandacht besteed aan het verzekeren van een 'juist evenwicht' tussen botsende grondrechten dat in het vervolg van het arrest juist centraal staat. Dat is opmerkelijk, omdat het door het Hof voorgeschreven 'juiste evenwicht' net zo zeer afhankelijk is van de kring van tussenpersonen die onder artikel 8 lid 3 vallen als van de modaliteiten van aan hen opgelegde verplichtingen. Ook als het gaat om de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid van wettelijke verplichtingen – waaraan het Hof in het vervolg van het arrest wel respectievelijk geen aandacht besteedt – is even belangrijk welke dienstverleners tot medewerking verplicht kunnen worden als de vraag welke medewerking vervolgens kan worden opgelegd. Bovendien beoogt de Auteursrechtlijn niet alleen een hoog niveau van bescherming voor rechthebbenden, maar schrijft de considerans (overwegingen 3 en 31) tevens een rechtvaardig evenwicht voor tussen intellectuele eigendomsrechten en de fundamentele rechten en belangen van derden.

Toetsing maatregel aan grondrechten

De derde vraag gaat over de maatregelen die op grond van artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn getroffen kunnen worden jegens een tussenpersoon wiens diensten worden gebruikt om inbreuk te plegen, in het bijzonder in het licht van de in het Unierecht erkende grondrechten. Het Hof kiest hier voor een meer genuanceerde benadering, die evenwel nieuwe vragen oproept.

Nationaal-procesrechtelijke context

Het Weense Handelsgericht had UPC Telekabel in eerste aanleg bevolen om de toegang van haar klanten tot de inbreukmakende website te verhinderen zolang de drie films van verzoeksters daar beschikbaar werden gesteld, in het bijzonder door blokkering van de domeinnaam kino.to en de huidige en eventueel toekomstige IP-adressen waar de website was te bereiken.¹⁴ Volgens het Handelsgericht waren met die twee maatregelen niet al te veel kosten gemoeid, maar konden zij wel zeer gemakkelijk worden omzeild. Desalniettemin zag het hierin de meest doeltreffende methoden om de toegang te beperken.

In hoger beroep heeft het Oberlandesgericht, onder wijziging naar artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn, geoordeeld dat het Handelsgericht ten onrechte had gespecificeerd welke maatregel de provider moest nemen om het

bevel uit te voeren. UPC Telekabel kon weliswaar worden bevolen haar abonnees de toegang tot de litigieuze website te ontzeggen, maar moest zelf kunnen kiezen hoe zij dat resultaat zou bereiken. De A-G geeft in § 16 van zijn conclusie de redenering van het Oberlandesgericht als volgt weer:

Door de beschikking wordt zij [UPC Telekabel, red.] ertoe verplicht een bepaald resultaat te bereiken (namelijk het voorkomen van inbreuk op het intellectuele-eigendomsrecht). Verweerster mag zelf bepalen welke middelen zij daarbij inzet en moet alles doen wat in haar macht staat en redelijk is. Of een bepaalde gelaste maatregel ter voorkoming van de inbreuk onevenredig is, zoals door verweerster wordt gesteld, wordt pas in het kader van de executieprocedure getoetst, waarin wordt nagegaan of alle redelijkerwijs te verwachten maatregelen zijn genomen dan wel of er eventueel sprake is van een niet-nakoming van de beschikking.

Uit de beschrijving van het procesverloop door A-G en Hof is niet duidelijk of het Oberlandesgericht deze wijziging van de veroordeling, van het treffen van twee specifieke maatregelen naar het bereiken van een bepaald resultaat, op eigen initiatief heeft aangebracht of op aangeven van UPC Telekabel dan wel de rechthebbenden. Blijkens het verwijzingsarrest van het Oberste Gerichtshof (OGH)¹⁵ hadden verzoeksters primair verzocht om een algemeen verbod en subsidiair, bij wijze van voorbeeld, de twee concrete maatregelen genoemd. De provider voerde aan dat alle mogelijke blokkeringsmaatregelen hoe dan ook technisch kunnen worden omzeild, dat het algemene verbod in elk geval te ver ging en dat de concreet genoemde maatregelen (DNS- en IP-blokkade) kostbaar en ineffectief waren.

Hoe deze discussie ook is opgekomen, het OGH zag aanleiding om het Hof van Justitie te vragen of het 'verenigbaar [is] met het recht van de Unie, in het bijzonder met de door dit recht vereiste afweging tussen de grondrechten van partijen, een internetprovider in het algemeen (dus zonder concrete maatregelen te gelasten) te verbieden om zijn klanten toegang tot een bepaalde website te verschaffen, zolang er op die website uitsluitend of althans voor het overgrote deel werken beschikbaar worden gesteld zonder toestemming van de rechthebbenden, wanneer de internetprovider – door aan te tonen dat hij toch alle redelijke maatregelen heeft genomen – kan verhinderen dat hem wegens schending van dit verbod dwangmaatregelen worden opgelegd.' Het OGH neigde er zelf naar de vraag negatief te beantwoorden, vanwege de in het licht van de betrokken grondrechten onredelijke rechtsonzekerheid

¹⁴ Voor een omschrijving van het procesverloop, zie r.o. 12-14 van het arrest, §§ 12-17 van de conclusie A-G en het hierna nog te bespreken verwijzingsarrest van het Oberste Gerichtshof.

¹⁵ OGH 11 mei 2012, ECLI:AT:OGH0002:2012:00400B00006.12D.0511.000, <http://bit.ly/1C1TiFb>.

van het feit dat op deze manier pas achteraf wordt getoetst of de door de provider getroffen maatregelen voldoende waren.¹⁶

Deze vraag en het antwoord dat het Hof er vervolgens op geeft, kunnen dus niet los gelezen worden van het achterliggende Oostenrijkse recht, met name omtrent de wijze van verbeurte van dwangsommen bij niet-naleving van resultaatsverplichtingen. De A-G Cruz Villalón heeft het Hof daarover als volgt voorgelicht:

68. *Ter bescherming van absolute rechten, dat wil zeggen rechten die door de houder ervan tegenover eenieder kunnen worden ingeroepen, voorziet het Oostenrijkse recht in beginsel in de mogelijkheid van oplegging van een verbod op het laten intreden van een bepaald resultaat ("Erfolgsverbot"). Verweerder [UPC Telekabel, red.] wijst erop dat een dergelijk verbod over het algemeen wordt opgelegd aan degene die rechtstreeks inbreuk maakt op een absoluut recht. De adressaat van het verbod dient te voorkomen dat een bepaald resultaat intreedt. Welke middelen hij hierbij inzet, mag hij zelf bepalen. Of het überhaupt mogelijk is het resultaat volledig te voorkomen en of de daarvoor vereiste maatregelen in een adequate verhouding staan tot de grondrechten van de betrokkenen, wordt voorafgaand aan de vaststelling van het verbod niet onderzocht.*

69. *Indien het te voorkomen resultaat wel intreedt (in casu dat een gebruiker zich toegang weet te verschaffen tot de website), is er sprake van overtreding van het Erfolgsverbot en kan (in het kader van de executieprocedure) worden verzocht om oplegging van een dwangmaatregel aan de adressaat van het verbod. De bewijslast van de overtreding rust volgens Oostenrijk op de verzoeker. Pas in dat stadium, in het kader van de executieprocedure, kan de adressaat van het verbod bij wege van verzet stellen dat hij alle redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen heeft genomen om het intreden van het verboden resultaat te voorkomen en aldus aan de dwangmaatregel te ontkomen.*

70. *Op het eerste gezicht lijkt er veel voor te zeggen om het Erfolgsverbot en de procesrechtelijke bijzonderheden apart van elkaar te toetsen op conformiteit met het Unierecht. Echter, bij het Erfolgsverbot waar het hier om gaat, bestaat de mogelijkheid om later, in het kader van de executieprocedure, een dwangmaatregel te verhinderen. Het is derhalve (ondanks de voor de internetprovider zeer nadelige procesrechtelijke bijzon-*

derheden) een mildere maatregel dan een Erfolgsverbot tout court. Zonder rekening te houden met de overige procesrechtelijke bijzonderheden zal ik thans, zoals ook door de verwijzende rechter geformuleerd, nagaan of het Erfolgsverbot gecombineerd met de latere ontsnappingsmogelijkheid verenigbaar is met het Unierecht.

Het belang van het nationale recht wordt bevestigd door de eerste overweging die het Hof aan deze vraag wijdt (r.o. 53), namelijk dat de modaliteiten van de bevelen waarin de lidstaten krachtens artikel 8, lid 3, van deze richtlijn moeten voorzien, zoals die betreffende de te vervullen voorwaarden en de te volgen procedure, aan het nationale recht worden overgelaten. De overwegingen die daarop volgen, dienen om de grenzen aan te geven waarbinnen dat nationale recht dient te blijven.

Juist evenwicht – voorgeschiedenis

De grenzen aan de nationale autonomie die het Hof bespreekt vloeien met name voort uit de regel die het Hof formuleerde in het arrest *Promusicae* uit 2008¹⁷ en die het in r.o. 46 herhaalt, 'dat wanneer meerdere grondrechten met elkaar in strijd zijn, de lidstaten bij de omzetting van de richtlijn in nationaal recht ervoor moeten zorgen dat zij zich baseren op een uitlegging van de richtlijn die een juist evenwicht waarborgt tussen de toepasselijke en door de Unierechtsorde beschermde grondrechten. Vervolgens moeten de autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten bij de uitvoering van de omzettingsmaatregelen van deze richtlijn niet alleen hun nationale recht in overeenstemming met deze richtlijn uitleggen, maar eveneens ervoor zorgen dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijn die indruist tegen deze grondrechten of andere algemene beginselen van het Unierecht, zoals het evenredigheidsbeginsel.' Deze 'juist evenwicht'-leer vormt sindsdien de basisgedachte in een reeks arresten over zowel de uitleg¹⁸ als de handhaving¹⁹ van het intellectuele eigendomsrecht.

In de context van auteursrechthandhaving door internetaanbieders is het arrest *Scarlet/Sabam* de belangrijkste voorloper. Dit arrest uit 2011, over het opleggen van filterverplichtingen aan access providers, bevatte dezelfde opdracht, namelijk dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties in het kader van de ter bescherming van

16 Zie overweging V.3.6 van het verwijzingsarrest: 'Nach Auffassung des Senats reicht diese nachträgliche Prüfung allerdings nicht aus, um die Anforderungen des Unionsrechts zu erfüllen. Denn durch ein Erfolgsverbot wird die Festlegung der zur Umsetzung erforderlichen Maßnahmen zunächst dem Provider auferlegt. Dabei handelt er zunächst auf eigenes Risiko; die Gerichte prüfen erst nachträglich, ob die von ihm gesetzten Maßnahmen ausreichend waren oder nicht. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit dürfte bei Abwägung der grundrechtlich geschützten Interessen aller Beteiligten unzumutbar sein. Frage 3 zielt auf eine diesbezügliche Klarstellung ab.'

17 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*), AMI 2008/3, nr. 5 m.nt. A.H. Ekker, r.o. 68.

18 Zie bijv. HvJ EU 1 december 2011, zaak C-145/10 (*Painer*) AMI 2011/2, nr. 6 m.nt. M.M.M. van Eechoud; HvJ EU 10 april 2014, zaak C-435/12 (*ACI Adam/ThuisKopie*), AMI 2015-1, nr. 1 m.nt. D.M. Linders en Chr.A. Alberdingk Thijm; HvJ EU 3 september 2014, zaak C-201/13 (*Deckmyn/Vandersteen*), AMI 2014/5, nr. 16 m.nt. K.J. Koelman.

19 Zie bijv. HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 143; HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet Extended/SABAM*), AMI 2012/2, nr. 5; HvJ EU 16 februari 2012, zaak C-360/10 (*Scarlet/Netlog*).

de houders van auteursrechten vastgestelde maatregelen een juist evenwicht moeten verzekeren tussen de bescherming van deze rechten en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden geraakt. De casus was echter zo extreem – een theoretisch, gegarandeerd-effectief en dus per-definitie-onevenredig filter – dat het Hof zelf een aantal knopen kon doorhakken: zo'n filter was in strijd met ondernemingsvrijheid, privacy en uitingsvrijheid. Het arrest maakte daarmee *en passant* duidelijk dat de regel dat het intellectuele eigendomsrecht geen voorrang heeft op andere (grond)rechten maar in botsingsituaties op gelijke voet moet worden afgewogen, meer was dan een obligate Luxemburgse toverformule. Intellectuele eigendomsrechten bestaan niet meer in een eigen ecosysteem, afgezonderd van andere (grond)rechten, waarin elke inbreuk verboden kan worden en een beroep op uitingsvrijheid geldt als standaardchicane.²⁰ (Het is nog altijd een feit van algemene bekendheid dat IE'ers en uitingsvrijheiddeskundigen naar verschillende feestjes gaan, en dat op beide de privacyjuristen meestal niet zijn uitgenodigd.)

De motivering van het Hof in *Scarlet/Sabam* was echter kort door de bocht: het stelde niet de omvang vast van de belangen die *in concreto* door de verschillende grondrechten werden beschermd, en woog dus ook niets af. Het zei (daarom) ook niks over de rechtsstatelijkheid (voorzienbaarheid) van filter- en blokkeringsverplichtingen op basis van artikel 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn. A-G Cruz Villalón was daar in zijn conclusie zo hard en principieel over gestruikeld, dat hij amper was toegekomen aan de evenredigheid van het specifieke Belgische filter. Hij vond hartstochtelijk dat niet Europese of nationale rechters dergelijke politieke beslissingen moesten of konden nemen, maar de democratisch gelegitimeerde wetgever. Het Hof liet die gifbeker aan zich voorbij gaan en beperkte zich tot de vaststelling dat deze specifieke maatregel onevenredig is. Daarmee gaf het Hof nog altijd weinig houvast over hoe om te gaan met moeilijker gevallen.²¹ Het wachten was op een zaak waarin het Hof zou moeten oordelen over een minder evident disproportionele maatregel; wat dat betreft is reikhalzend naar het onderhavige arrest uitgekeken.

Juist evenwicht in deze zaak – ondernemingsvrijheid

In deze zaak stelt het Hof voorop (r.o. 47) dat een bevel als door de Oostenrijkse rechter opgelegd resulteert in een conflict tussen de IE-rechten van de rechthebbenden (beschermd door artikel 17 lid 2 Handvest), de vrijheid van ondernemerschap van de internetaanbieder (artikel 16 Handvest) en de vrijheid van informatie van internetgebruikers (artikel 11 Handvest). Anders dan in *Scarlet/Sabam* is kennelijk, noch in de nationale procedure noch bij het Hof, gedebatteerd over de verhouding tussen een blokkeringsbevel en de bescherming van privécommunicatie en persoonsgegevens (artikelen 7 en 8 Handvest).

In r.o. 49 geeft het Hof een definitie van de 'vrijheid van ondernemerschap', een grondrecht dat niet in het EVRM voorkomt en dus voor velen nieuw is:

De vrijheid van ondernemerschap omvat met name het recht voor elke onderneming om, binnen de grenzen van de aansprakelijkheid voor eigen handelingen, vrij te beschikken over de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen.

Het moge duidelijk zijn dat een aldus gedefinieerd 'recht om met rust gelaten te worden' voor ondernemingen al snel wordt beperkt door regulering, en dus ook door medewerkingsplichten in het kader van de bestrijding van digitale piraterij. Tot die conclusie komt ook het Hof, dat (r.o. 50) spreekt van een verplichting die het vrije gebruik van de ter beschikking staande middelen beperkt, aangezien de provider overeenkomstig dit bevel is gehouden om maatregelen te nemen die voor hem aanzienlijke kosten met zich kunnen brengen, aanmerkelijke gevolgen kunnen hebben voor de organisatie van zijn activiteiten of moeilijke en complexe technische oplossingen kunnen vergen.

Het Hof vervolgt echter dat het opgelegde bevel de vrijheid van ondernemerschap 'niet in zijn kern lijkt te raken', waarmee het verwijst naar een onderdeel van de beperkingsclausule van artikel 52 lid 1 Handvest.²² Dat komt volgens het Hof omdat de provider zelf de maatregelen mag kiezen waarmee hij het bevel uitvoert (r.o. 52) en over een 'bevrijdingsmogelijkheid' beschikt in die zin dat hij aan

20 Zie bijv. Herman Cohen Jehoram, 'Auteursrecht en expressievrijheid, misbruik van recht en standaardchicane', in: A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever, 2003, p. 77-87; vergelijk W. Sakulin, 'Merkenrecht en vrijheid van meningsuiting', *Mediaforum* 2011-1, p. 2-14.

21 Zie verder: R.D. Chavannes, 'Belangenafweging in het informatierecht: het arrest *Scarlet/Sabam* en de botsing tussen auteursrecht en ondernemingsvrijheid, uitingsvrijheid en privacy', verschenen in de lustrumbundel *25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel. 25 jaar rechtspraak media- en*

communicatierecht, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2013, <http://blog.chavannes.net/2013/12/vmc-scarlet/>.

22 'Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij 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.'

zijn aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen (r.o. 53-54).

Zoals Mak uitlegt in haar noot bij het arrest in *EHRC* 2014, 138, valt op beide punten het nodige af te dingen. Voor de gemiddelde tussenpersoon is het bepaald geen vooruitgang om zelf te mogen bepalen *hoe* hij een abstracte verbodsverplichting gaat uitvoeren, om pas in een latere procedure te horen of dat voldoende is. Ook A-G Cruz Villalón concludeerde (§§ 85-89) dat het Oostenrijkse bevel niet voldeed aan het vereiste van een ‘juist evenwicht’.

Het Hof gaat aan deze bezwaren voorbij, en leunt daarbij op de overweging dat de provider ‘overeenkomstig het rechtszekerheidsbeginsel’ de mogelijkheid moet hebben om voordat een sanctie kan worden opgelegd door de rechter te laten toetsen of de voorgenomen uitvoeringsmaatregelen volstaan. Het doelt daarmee vermoedelijk op de situatie naar Oostenrijks recht, waarbij het *Erfolgsgebot in abstracto* wordt opgelegd zonder toetsing van de evenredigheid van bepaalde uitvoeringsmodaliteiten, en de vraag of een boete moet worden opgelegd wegens het niet bereiken van het bevolen resultaat pas later wordt behandeld in een afzonderlijke procedure.

Juist evenwicht in deze zaak – informatievrijheid

Blijkens r.o. 55 moet de internetprovider bij de keuze van de ter nakoming van dat bevel te nemen maatregelen ‘ervoor zorgen dat het grondrecht van de internetgebruikers op de vrijheid van informatie in acht wordt genomen.’ Deze stelligheid wordt nog eens versterkt door de daarop volgende overweging:

In dit verband moeten de door de internetprovider genomen maatregelen dermate doelgericht zijn dat zij bijdragen tot de beëindiging van de door een derde op het auteursrecht of een naburig recht gemaakte inbreuk, zonder dat zij nadelige gevolgen hebben voor de internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van deze internetprovider om zich rechtmatig toegang te verschaffen tot de informatie. Anders zou de inmening van die internetprovider in de vrijheid van informatie van die gebruikers, gelet op de nagestreefde doelstelling, onge-rechtvaardigd blijken.

Om zeker te stellen dat de provider de vrijheid van meningsuiting respecteert, schrijft het Hof voor (r.o. 57) ‘dat de nationale procesregels, opdat de door het Unierecht erkende grondrechten niet in de weg staan aan de vaststelling van een bevel als dat van het hoofdgeding, de inter-

netgebruikers de mogelijkheid bieden hun rechten voor de rechter te laten gelden nadat de door de internetprovider genomen uitvoeringsmaatregelen bekend zijn.’

Het Hof overweegt in r.o. 56 dus niet dat de provider bij het ontwerpen van de maatregel een bepaald *evenwicht* moet zien te bereiken tussen de wens om zo veel mogelijk inbreukmakend verkeer en zo min mogelijk legaal materiaal te blokkeren. Het overweegt met zoveel woorden dat de gehanteerde blokkeringsmaatregel *geen* nadelige gevolgen voor internetgebruikers mag hebben in die zin dat deze leidt tot blokkering van enige rechtmatige informatie. Deze overweging is vanuit het perspectief van de informatievrijheid toe te juichen, maar maakt de taak van de internetaanbieder vrijwel onmogelijk. Een blokkeringsmaatregel die geen enkele legale transmissie hindert bestaat niet.

Meer in zijn algemeenheid bestaat er een inherente spanning tussen de effectiviteit van een blokkeringsmaatregel, bezien vanuit het perspectief van de rechthebbenden, en de schadelijke neveneffecten ervan, bezien vanuit het perspectief van de tussenpersoon en de internetgebruiker. Een simpele blokkade is relatief goedkoop en privacy-vriendelijk, maar blokkeert ook veel legale informatie en is weinig effectief want eenvoudig te omzeilen (aldus ook het Hof Den Haag in de zaak tussen Stichting Brein en Ziggo²³). Een maatregel die daadwerkelijk tracht illegale informatie te onderscheiden van legale informatie vergt ingrijpende controle op de inhoud van het internetverkeer en is dus prohibitief vanuit het perspectief van de ondernemingsvrijheid en communicatiegeheim (aldus ook het Hof in *Scarlet/Sabam*). Zelfs met *deep packet inspection* kan een computersysteem nog niet vaststellen of een bepaalde transmissie van een beschermd werk inbreukmakend is, of dat deze wordt gedekt door een licentie of beperking.

Het Hof onderkent (§§ 58-60) dat niet is uitgesloten dat de uitvoering van een blokkeringsbevel niet leidt tot een volledige beëindiging van de inbreuken, ofwel omdat de desbetreffende maatregel voor de aanbieder onredelijk is, ofwel omdat geen enkele volledig effectieve maatregel bestaat of praktisch realiseerbaar is. Die realiteitszin valt toe te juichen, maar onderschat mijns inziens nog altijd de kern van het probleem, dat de geformuleerde eisen in de praktijk niet met elkaar te verenigen zijn, en dat er voor de hierboven beschreven inherente spanning in de praktijk geen eenvoudige ‘pragmatische compromisoplossing’ bestaat die tegelijkertijd alle conflicterende grondrechten wezenlijk beschermt.

23 Hof Den Haag 28 januari 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:88* (Ziggo en XS4ALL/Brein).

Procesrechtelijke operationalisatie

Los van de materiële haalbaarheid van de door het Hof voorgeschreven evenwichtsformule is ook de procesrechtelijke operationalisering ervan bepaald niet eenvoudig: het nationale recht moet zowel voorzien in een verplichte procedure waarin de tussenpersoon kan laten toetsen of de voorgenomen maatregel volstaat om verbeurde van dwangsommen te vermijden, als in een andere procedure waarin klanten van de internetaanbieder kunnen laten toetsen of de voorgenomen maatregel niet leidt tot blokkering van legale content en dus tot een schending van hun ontvangstvrijheid. Los van het feit dat diverse nationale rechtsstelsels (waaronder het Nederlandse) niet voorzien in dergelijke procedures, ligt het voor de hand dat de uitkomst van deze twee procedures tegenstrijdig zal zijn: een maatregel waarmee de internetaanbieder al het redelijkerwijs mogelijke doet om toegang tot de inbreukmakende informatie te voorkomen, zal haast per definitie leiden tot het blokkeren van niet-inbreukmakende informatie.

Toegepast op Nederland is duidelijk dat een gewoon executiegeschil niet zal voldoen aan de door het Hof gestelde eisen. Het procesrechtelijke en financiële risico ligt in zo'n zaak immers bij de provider. Het Hof plaatst deze procesuele stap echter expliciet in de sleutel van de rechtszekerheid en gaat er vanuit dat de voorgenomen maatregel wordt getoetst *voordat* dwangsommen verbeurd kunnen zijn, zodat de provider vooraf zekerheid heeft dat de voorgenomen maatregel zal volstaan om dwangsommen te vermijden. Dat vergt dus een procesrechtelijke tussenstap, of tenminste een dermate ruime nalevingstermijn dat de voorgenomen implementatiewijze vóór het verstrijken daarvan getoetst kan worden.

Daarmee is nog niet de vraag beantwoord hoe de belangen en het actierecht van de gebruikers kunnen worden behartigd respectievelijk processueel ingevuld. Dat vergt vermoedelijk aanpassing van wetgeving of (zeer) creatieve toepassing van bestaande procesrechtelijke figuren als derdenverzet en collectief actierecht. Een alternatief zou mogelijk zijn om artikel 26a Auteurswet een verzoekschriftprocedure te maken en (verenigingen van) gebruikers als belanghebbenden op te roepen.

Mijns inziens leent een executiegeschil zoals we dat nu in Nederland kennen zich hoe dan ook niet goed voor een toetsing van de effectiviteit en proportionaliteit van een bepaalde maatregel. Er zullen in de regel diverse denkbare blokkeringsmethoden zijn, elk met verschillende gevolgen als het gaat om effectiviteit, bewerkelijkheid, kosten en *collateral damage* voor gebruikers en de provider zelf. In een executiegeschil staat het na te leven bevel echter vast en

gaat het alleen om de (vraag of de veroordeelde voldoende heeft gedaan ter) uitvoering daarvan. Wat dat betreft is het dus nog altijd te prefereren dat geprocedeerd wordt over een concrete maatregel en de implementatie daarvan.

Het is hoegenaamd zeer de vraag of de ondernemingsvrijheid van de internetprovider of de rechtszekerheid wezenlijk worden beschermd door de provider zelf een blokkeringsmaatregel te laten ontwikkelen, met de opdracht om genoeg te blokkeren om dwangsommen te voorkomen maar genoeg door te laten om gebruikersrechten te respecteren. De vraag of een bepaalde maatregel in een bepaald geval passend is – en, zo niet, welke andere eventueel wel –, rekening houdend met de belangen van rechthebbenden, gebruikers en de provider zelf, is precies de vraag naar het 'juiste evenwicht'; het beantwoorden daarvan is bij uitstek wetgevers- of desnoods rechterswerk. Die vraag hoort niet thuis bij de provider en dus evenmin bij de executierechter.

Het is goed mogelijk dat de procesrechtelijke overwegingen van het Hof grotendeels zijn bepaald door de specifieke eigenschappen van het Oostenrijkse (proces)recht zoals dat aan het Hof is voorgelegd, en dat het Hof daarin een elegante mogelijkheid zag om drie tegenstrijdige grondrechten met elkaar te verzoenen. Het is echter de vraag of het daarin is geslaagd, getuige de moeite die het Oberste Gerichtshof blijkens het arrest na beantwoording²⁴ heeft om de ontvangen antwoorden in het Oostenrijkse recht in te passen. Voor andere landen heeft het arrest vanwege de aansluiting bij deze specifieke Oostenrijkse context een relatief beperkt praktisch belang.

Bredere context

Unierecht is al langere tijd de belangrijkste bron van informatierecht: naast auteursrecht zijn ook privacy, elektronische handel, elektronische communicatie, commerciële communicatie, IE-handhaving en audiovisuele mediadiensten voorwerp van Europese harmonisatierichtlijnen. Het Verdrag van Lissabon geeft sinds 1 december 2009 via artikel 6 EU-Verdrag formele status aan het EU Handvest, dat intellectuele eigendom, privacy, ondernemingsvrijheid en informatievrijheid erkent als fundamentele rechten. Zeker in het licht van de recente jurisprudentie van het Hof, is het EU-recht daarmee ook steeds meer de toepassingscontext van het informatierecht geworden. Veel actuele vragen op het gebied van informatierecht spelen zich immers af op door het EU-recht bestreken terrein en draaien om de afweging van deze botsende informati grondrechten, of het nu gaat om de verstrekking van identificerende gegevens van mogelijk inbreukmakende klanten,²⁵ de verwijdering van ontoereikende, irrelevante of boven-

24 OGH 24 juni 2014, ECLI:AT:OGH0002:2014:00400B00071.14S.0624.000, <http://bit.ly/1MWkVLU>.

25 Zie, naast het reeds genoemde arrest inzake *Promusicae/Telefónica* en beschikking inzake *LSG/Tele2*, ook HvJ EU 19 april 2012, zaak C-461/10 (*Bonnier Audio*).

matige zoekresultaten²⁶ of de opslag van verkeersgegevens voor toekomstig strafvorderlijk gebruik.²⁷

Inmiddels verschaft het EU-recht dus zowel de meeste materiële basisregels van het informatierecht als de formele conflictregels voor hoe zij met elkaar worden verzoend. Het informatierecht wordt daarmee in toenemende mate één grote horizontale belangenafweging. Dat doet meer recht aan de in de informatie-economie inherente spanning tussen intellectuele eigendom, uitingsvrijheid, privacy en ondernemingsvrijheid dan een reeks verzuilden 'absolute rechten', elk met eigen gespecialiseerde wetten en beoefenaren. Het leidt echter niet vanzelf tot meer voor spelbare of nawerkbare uitkomsten en vraagt daarom meer van de rechterlijke motivering.²⁸

Wellicht het grootste probleem waarmee zowel nationale rechters als het Hof zich geconfronteerd zien bij de uitleg en toepassing van (nationale implementaties van) artikel 8 lid 3 Auteursrechtrichtlijn, is dat deze bepaling geen norm bevat. Lidstaten moeten het mogelijk maken dat rechthebbenden jegens tussenpersonen een verbod kunnen krijgen, maar de richtlijn zwijgt in alle taalversies over de vraag welke maatregelen onder welke omstandigheden kunnen worden opgelegd, in welke modaliteiten en met welke waarborgen. Het is niet toevallig dat de prejudiciële vraag, zoals die door het OLG is gesteld en zoals die door het Hof is geherformuleerd, niet ziet op uitleg van artikel 8 lid 3 of de Auteursrechtrichtlijn in het algemeen, maar op de uitleg van de door het Unierecht erkende *grondrechten*: met uitzondering van de 'wie'-vraag die het Hof zojuist – ruim – heeft beantwoord, valt aan artikel 8 lid 3 zelf immers niets uit te leggen. Het Hof beoordeelt daarom alleen (r.o. 45) de vraag wanneer een op artikel 8 lid 3 gebaseerde maatregel verenigbaar is met het (overige) Unierecht, omdat er kennelijk geen (beperkend) antwoord valt te geven op de vraag in welke maatregelen artikel 8 lid 3 zelf voorziet. De grondrechten dienen dus niet als een begrenzing van de uitleg van de richtlijn bepaling achteraf, maar bepalen rechtstreeks de onderlinge rechten en plichten van rechtshabende en tussenpersoon. Arthur Hartkamp ziet daarom in het arrest een indicatie dat het Hof de mogelijkheid van directe horizontale werking van Handvest-rechten erkent.²⁹

Het gebrek aan concrete normstelling, voorwaarden, beperkingen of waarborgen in artikel 8 lid 3 Auteursrecht richtlijn roept de vraag op of de bepaling geldt als 'voorzien bij wet' in de zin van de beperkingsclausules van de grondrechten die door oplegging van maatregelen worden beperkt. In zijn conclusie (§ 97) volstaat A-G Cruz Villalón met te verwijzen naar zijn krachtige betoog daarover in §§ 88-113 van zijn conclusie bij de zaak-*Scarlet/Sabam*. Ook nu negeert het Hof de vraag geheel, terwijl de prejudiciële vraagstelling ('of de door het Unierecht erkende grondrechten er aan in de weg staan dat een internetprovider bij rechterlijk bevel wordt verboden [...]') ruim genoeg was om ook te zien op de geldigheid van (nationale implementaties van) artikel 8 lid 3 Auteursrecht richtlijn als grondslag voor zo'n verbod.

Het kritische betoog van A-G Cruz Villalón wordt onder tusschen gesteund door de Straatsburgse rechtspraak over de verenigbaarheid van blokkeringsmaatregelen met de uitingsvrijheid. In de zaak-*Yıldırım*³⁰ ging het om een wetenschapper wiens website ontoegankelijk werd gemaakt als onbedoeld neveneffect van een website-blokkade die was opgelegd ter bescherming van de nagedachtenis van Atatürk. Artikel 8 lid 1 van wet nr. 5651, aangehaald in § 15 van het arrest, bepaalt onder meer dat 'A blocking order shall be issued in respect of Internet publications where there are sufficient grounds to suspect that their content is such as to amount to one of the following offences [...]'. Het Hof verwijst (§ 59) naar eerdere rechtspraak over de onvoorzienbaarheid van bevelen op grond van ongeclausuleerde bevoegdheden van nationale autoriteiten, en vervolgt

64. [...] the Court considers that such prior restraints are not necessarily incompatible with the Convention as a matter of principle. However, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power (see *Association Ekin v. France*, no. 39288/98, § 58, ECHR 2001-VIII, and, *mutatis mutandis*, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine*, no. 33014/05, § 55, ECHR 2011). In that regard, the judicial review of such a measure, based on a weighing-up of the competing interests at stake and designed to strike a balance between them, is inconceivable without a framework establishing precise and specific rules regarding the application of preventive restrictions on freedom of expression (see *RTBF v. Belgium*, cited above, § 114).

26 HvJ EU 13 mei 2014, zaak C-131/12 (*Google Spain en Google Inc/AEDP en Mario Costeja González*).

27 HvJ EU 8 april 2014, zaak C-293/12 (*Digital Rights Ireland/Minister for Communications*).

28 Zie ook S.A. de Vries, 'Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice', *Utrecht Law Review* vol. 9, nr. 1 (januari 2013); J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, oratie Leiden, 4 april 2006, <http://bit.ly/1Bj5fDa>.

29 A.S. Hartkamp, 'De invloed van het EU Handvest van de grondrechten op het privaatrecht', *WPNR* 2014, 7035: 'Na te hebben beslist dat UPC een tussenpersoon is in de zin van deze bepaling, besprak het hof de fundamentele rechten die werden ingeroepen door de eiseressen (art. 17 lid 2 Handvest, intellectuele eigendom) en door verweerster (art. 16 Handvest, vrijheid van ondernemer

schap). Het hof presenteert deze uiteenzetting als een kwestie van uitleg van de richtlijn c.q. de nationale implementatiebepaling, maar aangezien daarin niets naders wordt meegedeeld valt er niet veel anders te interpreteren dan de Handvest-bepalingen in verhouding tot het verbod, d.w.z. tot de rechtsverhouding van partijen zoals zij wordt beïnvloed door een verbod, indien dat zou worden verleend. Inhoudelijk gezien komt dat dicht bij de verlening van directe horizontale werking aan de Handvest-bepalingen. Het is dan ook interessant dat terwijl in een eerdere zaak het dictum was gericht op de uitleg van de toepasselijke richtlijnen, het dictum thans luidt dat de door het Unierecht erkende *grondrechten* aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet aan een verbod in de weg staan.'

30 EHRM 18 december 2012, appl.nr. 3111/10 (*Yıldırım/Turkije*).

Langs deze meetlat gelegd is de Turkse wet volgens het Hof onvoldoende voorzienbaar en de daarop gebaseerde maatregel dus in strijd met artikel 10 EVRM. Het ligt voor de hand dat het Hof desgevraagd dezelfde conclusie zou trekken over artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn, dat tegelijkertijd korter en ruimer van strekking is dan de Turkse bepaling, en maatregelen die worden opgelegd op grond van niet nader ingevulde nationale implementaties daarvan zoals artikel 26a Auteurswet.³¹

Conclusie

De nationale rechter mag dus aan access providers een algemeen verwoorde verplichting opleggen om toegang van klanten tot bepaalde inbreukmakende websites te voorkomen, mits daarmee geen legale content wordt geblokkeerd; zowel de provider als de klanten de voorgenomen maatregel vooraf kunnen laten toetsen om dwangsommen respectievelijk blokkering van legale content te voorkomen; en de gehanteerde maatregel niet volledig effectief hoeft te zijn. Het arrest past in een reeks arresten waarin het Hof van Justitie voorschrijft dat een 'juist evenwicht' moet worden verzekerd tussen botsende informatiegrondrechten. In het verleden liet het Hof het wel eens bij die algemene regel en schoof het de hete aardappel terug naar de lidstaten (*Promusicae*), terwijl het later ook wel eens min of meer dwingend de uitkomst van de belangenafweging voorschreef (de *Sabam*-zaken, *ACI Adam*, *Deckmyn*, *Digital Rights Ireland*).³²

Het onderhavige arrest bevindt zich wat dat betreft in een tussencategorie, waarin de belangenafweging weliswaar nader is ingekleurd, maar de noodzakelijke technische en procesrechtelijke operationalisatie wordt doorgeschoven naar de internetaanbieder respectievelijk de nationale rechter. Het Hof schrijft de uitkomst van de belangenafweging niet voor en bepaalt niet dat de nationale rechter onder bepaalde omstandigheden een bepaalde maatregel moet opleggen. Het is nog altijd aan de nationale rechter om per geval het 'juiste evenwicht' te vinden, met dien verstande dat een maatregel in elk geval *niet* verenigbaar is met de uitingvrijheid en de ondernemingsvrijheid als de door het Hof geformuleerde voorwaarden en waarborgen niet in acht worden genomen.

Het arrest bevestigt dat intellectuele eigendomsrechten op gelijke voet concurreren met andere fundamentele rechten, en dat het te bereiken 'juiste evenwicht' tussen die verschillende rechten onder omstandigheden met zich mee kan brengen dat het intellectuele eigendomsrecht maar gedeeltelijk of zelfs helemaal niet beschermd kan worden, althans niet op de door de rechthebbende gewenste manier. Het Hof overweegt bovendien onomfloerst dat de maatregel niet mag leiden tot blokkering van legale content, omdat dan de ontvangstvrijheid van gebruikers wordt geschonden. De voorgeschreven benadering heeft daarmee een hoog 'have your cake and eat it'-gehalte, want de enigszins effectieve blokkeringsmaatregel die niet leidt tot blokkering van legale content moet nog worden uitgevonden. Het is de vraag hoeveel andere nationale rechters, zoals de Nederlandse, hiermee aankunnen, en het blijft hopen dat Europese of nationale wetgevers op het punt van medewerkingsplichten van internettussenpersonen hun verantwoordelijkheid nemen door in wetgeving enkele voorwaarden, modaliteiten en waarborgen vast te leggen.

Met dit arrest heeft het Hof dus zeker niet het laatste woord gesproken over de verplichtingen van internetaanbieders om behulpzaam te zijn bij de bestrijding van digitale piraterij. Daarvoor zijn de gegeven aanwijzingen te beperkt en abstract, en bovendien te zeer bepaald door de verwijzingsprocedure en het Oostenrijkse procesrecht. De voor het informatierecht kenmerkende botsing tussen intellectuele eigendom, uitingvrijheid, ondernemingsvrijheid en privacy is daarvoor ook te complex en de technische casuïstiek te dynamisch. Het vinden van een 'juist evenwicht' tussen deze botsende grondrechten bij de toepassing van de normloze norm van artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn zal de gemoederen nog wel even bezig houden.

Los van die juridische strijd blijft het zeer de vraag of blokkeringsmaatregelen door tussenpersonen in de praktijk in enigerlei vorm onderdeel zullen blijken te zijn van de oplossing voor het probleem van digitale piraterij. Vooralsnog lijkt dat probleem meer het gevolg te zijn van onvoldoende legaal aanbod van recente, hoogwaardige content dan van de beschikbaarheid van illegaal alternatief; en dus effectiever te bestrijden door aanpassing van business modellen dan door gebrekkige blokkering van toegang tot illegaal aanbod.³³

31 De zaak *Yıldırım* was aanhangig gemaakt door een website-aanbieder die rechtstreeks schade ondervond van een blokkeringsbevel. Uit de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Akdeniz* (EHRM 11 maart 2014, appl.nr. 20877/10) blijkt dat een 'eenvoudige gebruiker' niet bij het Hof kan klagen over schending van artikel 10 EVRM als gevolg van een aan internetproviders opgelegde website-blokkade, omdat hij niet als direct slachtoffer wordt aangemerkt; het EVRM kent geen *actio popularis*. Het ging om de blokkering door Turkse providers, op last van de autoriteiten, van de websites Myspace.com en Last.fm wegens gestelde auteursrechtinbreuken, waartegen noch de desbetreffende website-aanbieders noch de Turkse access providers waren opgekomen. De beslissing

betekent niet dat artikel 10 EVRM in deze context geen bescherming biedt aan internetgebruikers; eerder dat erover klagen in Straatsburg is voorbehouden aan de providers en de website-aanbieders wier informatie - bewust, of als bijvangst - ontoegankelijk wordt gemaakt.

32 Voor de vindplaatsen, zie de voetnoten 2, 3, 18 en 27.

33 In het kader van dit bredere debat over de bestrijding van digitale piraterij zij verwezen naar het debat 'Filtering away infringement' tussen de auteur en Dirk Visser tijdens het jubileumcongres van het Instituut voor Informatierecht op 3 juli 2014, terug te zien via <https://www.youtube.com/watch?v=blyfgo1ej64>.