

2. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt:

Bieden art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn en art. 11 Handhavingsrichtlijn ruimte voor een bevel aan een tussenpersoon als in die bepalingen bedoeld, indien deze tussenpersoon inbreukmakende handelingen van derden faciliteert op de wijze als bedoeld in vraag 1?

8 Beslissing

De Hoge Raad:

verzoekt het HvJEU met betrekking tot de hiervoor in 7 geformuleerde vragen uitspraak te doen;

houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding tot het HvJEU naar aanleiding van dit verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Noot

1. Inleiding

1.1. Internetpiraterij is de gesel van de auteursrechthebbers. Ondanks de spectaculaire groei van legale 'contentdiensten', zoals Spotify en Netflix, blijft de omvang van het ongeautoriseerde aanbod en gebruik van werken op het internet kolossaal. Weliswaar lijkt het illegale muziekgebruik de laatste jaren wat af te nemen, maar in de audiovisuele sector is de omvang van de piraterij – vooral van nieuwe films en televisieseries – onverminderd groot. De pogingen van de rechthebbenden om deze inbreuktsunami in te dammen zijn daarbij weinig effectief gebleken. Individuele inbreukmakers gaan doorgaans anoniem te werk en zijn dus moeilijk te identificeren. Bovendien schrikt de auteursrechtindustrie er terecht voor terug om de talloze kleine illegale gebruikers hard aan te pakken; het gaat hier immers om potentiële klanten. De grote piraten, zoals de beheerders van illegale streaming sites en file sharing platforms, opereren doorgaans van ver buiten de Nederlandse landsgrenzen, en blijven daardoor eveneens buiten schot. De handhaving van het auteursrecht op het internet concentreert zich daarom al enkele jaren op de internet(access)providers, die de gebruikers toegang bieden tot al dit illegale schoons.

1.2. Weliswaar zijn de providers ingevolge de E-Commercerichtlijn niet aansprakelijk voor schade ten gevolge van door derden gepleegde inbreuken, maar deze 'safe harbour' sluit een rechterlijk verbod of bevel jegens de providers niet uit (art. 6:196c lid 1 resp. 5 BW). Op grond van art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn en art. 11 Handhavingsrichtlijn moeten de lidstaten zelfs uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid van een gerechtelijk bevel tegen tussenpersonen die door derden voor inbreukdoeleinden worden gebruikt. Zo bepaalt art. 26d van de Nederlandse Auteurswet: "De rechter kan op vordering van de maker, tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht te maken, bevelen de diensten die worden gebruikt om die inbreuk te maken, te staken". Wat voor soort bevelen aan de providers kunnen worden opgelegd,

laat het unierecht in beginsel over aan het nationale (proces)recht (zie Overweging 59, laatste zin, bij de Auteursrechtlijn). Dat dergelijke bevelen echter hun grenzen vinden in het unierecht, in het bijzonder in de door het EU-Handvest gewaarborgde grondrechten, blijkt uit de uitgebreide jurisprudentie die het Hof van Justitie inmiddels heeft ontwikkeld.

1.3. In het arrest *Promusicae* (C-275/06, NJ 2009/551, m.nt. P.B. Hugenholtz) vorderden rechthebbenden van internetprovider Telefonica overlegging van de persoonsgegevens van inbreuk makende internetabonnees. Het Hof overwoog dat het handhavingsbelang van de rechthebbenden moet worden afgewogen tegen de privacybelangen van de abonnees, zonder aan een van beide grondrechtelijk beschermde belangen voorrang te geven; of een zodanig bevel toelaatbaar is, is uiteindelijk een kwestie van nationaal recht. In het arrest *Scarlet Extended* (C-70/10, NJ 2012/479) oordeelde het Hof dat het door de Belgische rechtenorganisatie SABAM gevraagde gebod om alle inkomend internetverkeer preventief te filteren, zodat inbreukmakend materiaal automatisch geblokkeerd zou worden, disproportioneel was. Een algemeen filtergebod staat haaks op de in art. 16 Handvest gewaarborgde vrijheid van ondernemerschap; daarnaast is een dergelijk verbod strijdig met diverse andere fundamentele vrijheden, zoals de bescherming van persoonsgegevens en de informatievrijheid (zie noot P.B. Hugenholtz onder NJ 2012/479–480). Waar het volgens het Hof uiteindelijk om gaat is het vinden van een 'juist evenwicht' (*fair balance*) tussen de diverse conflicterende grondrechten die hier in het geding zijn (zie art. 52 lid 1 Handvest).

1.4. In de hier besproken twee arresten staat de toelaatbaarheid van een minder ver strekkende maatregel centraal: mag van internetproviders worden geëist dat zij de toegang tot specifieke websites blokkeren?

2. UPC Telekabel Wien

2.1. In het arrest *UPC Telekabel Wien* geeft het Hof van Justitie antwoord op prejudiciële vragen afkomstig van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof. Centraal staat de vraag naar de verenigbaarheid met de in het Handvest gewaarborgde grondrechten van een jegens een internetprovider in algemene termen gesteld gebod (een zogeheten 'Erfolgsverbot') om zijn klanten toegang tot een website waarop films illegaal worden aangeboden te blokkeren. Hoewel de prejudiciële vragen en antwoorden zijn toegesneden op de eigenaardigheden van het Oostenrijkse procesrecht, is het arrest ook voor de Nederlandse rechtspraak van belang.

2.2. Dat geldt in de eerste plaats voor de door het Hof beantwoorde voorvraag of een internet access provider, zoals UPC Telekabel, is aan te merken als een 'tussenpersoon wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht' in de zin van art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn. Volgens UPC Telekabel is dat niet het geval;

zij biedt haar klanten slechts toegang tot het internet, en verricht voor de inbreukmakende website geen hosting-activiteiten of diensten van welke aard dan ook. Hoewel uit de geschiedenis van de Auteursrechtlijn kan worden afgeleid dat de Europese wetgever destijds het oog heeft gehad op internetproviders die als 'host' van de inbreukmaker fungeren, legt het Hof van Justitie deze bepaling toch ruim uit. Het Hof baseert zich hierbij op Overweging 59 bij de richtlijn (r.o. 30), die in de officiële Duitse versie een ruimere interpretatie toelaat dan in de Nederlandse (Duits: "Daher sollten die Rechtsinhaber [...] die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler zu beantragen, der die Rechtsverletzung eines Dritten in Bezug auf ein geschütztes Werk oder einen anderen Schutzgegenstand in einem Netz überträgt"; Nederlands: "[...] moeten de rechthebbenden over de mogelijkheid beschikken om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een tussenpersoon die een door een derde gepleegde inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal in een netwerk steunt"). Deze ruime uitleg wordt tevens ingegeven door het doel van de Auteursrechtlijn om aan rechthebbenden 'een hoog beschermingsniveau te waarborgen' (r.o. 31). Bovendien dwingen de bewoordingen van art. 8 lid 3 Richtlijn er niet toe het toepassingsbereik ervan te beperken tot tussenpersonen die een bijzondere (contractuele) band met de inbreukmakers hebben, aldus het Hof. Ergo, ook internetproviders die louter toegang bieden tot een inbreukmakende website kunnen door een rechterlijk bevel als bedoeld worden getroffen.

2.3. Het arrest handelt vervolgens over de vraag of en onder welke voorwaarden een in algemene termen gesteld blokkeringsbevel tegen een internetprovider in het licht van de door het Handvest beschermde, in casu conflicterende grondrechten – recht van intellectuele eigendom, vrijheid van ondernemerschap en informatievrijheid – toelaatbaar is (r.o. 47). Volgens A-G Cruz Villalón is dat niet het geval, omdat het Erfolgsverbod niet a priori voorziet in de noodzakelijke afweging van grondrechten. Het Hof volgt zijn A-G hierin niet, en sauveert deze Oostenrijkse rechtsfiguur door te overwegen dat de vrijheid van ondernemerschap door een in algemene termen gesteld blokkeringsbevel niet 'in zijn kern' wordt geraakt (r.o. 51). Immers, de provider kan zelf bepalen welke concrete maatregelen hij neemt om aan het bevel tegemoet te komen. Bovendien heeft hij de mogelijkheid in een executiegeschil aan te voeren dat hij de redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen genomen heeft (r.o. 54).

2.4. Interessanter voor de Nederlandse situatie zijn de daaropvolgende overwegingen, waarin het Hof de informatievrijheid (van de internetgebruikers) afzet tegen het recht op bescherming van de intellectuele eigendom (van de auteursrechthebbenden). De door de internetprovider te nemen maatregelen moeten "dermate doelgericht zijn dat zij bijdragen tot de beëindiging van de [...] inbreuk, zonder dat zij nadelige gevolgen hebben voor de in-

ternetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van deze internetprovider om zich rechtmatig toegang te verschaffen tot de informatie" (r.o. 56). De blokkade van de website mag met andere woorden niet leiden tot 'overblocking', oftewel het blokkeren van de toegang tot niet-inbreukmakende informatie. Anderzijds dienen de belangen van de rechthebbenden en het praktisch resultaat van de blokkering gerelativeerd te worden. Volgens het Hof valt niet uit te sluiten dat een blokkade in de praktijk zou kunnen worden omzeild (r.o. 60). Omdat het fundamentele recht van intellectuele eigendom geen absolute bescherming vergt (r.o. 61), behoeven de door de providers te nemen maatregelen geen perfecte bescherming te garanderen. De maatregelen moeten echter wel "voldoende doeltreffend zijn om een effectieve bescherming van het betrokken grondrecht te verzekeren, wat inhoudt dat zij tot gevolg moeten hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adreessaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met genoemd grondrecht voor hen beschikbaar gestelde werken" (r.o. 62).

2.5. Met dat al oordeelt het Hof dat een ongespecificeerd blokkeringsbevel niet met de door het unierecht beschermde grondrechten in strijd komt onder de 'dubbele voorwaarde' dat de maatregelen de internetgebruikers niet nodeloos de mogelijkheid ontzeggen om zich rechtmatig toegang tot de beschikbare informatie te verschaffen en dat deze maatregelen voldoende doeltreffend zijn. Het Hof laat het aan de nationale instanties om hierover te oordelen.

2.6. Het dictum van het Hof dwingt de internetproviders in een lastige spagaat. Hoewel een blokkeringsmaatregel in beginsel mag worden opgelegd, mag de blokkering niet 'nodeloos' overblokkeren, terwijl de maatregel toch voldoende effectief moet zijn om de toegang tot de inbreukmakende website te verhinderen c.q. te bemoeilijken, en de internetgebruikers het verdere gebruik van de werken 'ernstig ontraden'. Hoe de providers moeten laven tussen de Scylla van de overblokkering en de Charybdis van de onderbescherming, vertelt het Hof ons echter niet (zie Chavannes, *AMI* 2015, p. 44).

2.7. Met inachtneming van deze dubbele voorwaarde lijkt het arrest op het eerste gezicht de weg vrij te maken voor een door de Nederlandse rechter op te leggen blokkeringsbevel. Of dat echt zo is wordt duidelijk in het tweede hier besproken arrest.

3. *Brein/Ziggo en XS4ALL*

3.1. In deze zaak eist Brein, de handhavingsorganisatie van de entertainmentindustrie, van twee internetproviders dat zij de toegang blokkeren tot het roemruchte file-sharing platform The Pirate Bay ('TPB'). In de vordering wordt een aantal specifiek te blokkeren domeinnamen/IP-adressen genoemd; voor het geval TPB vanuit andere domeinnamen/IP-adressen zou gaan opereren, moet het blokke-

ringsbevel ook daarvoor gelden. De vorderingen worden door de Haagse rechtbank toegekend (Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, ECLI:NL:GHDHA:2014:88), maar in appel door het Haagse gerechtshof afgewezen (Hof 's-Gravenhage 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88).

3.2. In cassatie spelen twee afzonderlijke kwesties. Allereerst moet worden vastgesteld of art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn c.q. art. 26d Auteurswet op een dergelijke casus mag worden toegepast. Weliswaar heeft het arrest *UPC Telekabel Wien* duidelijk gemaakt dat access providers in principe door een bevel getroffen kunnen worden, maar blijkens de bewoordingen van art. 8 lid 3 moet het wel gaan om 'tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten'. Een belangrijke voorvraag is dus of het handelen van TPB als (directe) auteursrechtinbreuk kan worden aangemerkt. Deze vraag wordt door de Hoge Raad conform de conclusie van A-G Van Peurseem voorgelegd aan het Europees Hof, en is inmiddels positief beantwoord; zie HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, *NJ* 2018/114, m.nt. P.B. Hugenholtz.

3.3. Daarmee resteert de vraag of het door Brein gevorderde blokkeringsverbod in het licht van de in *UPC Telekabel Wien* geformuleerde richtsnoeren gerechtvaardigd is. Volgens het Haagse hof, dat arrest wees enkele maanden voordat het Europees Hof uitspraak deed, waren de door Brein gevorderde maatregelen niet effectief, waardoor de beperking van de ondernemingsvrijheid van de providers die het blokkeringsgebod zou meebrengen niet proportioneel was. Uit door Ziggo c.s. overgelegde onderzoeksrapporten bleek immers dat blokkeringsverboden als deze massaal omzeild en ontweken plegen te worden. Internetgebruikers kunnen zich door middel van proxy servers gemakkelijk aan blokkering onttrekken of uitwijken naar andere, niet geblokkeerde file-sharing-platforms. Empirisch onderzoek wees bovendien uit dat de door de lagere rechter opgelegde blokkeringsverboden niet of nauwelijks hadden geleid tot vermindering van het 'illegaal downloaden'. Integendeel, de totale omvang van het illegale gebruik was zelfs gestegen (J. Poort e.a., 'Baywatch: two Approaches to Measure the Effects of Blocking Access to The Pirate Bay', 2013). De tegenwerping van Brein dat volgens de door haar gehanteerde 'stap-voor-stap benadering' op termijn ook andere illegale platforms zouden worden aangepakt, mocht het hof niet overtuigen; deze benadering 'kan in dit geval niet als compensatie dienen voor het ontbreken van (onmiddellijke) effectiviteit' (r.o. 5.24).

3.4. Centraal in cassatie staat de vraag of het Haagse hof hiermee een juiste toets heeft aangelegd. Maakt een blokkeringsmaatregel die gemakkelijk omzeild en ontweken kan worden – en wordt – zo'n maatregel disproportioneel? Volgens A-G Van Peurseem is dat niet het geval. Hij citeert daartoe zijn ambtgenoot bij het Europees Hof Cruz Villalón, die in zijn conclusie bij *UPC Telekabel Wien*

erop wijst dat een blokkeringsverbod sommige bona fide gebruikers mogelijk toch tot inkeer brengt, en dat alternatieve platforms op den duur ook geblokkeerd kunnen worden. Volgens Cruz Villalón is een blokkeringsgebod daarom in beginsel niet onevenredig, ook al is het gemakkelijk te omzeilen (nrs. 99-109, geciteerd door A-G Van Peurseem, nr. 2.3.5; zie ook arrest *UPC Telekabel Wien*, r.o. 60).

3.5. De Hoge Raad volgt zijn A-G en overweegt onder aanhaling van het arrest *UPC Telekabel Wien* "dat ook als bepaalde maatregelen niet tot een volledige beëindiging van alle auteursrechtinbreuken kunnen leiden, zij nog wel verenigbaar kunnen zijn met het evenredigheidsvereiste van art. 52 lid 1 Handvest" (r.o. 4.4.2). Het Haagse hof heeft dit miskend. "Voldoende is dat de blokkade – voor zover zij de inbreuken niet kan verhinderen – de inbreuken bemoeilijkt en internetgebruikers het maken van die inbreuken ernstig ontraadt" (r.o. 4.4.2). Het oordeel van het Haagse hof dat de blokkeringsvordering eerst kan worden toegewezen als tegelijkertijd ook ander illegale platforms worden aangepakt, vindt evenmin steun in het unierecht of de nationale wetgeving (r.o. 4.4.3).

3.6. Daarmee zijn we terug bij af. Een blokkeringsgebod is in beginsel toelaatbaar, ook al brengt het de providers in een zeer lastige positie, en biedt het de rechthebbenden in de praktijk nauwelijks soelaas. Hoewel op deze conclusie in het licht van de Europese rechtspraak weinig valt af te dingen, roept zij opnieuw de vraag op hoe het dan verder moet met de handhaving van het auteursrecht op het internet. Als handhaving jegens de inbreukmakende consument niet opportuun, jegens de piratenplatforms praktisch onmogelijk en jegens de internetproviders niet effectief is, wat valt er dan eigenlijk nog te handhaven, behalve de illusie dat het auteursrecht een exclusief recht is? Met dat al dringt zich de gedachte aan legalisering steeds sterker op. Als rechtshandhaving in al die jaren nergens toe geleid heeft en talloos veel miljoenen er nog steeds geen been in zien zich toegang te verschaffen tot illegale platforms om hun behoefte aan digitale 'content' te stillen, moeten we dan niet ernstig gaan nadenken over een alternatieve oplossing? In het verleden zijn niet-handhaafbare verbodsrechten met betrekking tot het maken van *privékopieën* en fotokopieën omgezet in collectief – bij de geheugenfabrikanten respectievelijk het fotokopierende bedrijfsleven en de overheid – geïncasseerde vergoedingsrechten. Daardoor werden grootschalige en onuitroeibare illegale praktijken in een klap gelegaliseerd, en kregen de auteursrechtbehebbers de vergoedingen die hun toekwamen. Het wordt tijd uit dit verleden lering te trekken voor de toekomst van het auteursrecht op het internet (zie J.P. Quintais, *Copyright in the Age of Online Access* (diss. Amsterdam UvA), 2017).

P.B. Hugenholtz