

die rechters rekening moeten houden met het feit dat dergelijke schade in het kader van de diensten van de informatiemaatschappij snel oploopt en een groot geografisch gebied bestrijkt, zoals in overweging 52 van de richtlijn inzake elektronische handel wordt benadrukt.

142 In dit verband dient er tevens aan te worden herinnerd dat de lidstaten er volgens artikel 18, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel voor zorgen dat hun nationale wetgeving op het gebied van diensten van de informatiemaatschappij voorziet in rechtsgedingen waarbij snel maatregelen kunnen worden getroffen – met inbegrip van voorlopige maatregelen – om de vermeende inbreuk te doen eindigen en om te verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.

143 Gelet op een en ander dient op de vierde vraag in elk van beide zaken te worden geantwoord dat artikel 8, lid 3, van de auteursrechtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat de houder van een auteursrecht of een naburig recht krachtens het nationale recht ten aanzien van een tussenpersoon wiens dienst door een derde werd gebruikt om inbreuk te maken op zijn recht zonder dat deze tussenpersoon daarvan kennis had in de zin van artikel 14, lid 1, onder a), van de richtlijn inzake elektronische handel, slechts een verbod kan verkrijgen indien die inbreuk vóór het begin van de gerechtelijke procedure aan die tussenpersoon werd gemeld en deze niet prompt heeft gehandeld om de betrokken content te verwijderen of ontoegankelijk te maken en om ervoor te zorgen dat die inbreuken zich niet opnieuw voordoen. Het staat evenwel aan de nationale rechterlijke instanties om zich bij de toepassing van een dergelijke voorwaarde ervan te vergewissen dat die niet ertoe leidt dat de daadwerkelijke beëindiging van de inbreuk zodanig wordt uitgesteld dat die rechthebbende onevenredige schade lijdt.

Vijfde en zesde vraag in de zaken
C-682/18 en C-683/18

144 Aangezien deze vragen slechts zijn gesteld voor het geval zowel de eerste als de tweede vraag ontkennd wordt beantwoord, hoeven zij niet te worden beantwoord.

Kosten

145 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht: [zie *cur-sieve* kop].

Noot

Zie noot onder NJ 2024/314.

P.B. Hugenholtz

NJ 2024/314

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

27 januari 2023, nr. 17/01135

(Mrs. M.V. Polak, M.J. Kroeze,
T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff,
S.J. Schaafsma; A-G mr. G.R.B. van Peurseem)
m.nt. P.B. Hugenholtz

Art. 14 lid 1, art. 15 Richtlijn inzake elektronische handel; art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn; art. 6:196c lid 1, 4 en 5 BW; art. 26d Auteurswet

NJ 2019/249

NJ 2019/250

RvdW 2023/161

NJB 2019/845

RvdW 2019/712

RvdW 2019/711

NJB 2023/390

ECLI:NL:PHR:2018:789

ECLI:NL:HR:2019:503

ECLI:NL:HR:2019:849

ECLI:NL:PHR:2021:690

ECLI:NL:PHR:2018:1521

ECLI:NL:PHR:2022:685

ECLI:NL:PHR:2022:534

ECLI:NL:HR:2023:94

Intellectueel eigendomsrecht. Auteursrecht. Aansprakelijkheid exploitant platform Usenetdiensten; mededeling aan het publiek in zin art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn; uitsluiting aansprakelijkheid in zin art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel (art. 6:196c lid 4 BW). Vervolg op HR 7 juni 2019, NJ 2019/250. Beoordeling na HvJ EU 22 juni 2021, NJ 2024/313 (YouTube en Cyando).

Van een handeling bestaande in een mededeling als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn is pas sprake als de exploitant van een platform weloverwogen, dat wil zeggen met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot een beschermd werk. In zijn arrest van 22 juni 2021 in de zaken YouTube en Cyando (NJ 2024/313) heeft het HvJ EU verduidelijkt dat een exploitant, om te worden uitgesloten van de in art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid, kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüploadede beschermde content. Niet voldoende voor uitsluiting van de vrijstelling is het enkele feit dat de exploitant zich in het algemeen ervan bewust is dat zijn

platform ook wordt gebruikt om content te delen die inbreuk kan maken op intellectuele-eigendomsrechten en hij dus in abstracto kennis heeft van de illegale beschikbaarstelling van beschermde content op zijn platform.

Indien een platform zelf een mededeling aan het publiek doet, kan geen beroep op de vrijstelling van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel worden gedaan, omdat een exploitant die niet louter zijn platform ter beschikking stelt, maar daarnaast ertoe bijdraagt dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang wordt gegeven tot beschermde content – en dus een mededeling aan het publiek doet – niet kan worden geacht te voldoen aan de in art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel gestelde toepassingsvoorwaarden. De exploitant speelt dan immers geen neutrale rol. De vaststaande feiten en de – niet of tevergeefs bestreden – vaststellingen van het hof laten, beoordeeld tegen de achtergrond van het arrest van het HvJ EU inzake *YouTube en Cyando*, geen andere conclusie toe dan dat NSE met haar hostingdiensten geen mededeling aan het publiek deed.

Stichting Brein, te Amsterdam, eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep, hierna: Brein, adv.: mr. A.M. van Aerde, tegen News-Service Europe B.V., te Amsterdam, verweerster in cassatie, verzoekster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep, hierna: NSE, adv.: mr. J. van der Beek.

Tweede nadere conclusie A-G mr. G.R.B. van Peursem:

Deze zaak ligt opnieuw voor bij Uw Raad en gaat over platformaansprakelijkheid en de verhouding tussen de Auteursrechtlijn (2001/29/EG) en de Richtlijn elektronische handel (2000/31/EG). Deze zaak gaat uitdrukkelijk niet over het regime uit art. 17 van de nieuwe DSM-richtlijn (vp. vt. 14 hierna). Na mijn eerste en (eerste) nadere conclusies, beide uit 2018 in deze zaak, heeft Uw Raad prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld, die vervolgens zijn ingetrokken naar aanleiding van het arrest *YouTube en Cyando* (HvJ EU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503) over onder andere het mededelingsbegrip en de hosting safe harbour in voormelde richtlijnen. De onderhavige tweede nadere conclusie behelst een nadere een bespreking van onderdelen 1 en 2 van zowel het principale als het incidentele cassatieberoep met verdiscontering van *YouTube en Cyando*, waarin ik concludeer tot vernietiging in het principale beroep door het slagen van één motiveringsklacht en tot verwerping van het incidentele beroep.

1 Feiten en procesverloop

1.1 Voor de feiten van deze zaak verwijs ik naar de tussenarresten van Uw Raad.¹ Van die vastgestelde feiten ga ik in deze nadere conclusie uit, maar ter introductie en voor de leesbaarheid van deze conclusie volgt hierna een (heel) korte samenvatting.

Brein heeft als statutair doel de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie te bestrijden. NSE was een exploitant van een platform voor Usenetdiensten. Het Usenet is onderdeel van het internet en is een wereldwijd platform voor het uitwisselen van berichten. Gebruikers van het Usenet kunnen berichten plaatsen (uploaden of posten) in een door hen te bepalen nieuwsgroep. Usenetgebruikers kunnen berichten opvragen en de door hen gevonden berichten desgewenst downloaden. Het Usenet wordt gebruikt voor verschillende doeleinden, zoals het met behulp van teksten discussiëren over onderwerpen, maar ook voor het verspreiden van berichten die afbeeldingen, beelden, geluid en/of software bevatten.

Indien een bericht wordt geplaatst door een gebruiker van een bepaalde Usenetprovider, dan wordt dit eenmalig uitgewisseld met alle andere Usenetproviders (synchronisatie of peering). De Usenetproviders slaan zowel de door henzelf van hun eigen gebruikers ontvangen berichten op hun servers op, als de berichten die zij door synchronisatie van andere Usenetproviders ontvangen. De oudste berichten worden automatisch verwijderd om ruimte te maken voor nieuwe berichten. De retentietijd bedroeg bij NSE (in mei 2011) 400 dagen.

1.2 Het procesverloop in feitelijke instanties is beschreven in mijn eerste conclusie.² Na mijn eerste nadere conclusie³ (verzocht door Uw Raad) is in cassatie het volgende gebeurd:

- Bij tussenarrest van 5 april 2019⁴ zijn prejudiciële vragen voorgesteld.
- Nadat partijen zich hadden uitgelaten over de in dat tussenarrest geformuleerde vragen, heeft Uw Raad bij tussenarrest van 7 juni 2019⁵ prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU.
- De griffier van het HvJ EU heeft bij brief van 29 juni 2021 gevraagd of beantwoording van de door Uw Raad gestelde vragen nog nodig was in het

1 HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:503, NJ 2019/249 (*Brein/NSE I*), par. 3 en verbeterd n.a.v. de door de cassatieadvocaten gemaakte opmerkingen in HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849, NJ 2019/250 (*Brein/NSE II*), rov. 1.2 en par. 2.

2 Conclusie van 13 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:789, punt 1.9 e.v.

3 Nadere conclusie van 23 november 2018, NJ 2019/249 (kenmerk per abuis niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, maar wel kenbaar uit de NJ-publicatie).

4 Vindplaats vt. 1.

5 Vindplaats vt. 1.

licht van het arrest in de zaak *YouTube en Cyando*.⁶ Bij brief van 3 september 2021 heeft Uw Raad, nadat ik daartoe een standpunt⁷ had ingenomen, waarop partijen hun reactie hebben gegeven, de griffier van het HvJ EU vericht dat de vragen werden ingetrokken. Bij beschikking van 15 september 2021 is de zaak doorgehaald in het register van het HvJ EU.⁸

- Partijen hebben hun zaak vervolgens (wederom) schriftelijk laten toelichten en hun advocaten laten re- en dupliceren.

1.3 In deze tweede nadere conclusie wordt gezien of en in hoeverre het arrest *YouTube en Cyando* aanleiding geeft tot aanpassing van mijn eerdere conclusies in deze zaak, voorafgegaan door een analyse van de voor onze zaak relevante punten uit dit arrest.

2 Het arrest *YouTube en Cyando*⁹

2.1 YouTube en Cyando exploiteren internet-platforms. YouTube is een videodeelplatform en Cyando beheert een host- en deelplatform voor bestanden met de naam Uploaded. Over de rol van deze platforms bij het delen van auteursrechtelijk beschermde werken heeft het Bundesgerichtshof prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU.¹⁰ De vragen hadden betrekking op bepalingen uit de Europese Auteursrichtlijn (Arl),¹¹ de Richtlijn inzake

elektronische handel (Reh of e-Commerce richtlijn),¹² en de Handhavingsrichtlijn (Hrl).^{13, 14}

Mededeling aan het publiek

2.2 De eerste vraag is in essentie of internet-platforms waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar kunnen stellen voor het publiek, zelf een mededeling aan het publiek verrichten in de zin van art. 3 lid 1 Arl (punt 60 en punt 76). Het antwoord van het Hof luidt als volgt:

“Artikel 3, lid 1 [Arl] moet aldus worden uitgelegd dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar voor het publiek kunnen stellen, geen ‘mededeling aan het publiek’ van die content in de zin van deze bepaling verricht, tenzij hij – naast het louter ter beschikking stellen van het platform – ertoe bijdraagt dat het publiek toegang tot die content wordt gegeven in strijd met het auteursrecht. Dit is met name het geval wanneer die exploitant concreet weet dat beschermde content op onwettige wijze op zijn platform beschikbaar wordt gesteld en deze content niet prompt verwijderd of prompt ontoegankelijk maakt, of wanneer die exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan, of wanneer hij deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken

6 HvJ EU (Grote kamer) 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, AA 2021/1022 m.nt. D.J.G. Visser, *ATR* 2022/5 m.nt. J.P. Quintais & C.J. Angelopoulos, *Computerrecht* 2021/210 m.nt. P. Polter, *GRUR* 2021/1054 m.nt. L. Specht-Riemschneider, *EuZW* 2021/902 m.nt. T. Ewert (*YouTube en Cyando*). Zie over dit arrest o.a.: M.P.A. Dekoninck, Kunnen (video)deelplatformen de dans ontspringen voor aansprakelijkheid voor illegale downloads?, *NtEr* 2021/78, p. 182-187; N. Rauer & A. Bibi, Die fortentwickelte Intermediärhaftung im Urheberrecht, *ZUM* 2021/819; P. Zurth, Der Pyrrhussieg der deutschen Störerhaftung in Luxemburg, *ZUM* 2021/829; A. Wise & S. Ibbetson, Balancing act between rights holders and platforms given further consideration by CJEU, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2021, vol. 16, no. 11, p. 1167-1171; J. Rennert, Urheberrechtliche Haftung von Upload-Plattformen für Nutzerinhalte: EuGH konkretisiert Kriterien für eine täterschaftliche Haftung nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL, *IWRZ* 2022, p. 18-25.

7 Standpunt van 6 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2021:690.

8 HvJ EU 15 september 2021, C-442/19, ECLI:EU:C:2021:769 (*Brein/NSE*).

9 Voor de volledigheid, de gevoegde zaken zijn *Frank Peterson t. Google LLC, YouTube Inc., YouTube LLC en Google Germany GmbH* (C-682/18) en *Elsevier Inc. t. Cyando AG* (C-638/18).

10 BGH 13 september 2018, IZR 140/15, *GRUR* 2018, 1132 m.nt. A. Ohly (*YouTube*) en BGH 20 september 2018, IZR 53/17, *GRUR* 2018, 1239 (*Uploaded*).

11 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167).

12 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* 2000, L 178).

13 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (*PbEG* 2004, L 157).

14 Het arrest *YouTube en Cyando* gaat nadrukkelijk (punt 59) niet over de regeling in art. 17 van richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (*Pb* 2019, L 130, p. 92). Zie over de verhouding van *YouTube en Cyando* tot deze regeling: C. Geiger & B.J. Jütte, Towards a virtuous framework for content moderation by digital platforms in the EU? The Commission's guidance on article 17 CDMS Directive in the light of the YouTube/Cyando judgment and the AG's Opinion in C-401/19, *European Intellectual Property Review*, 2021, 43 (10), p. 625-635. Recent heeft het HvJ EU een arrest gewezen over (de houdbaarheid van een deel van) dit artikel n.a.v. een nietigheidsactie geïnitieerd door de lidstaat Polen: HvJ EU (Grote kamer) 26 april 2022, C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297 (*Polen/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*).

uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.”

2.3 Om tot dit antwoord te komen benadrukt het Hof (punten 64-65) dat voor de uitleg van art. 3 lid 1 Arl een rechtvaardig evenwicht moet worden gezocht tussen, enerzijds, het belang van de houders van auteursrechten en naburige rechten (art. 17 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) en, anderzijds, de bescherming van de belangen en fundamentele rechten van gebruikers van beschermd materiaal, met name hun vrijheid van meningsuiting en van informatie (art. 11 Handvest) en het algemeen belang. Daarbij dient mede rekening te worden gehouden met het bijzondere belang van internet voor de vrijheid van meningsuiting en informatie.

2.4 De potentieel illegale content wordt volgens het Hof in casu zelfstandig en onder eigen verantwoordelijkheid door gebruikers van YouTube en Cyando geüpload en niet door de exploitanten van die platforms (punt 71). Het zijn bovendien de gebruikers die bepalen of de content beschikbaar wordt gesteld voor andere internetgebruikers (punt 72). De exploitanten van de platforms spelen wel een *centrale rol* bij de beschikbaarstelling van de potentieel illegale content (punt 77), maar deze centrale rol is niet het enige criterium waarmee rekening moet worden gehouden bij de te verrichten individuele beoordeling. Dit criterium moet in samenhang met andere criteria worden toegepast, zoals het criterium dat de interventie van de exploitant *weloverwogen* is (punt 78). Met name als de exploitant *met volle kennis van de gevolgen* van zijn handelswijze intervenueert om het publiek toegang te verlenen tot beschermde werken kan dat leiden tot de kwalificatie van die interventie als mededeling (punt 81). In dit verband zijn met name relevant (punt 84):

- het feit dat een dergelijke exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content *in het algemeen* via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, *niet de passende technische maatregelen treft* die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dat platform tegen te gaan, en

- het feit dat deze exploitant *deelneemt aan de selectie* van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform *hulpmiddelen aanbiedt* die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content *bewust stimuleert*, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.

2.5 De enkele omstandigheid dat de exploitant algemeen op de hoogte is van het feit dat beschermde content illegaal op zijn platform beschikbaar is, volstaat niet om te oordelen dat hij intervenueert om internetgebruikers toegang tot die content te verschaffen. Dit wordt anders wanneer de exploitant door de rechthebbende in kennis is gesteld dat beschermde content via zijn platform illegaal aan het publiek wordt medegedeeld en hij niet prompt de nodige maatregelen neemt om die content ontoegankelijk te maken (punt 85). Verder kan het enkele feit dat de exploitant een winst oogmerk heeft niet de enige basis vormen voor de conclusie of het vermoeden dat hij weloverwogen heeft geïnterveneerd of gehandeld (punt 86).

Vrijstelling van aansprakelijkheid

2.6 De *tweede en derde vraag* worden samen behandeld door het Hof en regarderend de kwestie of een exploitant kan worden vrijgesteld van aansprakelijkheid voor de beschermde content die gebruikers illegaal met het publiek delen (art. 14 lid 1 Reh), en zo ja, of de exploitant voor het mislopen van deze vrijstelling kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüpload beschermde content (art. 14 lid 1 onder a Reh). Daarop is als volgt beslist:

“Artikel 14, lid 1 [Reh] moet aldus worden uitgelegd dat de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden binnen de werkingsfeer van die bepaling valt, mits deze exploitant geen actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de op zijn platform geüpload content.

Artikel 14, lid 1, onder a) [Reh] moet aldus worden uitgelegd dat een dergelijke exploitant, om op grond van die bepaling te worden uitgesloten van de in artikel 14, lid 1, bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid, kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüpload beschermde content.”

2.7 Om tot deze beantwoording te komen overweegt het Hof dat moet worden onderzocht of de exploitant een neutrale rol speelt, met andere woorden of hij louter technische, automatische en passieve handelingen verricht. Dit houdt in dat de exploitant geen kennis heeft van of controle heeft over de content die hij opslaat, dan wel of hij juist een *actieve rol* speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die content (punt 106). Op zich is het antwoord op de vraag of een exploitant een mededeling aan het publiek verricht (art. 3 lid 1 Arl) niet doorslaggevend voor de beoordeling of de vrijstelling van toepassing is. Als de exploitant echter niet alleen zijn platform ter beschikking stelt, maar *bijdraagt aan* het geven van toegang tot beschermde content, komt hij niet voor de vrijstelling in aanmerking (punten 107-108). Indien een exploitant technische maatregelen treft om inbreukma-

kende content te detecteren, betekent dat niet dat hij een actieve rol speelt (punt 109).

2.8 Dat een exploitant zich *in het algemeen* bewust is van het feit dat zijn platform ook wordt gebruikt om content te delen die inbreuk kan maken op intellectuele eigendomsrechten, is niet voldoende om te kunnen oordelen dat niet is voldaan aan de voorwaarde zoals bedoeld in art. 14 lid 1 onder a Reh (punt 111). De kennis van de exploitant moet betrekking hebben op *concrete* onwettige activiteiten en informatie (punt 112). In dit kader wijst het Hof erop dat deze richtlijn (vgl. 2.3 over de Arl) een evenwicht tot stand beoogt te brengen tussen de verschillende betrokken belangen, waaronder de door art. 11 Handvest gewaarborgde vrijheid van meningsuiting (punt 113).

Vrijstelling, maar wel een verbod of bevel?

2.9 Voor de kwestie van de *vierde vraag* is voor onze zaak de volgende overweging uit het arrest in mijn opvatting relevant (in gelijke zin mijn standpunt onder 1.15-1.20):

“131 Uit artikel 14, lid 3, van de richtlijn inzake elektronische handel, gelezen in het licht van overweging 45 ervan, blijkt immers dat de in artikel 14, lid 1, voorziene vrijstelling van aansprakelijkheid geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor nationale rechterlijke instanties of administratieve autoriteiten om van de betrokken dienstverlener te eisen dat hij een inbreuk beëindigt of voorkomt, onder meer door de onwettige informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Hieruit volgt dat tegen een dienstverlener een op grond van het nationale recht van een lidstaat gegeven bevel kan worden uitgevaardigd, zelfs indien hij voldoet aan een van de in artikel 14, lid 1, van die richtlijn geformuleerde alternatieve voorwaarden, en dus zelfs wanneer hij niet aansprakelijk wordt geacht (arrest van 3 oktober 2019, *Glawischmig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821, punten 24 en 25).”

3 Nadere bespreking van het principaal cassatiemiddel

Onderdeel 1: De voorwaarden voor vrijstelling van aansprakelijkheid

3.1 De klachten in het *eerste onderdeel* zien op de oordelen over de vraag of NSE voldoet aan de voorwaarden om voor vrijstelling van aansprakelijkheid in aanmerking te komen. *Subonderdeel 1.1* richt zich tegen rov. 3.4.5 van het eerste tussenarrest¹⁵ (hierna: TA1). Dat gaat over de vrijstelling van art. 6:196c lid 1 BW. Deze bepaling vormt de Nederlandse implementatie¹⁶ van art. 12 Reh, de vrijstel-

ling voor een doorgefluik (*mere conduit*). Dit onderwerp is niet aan de orde in *YouTube/Cyando* (zie ook nadere s.t. Brein 5.1.2). Ik zie daarom, en ook overigens, geen reden tot aanpassing van mijn eerste nadere conclusie hierover en verwijs daartoe naar hetgeen in die conclusie in 1.2-1.16 is besproken.

3.2 *Subonderdeel 1.2* bevat een inleiding voordat vanaf 1.2.3 klachten worden geformuleerd tegen rov. 3.4.6 TA1. Deze overweging gaat over de vrijstelling van art. 6:196c lid 4 BW. Dat is de Nederlandse implementatie van art. 14 Reh, de vrijstelling voor *hosting*. Deze richtlijnbeepaling is wel onderwerp van *YouTube/Cyando*.

3.3 Brein meent dat *subonderdeel 1.2.3* zou moeten slagen in het licht van *YouTube/Cyando* (nadere s.t. 5.3). Dat denk ik niet, om dezelfde cassatie-technische reden als verwoord in 1.19 van mijn eerste nadere conclusie. Brein komt in dit subonderdeel met een rechtsklacht op tegen een aan het Hof voorbehouden feitelijk oordeel dat Brein onvoldoende heeft betwist dat de opslag van berichten plaatsvindt op verzoek van derden. Een dergelijk feitelijk oordeel wordt in cassatie niet op juistheid getoetst en kan niet met succes met een rechtsklacht worden bestreden.¹⁷

3.4 Met *subonderdeel 1.2.4* komt Brein met klachten tegen het oordeel uit rov. 3.4.6 TA 1 dat Brein onvoldoende heeft aangevoerd om te concluderen dat NSE een actieve rol heeft met betrekking tot de berichten, in die zin dat zij daardoor kennis heeft van of controle heeft over de door haar opgeslagen gegevens. Het uitgangspunt in de procesinleiding is dat voor de toepassing van art. 6:196c lid 4 BW¹⁸ moet worden onderzocht of de rol van NSE in die zin neutraal is dat zijn handelingen louter technisch, automatisch en passief zijn, wat impliceert dat zij geen kennis heeft van of controle heeft over de gegevens die zij opslaat. Dit komt overeen met de bewoordingen van het arrest *Google France en Google*¹⁹ van het HvJ EU, aangehaald in het arrest *L'Oréal e.a.*²⁰ In mijn eerste nadere conclusie heb ik dit in 1.21 onder verwijzing naar mijn eerste conclusie onder 2.22 geanalyseerd als een onjuist uitgangspunt in de klacht, maar daar moet ik nu op terugkomen, mede gelet op Breins Borgersbrief van 7 december 2018 onder 2 en het arrest van Uw Raad

17 B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/105. Zie over feitelijke beslissingen W.D.H. Asser, *Civiele cassatie*, 2018, p. 50-52.

18 De procesinleiding rept overigens van art. 6:196 lid 4 BW, maar het ontbreken van de toevoeging 'c' aan het artikelnummer vat ik op als een kennelijke verschrijving.

19 HvJ EU (Grote kamer) 23 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08 tot en met C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159, NJ 2012/523 m.nt. J.H. Spoor, *Computerrecht* 2010/176 m.nt. O.M.B.J. Volgenant (*Google France en Google*), punt 114.

20 HvJ EU (Grote kamer) 12 juli 2011, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, NJ 2012/525 m.nt. J.H. Spoor, AA 2011/818 m.nt. P.J. Slot, *IER* 2011/58 m.nt. Ch. Gielen (*L'Oréal e.a.*), punt 113.

15 Hof Amsterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3435, *Computerrecht* 2014/181 m.nt. M.H.M. Schellekens, *Mediaforum* 2015/1, p. 33-40 m.nt. C.A.M. van de Bunt (*NSE/Brein*).

16 Wet van 13 mei 2004, *Stb.* 2004, 210 (Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel).

van 7 juni 2019.²¹ In *YouTube en Cyando*²² wordt voor dit aspect ook verwezen naar deze passage uit *Google France en Google* (indirect als ‘aldaar aangehaalde rechtspraak’). Dat geeft aanleiding om subonderdeel 1.2.4 nu als volgt inhoudelijk te bespreken.

3.5 De eerste klacht is dat het hof heeft miskend dat voor de toepassing van art. 6:196c lid 4 BW de omstandigheid dat de opslag van de berichten automatisch verloopt (en een technisch karakter draagt), niet (zonder meer) meebrengt dat de rol van de dienstverlener (NSE) neutraal is, noch uitsluit dat deze een actieve rol heeft waardoor zij kennis heeft van of controle heeft over de gegevens die zij opslaat. Dit is wederom (net als hiervoor in 3.3) een rechtsklacht (zie ook s.t. 3.2.14: “[...] Dit getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. [...]”) gericht tegen een aan het hof voorbehouden feitelijk oordeel dat Brein onvoldoende heeft aangevoerd.²³ De op papier toegevoegde motiveringsklacht wordt in het subonderdeel niet ondersteund met een uitwerking over de motivering, maar valt alleen de juistheid van het oordeel aan, zodat die eveneens faalt.

3.6 De tweede klacht is dat de door Brein gestelde en door het hof genoemde omstandigheden wél de conclusie kunnen dragen dat NSE geen neutrale positie inneemt, maar een actieve rol speelde waardoor zij kennis heeft van of controle heeft over de gegevens die zij opslaat. De procesinleiding somt een groot aantal omstandigheden op die Brein in feitelijke instanties heeft aangevoerd, maar Brein onderbouwt vervolgens niet waarom dit essentiële stellingen zijn (en dat valt ook niet meteen in te zien), zodat deze klacht alleen al daarom niet tot cassatie kan leiden.²⁴ Verder mikt dit deel van de klacht op een heroverweging, waarvoor in cassatie geen plaats is. Overigens meen ik dat het betreffende oordeel ook in het licht van de ingeroepen stellingen goed te volgen is. Daar ketst deze tweede klacht op af.

3.7 De klacht in subonderdeel 1.2.5 is door Uw Raad als volgt samengevat bij tussenarrest:²⁵ “[Brein] wijst er in dit verband op dat het oordeel van het hof dat de diensten van NSE een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben, onjuist is, dan wel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd in het licht van het oordeel van het hof in rov.

3.3.3 [TA1] dat NSE een interventie verrichtte die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt.” Deze klacht kan nu na *YouTube en Cyando* als volgt (en in zoverre in afwijking van mijn eerste nadere conclusie in 1.22-1.23) nader inhoudelijk worden besproken.

3.8 Het hof oordeelt in rov. 3.3.3 TA1 naar aanleiding van grieven van NSE over de vraag of NSE zelf in auteursrechtelijke zin openbaar maakt, doordat zij berichten vanaf haar servers aan gebruikers ter beschikking stelt. De kern van het hofoordeel is volgens mij dit:

“[...] NSE slaat de berichten op die de door gebruikers van het Usenet, dat zijn de abonnees van haar resellers en de gebruikers die bij andere Usenetproviders zijn aangesloten, op het Usenet worden geplaatst en zij zorgt ook ervoor dat de abonnees van haar resellers de op haar servers geplaatste berichten kunnen bereiken. In deze zin bevordert NSE wel degelijk dat de op haar servers geplaatste berichten een nieuw publiek bereiken, namelijk de abonnees van haar resellers. *De door NSE geleverde dienst bestaat immers juist eruit deze abonnees toegang te bieden tot de op haar servers opgeslagen artikelen. Zonder de door NSE geleverde dienst hadden haar gebruikers – het nieuwe publiek – deze toegang niet.* [...] De grieven falen in zoverre dat in dit geval wel sprake is van een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt. [...]” (mijn cursivering, A-G)

3.9 Het hof oordeelt zodoende dat NSE een centrale rol speelt bij de beschikbaarstelling van content. Zonder dat NSE haar platform voor Usenetdiensten beschikbaar zou stellen en beheren, zou deze content niet voorhanden zijn voor haar gebruikers. In die zin is dit een interventie. Daarmee is (nog) niet (zonder meer) gezegd dat sprake is van een auteursrechtelijk relevante mededeling door een internetplatform, weten we sinds *YouTube en Cyando* (m.n. punten 77-79). Het hof heeft dit ook niet zo bedoeld, zoals blijkt uit deze vooruitverwijzing in rov. 3.3.5 TA1 aan het eind: “[...] Het hof komt bij de bespreking van de grieven 8 tot en met 15 terug op de vraag of NSE op auteursrechtelijke relevante wijze openbaar maakt.” De omstandigheden die volgens *YouTube en Cyando* (punten 83 e.v.) kunnen leiden tot de vaststelling van het weloverwogen karakter van de interventie, komen vervolgens terug in rov. 3.4.6 TA1 e.v. Daar bespreekt het hof de kennis van NSE van de opgeslagen gegevens en de maatregelen die NSE heeft genomen. Dit doet het hof weliswaar – zoals vooruitverwijzend aangegeven in rov. 3.3.5. TA1 aan het eind – in de context van de vraag of de vrijstelling van art. 6:196c lid 4 BW kan worden toegepast, maar dat is naar ik meen te begrijpen vanuit de complementariteit van de voorwaarden voor auteursrechtinbreuk en een beroep op de *hosting*-vrijstelling, zoals ook AA-an-

21 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849, NJ 2019/250 (*Brein/NSE II*), rov. 4.4.2, onder verwijzing naar o.m. HvJ EU 7 augustus 2018, C-521/17, ECLI:EU:C:2018:639 (*SNB-REACT/Mehta*), punten 47-50.

22 Vp. vt. 6, punt 106.

23 A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/68: “[...] Feitelijk zijn voorts de oordelen over wat partijen hebben aangevoerd, zoals: [...] – De uitleg van processtukken en daarbij gevoegde producties, waaronder, de strekking, reikwijdte en mate van onderbouwing van een stelling of een verweer. [...]”

24 B.T.M. Van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/116 met o.a. een verwijzing naar A.E.B. ter Heide, ‘Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen’, *TCR* 2001, p. 79 (onder 6).

25 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849, NJ 2019/250 (*Brein/NSE II*), rov. 4.1.1.

notator Visser dat in zijn noot onder *YouTube en Cyando* analyseert:²⁶

“De uitleg die het hof geeft aan artikel 14 van de Richtlijn inzake elektronische handel moet vermoedelijk worden gezien als *complementair* aan de uitleg van de auteursrechtelijke vraag. Als een platform zich *niet* gedraagt als een ‘normaal behoudzame marktdeelnemer’ qua ‘tegangaan’ en ‘niet aanmoedigen’ van illegale content, is er sprake van ‘mededeling aan het publiek’ en kan hij zich ook niet op de aansprakelijkheidsuitsluiting van ‘artikel 14’ beroepen. Doet hij dat *wel*, dan kan hij zich *wel* op artikel 14 beroepen. Dit blijkt expliciet uit punt 107:

‘In dit verband moet worden opgemerkt dat, mocht de verwijzende rechter in het kader van zijn onderzoek van artikel 3, lid 1, van de auteursrechtlijn vaststellen dat YouTube of Cyando niet louter haar platform ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht, de betrokken exploitant zich niet kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel.’”

Vanuit die optiek²⁷ is rov. 3.4.6. TA1 complementair aan rov. 3.3.3. TA1, is hier geen sprake van een onjuiste rechtsopvatting in het licht van het richtinggevend Luxemburgse arrest en zijn deze overwegingen evenmin tegenstrijdig. Daar ketsten deze klachten ten principale op af.

3.10 Maar zelfs als uit rov. 3.3.3. TA1 wel zou volgen dat sprake is van een auteursrechtelijk relevante mededeling, blijkt uit *YouTube en Cyando* dat dit op zich niet doorslaggevend is voor de beoordeling of art. 6:196c lid 4 BW van toepassing is (punt 108 eerste volzin). Een beroep op deze vrijstelling is uitgesloten indien zou zijn vastgesteld dat NSE *ertoe bijdraagt* dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang wordt verleend tot beschermde content (punt 107 en punt 108 tweede volzin). Dat is niet overwogen in rov. 3.3.3. TA1, zoals we hiervoor hebben gezien en anders dan Brein lijkt te betogen (nadere s.t. 5.5.). Het oordeel dat NSE een centrale

rol speelt bij de beschikbaarstelling van content leidt niet tot de conclusie dat sprake is van een actieve rol van NSE waardoor zij kennis heeft van of controle heeft over de gegevens die zij opslaat. Daar is meer voor nodig. In haar schriftelijke opmerkingen van 25 september 2019 bij het Luxemburgse Hof in de inmiddels ingetrokken prejudiciële verwijzingszaak van Uw Raad op grond van het verwijzingsarrest van 7 juni 2019²⁸ bracht de Europese Commissie in lijn hiermee het volgende naar voren:

“68. Anders gezegd, in de verwijzingsuitspraak lijkt de nadruk uitsluitend te liggen op de mogelijke *onontkoombare rol* van een verlener van Usenet-diensten zoals NSE. Nog los van de vraag of deze partij inderdaad een dergelijke rol heeft gespeeld (zie hiervoor), lijkt dit echter te misskennen dat het spelen van een onontkoombare rol op zichzelf onvoldoende is om te kunnen spreken van een mededeling aan het publiek in de zin van artikel 3, lid 1 Richtlijn 2001/29. Het is cruciaal dat ook wordt gekeken naar het eventuele *weloverwogen karakter* van de interventie.”

Ook zo bezien treft dit subonderdeel in het licht van *YouTube en Cyando* geen doel.

3.11 *Subonderdeel 1.2.6* bevat de motiveringsklacht dat het hof geen kenbare aandacht heeft besteed aan het betoog van Brein dat NSE daadwerkelijk weet of behoort te weten van de onrechtmatige informatie die op haar servers is opgeslagen. Voor zover deze klacht al voldoet aan de daartoe te stellen eisen,²⁹ ziet Brein eraan voorbij dat het hof in rov. 3.4.6. TA1 alleen oordeelt of de activiteit van NSE binnen de werkingssfeer van de vrijstelling van art. 6:196c lid 4 BW valt. Pas als dat zo is, komt de vraag op naar weten of behoren te weten van concrete onwettige handelingen van de gebruikers. Dat volgt uit de manier waarop het HvJ EU in *YouTube en Cyando* de tweede en derde vraag van de verwijzende rechter herformuleert (punt 103) en beantwoordt (punten 104 e.v. respectievelijk punten 110 e.v.). Het hof hoefde dus in dit kader niet in te gaan op de hier bedoelde stellingen van Brein (dat doet het hof overigens wel in rov. 3.4.8. TA1 e.v.), zodat van ontoereikende motivering hier geen sprake is.

3.12 De beantwoording van de prejudiciële vragen door het Luxemburgse Hof in *YouTube en Cyando* heeft geen invloed op de cassatie-technische redenen (vgl. mijn eerste nadere conclusie onder 1.26) op grond waarvan ik meen dat de klacht in *subonderdeel 1.2.7* moet worden verworpen: de klacht is gericht tegen een niet zelfstandig dragende overweging ten overvloede.

26 HvJ EU (Grote kamer) 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, EU:C:2021:503, AA 2021/1022 m.nt. D.J.G. Visser.

27 Zie ook over de verhouding van de beantwoording van de vragen door het HvJ EU t.a.v. art. 3 Arl en art. 14 Reh: N. Rauer & A. Bibi, Die fortentwickelte Intermediärhaftung im Urheberrecht, ZUM 2021/819, p. 827-828, waar onder andere staat (citaat zonder voetnoten): “[...] Da es sich bei der E-Commerce-RL grundsätzlich um ein selbstständiges Gesetzeswerk handelt, ist die Annahme einer horizontalen Privilegierung nur konsequent. Dies schließt aber Ableitungen aus anderen Gesetzesquellen keineswegs aus. Ein Dienst, der »rein technischer, passiver und automatischer Art ist«, wird schwerlich eine Nutzungshandlung des Diensteanbieters nach Art. 3 InfoSoc-RL involvieren. Der EuGH geht daher zu Recht davon aus, dass umgekehrt ein Diensteanbieter, der eine eigene öffentliche Wiedergabe begeht, nicht privilegiert sein kann. Es handelt sich um ein Wechselspiel der ansonsten autarken Tatbestandsvoraussetzungen. [...]”

28 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849, NJ 2019/250 (*Brein/NSE II*).

29 Voor vindplaatsen van de stellingen van Brein moeten we elders in de procesinleiding zoeken en er wordt niet duidelijk gemaakt waarom de motivering van rov. 3.4.6 TA1 in het licht van die stellingen onvoldoende is. Zie over de onderbouwing van motiveringsklachten: B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/115. Er wordt in de klacht alleen vooruitverwezen naar subonderdelen 1.3.3-1.3.5.

3.13 *Subonderdeel 1.3* richt zich met recht- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof over 'daadwerkelijke kennis' tegenover 'behoren te weten' uit de vrijstellingsvoorwaarde van art. 6:196c lid 4 onder a BW (rov. 3.4.8). Ik zie in *YouTube en Cyando* geen aanleiding mijn eerste nadere conclusie (onder 1.27-1.43) aan te passen. Ik attendeer erop dat de in voetnoot 19 van die conclusie bedoelde prejudiciële vraag (in de zaak *YouTube*³⁰) over daadwerkelijke kennis inmiddels is beantwoord in *YouTube en Cyando* (punten 111 e.v.). De inhoud en strekking van de overwegingen van het HvJ EU (zodanig hiervoor samengevat in 2.8) sterken mij overigens in de opvatting dat de aangevallen rechtsoverweging niet onjuist is, omdat het hof goed voor ogen heeft gehad dat het enkele algemene bewustzijn dat het platform ook wordt gebruikt voor het delen van mogelijk inbreukmakende content, niet toereikend is voor het oordeel dat niet aan de vrijstellingsvoorwaarde is voldaan.

3.14 Ook geeft *YouTube en Cyando* geen aanleiding tot aanpassing van mijn eerste nadere conclusie (onder 1.44-1.54) aangaande *subonderdeel 1.4*, dat betrekking heeft op het oordeel over de *notice and takedown*-procedure, zodat ik ook daarvoor verwijs naar die eerste nadere conclusie.

3.15 *Subonderdeel 1.5* is niet langer relevant, omdat dit een voorstel behelst voor het stellen van prejudiciële vragen over de uitleg van bepalingen uit de e-Commercerichtlijn, maar op de relevante punten is inmiddels in *YouTube en Cyando* duidelijkheid verschaft.

Onderdeel 2: Reikwijdte vrijstelling van aansprakelijkheid art. 6:196c BW

3.16 Het tweede onderdeel start (in 2.1) met een samenvatting van de aangevallen overwegingen (rov. 3.5.1-3.6.1 TA1). *Subonderdeel 2.2* bevat de rechtsklacht dat is miskend dat ook de dienstverlener die een beroep toekomt op de vrijstelling van art. 6:196c BW onrechtmatig handelt als hij niet de redelijkerwijs van hem te verlangen zorgvuldigheid in acht neemt om onwettige activiteiten, waaronder inbreuk op IE-rechten, op te sporen en te voorkomen. In zo'n geval kan, anders dan het hof heeft geoordeeld, een rechterlijk verbod of bevel wel zijn gegrond op aansprakelijkheid van de dienstverlener uit onrechtmatige daad. Indien het hof dit niet heeft miskend, zijn deze oordelen ontoereikend gemotiveerd in het licht van het betoog dat NSE niet de in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van haar te vergen maatregelen heeft getroffen om inbreuk op te sporen en te voorkomen.

3.17 De interpretatie van dit subonderdeel heeft de nodige hoofdbreken gekost (zie mijn eerste nadere conclusie onder 1.59). Ik blijf erbij dat de rechtsklacht zo moet worden gelezen dat een geslaagd beroep op de vrijstellingsregeling uit art. 6:196c BW niet in de weg staat aan een op onrecht-

matige daad gegrond rechterlijk verbod of bevel. In de nadere s.t. 5.11.1 wordt gepreciseerd dat Brein in subonderdeel 2.2 klaagt dat het hof "heeft miskend dat ook de dienstverlener die een beroep kan doen op de vrijstelling voor hosting, onrechtmatig kan handelen jegens een ander [...]" Over deze hostingsvrijstelling van art. 6:196c lid 4 BW overwoog Uw Raad in het tussenarrest van 7 juni 2019 het volgende:³¹

"4.2.3 [...] In cassatie is uitgangspunt dat de reikwijdte van de vrijstelling van aansprakelijkheid als voorzien in art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel ziet op de civielrechtelijke aansprakelijkheid in volle omvang, en niet alleen op vorderingen tot vergoeding van schade. In de overwegingen van het hof ligt immers besloten dat de vrijstelling deze ruime strekking heeft en dit oordeel is in cassatie niet bestreden. Beoordeeld dient te worden of het handelen van NSE aan toepasselijkheid van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel – en daarmee van art. 6:196c lid 4 BW – in de weg staat."

3.18 In punt 1.59 (laatste volle alinea) van mijn eerste nadere conclusie heb ik geconcludeerd dat en waarom zowel de rechts- als de motiveringsklacht niet opgaan voor het geval de vrijstellingsregeling geldt voor civiele aansprakelijkheid in *het algemeen* en blijkens de hiervoor geciteerde rov. 4.2.3 is dat de door Uw Raad gekozen lijn (de exoneratieregeling is zodoende *niet beperkt tot schadevergoedingsvorderingen*, zoals ik in mijn eerste conclusie onder 2.25-2.45 heb pleit). Ik heb aan die bespreking in 1.59 *in fine* van de eerste nadere conclusie voor de situatie dat de vrijstellingsregeling breed geldt nu niets toe te voegen en volsta met daar naar te verwijzen.

3.19 *Subonderdeel 2.3* bevat klachten gericht tegen rov. 3.5.2, rov. 3.5.3 en rov. 3.5.5 van TA1. Deze overwegingen bevatten in de kern genomen het rechtsoordeel (en de gevolgen daarvan) dat met de uitsluiting van aansprakelijkheid ingevolge art. 6:196c BW mede is bedoeld dat degene die een beroep op dit artikel toekomt niet aansprakelijk is als pleger van een onrechtmatige daad op de grond dat hij zelfstandig inbreuk maakt op de rechten van anderen alleen omdat hij door derden gemaakte inbreuken faciliteert. Deze oordelen zijn volgens het subonderdeel onjuist en/of onvoldoende begrijpelijk in het licht van rov. 3.3.2-3.3.4 en rov. 3.3.6. De rechtsklacht gaat al niet op bij gebrek aan onderbouwing *waarom* sprake is van strijd met het recht.³² De motiveringsklacht treft in mijn ogen geen doel, omdat bij een klacht tegen de motivering van een rechtsoordeel geen belang bestaat.³³

31 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849, NJ 2019/250 (*Brein/NSE II*).

32 B.T.M. Van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie 2019/106*; W.D.H. Asser, *Civiele cassatie 2018*, p. 90, A.E.B. ter Heide, 'Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen', *TCR 2001*, p. 79 (onder 2).

33 B.T.M. Van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie 2019/113* en Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen 2015/185*.

30 BGH 13 september 2018, IZR 140/15, *GRUR 2018*, 1132 m.nt. A. Ohly (*YouTube*).

Bovendien bestaat überhaupt geen belang bij deze klachten, omdat Brein rov. 3.5.4 TA1 niet betreft in haar aanval, terwijl het oordeel in rov. 3.5.4 TA1 zelfstandig dragend is voor het antwoord in rov. 3.5.5. TA1 op de vraag die het hof zichzelf stelt in rov. 3.5.1 TA1, namelijk hoe ver de uitsluiting van de aansprakelijkheid van NSE voor de door haar doorgegeven en door haar opgeslagen informatie ingevolge art. 6:196c BW strekt.³⁴

De hier besproken klachten lijken overigens deels een herhaling van zetten van subonderdelen 1.2.4 en 1.2.5 (zie nadere s.t. 5.12.2: “In het kielzog van onderdelen 1.2.4 en 1.2.5 [...] slaagt ook dit onderdeel. [...]”), zodat ik hier ook verwijs naar mijn bespreking van die subonderdelen hiervoor in 3.4 t/m 3.9.

3.20 In *subonderdeel 2.4* wordt geklaagd over rov. 3.5.3 en 3.5.5 TA1. Uw Raad heeft het betoog van Brein als volgt samengevat bij tussenarrest:³⁵ dat het hof heeft miskend dat als een dienstverlener, zoals NSE, een mededeling aan het publiek verricht als het hof in rov. 3.3.3 TA1 heeft aangenomen, er sprake is van inbreuk en dat een beroep op art. 6:196c BW dan niet in de weg staat aan toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht en een stakingsbevel.

De aangehaalde rov. 3.3.3 TA1 gaat over de dienst van NSE die bestaat uit het toegang bieden aan de abonnees van haar resellers tot de op haar servers opgeslagen berichten. Voor deze activiteit geldt de *mere conduit*-vrijstelling van 6:196c lid 1 BW niet (rov. 3.4.3-3.4.4 TA1). Wel kan door NSE een beroep worden gedaan op de *hosting*-vrijstelling van art. 6:196c lid 4 BW (rov. 3.4.6 TA1). Omdat in cassatie inmiddels vaststaat dat deze laatstgemelde vrijstelling ziet op de civielrechtelijke aansprakelijkheid in volle omvang (zie citaat in 3.17 uit het tussenarrest van 7 juni 2019), slaagt de klacht niet op de door mij in subsidiaire sleutel in 1.64 van mijn eerste nadere conclusie besproken gronden. *You-*

Tube en *Cyando* verandert daar verder niets aan³⁶ en ik verwijs opnieuw naar deze eerdere bespreking in mijn vorige conclusie.

Onderdeel 3: Bevel (tot staking) op grond van art. 6:196c BW

3.21 De klachten in dit onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden op de gronden die ik in mijn eerste nadere conclusie onder 1.65-1.72 heb uiteengezet. Daar heb ik nu niets aan toe te voegen. *YouTube* en *Cyando* brengt daar geen verandering in.

Onderdeel 4: Handelen in strijd met de zorgvuldigheidsplicht

3.22 Ik zie in *YouTube* en *Cyando* evenmin aanleiding om de bespreking van onderdeel 4 in mijn eerste nadere conclusie (in 1.73 e.v.) aan te vullen. Dat arrest gaat immers niet over de vraag of er *ondanks een geslaagd beroep op de vrijstellingen* van art. 6:196c BW nog ruimte bestaat voor een bevel op grond van een ‘gewone’ onrechtmatige daad. De vaststelling van Uw Raad dat de vrijstellingsregeling van art. 6:196c lid 4 BW geldt voor civielrechtelijke aansprakelijkheid in volle omvang kan overigens wél invloed hebben op de uitkomst, zoals ik ook al heb geschetst in mijn bespreking van subonderdeel 4.6 in mijn eerste nadere conclusie in 1.74-1.75. Overigens wijs ik erop dat in punt 138 van de conclusie vóór het arrest *YouTube* en *Cyando*³⁷ het volgende wordt opgemerkt (waar het HvJEU instemmend naar verwijst in punt 108):

“Artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 is evenwel horizontaal van toepassing op *elke vorm van aansprakelijkheid* die voor de bedoelde dienstverleners kan voortvloeien uit om het even welke soort informatie die zij op verzoek van de gebruikers van hun diensten opslaan, ongeacht de oorsprong van die aansprakelijkheid, het betrokken rechtsgebied en de precieze kwalificatie of aard van die aansprakelijkheid. Naar mijn mening valt onder die bepaling dus *zowel de primai-*

34 Zie langs dezelfde lijn als het hof in rov. 3.5.4. TA1 redenerend A-G Saugmandsgaard Øe onder 139 van zijn conclusie vóór *YouTube* en *Cyando* (waarnaar het HvJEU instemmend verwijst in punt 108): “Bijgevolg is artikel 14, lid 1, van richtlijn 2000/31 volgens mij in beginsel weliswaar niet van toepassing wanneer een dienstverlener zijn ‘eigen’ content aan het publiek meedeelt, maar kan die bepaling daarentegen wel toepasselijk zijn wanneer de meegedeelde content is verstrekt door de gebruikers van zijn dienst, zoals in casu het geval is. Die uitlegging vindt in mijn ogen steun in het feit dat noch in die bepaling, noch in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 een uitzondering is opgenomen voor dienstverleners die de ‘mededeling aan het publiek’ van door de gebruikers van hun diensten verstrekte werken verrichten. Wel integendeel, in overweging 16 van die laatste richtlijn wordt erop gewezen dat zij van toepassing is “[zonder] afbreuk [te doen] aan de voorschriften inzake aansprakelijkheid in [richtlijn 2000/31]” [citaat zonder voetnoot, A-G].

35 HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:849, NJ 2019/250 (*Brein/NSE II*), rov. 4.1.2.

36 Uit punt 131 *YouTube* en *Cyando* (vp. vt. 6) volgt overigens wel dat – kort gezegd – een stakingsbevel kan worden uitgevaardigd, zelfs indien de dienstverlener voldoet aan een van de in art. 6:196c lid 4 BW geformuleerde alternatieve voorwaarden, en dus zelfs wanneer de dienstverlener niet aansprakelijk wordt geacht. Daarmee is duidelijk geworden dat (een geslaagd beroep op) de *hosting*-vrijstelling onverlet laat dat de exploitant van een deelplatform voor bestanden kan worden verboden om een auteursrechtinbreuk voort te zetten dan wel dat deze gelast kan worden om die inbreuk te staken en gestaakt te houden. Vgl. ook mijn standpunt onder 1.18.

37 Conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe van 16 juli 2020 in de gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2020:586 (*YouTube* en *Cyando*), onder verwijzing in vt. 128 naar: overweging 16 van richtlijn 2001/29; conclusie van A-G Szpunar van 16 maart 2016 in de zaak *Mc Fadden* (C-484/14, EU:C:2016:170, punt 64); voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt (COM(1998) 586 def., PB 1999, C 30, p. 4), p. 27 en 29, en verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité van 21 november 2003, Eerste verslag over de toepassing van richtlijn 2000/31 (COM(2003) 702 definitief), p. 14.

re als de *secundaire* aansprakelijkheid voor de door die gebruikers verstrekte informatie en de door hen geïnitieerde activiteiten.”

3.23 Zodoende slaagt volgens mij subonderdeel 4.14, waarin Brein een motiveringsklacht richt tegen rov. 3.8.3 TA2, op de gronden uiteengezet in mijn eerste nadere conclusie in 1.87-1.89.

Onderdeel 5: Belang bij maatregelen aanvullend aan NTD-procedure

3.24 Zoals Brein ook zelf constateert (nadere s.t. 5.22) werpt *YouTube en Cyando* geen ander licht op de belangwestedie die aan de orde worden gesteld in het vijfde onderdeel gericht tegen rov. 2.7 van het eindarrest. Ik verwijs daarom naar mijn bespreking van dit onderdeel in mijn eerste nadere conclusie in 1.90-1.108.

4 Nadere bespreking van het incidenteel cassatiemiddel

4.1 Het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de klachten van het middel van het principaal cassatieberoep (al dan niet gedeeltelijk) slaagt. Volgens mij slaagt – ook ná *YouTube en Cyando* – in ieder geval subonderdeel 4.14 (zie hiervoor in 3.23), zodat aan het incidenteel cassatieberoep wordt toegekomen.

Onderdeel 1: Mededeling aan het publiek

4.2 Ik heb het eerste onderdeel van het incidenteel cassatiemiddel vanwege de voorgestelde prejudiciële vraagstelling niet inhoudelijk besproken in mijn eerdere conclusies.³⁸

4.3 Na een inleiding in 1.1 bevat *subonderdeel 1.2.1* de klacht dat onbegrijpelijk is in rov. 3.3.3 TA1 dat NSE, door berichten op te slaan en daartoe toegang te bieden, ‘bevordert’ dat de op haar servers geplaatste berichten een nieuw publiek bereiken. Dit oordeel is volgens de klacht onverenigbaar met de oordelen in rov. 3.4.5-3.4.6 TA1.

4.4 Deze klacht slaagt volgens mij niet. In rov. 3.4.5 TA1 oordeelt het hof niet over het opslaan van en toegang bieden tot berichten door NSE, maar over de enkele doorgifte door NSE van de berichten aan andere Usenetproviders. Het oordeel in rov. 3.3.3 TA1 gaat niet over deze zogeheten synchronisatie. Dat volgt uit de eerste twee zinnen van die overweging. De door NSE genoemde rov. 3.4.6 TA1 bevat niet de oordelen die NSE opsomt in dit subonderdeel. Het hof oordeelt daar alleen dat Brein onvoldoende heeft betwist en aangevoerd voor het oordeel dat NSE geen beroep zou kunnen doen op de vrijstelling van art. 6:196c lid 4 BW.

4.5 *Subonderdeel 1.2.2* bevat de rechtsklacht dat de vraag of NSE al dan niet bevordert dat werken een nieuw publiek bereiken, niet één van de criteria is die het HvJ EU relevant acht in het kader van de vraag of sprake is van een mededeling aan het

publiek in de zin van art. 3 lid 1 Arl. De klacht richt zich tegen rov. 3.3.3 TA1, die voor zover hier relevant als volgt luidt (hetzelfde citaat is hiervoor opgenomen in 3.8):

“[...] NSE slaat de berichten op die de door gebruikers van het Usenet, dat zijn de abonnees van haar resellers en de gebruikers die bij andere Usenetproviders zijn aangesloten, op het Usenet worden geplaatst en zij zorgt ook ervoor dat de abonnees van haar resellers de op haar servers geplaatste berichten kunnen bereiken. *In deze zin bevordert NSE wel degelijk dat de op haar servers geplaatste berichten een nieuw publiek bereiken*, namelijk de abonnees van haar resellers. De door NSE geleverde dienst bestaat immers juist eruit deze abonnees toegang te bieden tot de op haar servers opgeslagen artikelen. Zonder de door NSE geleverde dienst hadden haar gebruikers – het nieuwe publiek – deze toegang niet. [...] De grieven falen in zoverre dat in dit geval wel sprake is van een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt. [...]” (mijn cursivering, A-G)

4.6 Het hof respondeert in deze overweging op de stelling van NSE ingenomen in MvG 305 (in het kader van haar grief 17, zie ook rov. 3.3.2 TA1):

“305. Anders dan de hoteleigenaar in de *Hoteles-zaak*³⁹ en de aanbieder van het satellietpakket in *Airfield*,⁴⁰ verricht NSE geen enkele (bewuste) tussenkomst of ‘interventie’ waardoor werken beschikbaar worden voor een nieuw publiek. Zij biedt immers slechts toegang tot een technologisch platform, een digitaal prikboard, *maar bevordert verder op geen enkele wijze dat daarop Berichten worden geplaatst*, laat staan dat de geplaatste Berichten het publiek bereiken. [...]” [mijn voetnoten en cursivering, A-G]

4.7 Het woord ‘bevordert’ is dus een eigen vertaling van NSE van het criterium van het HvJ EU dat het bij een mededelingshandeling in de zin van art. 3 lid 1 Arl moet gaan om een (weloverwogen) interventie waardoor voor een nieuw publiek toegang wordt verleend tot beschermde werken (‘bevordert’ wordt in deze context overigens ook in MvG 307 gebezigd). Dit criterium heeft het HvJ EU ook herhaald in *YouTube en Cyando* (punt 68). Zo bezien gaat het hof feitelijk dus uit van een juist criterium, zodat dit oordeel niet onjuist is en daar ketst deze klacht in hoofdzaak op af. Voor zover aan het eind van subonderdeel 1.2.2 een motiveringsklacht moet worden gelezen, kan deze ook niet slagen, want het rechtsoordeel van het hof is juist.

4.8 De klacht in *subonderdeel 1.2.3* is dat het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof met het oordeel in rov. 3.3.3 TA1 dat NSE ‘bevordert’ dat de op haar services [lees: ser-

³⁸ Zie mijn eerste conclusie onder 3.4 e.v. en mijn eerste nadere conclusie onder 2.2.

³⁹ HvJ EG 7 december 2006, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764, *AMI* 2007/7, p. 45 m.nt. K.J. Koelman, *Mediaforum* 2007/5 m.nt. D.J.G. Visser (*SGAE/Rafael Hoteles*).

⁴⁰ HvJ EU 13 oktober 2011, gevoegde zaken C-431/09 en C-432/09, ECLI:EU:C:2011:648, *IER* 2012/27, p. 247 m.nt. J.M.B. Seignette (*Airfield*).

vers, A-G] geplaatste berichten een nieuw publiek bereiken, heeft gemeend dat het enkele opslaan van berichten en bieden van toegang tot servers al een mededeling (aan het publiek) inhoudt. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Zoals uiteengezet in 3.8-3.9, oordeelt het hof hier niet dat sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Arl. Dit blijkt (ook) uit het volgende. In de aangevallen overweging bespreekt het hof grieven 17 en 18 van NSE. Deze hebben volgens de – in cassatie onbestreden – uitleg van het hof de volgende strekking: “3.3.2. NSE [...] stelt aan de orde haar door de rechtbank verworpen verweer dat zij niet in auteursrechtelijk relevante zin openbaar maakt omdat zij enkel de fysieke faciliteiten ter beschikking stelt om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten. [...]” Na de bespreking van de grieven in rov. 3.3.3. TA1 komt het hof tot de conclusie dat met de door NSE geleverde dienst (abonnees toegang te bieden tot de op haar servers opgeslagen artikelen) sprake is van een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt. Zonder de door NSE geleverde dienst hadden haar gebruikers deze toegang niet, aldus het hof. Met andere woorden: de grieven falen omdat NSE niet alleen fysieke faciliteiten ter beschikking stelt om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten. Het enkele feit dat NSE intervenueert zoals hier door het hof vastgesteld (en een centrale rol speelt, zie hiervoor in 3.9), leidt echter niet tot de conclusie dat sprake is van een mededelingshandeling, zoals het HvJ EU in *YouTube en Cyando* uitlegt:

“79 Indien de enkele omstandigheid dat het gebruik van een platform noodzakelijk is om het publiek daadwerkelijk toegang te verlenen tot het werk of die toegang gewoon vergemakkelijkt, er automatisch toe zou leiden dat de interventie van de exploitant van dat platform wordt aangemerkt als een ‘handeling bestaande in een mededeling’, zou elke ‘beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten’ een dergelijke handeling vormen, hetgeen evenwel uitdrukkelijk wordt uitgesloten in overweging 27 van de auteursrechtlijn, waarin in wezen de gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 8 WCT is overgenomen.”

4.9 Dat het hof dit niet heeft miskend, volgt ook uit het laatste gedeelte van rov. 3.3.5. TA1 waar het hof – naar aanleiding van de stelling van NSE dat geen sprake is van auteursrechtelijke relevante openbaarmakingen – overweegt dat het bij de bespreking van de grieven 8 tot en met 15 terugkomt op de vraag of NSE op auteursrechtelijk relevante wijze openbaar maakt (zie hiervoor in 3.9). Zou in rov. 3.3.3. TA1 al zijn uitgemaakt dat sprake is van een dergelijke openbaarmaking, dan had het hof voor de beantwoording van deze stelling kunnen volstaan met een terugverwijzing. Het onderdeel faalt.

4.10 In *subonderdeel 1.2.4* richt NSE een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof in rov.

3.3.3. TA1 zoals dat in het vorige subonderdeel is geïnterpreteerd door NSE (dit leid ik af uit de eerste zin: “In ieder geval is een dergelijk oordeel onbegrijpelijk, [...]”). In het kielzog van het vorige subonderdeel gaat dan ook deze klacht niet op vanwege gemis aan feitelijke grondslag. Daarnaast ontbreekt hier een onderbouwing van het standpunt van NSE waarom sprake zou zijn van *essentiële* stellingen die het hof niet heeft besproken, zodat deze klacht ook daarom niet tot cassatie kan leiden.⁴¹ Ook miskent NSE met haar klacht dat het hof niet is gehouden steeds alle door een partij aangedragen stellingen uitdrukkelijk in zijn motivering te betrekken.⁴² Overigens geeft het hof in rov. 3.3.2. TA1 in mijn ogen een goede samenvatting (en daarmee dus inherent een beknopte weergave) van de stellingen die door NSE zijn aangevoerd in het kader van haar grieven 17 en 18. Over deze weergave is niet geklaagd, zodat een klacht gericht tegen rov. 3.3.3. TA1 waarin op deze samenvatting wordt gerespondeerd, ook om die reden niet kan slagen. Van een motiveringsgebrek lijkt mij dan ook geen sprake. De klacht faalt.

4.11 Met de klachten in *subonderdeel 1.2.5* lijkt NSE het vizier weer te richten op rov. 3.3.3. TA1. De *eerste klacht* luidt dat ‘het oordeel’ van het hof onbegrijpelijk is, want onverenigbaar met het oordeel in rov. 3.4.5-3.4.6 TA1 dat de diensten die NSE verricht een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben. Daaruit zou volgen dat NSE niet meer doet dan het verschaffen van fysieke faciliteiten, aldus NSE. Ten eerste is het beschikbaar stellen van berichten aan andere Usenet providers niet het onderwerp van rov. 3.3.3. TA1, dus strijd met rov. 3.4.5. TA1 (dat daar wel exclusief over gaat) kan dit niet opleveren. In de tweede plaats zie ik geen tegenstrijdigheid tussen rov. 3.3.3. TA1 en rov. 3.4.6. TA1. Het gaat in de eerstgemelde overweging over het opslaan én ter beschikking stellen van berichten aan gebruikers en in de laatstgemelde overweging alleen over het opslaan van berichten op servers (zie de aanhef van art. 6:196c lid 4 BW). Daar ketst de eerste klacht op af.

4.12 De *tweede klacht* slaagt alleen al niet, omdat deze niet voldoet aan de eisen die daaraan in cassatie worden gesteld. De klacht luidt namelijk zo: “In elk geval is ‘s hofs (impliciete) andersluidende oordeel gelet op de uitvoerige onderbouwing van NSE [verwijzing in voetnoot naar MvG 299-320], onvoldoende gemotiveerd en begrijpelijk. Zonder nadere toelichting, die nu ontbreekt, valt immers niet in te zien dat en waarom het opslaan op servers van de berichten die door gebruikers op het Usenet worden geplaatst en het verschaffen van toegang tot

41 B.T.M. Van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/116 met o.a. een verwijzing naar A.E.B. ter Heide, ‘Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen’, *TCR* 2001, p. 79 (onder 6).

42 HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1200, NJ 2015/234 (*Stokke e.a./Hauck*), r.o. 3.1. Zie in dezelfde zin met betrekking tot art. 6 EVRM bijv. EHRM 19 april 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0419JUD001603490, NJ 1995/462, m.nt. E.A. Alkema (*Van den Hurk*), r.o. 61.

die servers, zoals NSE doet, verder gaat dan het aanbieden van fysieke faciliteiten [verwijzing in voetnoot naar MvG 299-326].” Ten eerste is het voor het slagen van een motiveringsklacht onvoldoende om alleen te wijzen op stellingen die niet (zouden) stroken met een overweging van het hof.⁴³ In de tweede plaats is vereist om duidelijk te maken welke stellingen het betreft en dienen concrete vindplaatsen van die stellingen te worden gegeven.⁴⁴ Dit alles is hier niet gebeurd met generieke verwijzingen naar tientallen randnummers uit de grieven. Ook de tweede klacht kan zodoende niet tot cassatie leiden.

4.13 NSE continueert de aanval op rov. 3.3.3. TA1 in *subonderdeel 1.2.6* met als *eerste klacht* dat het hof, met het oordeel dat sprake is van een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt, heeft miskend dat voor de vraag of sprake is van een ‘handeling bestaande in een mededeling’ vereist is dat de gebruiker een bewuste interventie pleegt in de doorgifte van beschermd materiaal. Deze klacht mist feitelijke grondslag, want het hof oordeelt ter aangehaalde plaatse niet over de vraag of de interventie een auteursrechtelijk relevante mededeling in de zin van art. 3 lid 1 Arl – en dus weloverwogen⁴⁵ of ‘bewust’ – is, maar alleen over de vraag of NSE intervenueert, althans méér doet dan het ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten (zie hiervoor in 3.9 en 4.8 en hierna in 4.15). Daar ketst de eerste klacht op af.

4.14 De *tweede klacht* in *subonderdeel 1.2.6* is dat het oordeel van het hof rechtens onjuist althans onbegrijpelijk is, omdat het onverenigbaar is met een aantal door NSE genoemde (vast)stellingen van het hof en/of NSE. Ook deze klacht slaagt niet, omdat NSE ervan uitgaat dat het hof oordeelt dat NSE een *bewuste* (weloverwogen) interventie verricht. Dat is niet zo.

4.15 De *eerste klacht* in *subonderdeel 1.2.7* gaat opnieuw uit van de lezing van rov. 3.3.3. TA1 dat het hof over meer zou oordelen dan alleen de vraag of NSE alleen de fysieke faciliteiten ter beschikking stelt om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten. Dat doet het hof niet en daarom kon het hof het hier ook houden bij de vaststelling dat sprake is van een interventie. Voor die vaststelling is niet nodig dat deze interventie ook weloverwogen is. Om dit te verduidelijken citeer ik uit de conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe⁴⁶ vóór het arrest *YouTube en Cyando* (in welk arrest de strekking van het citaat weer terugkomt, m.n. in punten 78-80):

43 Zie B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/115 in fine en A.E.B. ter Heide, Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen, *TCR* 2001, p. 79 (onder 4 en 5).

44 Zie B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/115 en A.E.B. ter Heide, Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen, *TCR* 2001, p. 80 (onder 7).

45 *YouTube en Cyando*, vp. vt. 6, punten 68, 78 en 80.

46 Conclusie van 16 juli 2020 in de gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2020:586 (*YouTube en Cyando*). Zie over deze conclusie: G. Smith, Advocate General advises CJEU on copyright liability of online sharing platforms, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2020, vol. 15, no. 11, p. 857-858.

“108. Volgens mijn begrip [...] dient de interventie in de doorgifte van een werk aan een publiek door een andere persoon dan de persoon die door zijn beslissing om die doorgifte te verrichten, de eigenlijke handeling bestaande in een ‘mededeling aan het publiek’ verricht, met een dergelijke handeling bestaande in een ‘mededeling aan het publiek’ te worden gelijkgesteld indien aan twee criteria is voldaan.

109. Ten eerste dient de betrokken persoon bij die doorgifte een ‘centrale rol’ te hebben. [E]r [is] sprake van een dergelijke ‘rol’ zodra die persoon die doorgifte faciliteert. [...]

110. Ten tweede dient de interventie van die persoon ‘welbewust’ plaats te vinden, in die zin dat hij kennis dient te hebben van het onwettige karakter van de door hem gefaciliteerde mededeling. [...]

4.16 Met de *tweede klacht* in dit *subonderdeel* betoogt NSE dat het hof zou hebben miskend dat de omstandigheid relevant is dat NSE niet de externe software verschaft die nodig is om berichten te plaatsen, verzamelen, downloaden en decoderen. Deze klacht mist feitelijke grondslag, omdat het hof deze omstandigheid uitdrukkelijk meeneemt in rov. 3.3.3. TA1. Ook de tweede klacht is dus tevergeefs.

4.17 De *derde klacht* faalt op dezelfde grond als de eerste klacht in dit *subonderdeel*, omdat NSE ook hier klaagt dat het hof in rov. 3.3.3. TA1 had moeten toetsen of NSE *welbewust* handelde om toegang tot werken te verlenen of het vinden daarvan aanzienlijk te vergemakkelijken.

4.18 *Subonderdeel 1.2.8* keert zich tegen het oordeel in rov. 3.3.3 en 3.3.4 TA1 dat sprake is van een nieuw publiek, namelijk de abonnees van de resellers van NSE. Dit is volgens de klacht onjuist, althans onbegrijpelijk. Het hof heeft miskend dat NSE geen relatie heeft met die abonnees, maar met de beperkte kring van resellers, terwijl het begrip ‘publiek’ ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers. Deze klacht lijkt mij geen doel te kunnen treffen, omdat het hof onder ogen heeft gezien dat NSE via haar resellers een indirecte relatie met haar gebruikers heeft, maar dat het NSE is – en *niet* de resellers – die aan gebruikers – en *niet* aan de resellers – toegang biedt tot de berichten op haar servers. Een reseller valt er dus in feite tussenuit als het gaat om de eigenlijke beschikbaarstelling van berichten. Dit blijkt ook al uit de – in cassatie onbetreden – feitenvaststelling in rov. 3.1.5 (mijn cursivering, A-G): “[...] De consument die een abonnement afsloot bij een reseller van NSE, kreeg als gebruiker *rechtstreeks* toegang tot de servers van NSE. [...]”. NSE verleent dus de toegang voor de eindgebruikers en de resellers verkopen alleen abonnementen. De resellers zijn dus niet het publiek. Dat is begrijpelijk en niet rechtens onjuist. Eén en ander blijkt duidelijk uit de volgende passages uit rov. 3.3.3. TA1, waar rov. 3.3.4. TA1 op aanhaakt:

“3.3.3. [...] NSE [...] zorgt ook ervoor dat de abonnees van haar resellers de op haar servers geplaatste berichten kunnen bereiken. In deze

zin bevordert NSE wel degelijk dat de op haar servers geplaatste berichten een nieuw publiek bereiken, namelijk de abonnees van haar resellers. De door NSE geleverde dienst bestaat immers juist eruit deze abonnees toegang te bieden tot de op haar servers opgeslagen artikelen. Zonder de door NSE geleverde dienst hadden haar gebruikers – het nieuwe publiek – deze toegang niet. Dit is niet anders doordat slechts de resellers (waaronder ISP's) abonnementen verkopen die toegang bieden tot servers van NSE en niet NSE zelf. Het is immers NSE die de abonnees van haar resellers toegang biedt tot de op haar servers opgeslagen artikelen; uit de stellingen van NSE blijkt niet dat de resellers daaraan meer bijdragen dan de verkoop van abonnementen. [...].”

4.19 In *subonderdeel 1.2.9* verdedigt NSE de rechtsopvatting dat een tussenpersoon zelf geen auteursrechtinbreuk zou kunnen plegen. Zoals uit de beantwoording van het HvJ EU van de eerste prejudiciële vraag in *YouTube en Cyando* blijkt (zie hiervoor in 2.2 e.v.), is dit niet juist. De hierop gebaseerde klachten (aan het einde van het subonderdeel) kunnen dan ook niet slagen.

Onderdeel 2: Verveelvoudiging

4.20 Na een inleiding van het tweede onderdeel (in 2.1) betoogt NSE in *subonderdeel 2.2.1* met de eerste klacht dat rov. 3.3.6. TA1 onjuist is. In dat oordeel ligt besloten dat NSE een auteursrechtelijke verveelvoudigingshandeling (reproductie) verricht. Daarmee is miskend dat het opslaan van berichten op de servers van NSE niet wordt verricht door NSE, maar door de gebruikers. Het is duidelijk dat het opslaan (vastleggen) van een werk op een server (een computergeheugen) een verveelvoudiging is.⁴⁷ Ik begrijp deze klacht zo dat NSE weliswaar berichten opslaat op haar spoolservers (dit staat wel vast, zie rov. 3.1.6. TA1, rov. 3.3.1. TA1, rov. 3.3.3. TA1 en rov. 3.4.2. TA1), maar dat dit wordt gedaan op verzoek van een gebruiker. De opslag is om die reden dan kennelijk niet te kwalificeren als een reproductie door NSE, zodat NSE alleen al daarom geen auteursrechtinbreuk kan plegen.

4.21 NSE valt met deze klacht naar mij voor komt een feitelijk oordeel (namelijk: opslaan berichten verricht door NSE) aan met een rechtsklacht. Dat kan niet,⁴⁸ zodat de klacht niet tot cassatie kan leiden. Bovendien faalt de klacht ook om andere redenen. Bij pleidooi in appel heeft NSE het volgende gesteld (pleitnotities hb 74): “Een USP slaat informatie op op verzoek van haar eindgebruikers, in het geval van NSE de resellers met wie zij een contractuele relatie heeft. [...]” Door verwijzing naar deze stelling in cassatie bedoelt NSE dus kennelijk in deze context met ‘gebruiker’ de reseller. Dat NSE berich-

ten niet opslaat op verzoek van de reseller, maar op verzoek van de (eind)gebruiker die berichten aanbiedt, volgt onbestreden uit rov. 3.4.6. TA1. De klacht mist zodoende doel, omdat in cassatie vaststaat dat NSE niet opslaat op verzoek van haar resellers. Overigens valt ook niet in te zien waarom de (eind)gebruiker in dit geval de reproductie zou maken. In opdracht of niet, NSE verricht in het kader van de dienst die zij aanbiedt een handeling voorbehouden aan de auteursrechthebbende, namelijk het digitaal opslaan van een werk op haar spoolservers nadat het is binnengekomen op de feederservers (rov. 3.1.6. TA1).

4.22 De tweede klacht in dit onderdeel luidt dat het hof heeft miskend dat de duur van de opslag niet afdoet aan het feit dat er geen reproductiehandelingen worden verricht door NSE. Ik lees de klacht zo dat NSE betoogt dat de duur van de opslag geen rol mag spelen bij de vraag of door NSE een reproductiehandeling wordt verricht. Het oordeel van het hof in rov. 3.3.6. TA1 is gegeven in de context van een beroep op art. 13a Aw, dat de Nederlandse implementatie is van art. 5 lid 1 Arl. Bij een oordeel in dit kader speelt de duur van de reproductiehandeling wel degelijk een rol, getuige bijvoorbeeld het arrest *Infopaq I*:⁴⁹ “64. [...] dat een handeling slechts als ‘van voorbijgaande aard’ in de zin van de tweede voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29 kan worden beschouwd wanneer de levensduur ervan is beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de goede werking van het betrokken technische procedé, [...]” Daar ketst deze klacht op af. Voor zover de klacht, door de cursivering van ‘door NSE’, moet worden gelezen als een herhaling van de eerste klacht (samengevat: NSE verricht geen reproductiehandeling), verwijs ik naar de bespreking van die klacht in 4.21. *Subonderdeel 2.2.1* is tevergeefs voorgesteld.

4.23 *Subonderdeel 2.2.2* bevat de klacht dat het oordeel in rov. 3.3.6. TA1 dat NSE verveelvoudigen verricht onbegrijpelijk is, omdat het onverenigbaar is met het oordeel in rov. 3.5.2. TA1 en rov. 3.5.3. TA1. In die laatste overwegingen ligt volgens de klacht besloten dat NSE hooguit door derden maakte inbreuken faciliteert, maar deze niet zelf pleegt. Deze klacht mist volgens mij feitelijke grondslag. In de aangehaalde overwegingen onderzoekt het hof of een succesvol beroep van NSE op de vrijstellingen uit art. 6:196c BW in de weg staat aan een door Brein gevorderde verklaring voor recht die ervan uitgaat dat NSE – naast haar gebruikers – mede als inbreukmaker heeft te gelden. Dat is niet onverenigbaar met het oordeel dat NSE een reproductiehandeling verricht. Daar ketst *subonderdeel 2.2.2* op af.

4.24 Met *subonderdeel 2.2.3* betoogt NSE dat het niet de bedoeling van de (Unie)wetgever is geweest om tussenpersonen auteursrechtelijke handelingen

⁴⁷ Zie bijv. D.J.G. Visser, *T&C IE*, commentaar op art. 13 Aw, punt 2.a en Geerts & Verschuur, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* 2020/570.

⁴⁸ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/105.

⁴⁹ HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, NJ 2011/288 m.nt. P.B. Hugenholtz, *IER* 2009/78, p. 318 m.nt. F.W. Grosheide, *AMI* 2009, 198 m.nt. K.J. Koelman (*Infopaq I*).

te laten verrichten. Dit heeft het hof volgens de klacht miskend in rov. 3.3.6. TA1. Technische en functionele handelingen, zoals de louter technische opslag op verzoek van gebruikers door Usenet providers en andere tussenpersonen, blijven buiten bereik van het auteursrecht. Ook deze klacht mist feitelijke grondslag, omdat het hof oordeelt aan de hand van art. 13a Aw. Deze bepaling is een implementatie van art. 5 lid 1 Arl dat een door lidstaten verplicht over te nemen en dwingendrechtelijke uitzondering op het reproductierecht⁵⁰ bevat voor technische en functionele kopieën.⁵¹ Het hof heeft dus niet miskend dat technische en functionele handelingen buiten bereik van het auteursrecht (kunnen) blijven. Ook subonderdeel 2.2.3 kan zodoende niet tot cassatie leiden.

4.25 Het hof verwerpt in rov. 3.3.6. TA1 het beroep van NSE op art. 13a Aw. Dit artikel behelst als gezegd een uitzondering op de hoofdregel dat iedere vastlegging als veeleenvoudiging wordt aangemerkt, ook als deze niet duurzaam is of geen zelfstandige betekenis heeft.⁵² NSE betoogt in *subonderdeel 2.2.4* dat het oordeel onjuist, althans onvoldoende begrijpelijk is, omdat het hof de relatie tussen de Auteursrechtlijn en het aansprakelijkheidsregime in de e-Commercerichtlijn heeft miskend. Dat lijkt mij niet. Het hof respondeert op een verweer van NSE dat het hof uitlegt als een betoog dat de (wijze van) opslag van berichten door NSE bij wetsduiding geen veeleenvoudiging is. Als dat verweer, gebaseerd op de Nederlandse implementatie van art. 5 lid 1 Arl, zou slagen, hoeft het hof niet te bezien of NSE als tussenpersoon daarvoor aansprakelijk kan zijn gelet op (het aansprakelijkheidsregime in) de e-Commercerichtlijn. Van een miskenning van de verhouding tussen die richtlijn en de Auteursrechtlijn is geen sprake. *Subonderdeel 2.2.4* faalt.

4.26 NSE klaagt in *subonderdeel 2.2.5* dat rov. 3.3.6. TA1 onjuist, althans onbegrijpelijk is, omdat een dienstverlener die louter fysieke faciliteiten beschikbaar stelt, geen auteursrechtelijk relevante reproductiehandeling kan verrichten. De bescherming van overweging 27 Arl zou dan immers zinloos zijn. Deze consideransbepaling luidt zo:

“(27) De beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten is op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn.”

4.27 NSE ziet hiermee voorbij aan het te maken onderscheid tussen openbaarmaking en veeleenvoudiging, zoals de rechtbank ook al overwoog in rov. 4.7 van het eindvonnis (niet bestreden met grieven) bij haar bespreking van het beroep van NSE op art. 13a Aw:

“[...] Het openbaar maken en het veeleenvoudigen zijn twee te onderscheiden voorbehouden handelingen. Artikel 13a Aw ziet niet op het openbaarmakingsrecht (het ter beschikking stellen van beschermde werken), maar op het veeleenvoudigingsrecht (het reproduceren). [...]”

Ik zie niet in waarom het hof – gelet op dit onderscheid – in het licht van considerans 27 Arl hier tot een onjuist of onbegrijpelijk oordeel zou zijn gekomen, zodat het subonderdeel geen doel treft. Overigens kan de klacht ook niet slagen voor zover NSE ervan uit gaat dat aan de considerans van een richtlijn rechtstreeks rechten zijn te ontlenuen. Dat is niet zo. De considerans is een hulpmiddel bij de interpretatie van een Uniehandeling en heeft zelf geen bindende rechtskracht.⁵³ Hier stuit subonderdeel 2.2.5 op af.

4.28 NSE vervolgt in de *eerste klacht* van *subonderdeel 2.2.6* dat het oordeel in rov. 3.3.6. TA1 onjuist is dat het gedurende de retentietijd opslaan van berichten zelfstandige waarde bezit, althans is hier sprake van een motiveringsgebrek. Deze klachten kunnen niet slagen bij gebrek aan belang, omdat bij het sneuvelen van dit oordeel de conclusie overeind blijft dat het beroep van NSE op art. 13a Aw faalt.⁵⁴ Het oordeel van het hof dat het opslaan van berichten op de spoolservers geen onderdeel vormt van een technisch procedé dat wordt toegepast met als enig doel het mogelijk maken van de doorgifte in een netwerk tussen derden of het rechtmatig gebruik van een werk, is ook dragend voor deze conclusie. Dit oordeel blijft overeind als de hiervoor bepleite lijn wordt gevolgd.

4.29 Maar ook anderszins slaagt de klacht niet. NSE bestrijdt het oordeel van het hof met de stelling dat het opslaan van binaries (alfanumerieke berichten) op zich geen economische waarde bezit, omdat van waarde pas sprake is als iemand een abonnement heeft en de berichten omzet met behulp van externe software. Deze stelling heeft NSE niet op de in de procesinleiding aangewezen plaats (MvG 335-336) aangevoerd. De klacht mist daarom ook feitelijke grondslag.

4.30 De *tweede klacht* van NSE is dat het oordeel in rov. 3.3.6. TA1 onvoldoende gemotiveerd is, omdat NSE (anders dan het hof overweegt) wel degelijk gemotiveerd heeft betwist dat een abonnement bij

50 De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen in art. 13a Aw een uitzondering op het begrip veeleenvoudiging neer te leggen. Dat is niet hetzelfde als een beperking van het reproductierecht van art. 2 Arl zoals dat in art. 5 lid 1 Arl is opgenomen, en dat heeft consequenties. Ik zie in onze zaak geen aanleiding of noodzaak dit verder uit te werken en verwijs daarom voor kritiek op de Nederlandse implementatie van art. 5 Arl naar: J.M.B. Seignette, 'Implementatie en dan nog meer: Reactie op het conceptwetsvoorstel voor de implementatie van de Auteursrichtlijn', *AMI* 2002/1, p. 7-8; H. Cohen Jehoram, 'Implementatie van de Auteursrechtlijn', *De stille strijd tegen een spookrijder*, *NJB* 2002, nr. 34, p. 1691-1692; H. Cohen Jehoram, 'Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor *fair use*, tijdelijke reproductie en driestappentoets', *AMI* 2005/5, p. 156-158.

51 C.B. van der Net, 'De auteurswet gewijzigd: Art. 13a Aw (technische en functionele kopieën)', *AMI* 2005/5, p. 168.

52 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 2019, p. 208.

53 K. Lenaerts & P. Van Nuffel, *Europees recht*, 2017, nr. 830 (p. 636-637).

54 Zie voor een aanwijzing daartoe de een-na-laatste zin van rov. 3.3.6. TA1: "Ook dit staat in de weg aan het beroep van NSE op artikel 13a Aw" (mijn cursivering, A-G).

een van haar resellers 'juist interessant' is vanwege de beschikbaarheid van een grote hoeveelheid content. In MvG 364-367 staat immers dat NSE toegang biedt tot hetzelfde Usenet als andere Usenet providers, aldus NSE. Dit lijkt mij geen doel te kunnen treffen. De hier benadrukte passages kunnen mogelijk de hier bepleite inhoud hebben, maar die zijn aangevoerd in het kader van een grief gericht tegen een aanname van de rechtbank in rov. 4.37 van het eindvonnis en dus niet als reactie op de hiervoor weergegeven stelling van Brein over de (zelfstandige) economische waarde van de opslag, ingenomen in MvA 212 in het kader van het partijdebat over verveelvoudiging en (toepassing van) art. 13a Aw. Het gaat niet aan dat NSE eerst in cassatie verweer voert tegen deze stelling van Brein door de onderhavige cassatieklacht in te vullen met argumenten die zijn aangevoerd in een ander kader. Cassatie is geen volledige derde instantie⁵⁵ en toetsing in cassatie is begrensd (vgl. art. 419 lid 2 Rv⁵⁶). Bovendien beargumenteert NSE in de aangehaalde passages alleen dat een abonnement bij NSE niet 'juist interessant' is vanwege de beschikbaarheid van bepaalde (inbreukmakende) informatie, zoals de door de rechtbank in rov. 4.37 van het eindvonnis genoemde speelfilms die nog niet in de bioscoop of op DVD zijn verschenen. Het is dan niet ontoereikend gemotiveerd dat het hof dit geen afdoende betwisting acht van de stelling dat de grote hoeveelheid content een abonnement interessant maakte. Daar loopt deze klacht op stuk, terwijl ook hier overigens belang in cassatie ontbreekt op de gronden aangegeven in 4.28. Ook subonderdeel 2.2.6 kan dan ook niet tot cassatie leiden.

Onderdeel 3: Ruimte voor (debat over) andere maatregelen dan stakingsbevel

4.31 Ik verwijs voor onderdeel 3 kortheidshalve naar mijn bespreking hiervan in mijn eerste nadere conclusie in 2.7, 2.8-2.34, die erop neerkomt dat geen van de besproken klachten in mijn ogen slaagt.

Onderdeel 4: Bevel tot invoeren NTD

4.32 Hetzelfde geldt voor onderdeel 4, zie mijn eerste nadere conclusie in 2.35-2.51. Het onderdeel faalt.

Onderdeel 5: Aanvullende maatregelen

4.33 Ook hier is ten opzichte van mijn eerste nadere conclusie niets nieuws onder de zon, zodat ik kan verwijzen naar 2.7, 2.52-2.71 daarvan ten betoeg dat de klachten tevergeefs zijn.

Onderdeel 6: Verbod algemeen toezicht (art. 15 e-Commercerichtlijn)

4.34 Ook dit onderdeel is ten slotte uitputtend besproken in mijn vorige nadere conclusie in 2.7,

⁵⁵ A.E.H. Van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/50.

⁵⁶ Ook de ratio van deze bepaling is te waarborgen dat cassatie niet 'verwordt tot' een volwaardige derde instantie: *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/277.

2.72-2.80 en ook dat leidt ertoe dat de klachten in mijn ogen niet opgaan.

5 Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing in het principale cassatieberoep en tot verwerping van het incidentele cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding verwijst de Hoge Raad naar:

a. zijn arrest tussen partijen van 5 april 2019 (ECLI:NL:HR:2019:503 (NJ 2019/249; red.));

b. zijn arrest tussen partijen van 7 juni 2019 (ECLI:NL:HR:2019:849 (NJ 2019/250; red.)).

Aan deze arresten gingen vooraf de conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem van 13 juli 2018 en diens eerste nadere conclusie van 23 november 2018. Op elk van die conclusies hebben de advocaten van partijen schriftelijk gereageerd. Bij het arrest van 7 juni 2019 zijn prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Bij brief van 24 juni 2021 heeft de griffier van het Hof van Justitie van de Europese Unie de Hoge Raad, onder toezending van de uitspraak van dat hof van 22 juni 2021 in de zaken C-682/18 en C-683/18 inzake *YouTube en Cyando*, verzocht te berichten of de Hoge Raad het verzoek om een prejudiciële beslissing wenst te handhaven. In zijn Standpunt prejudiciële vragen van 6 juli 2021 heeft Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem het standpunt ingenomen dat alle prejudiciële vragen in deze zaak kunnen worden ingetrokken, omdat deze met het arrest in de zaken *YouTube en Cyando* zijn beantwoord. De advocaten van partijen hebben schriftelijk op dat standpunt gereageerd. De Hoge Raad heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie bij brief van 3 september 2021 ervan in kennis gesteld dat hij het verzoek om een prejudiciële beslissing niet wenste te handhaven. Bij beschikking in de zaak C-442/19 van de president van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 15 september 2021 is de zaak in het register van dat hof doorgehaald.

De zaak is voor partijen vervolgens nader schriftelijk toegelicht door hun advocaten.

De tweede nadere conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peurseem strekt tot vernietiging en verwijzing in het principale cassatieberoep en tot verwerping van het incidentele cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 De Hoge Raad verwijst voor de uitgangspunten en feiten, voor de vorderingen van Brein en voor de beslissingen van de rechtbank en het hof naar de rov. 2 en 3.2.1-3.2.3 van zijn tussenarrest van 7 juni 2019.

2.2 Samengevat gaat het om het volgende.

(i) NSE was een exploitant van een platform voor Usenetdiensten, een wereldwijd platform voor het uitwisselen van berichten. Het Usenet wordt ondersteund door een groot aantal providers. Indien een bericht wordt geplaatst door een gebruiker van een bepaalde Usenetprovider, dan wordt dit eenmalig uitgewisseld met alle andere Usenetproviders (synchronisatie of *peering* genoemd). De Usenetproviders slaan zowel de door henzelf van hun eigen gebruikers ontvangen berichten op hun servers op, als de berichten die zij door synchronisatie van andere Usenetproviders ontvangen. De oudste berichten worden automatisch verwijderd om ruimte te maken voor nieuwe berichten. De periode dat berichten blijven opgeslagen, wordt de retentietijd genoemd. De retentietijd bedroeg bij NSE in mei 2011 400 dagen.

(ii) Het Usenet wordt gebruikt voor verschillende doeleinden, zoals het met behulp van teksten discussiëren over onderwerpen, maar ook voor het verspreiden van berichten die afbeeldingen, beelden, geluid en/of software bevatten. Een binair bestand (waarin een speelfilm, muziektrack of bijvoorbeeld een game is vervat) op de computer van de gebruiker wordt met behulp van software opgesplitst en gecodeerd in een groot aantal alfanumerieke berichten (ook wel artikelen, of *binaries* genoemd). Deze *binaries* kunnen door een andere gebruiker worden verzameld en vervolgens softwarematig aan elkaar worden geplakt en gedecodeerd, om het oorspronkelijke binaire bestand te verkrijgen. De daarvoor benodigde software is gratis voorhanden op het internet. Deze software werd niet door NSE ontwikkeld, aangeboden of geleverd. Klanten van NSE waren bijvoorbeeld internet-serviceproviders die de toegang tot het Usenet opnamen in het pakket van diensten dat de consument voor het reguliere internetabonnement kreeg, dan wel de door NSE verzorgde Usenetdienst als aanvullend product tegen bijbetaling aanboden. NSE deed niet rechtstreeks zaken met consumenten.

(iii) NSE gebruikte een spamfilter dat binnenkomende tekstberichten controleerde op herhaalde patronen en dubbele berichten en dat bekende spammingssites en domeinen herkende aan de hand van de zogenoemde Breidbart-index. Het spamfilter zorgde er op geautomatiseerde wijze voor dat tekstberichten die herkenbaar spam bevatten, niet terecht kwamen in de inhoudsopgave van de nieuwsgroepen. Voorts heeft NSE op enig moment na 6 april 2009 een *'notice and takedown-procedure'* (NTD-procedure) ingevoerd. Op enig moment voor 24 mei 2011 heeft NSE ook een zogenoemde *Fast Track-procedure* geïntroduceerd. Deze procedure geeft bepaalde partijen het recht om direct – zonder tussenkomst van NSE – onrechtmatige artikelen van de servers van NSE te verwijderen.

2.3 Brein heeft, op de grond dat NSE inbreuk maakt op de auteursrechten en naburige rechten van de bij haar aangesloten rechthebbenden, dienovereenkomstige verklaringen voor recht en een stakingsbevel gevorderd. De rechtbank heeft

deze vorderingen toegewezen. Vervolgens heeft NSE haar diensten gestaakt. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd, en NSE bevolen om voor het geval zij haar activiteiten als Usenetprovider zou hervatten, een effectieve NTD-procedure in te voeren.

2.4 In zijn tussenarrest van 7 juni 2019 heeft de Hoge Raad naar aanleiding van de onderdelen 1.2 en 2.4 van het middel in het principale beroep en onderdeel 1 van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU). Na het arrest van het HvJEU van 22 juni 2021 in de zaken tegen *YouTube en Cyando*¹ heeft de Hoge Raad het HvJEU desgevraagd laten weten het verzoek om een prejudiciële beslissing in de onderhavige zaak niet te handhaven, waarna de zaak in het register van het HvJEU is doorgehaald. Naar het oordeel van de Hoge Raad is met het arrest van het HvJEU in de zaken *YouTube en Cyando* voldoende duidelijkheid verschaft over het in deze zaak toe te passen Unierecht.

3 Verdere beoordeling van het middel in het principale beroep

Inleiding; beslissingen rechtbank

3.1 In dit geding zijn nog aan de orde de vorderingen van Brein (1) tot verklaring voor recht dat NSE inbreuk heeft gemaakt op de auteursrechten en naburige rechten van de bij Brein aangesloten door het, in het kader van Usenetdiensten, zonder toestemming van de rechthebbenden (a) doen vastleggen van (reproducties van) uitvoeringen, fonogrammen en eerste vastleggingen van films op servers met het oog op het ter beschikking stellen daarvan aan derden, en (b) ter beschikking stellen daarvan aan derden, en (2) tot het geven van een tot *binaries* beperkt bevel om de inbreuk te staken en gestaakt te houden (zie rov. 3.2 en 3.2.3 van het eerste tussenarrest van het hof).

3.2.1 De rechtbank heeft de verklaring voor recht onder (1)(a) toegewezen op de grond dat NSE veelvoudigt en zich tevergeefs beroept op art. 13a Auteurswet (hierna: Aw). De verklaring voor recht onder (1)(b) heeft zij toegewezen op de grond dat NSE, voor zover zij de reproducties ter beschikking stelt aan haar eigen gebruikers (*resellers*), beschermd materiaal openbaar maakt (een mededeling aan het publiek doet) en voor zover zij de reproducties ter beschikking stelt aan andere Usenetproviders weliswaar geen mededeling aan het publiek doet, maar wel onrechtmatig handelt. Op deze grondslagen tezamen heeft de rechtbank het gevorderde bevel (zie hiervoor in 3.1 onder (2)) toegewezen.

3.2.2 Nu NSE haar activiteiten na het vonnis van de rechtbank heeft gestaakt, zien de verklaringen voor recht inmiddels uitsluitend op het verleden.

¹ HvJEU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*) (NJ 2024/313; red.).

Het bevel ziet op de mogelijkheid dat NSE haar diensten hervat.

De verklaringen voor recht
Oordeel hof

3.3.1 In het kader van de gevorderde verklaring voor recht zoals hiervoor in 3.1 onder (1)(b) weergegeven, lag aan het hof voor of NSE, voor zover zij beschermd materiaal vanaf haar servers aan haar gebruikers ter beschikking stelde, een mededeling aan het publiek deed. Ter zake van zowel de onder (1)(a), als de onder (1)(b) genoemde verklaring voor recht diende het hof te beoordelen of NSE zich kan beroepen op de vrijstellingen van respectievelijk art. 6:196c lid 1 (*mere conduit*) en lid 4 (*hosting*) BW.

3.3.2 Ten aanzien van de vraag of NSE, voor zover zij beschermd materiaal vanaf haar servers aan haar gebruikers ter beschikking stelde, een mededeling aan het publiek deed, heeft het hof de grieven 17-19 van NSE in zoverre verworpen dat volgens het hof in dit geval sprake was van een interventie die ertoe leidde dat een nieuw publiek werd bereikt (rov. 3.3.3-3.3.4 eerste tussenarrest). In rov. 3.3.5 van dat arrest heeft het hof aangekondigd bij de bespreking van de grieven 8-15, die zien op het beroep op de bescherming van art. 6:196c BW, te zullen terugkomen op de vraag of NSE op auteursrechtelijk relevante wijze openbaar maakte, welke vraag NSE met grief 20 aan de orde had gesteld.

3.3.3 Wat betreft het beroep op art. 6:196c BW heeft het hof in rov. 3.4.5 van zijn eerste tussenarrest geoordeeld dat het doorgeven van door de eigen gebruikers van NSE geplaatste berichten aan andere Usenetproviders een dienst is als bedoeld in art. 6:196c lid 1 BW (*mere conduit*), aangezien deze dienst een louter technisch, automatisch en passief karakter had, zodat haar de bescherming van bedoelde bepaling toekomt. Daartoe overwoog het hof dat NSE niet het initiatief nam tot het doorgeven van de berichten, niet degene was die bepaalde aan wie de informatie uiteindelijk werd doorgegeven en evenmin de doorgegeven informatie selecteerde of wijzigde.

3.3.4 Met betrekking tot het gedurende de retentietijd opslaan van berichten afkomstig van haar eigen gebruikers dan wel van (gebruikers van) andere Usenetproviders, waaronder begrepen het ter beschikking stellen daarvan aan haar gebruikers (zie rov. 3.4.6 in verbinding met rov. 3.4.4 eerste tussenarrest), heeft het hof geoordeeld dat NSE in zoverre diensten verrichtte als bedoeld in art. 6:196c lid 4 BW (*hosting*) en voldeed aan de voorwaarden om voor bescherming onder die bepaling in aanmerking te komen. Volgens het hof had ook deze dienst een louter technisch, automatisch en passief karakter. Brein heeft niet aangevoerd dat NSE wetenschap had van specifieke activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, als bedoeld in art. 6:196c lid 4, onder a, BW. Nu de vordering tot vergoeding van schade niet meer aan de orde is, is niet van belang is of NSE redelijkerwijs behoorde te weten van die ac-

tiviteit of informatie. Daarnaast voldeed NSE aan de in art. 6:196c lid 4, onder b, BW gestelde voorwaarde dat informatie prompt dient te worden verwijderd of de toegang daartoe onmogelijk dient te worden gemaakt zodra de dienstverlener weet of redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, nu zij een voldoende effectieve NTD-procedure hanteerde, aldus het hof. (rov. 3.4.6-3.4.11 eerste tussenarrest)

3.3.5 In rov. 3.5.3 van zijn eerste tussenarrest heeft het hof overwogen dat, nu art. 6:196c BW deel uitmaakt van de in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen titel over onrechtmatige daad, welke titel de aansprakelijkheid uit dien hoofde min of meer uitputtend regelt, met de uitsluiting van aansprakelijkheid ingevolge deze bepaling mede is bedoeld dat degene die een beroep op de bepaling toekomt niet aansprakelijk is als pleger van een onrechtmatige daad op de grond dat hij zelfstandig inbreuk maakt op de rechten van anderen alleen omdat hij door derden gemaakte inbreuken faciliteert. Deze uitleg strookt volgens het hof met doel en strekking van de Auteursrechtrichtlijn,² nu uit de verwijzingen in de considerans daarvan volgt dat de nationale regels voortvloeiend uit de Richtlijn inzake elektronische handel,³ waarvan (onder meer) art. 6:196c BW de implementatie vormt, grenzen kunnen stellen aan de nationale regels betreffende bescherming van auteursrechten (rov. 3.5.4 eerste tussenarrest). Uit een ander volgt dat er geen grond is voor toewijzing van de door Brein gevorderde verklaringen voor recht, nu deze ervan uitgaan dat NSE mede aansprakelijk is als inbreukmaker, en in zoverre slagen de grieven 8-15, 17 en 20, aldus het hof in rov. 3.5.5 van zijn eerste tussenarrest.

3.3.6 Het hof is niet meer met zoveel woorden ingegaan op zijn aankondiging, in rov. 3.3.5 van zijn eerste tussenarrest, te zullen terugkomen op de vraag of NSE op auteursrechtelijk relevante wijze openbaar maakte (dus: een mededeling aan het publiek deed). De hiervoor in 3.3.2-3.3.5 weergegeven overwegingen kunnen, in onderlinge samenhang bezien, aldus worden gelezen dat het hof die vraag ontkennend heeft beantwoord. Immers, in rov. 3.5.3, slot, ligt besloten dat NSE volgens het hof niet zelf inbreuk maakte op de auteursrechten van de rechthebbenden (maar slechts het maken van inbreuk door derden faciliteerde) en in rov. 3.5.5 heeft het geoordeeld dat grief 20, waarmee NSE opkwam tegen de bevestigende beantwoording van die vraag door de rechtbank, slaagt. Zij kunnen echter ook zo worden gelezen dat het hof heeft gemeend dat het

² Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (*PbEG* 2001, L 167/10).

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 informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (*PbEG* 2000, L 178/1).

antwoord op bedoelde vraag in het midden kan blijven, omdat NSE hoe dan ook een beroep op vrijstelling van aansprakelijkheid toekomt. De middelen in het principale en het incidentele beroep gaan ervan uit dat NSE naar het oordeel van het hof een mededeling aan het publiek deed. Met het oog daarop heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld over onder meer de verhouding tussen art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn (mededeling aan het publiek) en art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel (vrijstelling voor *hosting*).

YouTube en Cyando

3.4.1 In het arrest inzake *YouTube en Cyando*, dat betrekking heeft op het hier toepasselijke Unierecht,⁴ heeft het HvJEU herhaald dat de exploitant van een platform slechts een mededelingshandeling verricht wanneer hij weloverwogen, dat wil zeggen met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot een beschermd werk (punten 68 en 78-83). Vervolgens heeft het voor recht verklaard dat de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden, waarop gebruikers beschermde content illegaal beschikbaar voor het publiek kunnen stellen, geen mededeling aan het publiek van die content in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn verricht, tenzij hij — naast het louter ter beschikking stellen van het platform — ertoe bijdraagt dat het publiek toegang tot die content wordt gegeven in strijd met het auteursrecht. Dit is met name het geval wanneer die exploitant concreet weet dat beschermde content op onwettige wijze op zijn platform beschikbaar wordt gesteld en deze content niet prompt verwijdert of prompt ontoegankelijk maakt, of wanneer die exploitant, hoewel hij weet of behoort te weten dat beschermde content in het algemeen via zijn platform door gebruikers ervan illegaal beschikbaar voor het publiek wordt gesteld, niet de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoevende marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op dit platform tegen te gaan, of wanneer hij deelneemt aan de selectie van beschermde content die illegaal aan het publiek wordt meegedeeld, op zijn platform hulpmiddelen aanbiedt die specifiek bedoeld zijn om dergelijke content illegaal te delen of het delen van die content bewust stimuleert, wat kan blijken uit de omstandigheid dat die exploitant een bedrijfsmodel hanteert dat de gebruikers van zijn platform aanspoort om beschermde content illegaal op dat platform mee te delen aan het publiek.

3.4.2 Ten aanzien van de vraag onder welke voorwaarden de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform een beroep kan

doen op de vrijstelling van art. 14 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel (*hosting*) heeft het HvJEU voor recht verklaard dat de activiteit van de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden binnen de werkingssfeer van die bepaling valt, mits deze exploitant geen actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de op zijn platform geüploade content. Onderzocht moet dus worden of de exploitant een neutrale rol speelt, met andere woorden of hij louter technische, automatische en passieve handelingen verricht (punten 105-106).

3.4.3 Met betrekking tot de voorwaarde onder a van art. 14 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel (de dienstverlener heeft niet daadwerkelijk kennis van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt) heeft het HvJEU voor recht verklaard dat een exploitant, om te worden uitgesloten van de in art. 14 lid 1 bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid, kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüploade beschermde content. Niet voldoende voor uitsluiting van de vrijstelling is het enkele feit dat de exploitant zich in het algemeen ervan bewust is dat zijn platform ook wordt gebruikt om content te delen die inbreuk kan maken op intellectuele-eigendomsrechten en hij dus in abstracto kennis heeft van de illegale beschikbaarstelling van beschermde content op zijn platform (punt 111). De omstandigheid dat de exploitant van een platform een geautomatiseerde indexering van de op dat platform geüploade content verricht, dat dit platform een zoekfunctie heeft en dat het video's aanbeveelt op basis van het profiel of de voorkeuren van de gebruikers, volstaat niet om te oordelen dat deze exploitant 'concrete' kennis heeft van onwettige activiteiten die op zijn platform worden verricht of van onwettige informatie die daarop is opgeslagen (punt 114).

3.4.4 Over de verhouding tussen art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn en art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel heeft het HvJEU in de punten 107-108 overwogen dat een exploitant die niet louter zijn platform ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht, zich niet kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel. Hoewel de vraag of een dergelijke exploitant een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn verricht op zich niet doorslaggevend is voor de beoordeling of art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel van toepassing is, neemt dit niet weg dat een exploitant die niet louter platformen ter beschikking stelt, maar er daarnaast toe bijdraagt dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang wordt gegeven tot dergelijke content, niet

⁴ HvJEU 22 juni 2021, gevoegde zaken C-682/18 en C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 (*YouTube en Cyando*), punt 59 (NJ 2024/313; red.); vgl. ook rov. 4.4.3 van het tussenarrest van de Hoge Raad van 7 juni 2019 (NJ 2019/250; red.).

kan worden geacht te voldoen aan de in laatstgenoemde bepaling gestelde toepassingsvoorwaarden zoals vermeld in de punten 105-106.

3.4.5 Uit de hiervoor in 3.4.4 weergegeven overwegingen van het HvJEU blijkt dat een exploitant van een platform als hier aan de orde geen beroep op de hosting-vrijstelling kan doen wanneer deze een mededeling aan het publiek doet, wat het geval is als de exploitant ertoe bijdraagt dat het publiek toegang wordt gegeven tot beschermde content in strijd met het auteursrecht (zie hiervoor in 3.4.1). Alsdan kan niet worden gezegd dat de activiteit van de exploitant een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft, en dat de exploitant dus geen kennis heeft van, noch controle heeft over de opgeslagen content.

3.4.6 In het hierna volgende zal het middel in het principale beroep met inachtneming van de uitspraak van het HvJEU in de zaak *YouTube en Cyando* worden beoordeeld.

Art. 6:196c lid 4 BW; onderdelen 1.2-1.4

3.5.1 Volgens onderdeel 12.5 is het hof in rov. 3.4.6 van het eerste tussenarrest uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omdat het heeft miskend dat degene die een interventie verricht waarmee een nieuw publiek wordt bereikt, geen louter passieve rol heeft. De oordelen in rov. 3.4.6 van het eerste tussenarrest zijn onverenigbaar met die in rov. 3.3.2 van dat arrest, waarmee het arrest innerlijk tegenstrijdig is, aldus het onderdeel.

3.5.2 Het onderdeel faalt. In rov. 3.3.2 van zijn eerste tussenarrest heeft het hof overwogen dat sprake is van een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt, omdat de door NSE geleverde dienst eruit bestaat abonnees toegang te bieden tot de op haar servers opgeslagen artikelen en haar gebruikers die toegang niet zouden hebben zonder deze door NSE geleverde dienst. Anders dan het onderdeel betoogt, is daarmee niet gegeven dat de rol van NSE ten aanzien van de uitwisseling van beschermd materiaal niet neutraal was. Het louter ter beschikking stellen van een platform voor het uitwisselen van informatie staat immers naar het op deze zaak toepasselijke Unierecht niet aan een beroep op de vrijstellingsregeling in de weg (*YouTube en Cyando*, punten 77-79 in samenhang met punt 107). Voor zover het onderdeel berust op de gedachte dat een interventie waarmee nieuw publiek wordt bereikt zonder meer een mededeling aan het publiek oplevert, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. Van een handeling bestaande in een mededeling als bedoeld in art. 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn is pas sprake als de exploitant van het platform *weloverwogen*, dat wil zeggen met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot een beschermd werk (*YouTube en Cyando*, punten 68 en 78-83, met verwijzingen naar eerdere rechtspraak). Het hof heeft niet vastgesteld dat NSE een *weloverwogen* interventie in de hier bedoelde zin deed (zie ook hierna in 3.6.3). Hieruit volgt tevens

dat van de in het onderdeel genoemde innerlijke tegenstrijdigheid geen sprake is.

3.5.3 De onderdelen 1.3.2 en 1.3.3 klagen dat het oordeel van het hof in rov. 3.4.8 van zijn eerste tussenarrest dat – bij de beoordeling of is voldaan aan de voorwaarde onder a) van art. 6:196c lid 4 BW – niet van belang is of NSE behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter omdat de schadevergoedingsvordering niet meer aan de orde is, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Betoogd wordt onder meer dat het hof heeft miskend dat een zekere onderzoeksplicht kan bestaan indien de dienstverlener gegronde reden heeft te twijfelen aan de rechtmatigheid van de bij hem opgeslagen informatie. De onderdelen 1.3.3-1.3.5 klagen over het buiten beschouwing laten van stellingen die in dat verband zijn betrokken, waaronder de stelling van Brein dat NSE wist dat het merendeel van de *binaries* uit beschermd materiaal bestaat.

3.5.4 In de punten 111-116 van zijn arrest in de zaken *YouTube en Cyando* heeft het HvJEU verduidelijkt dat een exploitant, om te worden uitgesloten van de in art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel bedoelde vrijstelling van aansprakelijkheid, kennis moet hebben van de concrete onwettige handelingen van zijn gebruikers met betrekking tot op zijn platform geüploade beschermde content. Niet voldoende voor uitsluiting van de vrijstelling is het enkele feit dat de exploitant zich in het algemeen ervan bewust is dat zijn platform ook wordt gebruikt om content te delen die inbreuk kan maken op intellectuele-eigendomsrechten en hij dus in abstracto kennis heeft van de illegale beschikbaarstelling van beschermde content op zijn platform. Het HvJEU heeft daarbij in aanmerking genomen (punt 113) dat art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel blijkt de overwegingen 41 en 46 van deze richtlijn de uitdrukking vormt van het evenwicht dat de richtlijn beoogt tot stand te brengen tussen de verschillende betrokken belangen, waaronder de door art. 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. Zo mag enerzijds overeenkomstig art. 15 lid 1 van de Richtlijn inzake elektronische handel aan de betrokken dienstverleners geen algemene verplichting worden opgelegd om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Anderzijds moeten deze dienstverleners krachtens art. 14 lid 1, onder b, van de Richtlijn inzake elektronische handel, zodra zij daadwerkelijk kennis hebben van onwettige informatie, prompt handelen om deze informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken, met inachtneming van het beginsel van de vrijheid van meningsuiting. Een dergelijke dienstverlener kan deze verplichting enkel nakomen met betrekking tot concrete content.

De onderdelen berusten gelet op het voorgaande op een onjuiste rechtsopvatting en falen daarom.

3.5.5 Onderdeel 1.4 heeft betrekking op het oordeel van het hof in rov. 3.4.11 van zijn eerste tussenarrest dat NSE met haar NTD-procedure voldeed aan de voorwaarde van art. 6:196c lid 4, onder b, BW, inhoudend dat de dienstverlener, zodra hij weet of redelijkerwijs behoort te weten van een activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, prompt de informatie verwijderd of de toegang daarvan onmogelijk maakt. Onderdeel 1.4.5 klaagt dat dit oordeel niet te verenigen valt met rov. 3.7.1-3.7.2 van het eerste tussenarrest en rov. 2.2.2 van het tweede tussenarrest, waarin het hof aanleiding ziet NSE te bevelen een NTD-procedure in te voeren waarin geen limiet wordt gesteld aan het aantal per tijdseenheid aan te leveren en te verwerken meldingen die het effectief verwijderen van onrechtmatig materiaal in de weg staat, en dat niet is gebleken dat NSE reeds maatregelen heeft getroffen die haar in staat stellen alle door Brein te melden inbreukmakende artikelen prompt van haar servers te verwijderen.

3.5.6 Het onderdeel treft geen doel. In rov. 3.4.11 van zijn eerste tussenarrest heeft het hof de stelling van Brein onderzocht dat NSE slechts een maximum van 25 meldingen per uur verwerkte. Het hof heeft die stelling niet doorslaggevend geacht omdat Brein niet heeft gesteld dat zij op enig moment meer dan 25 meldingen per uur aan NSE heeft gedaan en dat NSE heeft geweigerd deze meldingen te verwerken. Ook heeft Brein niet gesteld dat zij NSE heeft laten weten meer meldingen per uur te willen aanbieden en dat NSE niet tot verwerking bereid zou zijn. Daaruit heeft het hof – in het kader van de toewijsbaarheid van de gevorderde verklaringen voor recht – geconcludeerd dat Brein in het kader van art. 6:196c lid 4, onder b, BW geen beroep toekomt op het ontbreken van een efficiënte NTD-procedure vanwege het gestelde maximum. Dat oordeel is verenigbaar met een bevel op de voet van art. 6:196c lid 5 BW, dat is gericht op de toekomst, en ertoe strekt zeker te stellen dat NSE ervoor zorgt dat zij bij hervatting van haar diensten alle meldingen, zonder limiet, prompt kan verwerken.

Mededeling aan het publiek en art.

6:196c lid 4 BW; onderdeel 2.4

3.6.1 Onderdeel 2.4 klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat als een dienstverlener zoals NSE een mededeling aan het publiek verricht, er sprake is van inbreuk op het auteursrecht, en dat een beroep op art. 6:196c BW dan niet in de weg staat aan toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht. Voor zover hierin de klacht besloten ligt dat het hof heeft miskend dat niet aan de voorwaarden van art. 6:196c lid 4 BW is voldaan indien NSE met het ter beschikking stellen van beschermd materiaal aan haar gebruikers een mededeling aan het publiek zou hebben gedaan, geldt het volgende.

3.6.2 Uit punt 107 van het arrest inzake *YouTube en Cyando* volgt dat, indien een platform zelf een mededeling aan het publiek doet, geen beroep op de vrijstelling van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elek-

tronische handel kan worden gedaan, omdat een exploitant die niet louter zijn platform ter beschikking stelt, maar daarnaast ertoe bijdraagt dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang wordt gegeven tot beschermde content – en dus een mededeling aan het publiek doet, zie punt 102 en het antwoord op de eerste vraag – niet kan worden geacht te voldoen aan de in art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel gestelde toepassingsvoorwaarden (zie hiervoor in 3.4.4). De exploitant speelt dan immers geen neutrale rol. Het onderdeel berust dus op een juiste rechtsopvatting. Het kan om de hierna volgende reden echter niet tot cassatie leiden.

3.6.3 De vaststaande feiten en de – niet of tevergeefs bestreden, zie hiervoor in 3.5.2-3.5.6 en hierna in 3.9 – vaststellingen van het hof laten, beoordeeld tegen de achtergrond van het arrest van het HvJEU inzake *YouTube en Cyando*, geen andere conclusie toe dan dat NSE met haar hostingdiensten geen mededeling aan het publiek deed. In de eerste plaats heeft het hof vastgesteld dat die diensten een louter technisch, automatisch en passief karakter hadden, nu de door Brein genoemde omstandigheden (waaronder het bepalen van de retentietijd, het hanteren van een spamfilter en het aanbieden van een zoekfunctie) niet meebrengen dat NSE kennis had van of controle had over de opgeslagen berichten. De opslag van berichten vond plaats op verzoek van derden (rov. 3.4.6 eerste tussenarrest). NSE nam niet deel aan de selectie van beschermde content (rov. 3.4.5 eerste tussenarrest), noch bood zij op haar platform hulpmiddelen aan die specifiek bedoeld waren om dergelijke content illegaal te delen (zie hiervoor in 2.2 onder (ii)). Ook is niet gebleken dat NSE het delen van beschermde content bewust stimuleerde (rov. 3.8.3-3.8.4 eerste tussenarrest). In de tweede plaats heeft het hof vastgesteld dat Brein niet heeft aangevoerd dat NSE wetenschap had van specifieke activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter (rov. 3.4.8 eerste tussenarrest). Voorts heeft het hof vastgesteld dat als NSE die wetenschap verkreeg, zij met haar NTD-procedure prompt handelde om de beschermde content te verwijderen of ontoegankelijk te maken, en dat zij daarnaast een *Fast Track*-procedure had ingevoerd (rov. 3.4.9-3.4.11 eerste tussenarrest). In deze laatste vaststelling ligt besloten dat NSE naar het oordeel van het hof in de desbetreffende periode (tot aan 2011, toen zij haar activiteiten staakte) de technische maatregelen trof die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in haar situatie konden worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op het auteursrecht op haar platform tegen te gaan. Daaraan doet niet af dat het hof, oordelend in de periode 2014-2016, in het kader van de beoordeling welk bevel kan worden opgelegd, verbetering van de NTD-procedure mogelijk en aanvullende maatregelen denkbaar heeft geacht voor het geval NSE haar diensten in de toekomst weer zou willen hervatten (zie ook hiervoor in 3.5.6).

Uit deze vaststellingen volgt dat NSE niet ertoe bijdroeg dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang werd gegeven tot beschermd materiaal (vgl. het arrest van het HvJEU inzake *YouTube en Cyando*, punt 102 en het antwoord op vraag 1) en dus niet *weloverwogen*, dat wil zeggen met volledige kennis van de gevolgen van haar handelwijze intervenueerde om haar gebruikers toegang te verlenen tot beschermd werk.

3.6.4 Het voorgaande brengt mee dat, indien het hof heeft geoordeeld dat NSE geen mededeling aan het publiek deed, dat oordeel geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Als het hof in het midden heeft gelaten of NSE een mededeling aan het publiek deed (zie hiervoor in 3.3.6), is de klacht gegrond, maar faalt deze bij gebrek aan belang omdat de vaststellingen van het hof geen andere conclusie toelaten dan dat NSE geen mededeling aan het publiek deed.

Het bevel

Overwegingen hof

3.7.1 Het door de rechtbank gegeven stakingsbevel houdt samengevat in dat NSE de opslag en het ter beschikking stellen aan derden van *binaries* van beschermd materiaal dient te staken en gestaakt dient te houden (hierna: het stakingsbevel). Het hof heeft geoordeeld dat, nu NSE heeft gesteld alleen aan dit bevel te kunnen voldoen door alle ontvangen *binaries* te filteren op de aanwezigheid van inbreukmakend materiaal en Brein dat niet (uitdrukkelijk) bestrijdt, het bevel in strijd is met art. 15 Richtlijn inzake elektronische handel (rov. 3.6.4-3.6.7 eerste tussenarrest). Vervolgens heeft het hof onderzocht welke passende maatregelen op de voet van art. 6:196c lid 5 BW of art. 26d Aw wel aan NSE zouden kunnen worden opgelegd voor het geval zij haar activiteiten zou hervatten en Brein daarbij nog voldoende belang heeft. (rov. 3.7.1-3.7.4 en 3.7.8-3.7.9 eerste tussenarrest en rov. 2.3.1-2.7.1 tweede tussenarrest)

3.7.2 Ten aanzien van de subsidiaire grondslag, onrechtmatige daad, heeft het hof overwogen dat NSE ook ten aanzien van die grondslag een beroep toekomt op art. 6:196c BW. Zij is in beginsel niet aansprakelijk voor de door gebruikers gepleegde inbreuken. De door Brein gestelde omstandigheden zijn onvoldoende om te concluderen dat NSE ondanks de uitsluiting van haar aansprakelijkheid onzorgvuldig heeft gehandeld. (rov. 3.8.3-3.8.4 eerste tussenarrest)

3.7.3 Brein heeft bewijs aangeboden van haar stelling dat de *binaries* substantieel inbreukmakend zijn. Het hof heeft bewijslevering echter slechts zinvol geacht indien in de te bewijzen feiten aanleiding zou kunnen worden gevonden tot een verdergaand bevel dan reeds kan worden gegeven op de grond dat NSE tussenpersoon is wier diensten voor derden worden gebruikt voor het maken van inbreuken. Het hof heeft Brein in de gelegenheid gesteld zich daarover bij akte uit te laten en overwogen dat Brein in elk geval zal moeten ingaan op (a) wat – in con-

crete termen – het object van onderzoek zou moeten zijn, te meer daar NSE thans geen Usenetdiensten verleent, (b) op welke wijze rekening dient te worden gehouden met reeds aan NSE als tussenpersoon op te leggen maatregelen en (c) welke uitkomst tot welke conclusie dient te leiden. (rov. 3.8.5 eerste tussenarrest) Aan deze opdracht heeft Brein volgens het hof niet voldaan. De conclusie is dat de stellingen van Brein omtrent het onrechtmatig handelen van NSE niet kunnen bijdragen aan een verdergaande toewijzing van het gevorderde dan reeds op grond van art. 26d Aw mogelijk is, aldus het hof in rov. 2.8.3 van het tweede tussenarrest.

3.7.4 Naar aanleiding van het betoog van NSE dat Brein geen belang heeft bij het opleggen van aanvullende maatregelen omdat zij haar diensten niet zal hervatten, heeft het hof in zijn eindarrest geoordeeld dat Brein, met het oog op de geringe kans dat NSE haar diensten zal hervatten, nog steeds een, zij het gering, belang heeft bij een bevel met betrekking tot een effectieve NTD-procedure, maar dat zij, gelet op de daarmee gemoeide tijd en kosten, onvoldoende belang heeft bij voortzetting van de procedure met het oog op aanvullende maatregelen (rov. 2.6-2.10). Kennelijk ten overvloede heeft het hof daaraan toegevoegd geen aanleiding te zien om terug te komen van zijn beslissing om Brein niet toe te laten tot bewijslevering op de grondslag van onrechtmatig handelen (rov. 2.11).

Onderdeel 4.14

3.8.1 In onderdeel 4.14 klaagt Brein over het oordeel van het hof in rov. 2.8.3 van zijn tweede tussenarrest dat Brein niet heeft voldaan aan de haar in rov. 3.8.5 van het eerste tussenarrest gegeven opdracht (zie hiervoor in 3.7.3, slot). Ten aanzien van de vraag welke uitkomst tot welke conclusie dient te leiden, wijst het onderdeel erop dat Brein heeft gesteld dat een uitkomst van 66,67% inbreukmakend materiaal handhaving van het stakingsbevel zou rechtvaardigen.

3.8.2 Het onderdeel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. De in het onderdeel bepleite uitkomst stuit reeds af op het oordeel van het hof dat het door de rechtbank gegeven stakingsbevel in strijd is met art. 15 Richtlijn inzake elektronische handel (zie hiervoor in 3.7.1). Bovendien is het hof, gelet op de mededeling van NSE dat zij haar diensten niet zal hervatten, tot het oordeel gekomen dat Brein onvoldoende belang heeft bij voortzetting van de procedure met het oog op aanvullende maatregelen (zie hiervoor in 3.7.4). Deze oordelen worden tevergeefs bestreden (zie hierna in 3.9).

Overige klachten

3.9 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Het voorwaardelijke incidentele middel
 3.10 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen verdere behandeling.

Kosten

3.11 Partijen zijn op de voet van punt 4 van de Indicatie tarieven in IE-zaken Hoge Raad 2017 overeengekomen dat Brein bij verwerping van het principale beroep een bedrag van € 65.000 aan NSE zal betalen, inclusief BTW en verschotten. De Hoge Raad zal dienovereenkomstig beslissen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt Brein in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van NSE begroot op € 65.000, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Brein deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Noot

De aansprakelijkheid van internet-tussenpersonen voor door derden aangeboden informatie is al vele jaren een problematisch leerstuk, vooral maar niet alleen in het auteursrecht. Moet een online intermediair net als een uitgever of een omroeporganisatie instaan voor de rechtmatigheid van de meegedeelde inhoud? Of is de tussenpersoon te beschouwen als een neutraal doorgeefluik, dat net als de oude PTT 'geen boodschap heeft aan de boodschap'?

Om de groei van het dienstenverkeer op het internet te bevorderen is rond de eeuwwisseling de Europese richtlijn inzake elektronische handel (2000/31/EG) aangenomen die voorziet in vergaande beperking van aansprakelijkheid van internet-tussenpersonen (art. 12-14). Deze bepalingen zijn omgezet in art. 6:196c BW en terug te vinden in de artikelen 4 tot 6 van de Digitaal dienstenverordening ((EU) 2022/2065), die vanaf februari 2024 voor de richtlijn bepalingen in de plaats zijn gekomen.

Op grond van art. 14 van de Richtlijn jo. art. 6:196c lid 4 BW is de aanbieder van opslagdiensten (*hosting*-diensten) niet aansprakelijk voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, mits 'de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt'. Anders gezegd, een host is eerst aansprakelijk als hij ondanks notificatie de onrechtmatige informatie niet prompt verwijderd.

Deze regels zijn ontstaan voor de opkomst van de grote platforms die het internet in de afgelopen decennia zijn gaan domineren, zoals YouTube, Facebook, Instagram en TikTok. Hoewel deze intermedi-

airs onderling verschillen vertonen, is een gemeenschappelijk kenmerk dat de op de platforms beschikbare informatie door de (miljarden) gebruikers zelf wordt aangeleverd. De rol van de platforms blijft beperkt tot het faciliteren, organiseren en aantrekkelijk presenteren van deze *user-generated content*. Door hieraan gepersonaliseerde advertenties te koppelen is het businessmodel van de platformaanbieders uitermate lucratief.

Onvermijdelijk bestaat een deel van de door gebruikers aangeboden informatie uit inbreukmakend materiaal. De platformaanbieders verwezen in dergelijke gevallen steevast naar de uploadende gebruikers, die zich aan inbreuk schuldig maakten. Zelf vertrouwden ze op de *hosting safe harbour* en de daarop gebaseerde *notice-and-takedown* procedure. Maar volgens auteursrechthebbers spelen de platforms een veel actievere rol in het communicatieproces dan die van traditionele opslagdiensten en zouden zij daarom niet meer in aanmerking voor de *safe harbour* moeten komen. De platforms zouden – net als uitgevers en omroepen – primair aansprakelijk moeten zijn voor inbreukmakende content. Een bijkomend argument van de rechthebbers is dat de platforms de traditionele waardeketen in de creatieve economie hebben aangetast, door zich een groot deel van de exploitatie-inkomsten toe te eigenen zonder de aansprakelijkheidsrisico's van traditionele exploitanten te dragen [Conclusie A-G, NJ 2024/313, *YouTube en Cyando*, punt 47].

Voor deze stellingen vonden de rechthebbers enige steun in de jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking tot het auteursrechtelijke recht van mededeling aan het publiek, dat is geharmoniseerd in art. 3 lid 1 van de Richtlijn auteursrecht in de informatiemaatschappij (2001/29/EG). Weliswaar verduidelijkt overweging 27 van deze richtlijn dat de 'beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten (...) op zich geen mededeling in de zin van deze richtlijn' is, toch heeft het Hof in de afgelopen jaren steeds meer faciliterende handelingen onder het mededelingsrecht gebracht, zoals het hyperlinken naar illegaal op het web geplaatste werken (*GS Media*, NJ 2018/112), het verhandelen van mediaspelers met links naar illegale streaming-sites (*Filmspeler*, NJ 2018/113) en het verzorgen van een peer-to-peerdienst waardoor gebruikers gemakkelijk illegale bestanden onderling kunnen uitwisselen (*The Pirate Bay*); zie annotatie P.B. Hugenholtz onder deze arresten, NJ 2018/114.

VG Bild-Kunst/SPK

In deze reeks past het arrest van het HvJ EU in de zaak *VG Bild-Kunst/SPK*. De Stiftung Preußischer Kulturbesitz wilde online toegang bieden tot het gedigitaliseerde kunstbezit van een groot aantal erfgoedinstellingen en vroeg Bild-Kunst om een auteursrechtlicentie. Bild-Kunst was bereid deze te verlenen, maar alleen als SPK technische maatregelen zou nemen om te voorkomen dat derden zogeheten *framed hyperlinks* naar de gelicentieerde beel-

den aanbieden. Een dergelijke hyperlink wekt bij degene die ze opent de indruk dat het gelinkte beeld afkomstig is van de partij die de link heeft geplaatst. Daardoor kan, zo vreesde Bild-Kunst, misbruik worden gemaakt van de gelicentieerde werken.

Volgens SPK was de door Bild-Kunst gestelde licentievoorwaarde echter onredelijk omdat linken naar legaal op het web geplaatste beelden geen auteursrechtelijk relevante handeling oplevert, ook niet als daardoor technische maatregelen worden omzeild. Het geschil leidde na vragen van het Duitse Bundesgerichtshof tot een nadere uitleg van het mededelingsrecht, waarbij Bild-Kunst aan het langste eind trok. Volgens het HvJ EU is geframed hyperlinks waardoor technische maatregelen worden omzeild wel degelijk een mededeling aan het publiek, aangezien daardoor een nieuw publiek wordt bereikt dat door de auteursrechthebbende bij het verlenen van toestemming niet in aanmerking is genomen [ro. 47-48].

Met de hierboven aangehaalde jurisprudentie heeft het HvJ EU het mededelingsrecht steeds verder opgerekt en daarbij diverse subjectieve criteria geïntroduceerd die bij de beschermingsomvang van het auteursrecht normaliter geen rol spelen, zoals wetenschap, intentie, zorgplicht, commercieel doel en nadeel. In zijn zeer lezenswaardige conclusie in de zaken *YouTube en Cyando* constateert Advocaat-Generaal Saugmandsgaard Øe dat het Hof zich hiermee op het gebied van het secundaire (accessoire) civiele aansprakelijkheidsrecht heeft begeven – een terrein dat behoudens de safe harbours van de Richtlijn elektronische handel, nooit is geharmoniseerd [Conclusie A-G, zaken C-682/18 en C-683/18, *YouTube en Cyando*, punt 104].

YouTube en Cyando

Aan de oproep van de A-G om van deze jurisprudentie terug te komen, geeft het Hof echter geen gehoor. In *YouTube en Cyando*, twee gevoegde zaken waarin door het Duitse BGH vergelijkbare vragen van uitleg waren gesteld, bouwt het Europese Hof verder aan zijn steeds barokkere mededelingsjurisprudentie.

In de zaak *YouTube* staat de vraag centraal of het grootste videoplatform ter wereld als 'mededeler' in auteursrechtelijke zin moet worden aangemerkt dan wel een beroep kan blijven doen op de aansprakelijkheidsuitsluiting van de Richtlijn elektronische handel. Vergelijkbare vragen spelen in de zaak *Cyando*, aanbieder van de Uploaded-opslagdienst die in Duitsland veel werd gebruikt voor het delen van bestanden.

Het Hof stelt voorop dat het mededelingsrecht ter bescherming van de auteurs ruim is uit te leggen, maar heeft ook oog voor het grote belang van platformdiensten voor de informatievrijheid. Uit het Handvest vloeit voort dat bij de uitleg van het unierecht tussen deze conflicterende belangen een rechtvaardig evenwicht moet worden bereikt [ro. 65].

Het Hof benadrukt dat het in de eerste plaats de platformgebruikers zijn die mededelingshandelingen verrichten. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van de platforms roept het Hof in herinnering dat niet iedere technisch stap in het communicatieproces, ook als deze onontbeerlijk is, een 'mededeling aan het publiek' oplevert [ro. 79]. Er moet sprake zijn van een 'weloverwogen interventie' van de intermediair waardoor auteursrechtelijke beschermd materiaal aan een 'publiek' beschikbaar worden gemaakt. "[M]et name het feit dat de exploitant met volle kennis van de gevolgen van zijn handelwijze intervenueert om het publiek toegang te verlenen tot beschermde werken, kan leiden tot de kwalificatie van die interventie als 'handeling bestaande in een mededeling'" [ro. 81]. Daarvoor is vereist dat de intermediair specifieke kennis bezit van de aanwezigheid van inbreukmakend materiaal op het platform. Abstracte wetenschap dat inbreuken zich in het algemeen op het platform kunnen en zullen voordoen, is als zodanig niet genoeg [ro. 85].

In dit opzicht onderscheidt YouTube zich volgens het Hof wezenlijk van *The Pirate Bay*. In laatstgenoemde zaak beschikte de platformaanbieder evenmin over specifieke kennis van de talrijke gepleegde inbreuken, maar stond vast dat *The Pirate Bay* zijn bedrijfsmodel had toegesneden op het faciliteren van auteursrechtinbreuk door zijn gebruikers. Indien een platform daarentegen 'de passende technische maatregelen treft die van een normaal behoedzame marktdeelnemer in zijn situatie kunnen worden verwacht om op geloofwaardige en doeltreffende wijze inbreuken op dat platform tegen te gaan', leidt algemene wetenschap van inbreuk niet tot een 'weloverwogen interventie' die als mededelingshandeling kwalificeert, aldus het Hof [ro. 84]. Deze kernpassage illustreert dat het mededelingsrecht zoals door het Hof geïnterpreteerd, geheel verweven is geraakt met de leer van de secundaire (accessoire) aansprakelijkheid.

Het Hof constateert vervolgens dat YouTube diverse maatregelen heeft genomen om auteursrechtinbreuk zoveel mogelijk te voorkomen. Het Hof wijst in het bijzonder op het door YouTube ontwikkelde *ContentID*-systeem waardoor inbreuken automatisch kunnen worden gedetecteerd [ro. 93-94]. Mede omdat YouTube anders dan *The Pirate Bay* haar gebruikers niet aanmoedigt om illegale content te delen, maar dat integendeel in de gebruiksvoorwaarden uitdrukkelijk verbiedt, is duidelijk dat het bedrijfsmodel van YouTube er niet op is gericht auteursrechtinbreuk te faciliteren of aan te moedigen [ro. 96]. Of dat ook geldt voor de Uploaded-dienst van Cyando, laat het Hof in het midden [ro. 101].

De vragen over de reikwijdte van de aansprakelijkheidsvrijstelling van art. 14 lid 1 Rl elektronische handel worden hierna betrekkelijk summier beantwoord. Het Hof stelt voorop dat voor een succesvol beroep op de hosting safe harbour een neutrale rol vereist is [ro. 106]. Een platformaanbieder 'die niet louter platformen ter beschikking stelt, maar er

daarnaast toe bijdraagt dat het publiek in strijd met het auteursrecht toegang wordt gegeven tot dergelijke content' voldoet niet aan deze eis [ro. 108]; de safe harbour en het mededelingsrecht zijn dus complementair. Een platform verspeelt zijn neutrale rol echter niet door technische maatregelen te nemen om inbreuk te voorkomen [ro. 109]. Deze overweging sluit aan bij de *good samaritan*-regel die in art. 7 van de Digitaalmediadienstenverordening een plaats heeft gekregen.

Ten aanzien van het kennisvereiste van art. 14 lid 1 (a) RI elektronische handel overweegt het Hof dat algemene (abstracte) kennis van inbreuk niet voldoende is [ro. 111]. Omdat platforms op grond van art. 15 lid 1 van de richtlijn niet verplicht kunnen worden om actief op zoek te gaan naar illegale informatie, is aan het kennisvereiste eerst voldaan als het platform beschikt over kennis van 'concrete onwettige activiteiten' [ro. 112]. De aanwezigheid op het platform van geautomatiseerde indexering en een zoekfunctie wijst volgens het Hof op zichzelf niet op dergelijke wetenschap.

In de praktijk verkrijgen platforms doorgaans eerst concrete wetenschap van inbreuk door een duidelijke kennisgeving (*notice*) van een rechthebbende. Aan de kwaliteit van dergelijke notificaties wijdt het Hof tot besluit een belangrijke overweging. Een kennisgeving moet 'voldoende gegevens [...] bevatten om de exploitant van dat platform in staat te stellen zich zonder grondig juridisch onderzoek ervan te vergewissen dat die mededeling onrechtmatig was en dat een eventuele verwijdering van die content verenigbaar is met de vrijheid van meningsuiting' [ro. 116].

Nieuw platform-regime in de DSM-richtlijn

Het uitvoerig gemotiveerde arrest van het HvJ EU in de zaken *YouTube en Cyando* heeft alles in zich om een *landmark decision* te zijn, ware het niet dat het arrest al voor het werd gewezen grotendeels door nieuw recht is achterhaald. In 2019 is Richtlijn 2019/790 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt (de 'DSM-richtlijn') aangenomen, die voorziet in een nieuwe regeling van de platform-aansprakelijkheid. Op grond van art. 17 lid 1 DSM-Richtlijn verricht een 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content', zoals YouTube, een mededeling aan het publiek 'wanneer hij het publiek toegang verleent tot auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde materialen die door de gebruikers ervan zijn geüpload.' Dit is echter niet het geval als de platform-aanbieder zijn best heeft gedaan om toestemming van de rechthebbenden te verkrijgen en 'alles in het werk [heeft] gesteld om ervoor te zorgen dat bepaalde werken en andere materialen waarvoor de rechthebbenden hun de nodige toepasselijke informatie hebben verstrekt, niet beschikbaar zijn' (art. 17 lid 4 a en b). Het nieuwe aansprakelijkheidsregime van de DSM-richtlijn is omgezet in art. 29c Auteurswet.

Op het eerste gezicht wijkt de door het Hof ontwikkelde aansprakelijkheidsregel wezenlijk af van het regime van art. 17 DSM. Volgens het Hof kwalificeert de door YouTube verzorgde platformdienst niet als 'mededeling aan het publiek', omdat (kort samengevat) YouTube de nodige technische maatregelen ter voorkoming van inbreuk heeft genomen. De 'nee, mits'-benadering van het Hof contrasteert met de 'ja, tenzij'-regel van art. 17 DSM. Toch vertonen beide regimes inhoudelijk sterke overeenkomsten. In beide regimes leidt het nemen van de nodige preventieve technische maatregelen immers tot uitsluiting van auteursrechtelijke aansprakelijkheid.

In de praktijk blijft het arrest *YouTube en Cyando* relevant ten aanzien van intermediairs die niet zijn aan te merken als 'aanbieder van een onlinedienst voor het delen van content' in de zin van de DSM-richtlijn, zoals bijvoorbeeld de 'clouddiensten waarmee gebruikers content kunnen uploaden voor eigen gebruik' die uitdrukkelijk van de richtlijnregel zijn uitgezonderd (art. 2 lid 6 DSM-RI). Wellicht had dit dus ook gegolden voor de Uploaded-dienst van Cyando, ware het niet dat deze dienst inmiddels is gestaakt. Ook is denkbaar dat de door het Hof ontwikkelde aansprakelijkheidscriteria houvast bieden bij de beoordeling van platformaansprakelijkheid in niet-auteursrechtelijke aangelegenheden, bijvoorbeeld in portretrechtzaken.

Brein/NSE

Inmiddels heeft het arrest *YouTube en Cyando* zijn stempel gedrukt op de Nederlandse jurisprudentie, zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Brein/NSE*. In deze langlopende procedure tussen de Stichting Brein, die namens een groot aantal rechthebbenden tegen inbreuk optreedt, en de exploitant van het aloude Usenet-platform, past de Hoge Raad de door het HvJ EU ontwikkelde criteria nauwgezet toe. Na een tussenarrest waarbij prejudiciële vragen waren gesteld die na het arrest *YouTube en Cyando* zijn ingetrokken, houdt de Hoge Raad het oordeel van het Amsterdamse gerechtshof in stand dat NSE niet voor de via de 'nieuwsgroepen' op het Usenet-platform gepleegde illegale bestandsuitwisseling aansprakelijk is. NSE kon zich succesvol beroepen op de aansprakelijkheidsuitsluiting van art. 6:196c lid 4 BW en verrichtte bovendien geen mededeling aan het publiek in de zin van het auteursrecht. Of dit onder het nieuwe recht anders zou zijn geweest zullen we nooit weten, want NSE had haar activiteiten al voordat het arrest gewezen was beëindigd.

Het arrest *VG Bild-Kunst/SPK* is geannoteerd door C.P. Engels in *Auteursrecht* 2021, p. 158-160. Het arrest *YouTube en Cyando* is besproken door P. Polter in *Computerrecht* 2021/210; D.J.G. Visser in *AA* 2021, p. 1022, en – zeer uitvoerig – door J.P. Quintais en Chr. Angelopoulos in *Auteursrecht* 2022, p. 46-51. Het arrest *Brein/NSE* is besproken door M. Schellekens in *Auteursrecht* 2023, p. 129-131.

P.B. Hugenholtz