

Nr. 7 Scarlet/Sabam

Hof van Justitie van de Europese Unie 24 november 2011
zaak C-70/10

„Informatiemaatschappij – Auteursrecht – Internet – ‘Peer-to-peer’-programma’s – Internetproviders – Invoering van systeem waarbij elektronische communicatie wordt gefilterd om met auteursrechten strijdige uitwisseling van bestanden te voorkomen – Geen algemene verplichting van toezicht op doorgegeven informatie”

Procestaal: Frans

In zaak C-70/10,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Hof van beroep te Brussel (België) bij beslissing van 28 januari 2010,¹ ingekomen bij het Hof op 5 februari 2010, in de procedure

Scarlet Extended NV

tegen

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM),

in tegenwoordigheid van:

- Belgian Entertainment Association Video VZW (BEA Video),
- Belgian Entertainment Association Music VZW (BEA Music),
- Internet Service Provider Association VZW (ISPA),

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, J. Malenovský (rapporteur), R. Silva de Lapuerta, E. Juhász en G. Arestis, rechters, advocaat-generaal: P. Cruz Villalón, griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 januari 2011,

gelet op de opmerkingen van:

- Scarlet Extended NV, vertegenwoordigd door T. De Meese en B. Van Asbroeck, advocaten,
- Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM), Belgian Entertainment Association Video VZW (BEA Video) en Belgian Entertainment Association Music VZW (BEA Music), vertegenwoordigd door F. de Visscher, B. Michaux en F. Brison, advocaten,
- Internet Service Provider Association VZW (ISPA), vertegenwoordigd door G. Somers, advocaat,
- de Belgische regering, vertegenwoordigd door T. Materne, J.-C. Halleux en C. Pochet als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en K. Havlíčková als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Fiorentino, avvocato dello Stato,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels en B. Koopman als gemachtigden,
- de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Szpunar, M. Drwięcki en J. Goliński als gemachtigden,
- de Finse regering, vertegenwoordigd door M. Pere als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Samnadda en C. Vrignon als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 april 2011,

het navolgende

¹ Zie Cour d’appel Bruxelles 28 januari 2010, *Mediaforum* 2010-7/8, nr. 22 m.nt. D. Delarue.

2) Artikel 3 van 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 („richtlijn inzake elektronische handel”), moet aldus worden uitgelegd dat het geen omzetting in de vorm van een specifieke conflictregel verlangt. De lidstaten moeten echter, behoudens de volgens de voorwaarden van artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31 toegestane afwijkingen, op het gecoördineerde gebied waarborgen dat de verlener van een dienst van de elektronische handel niet wordt onderworpen aan strengere eisen dan die voorzien in het in de lidstaat van vestiging van die dienstverlener toepasselijke materiële recht.

Zie het artikel van Martijn Wools elders in dit nummer, red.

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van:

- 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 („richtlijn inzake elektronische handel”) (PB L 178, blz. 1);
- 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 (PB L 167, blz. 10);
- richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB L 157, blz. 45, en rectificatie PB L 195, blz. 16);
- richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PB L 281, blz. 31), en
- richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PB L 201, blz. 37).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Scarlet Extended NV (hierna: „Scarlet”) en de Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) (hierna: „SABAM”) over de weigering van Scarlet om een systeem in te voeren waarbij elektronische communicatie die via filesharingsoftware (zogenoemde „peer-to-peer”-programma’s) wordt verricht wordt gefilterd om met auteursrechten strijdige uitwisseling van bestanden te voorkomen.

Toepasselijke bepalingen

Wettelijke regeling van de Unie

Richtlijn 2000/31

3 De punten 45 en 47 van de considerans van richtlijn 2000/31 luiden als volgt:

(45) De beperking van de in de richtlijn vastgestelde aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden, doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om verschillende soorten verbodsmaatregelen te treffen. Die maatregelen bestaan in het bijzonder in rechterlijke of administratieve uitspraken waarin de beëindiging of voorkoming van een inbreuk wordt bevolen, met inbegrip van de verwijdering of het ontoegankelijk maken van onwettige informatie.

[...]

(47) De lidstaten mogen dienstverleners geen toezichtverplichtingen van algemene aard opleggen. Dit geldt niet voor toezichtverplichtingen in speciale gevallen en doet niet afbreuk aan maatregelen van nationale autoriteiten in overeenstemming met de nationale wetgeving.

4 Artikel 1 van deze richtlijn bepaalt:

1. Deze richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan de goede werking van de interne markt door het vrije verkeer van de diensten van de informatiemaatschappij tussen lidstaten te waarborgen.

2. Voor zover voor de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstelling nodig, worden met deze richtlijn bepaalde nationale bepalingen nader tot elkaar gebracht die van toepassing zijn op de diensten van de informatiemaatschappij en betrekking hebben op de interne markt, de vestiging van de dienstverleners, de commerciële communicatie, langs elektronische weg gesloten contracten, de aansprakelijkheid van tussenpersonen, gedragscodes, de buitengerechtelijke geschillenregeling, rechtsgedingen en de samenwerking tussen lidstaten.

[...]

5 Artikel 12 van deze richtlijn, dat deel uitmaakt van afdeling 4 van hoofdstuk II ervan, met als opschrift „Aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden”, luidt als volgt:

1. De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, of in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de doorgegeven informatie, op voorwaarde dat:

- a) het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt;
- b) de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd, en
- c) de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd.

[...]

3. Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt.

6 Artikel 15 van richtlijn 2000/31, dat eveneens deel uitmaakt van afdeling 4 van hoofdstuk II van deze richtlijn, bepaalt:

1. Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op 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.

2. De lidstaten kunnen voorschrijven dat dienstverleners de bevoegde autoriteiten onverwijld in kennis dienen te stellen van vermeende onwettige activiteiten of informatie door afnemers van hun dienst, alsook dat zij de bevoegde autoriteiten op hun verzoek informatie dienen te verstrekken waarmee de afnemers van hun dienst met wie zij opslagovereenkomsten hebben gesloten, kunnen worden geïdentificeerd.

Richtlijn 2001/29

7 De punten 16 en 59 van de considerans van richtlijn 2001/29 luiden als volgt:

(16) [...] Deze richtlijn moet worden uitgevoerd binnen eenzelfde tijdschema als dat voor de uitvoering van [richtlijn 2000/31], omdat die richtlijn voorziet in een geharmoniseerd kader van de beginselen en voorschriften die onder andere van belang zijn voor belangrijke delen van deze richtlijn. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de voorschriften inzake aansprakelijkheid in de richtlijn inzake elektronische handel.

[...]

(59) In het bijzonder in de digitale omgeving, zullen derden voor inbreukmakende handelingen wellicht in toenemende mate gebruik maken van de diensten van tussenpersonen. Die tussenpersonen zijn in veel gevallen het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen. Onverminderd de eventuele andere beschikbare sancties en rechtsmiddelen, moeten de rechthebbenden over de mogelijkheid beschikken om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een tussenpersoon die een door een derde gepleegde inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal in een netwerk steunt. Deze mogelijkheid moet ook beschikbaar zijn wanneer de door de tussenpersoon verrichte handelingen krachtens artikel 5 uitgezonderd zijn. De voorwaarden en nadere bepalingen met betrekking tot dergelijke verbodsmaatregelen moeten aan het nationaal recht van de lidstaten worden overgelaten.

8 Artikel 8 van richtlijn 2001/29 bepaalt:

1. De lidstaten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen met betrekking tot inbreuken op de in deze richtlijn omschreven rechten en verplichtingen en dragen er zorg voor, dat deze sancties en rechtsmiddelen daadwerkelijk worden toegepast. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend en evenredig zijn en bijzonder preventieve werking hebben.

[...]

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.

9 Punt 23 van de considerans van richtlijn 2004/48 luidt als volgt:

Onverminderd andere ter beschikking staande maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten rechthebbenden de mogelijkheid hebben te verzoeken dat een bevel wordt uitgevaardigd tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het industriële-eigendomsrecht van de rechthebbende. De voorwaarden voor en modaliteiten van deze bevelen moeten aan het nationale recht van de lidstaten worden overgelaten. Met betrekking tot inbreuken op auteursrechten en naburige rechten is al een grote mate van harmonisatie bewerkstelligd door richtlijn [2001/29]. Aan artikel 8, lid 3, van [richtlijn 2001/29] dient dan ook door deze richtlijn geen afbreuk te worden gedaan.

10 Artikel 2, lid 3, van richtlijn 2004/48 bepaalt:

Deze richtlijn doet geen afbreuk aan:

a) de communautaire bepalingen betreffende het materiële recht inzake de intellectuele eigendom, [...] of richtlijn [2000/31] in het algemeen en de artikelen 12 tot en met 15 daarvan in het bijzonder;

[...]

11 Artikel 3 van richtlijn 2004/48 bepaalt:

1. De lidstaten stellen de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen vast die nodig zijn om de handhaving van de in deze richtlijn bedoelde intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen. Deze maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden of nodeloze vertragingen inhouden.

2. De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures.

12 In artikel 11 van richtlijn 2004/48 is bepaald:

De lidstaten dragen er zorg voor dat, wanneer bij rechterlijke uitspraak inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht is vastgesteld, de bevoegde rechterlijke instanties een bevel tot staking van de inbreuk tegen de inbreukmaker kunnen uitvaardigen. Indien het nationale recht erin voorziet, wordt bij niet-naleving van een bevel, indien passend, een dwangsom tot naleving van het verbod opgelegd. De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van richtlijn [2001/29].

Nationale wettelijke regeling

13 Artikel 87, § 1, eerste en tweede alinea, van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (Belgisch Staatsblad van 27 juli 1994, blz. 19297) bepaalt:

[...] [D]e voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg [...] [stelt] het bestaan vast van elke inbreuk op het auteursrecht of op een naburig recht en [beveelt] [...] de staking ervan.

[Hij kan] eveneens een bevel tot staking uitvaardigen tegenover tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht of op een naburig recht te plegen.

14 De artikelen 12 en 15 van richtlijn 2000/31 zijn bij de artikelen 18 en 21 van de Wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij (Belgisch Staatsblad van 17 maart 2003, blz. 12962) in nationaal recht omgezet.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

15 SABAM is een beheersmaatschappij die auteurs, componisten en uitgevers van muziekwerken vertegenwoordigt bij het verlenen van toestemming voor het gebruik door derden van hun auteursrechtelijk beschermde werken.

16 Scarlet is een internetprovider die haar klanten internettoegang verschaft, maar geen andere diensten, zoals een downloaddienst of flessharing, aanbiedt.

17 In 2004 heeft SABAM vastgesteld dat internetgebruikers die van de diensten van Scarlet gebruik maken, zonder toestemming en zonder rechten te betalen werken uit haar catalogus van het internet downloaden via „peer-to-peer“-netwerken. Dit is een gebruiksvriendelijk, onafhankelijk, decentraal en met geavanceerde zoek- en downloadfuncties uitgerust middel om de inhoud van bestanden te delen.

18 Bij exploit van 24 juni 2004 heeft SABAM Scarlet voor de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel gedagvaard, met als argument dat dit bedrijf als internetprovider bij uitstek is aangewezen om maatregelen te nemen teneinde de door haar klanten gepleegde inbreuken op het auteursrecht te beëindigen.

19 SABAM heeft allereerst verzocht om vast te stellen dat de illegale uitwisseling van elektronische muziekbestanden met behulp van „peer-to-peer“-programma's een inbreuk vormt op het auteursrecht op de tot haar repertoire behorende muziekwerken, in het bijzonder op het verveelvoudigings- en openbaarmakingsrecht, en dat deze inbreuken werden gepleegd met gebruikmaking van de diensten van Scarlet.

20 Vervolgens heeft SABAM verzocht om Scarlet op straffe van betaling van een dwangsom te gelasten deze inbreuken te beëindigen door elke niet door de auteursrechthebbenden toegestane verzending of ontvangst door haar klanten via „peer-to-peer“-programma's van bestanden die een muziekwerk bevatten, te blokkeren of onmogelijk te maken. Ten slotte heeft SABAM gevraagd dat Scarlet haar op straffe van betaling van een dwangsom de maatregelen zou meedelen die zij ter uitvoering van de te nemen rechterlijke beslissing zou treffen.

21 Bij vonnis van 26 november 2004 heeft de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel het bestaan van de door SABAM gehekeld inbreuk op het auteursrecht vastgesteld. Alvorens te beslissen op het verzochte bevel tot staking heeft de voorzitter echter een deskundige aangesteld om te onderzoeken of de door SABAM voorgestelde technische oplossingen technisch haalbaar zijn, of zij het mogelijk maken uitsluitend de illegale uitwisseling van elektronische bestanden te filteren, of er nog andere toepassingen bestaan waarmee toezicht op het gebruik van „peer-to-peer“-programma's mogelijk is, en wat de kosten zijn van de overwogen toepassingen.

22 In zijn verslag is de aangeduide deskundige tot de conclusie gekomen dat het ondanks talrijke technische hindernissen niet volledig is uitgesloten dat het filteren en blokkeren van illegale uitwisselingen van elektronische bestanden haalbaar is.

23 Bij vonnis van 29 juni 2007 heeft de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel Scarlet gelast om op straffe van betaling van een dwangsom de in het vonnis van 26 november 2004 geconstateerde inbreuken op het auteursrecht te beëindigen door het onmogelijk te maken dat haar klanten via „peer-to-peer“-programma's elektronische bestanden ontvangen of verzenden die muziekwerken uit het repertoire van SABAM bevatten.

24 Tegen deze beslissing heeft Scarlet bij de verwijzende rechter beroep ingesteld. Zij heeft om te beginnen betoogd dat zij onmogelijk aan het rechterlijk bevel kan voldoen omdat de efficiëntie en de duurzaamheid van blokkerings- of filtersystemen niet is bewezen en omdat de toepassing van die systemen op vele praktische hindernissen stuit, zoals problemen met de capaciteit van het netwerk en de impact van deze systemen daarop. Bovendien bestaan er thans een aantal „peer-to-peer“-programma's die toezicht op hun inhoud door derden onmogelijk maken, waardoor elke poging om de betrokken bestanden te blokkeren gedoemd is op zeer korte termijn te mislukken.

25 Vervolgens heeft Scarlet betoogd dat dit rechterlijk bevel niet in overeenstemming is met artikel 21 van de Wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de informatiemaatschappij, waarbij artikel 15 van richtlijn 2000/31 in nationaal recht is omgezet, omdat daarbij de facto een algemene verplichting van toezicht op de communicatie op haar netwerk wordt opgelegd. Elk blokkerings- of filtersysteem voor „peer-to-peer“-verkeer veronderstelt immers noodzakelijkerwijs een veralgemeend toezicht op alle communicatie op dat netwerk.

26 Ten slotte heeft Scarlet betoogd dat de invoering van een filtersysteem de Unierechtelijke bepalingen inzake de bescherming van persoonsgegevens en het communicatiegeheim schendt, aangezien

een dergelijke filtering de verwerking inhoudt van IP-adressen, die persoonsgegevens vormen.

27 De verwijzende rechter heeft daarom geoordeeld dat, voordat wordt ingegaan op de vraag of er een systeem voor het filteren en blokkeren van „peer-to-peer”-bestanden bestaat en of dit doeltreffend kan zijn, moet worden nagegaan of de verplichtingen die Scarlet kunnen worden opgelegd, in overeenstemming zijn met het Unierecht.

28 In die omstandigheden heeft het Hof van beroep te Brussel de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

1) *Staan de richtlijnen 2001/29 en 2004/48, junctis de richtlijnen 95/46, 2000/31 en 2002/58, mede beschouwd in het licht van de artikelen 8 en 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, de lidstaten toe om een nationale rechter die wordt aangezocht in een bodemprocedure, enkel op de grondslag van een wettelijke bepaling inhoudend dat ‘zij [de nationale rechters] [...] eveneens een bevel tot staking [kunnen] uitvaardigen tegenover tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht of op een naburig recht te plegen’, de bevoegdheid te verlenen een internetprovider te bevelen om ten aanzien van al zijn klanten, in abstracto en als preventieve maatregel, op zijn kosten en zonder beperking in de tijd, een systeem toe te passen voor het filteren van alle onder andere via ‘peer-to-peer’-programma’s in- en uitgaande elektronische communicatie, teneinde te kunnen vaststellen of op zijn netwerk elektronische bestanden in omloop zijn die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarvan de verzoeker beweert de auteursrechtelijke te zijn, en vervolgens de uitwisseling ervan te blokkeren, hetzij bij de opvraging, hetzij bij de verzending ervan?*

2) *Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, verplichten deze richtlijnen dan de nationale rechter die wordt verzocht om een bevel uit te vaardigen tegen een tussenpersoon waarvan de diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een auteursrecht te maken, toepassing te geven aan het beginsel van evenredigheid, wanneer deze rechter zich dient uit te spreken over de doeltreffendheid en de afschrikkende werking van de verzochte maatregel?*

Beantwoording van de prejudiciële vragen

29 Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de richtlijnen 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 en 2002/58, samen gelezen en uitgelegd tegen de achtergrond van de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten, aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een internetprovider door de rechter wordt gelast een filtersysteem in te voeren

- voor alle elektronische communicatie via zijn diensten, met name door het gebruik van „peer-to-peer”-programma’s;
- dat zonder onderscheid op al zijn klanten wordt toegepast;
- dat preventief werkt;
- dat uitsluitend door hem wordt bekostigd, en
- dat geen beperking in de tijd kent,

dat in staat is om op het netwerk van deze provider het verkeer van elektronische bestanden die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarop de verzoeker intellectuele-eigendomsrechten zou hebben, te identificeren, om de overbrenging van bestanden waarvan de uitwisseling het auteursrecht schendt, te blokkeren (hierna: „litigieus filtersysteem”).

30 Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat houders van intellectuele-eigendomsrechten volgens artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 11, derde zin, van richtlijn 2004/48 om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen, zoals internetproviders, wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk te maken op hun rechten.

31 Uit de rechtspraak van het Hof volgt voorts dat de overeenkomstig die bepalingen aan de nationale rechter verleende bevoegdheid hem de mogelijkheid moet bieden om die tussenpersonen te gelasten maatregelen te nemen die niet alleen reeds met behulp van hun informatiemaatschappijdiensten gepleegde inbreuken op de intellectuele-eigendomsrechten beëindigen, maar ook nieuwe inbreuken voorkomen (zie in die zin arrest van 12 juli 2011, L’Oréal e.a., C-324/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 131).

32 Ten slotte volgt uit diezelfde rechtspraak dat de modaliteiten van de rechterlijke bevelen waarin de lidstaten krachtens die artikelen 8,

lid 3, en 11, derde zin, moeten voorzien, zoals die betreffende de te vervullen voorwaarden en de te volgen procedure, aan het nationale recht worden overgelaten (zie naar analogie arrest L’Oréal e.a., reeds aangehaald, punt 135).

33 Die nationale regels, alsook de toepassingen ervan door de nationale rechterlijke instanties, moeten echter de beperkingen die uit de richtlijnen 2001/29 en 2004/48 voortvloeien eerbiedigen, evenals de rechtsbronnen waarnaar deze richtlijnen verwijzen (zie in die zin arrest L’Oréal e.a., reeds aangehaald, punt 138).

34 Die door de lidstaten ingevoerde regels mogen dus, overeenkomstig punt 16 van de considerans van richtlijn 2001/29 en artikel 2, lid 3, sub a), van richtlijn 2004/48, geen afbreuk doen aan de bepalingen van richtlijn 2000/31, en meer in het bijzonder aan de artikelen 12 tot en met 15 daarvan.

35 Bijgevolg moeten die regels met name artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 eerbiedigen, dat de nationale autoriteiten verbiedt maatregelen te treffen die een internetprovider zouden verplichten een algemeen toezicht uit te oefenen op de informatie die hij op zijn netwerk doorgeeft.

36 In dit opzicht heeft het Hof reeds geoordeeld dat een dergelijk verbod zich met name uitstrekt tot nationale maatregelen die een als tussenpersoon optredende dienstverlener, zoals een internetprovider, zouden verplichten tot het actief toezicht houden op alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen. Een dergelijke algemene toezichtverplichting zou bovendien onverenigbaar zijn met artikel 3 van richtlijn 2004/48, dat bepaalt dat de in deze richtlijn bedoelde maatregelen billijk en evenredig moeten zijn en niet overdreven kostbaar mogen zijn (zie arrest L’Oréal e.a., reeds aangehaald, punt 139).

37 De vraag rijst bijgevolg of het in het hoofdgeding aan de orde zijnde rechterlijk bevel, dat de internetprovider verplicht het litigieuze filtersysteem in te voeren, hem verplicht daarbij actief toezicht uit te oefenen op alle gegevens van ieder van zijn klanten teneinde elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen.

38 Vast staat dat de toepassing van dat filtersysteem veronderstelt:

- dat de internetprovider in de eerste plaats uit de volledige elektronische communicatie van al zijn klanten de bestanden selecteert die behoren tot het „peer-to-peer”-verkeer;
- dat hij in de tweede plaats uit dit „peer-to-peer”-verkeer de bestanden selecteert die werken bevatten waarop houders van intellectuele-eigendomsrechten beweren rechten te hebben;
- dat hij in de derde plaats bepaalt welke van deze bestanden illegaal werden uitgewisseld, en
- dat hij in de vierde plaats door hem als illegaal gekwalificeerde uitwisselingen van bestanden blokkeert.

39 Een dergelijk preventief toezicht vereist dus een actieve observatie van alle elektronische communicatie op het netwerk van de betrokken internetprovider en omvat bijgevolg alle door te geven informatie en alle klanten die dat netwerk gebruiken.

40 Het aan de betrokken internetprovider opgelegde rechterlijk bevel om het litigieuze filtersysteem in te voeren, verplicht die internetprovider bijgevolg tot het actief toezicht houden op alle gegevens van al zijn klanten teneinde elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen. Dat bevel onderwerpt die internetprovider dan ook aan een door artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 verboden algemene toezichtverplichting.

41 Om te beoordelen of dat rechterlijk bevel in overeenstemming is met het Unierecht, moet bovendien rekening worden gehouden met de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten, zoals die welke werden vermeld door de verwijzende rechter.

42 Het in het hoofdgeding aan de orde zijnde rechterlijk bevel strekt ertoe de auteursrechten, die een onderdeel vormen van het intellectuele-eigendomsrecht, te beschermen. Op die rechten kan inbreuk worden gemaakt door de aard en de inhoud van bepaalde elektronische communicatie die via het netwerk van de internetprovider wordt vericht.

43 Het intellectuele-eigendomsrecht wordt weliswaar door artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

(hierna: „Handvest”) beschermd, maar noch uit deze bepaling, noch uit de rechtspraak van het Hof vloeit voort dat dit recht onaantastbaar is en daarom absolute bescherming moet genieten.

44 Zoals immers uit de punten 62 tot en met 68 van het arrest van 29 januari 2008, *Promusicae* (C-275/06, Jurispr. blz. I-271), blijkt, moet de bescherming van het fundamentele eigendomsrecht, waarvan de intellectuele-eigendomsrechten deel uitmaken, worden afgewogen tegen de bescherming van andere grondrechten.

45 Meer in het bijzonder volgt uit punt 68 van dat arrest dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties in het kader van de ter bescherming van de houders van auteursrechten vastgestelde maatregelen een juist evenwicht moeten verzekeren tussen de bescherming van deze rechten en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden geraakt.

46 In omstandigheden zoals die van het hoofdgeding moeten de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties bijgevolg met name een juist evenwicht verzekeren tussen de bescherming van het intellectuele-eigendomsrecht, die houders van auteursrechten ten goede komt, en de bescherming van de vrijheid van ondernemerschap, die operatoren zoals internetproviders krachtens artikel 16 van het Handvest genieten.

47 In casu veronderstelt het rechterlijk bevel tot invoering van het litigieuze filtersysteem dat in het belang van de houders van auteursrechten toezicht wordt gehouden op alle elektronische communicatie die op het netwerk van de internetprovider wordt verricht. Bovendien is dit toezicht onbeperkt in de tijd, op iedere toekomstige inbreuk gericht en veronderstelt het dat niet alleen bestaande werken worden beschermd, maar ook toekomstige werken die nog niet zijn gecreëerd op het tijdstip waarop dit systeem wordt ingevoerd.

48 Een dergelijk rechterlijk bevel leidt dus tot een ernstige beperking van de vrijheid van ondernemerschap van de betrokken internetprovider, aangezien het hem verplicht om een permanent, duur en ingewikkeld informaticasysteem in te voeren dat alleen door hem wordt bekostigd, wat overigens strijdig is met de voorwaarden uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2004/48, dat bepaalt dat de maatregelen ter bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten niet onnodig ingewikkeld of kostbaar mogen zijn.

49 Het rechterlijk bevel tot invoering van het litigieuze filtersysteem is dan ook strijdig met het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de bescherming van het intellectuele-eigendomsrecht, dat houders van auteursrechten ten goede komt, en de vrijheid van ondernemerschap, die operatoren zoals internetproviders genieten.

50 Bovendien beperken de effecten van dat rechterlijk bevel zich niet tot de betrokken internetprovider, aangezien het litigieuze filtersysteem ook een aantasting kan vormen van de grondrechten van de klanten van deze internetprovider, namelijk van hun recht op bescherming van persoonsgegevens en van hun vrijheid om informatie te ontvangen of te verstrekken, welke rechten worden beschermd door de artikelen 8 en 11 van het Handvest.

51 Het staat namelijk vast dat het rechterlijk bevel tot invoering van het litigieuze filtersysteem een systematische analyse van alle inhoud veronderstelt en de verzameling en identificatie van de IP-adressen van de gebruikers die illegale inhoud via het netwerk versturen. Aangezien die IP-adressen de precieze identificatie van die gebruikers mogelijk maken, vormen zij beschermde persoonsgegevens.

52 Bovendien kan dat rechterlijk bevel ook de vrijheid van informatie beperken, aangezien het filtersysteem mogelijk onvoldoende onderscheid maakt tussen legale en illegale inhoud, zodat de toepassing ervan zou kunnen leiden tot de blokkering van communicatie met legale inhoud. Er wordt immers niet betwist dat de beantwoording van de vraag of een verzending legaal is, ook afhangt van de toepassing van wettelijke uitzonderingen op het auteursrecht, die verschillen van lidstaat tot lidstaat. Bovendien kunnen sommige werken in bepaalde lidstaten tot het publieke domein behoren of kunnen ze door de betrokken auteurs gratis op het internet zijn geplaatst.

53 Bijgevolg eerbiedigt de betrokken nationale rechterlijke instantie bij uitvaardiging van een rechterlijk bevel waarbij de internetprovider wordt verplicht het litigieuze filtersysteem in te voeren, niet het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen enerzijds het intellectuele-eigendomsrecht en anderzijds de vrijheid van onderne-

merschap, het recht op bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid om informatie te ontvangen of te verstrekken.

54 Op de gestelde vragen moet dan ook worden geantwoord dat de richtlijnen 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 en 2002/58, samen gelezen en uitgelegd tegen de achtergrond van de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten, aldus moeten worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een internetprovider door de rechter wordt gelast het litigieuze filtersysteem in te voeren.

Kosten

55 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie 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 (Derde kamer) verklaart voor recht:

De richtlijnen:

- 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 („richtlijn inzake elektronische handel”);
- 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;
- 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten;
- 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, en
- 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie),

samen gelezen en uitgelegd tegen de achtergrond van de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten, moeten aldus worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staan dat een internetprovider door de rechter wordt gelast een filtersysteem in te voeren

- voor alle elektronische communicatie via zijn diensten, met name door het gebruik van „peer-to-peer”-programma’s;
- dat zonder onderscheid op al zijn klanten wordt toegepast;
- dat preventief werkt;
- dat uitsluitend door hem wordt bekostigd, en
- dat geen beperking in de tijd kent,

dat in staat is om op het netwerk van deze provider het verkeer van elektronische bestanden die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarop de verzoeker intellectuele-eigendomsrechten zou hebben, te identificeren, om de overbrenging van bestanden waarvan de uitwisseling het auteursrecht schendt, te blokkeren.

Noot

Stefan Kulk en Frederik Zuiderveen Borgesius

Mr. S. Kulk is promovendus bij het CIER (Universiteit van Utrecht), en doet onderzoek naar de aansprakelijkheid van internettussenpersonen.

Mr. F.J. Zuiderveen Borgesius is promovendus bij het IViR (Universiteit van Amsterdam), en doet onderzoek naar privacy en behavioural targeting.

Inleiding

De strijd tegen 'file sharing' wordt niet alleen gevoerd tijdens schimmige onderhandelingen over de Anti-Counterfeiting Trade Agreement, maar ook in de rechtszaal. Rechtshouders spreken in toenemende mate internettussenpersonen aan om ervoor te zorgen dat zij auteursrechtinbreuken tegengaan. Een voorbeeld is de recente Nederlandse uitspraak waarin stichting Brein gedaan kreeg dat twee Nederlandse internetaanbieders de toegang tot The Pirate Bay moesten blokkeren voor hun abonnees.¹ Ook *Scarlet/Sabam* is hier een voorbeeld van.

De Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam), het Belgische equivalent van BUMA/STEMRA, verzocht de nationale rechter internetaanbieder Scarlet op te dragen de uitwisseling van muziek via zijn netwerk te stoppen en te voorkomen. Scarlet zou een filtersysteem moeten installeren waarvan het Europese Hof de werkwijze in vier stappen uiteenzet. (i) De internetaanbieder selecteert uit de volledige elektronische communicatie van al zijn klanten de bestanden die via 'peer-to-peer'-verkeer worden verstuurd, (ii) hij selecteert uit dit verkeer de bestanden die werken bevatten waarop houders van intellectuele eigendomsrechten beweren rechten te hebben, (iii) hij bepaalt welke van deze bestanden illegaal uitgewisseld worden, en (iv) hij blokkeert de door hem als illegaal gekwalificeerde uitwisselingen van bestanden.

Na een langlopende procedure vroeg het Hof van beroep in Brussel advies aan het Europese Hof en stelde kort gezegd de volgende vraag: staan de Auteursrechtlijn en de Handhavingsrichtlijn, in het licht van de E-Commercerichtlijn, de Richtlijn bescherming persoonsgegevens, de E-Privacyrichtlijn, en grondrechten zoals beschermd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, in de weg aan deze filterverplichting?

Aansprakelijkheidsbeperkingen in de E-Commercerichtlijn

Scarlet/Sabam past in een reeks van uitspraken waarin het Hof uitleg geeft over de verantwoordelijkheden van internettussenpersonen bij inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.² Enkele hoofdlijnen uit die reeks worden hier geschetst.

De regels voor aansprakelijkheid van internettussenpersonen voor auteursrechtinbreuk zijn een lappendeken van Europese richtlijnen, nationale implementatie-wetgeving en uiteenlopende nationale aansprakelijkheidsregimes. Op Europees niveau is vooral de E-Commercerichtlijn van belang omdat daarin de aansprakelijkheid van bepaalde typen internettussenpersonen wordt beperkt.³ De richtlijn geeft geen regels voor het vestigen van aansprakelijkheid, maar bepaalt slechts de omstandigheden waarin de aansprakelijkheid van tussenpersonen beperkt moet worden.

Voor 'mere conduits', ofwel 'doorgeeftuiken', zoals internetaanbieder Scarlet, geldt een aansprakelijkheidsbeperking. Ook de aansprakelijkheid van hostingaanbieders is op grond van de richtlijn beperkt.

In *Louis Vuitton/Google France* liet het Hof zich voor het eerst uit over een van de aansprakelijkheidsbeperkingen in de E-Commercerichtlijn.⁴ Op grond van artikel 14 van de richtlijn is voor de aansprakelijk-

heidsbeperking voor hostingaanbieders vereist dat de dienstverlener informatie opslaat, en de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige informatie, of van omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de informatie duidelijk blijkt. Als een hostingaanbieder deze kennis verkrijgt, moet hij direct overgaan tot verwijdering of het ontoegankelijk maken van die informatie. *Louis Vuitton/Google France* betrof de vraag of Google in zijn hoedanigheid als zoekmachine-advertentiedienstverlener, als hostingaanbieder kan worden aangemerkt om gevrijwaard te blijven van aansprakelijkheid voor merkinbreuk die anderen op het advertentieplatform plegen.

Artikel 14 van de E-Commercerichtlijn is toegespitst op traditionele hostingaanbieders, die ten tijde van het opstellen van de richtlijn tot de belangrijkste spelers op internet behoorden. Voor een gelijktrekking met zoekmachine-advertentiedienstverleners is enige fantasie vereist omdat zij meer invloed uitoefenen op wat er op hun platforms gebeurt dan traditionele hostingaanbieders. Toch kwalificeerde het Hof Google als een hostingaanbieder die voor aansprakelijkheidsbeperking in aanmerking kan komen. Maar voor daadwerkelijke beperking van aansprakelijkheid is volgens het Hof vereist dat de handelingen van de aanbieder louter technisch, automatisch en passief zijn. Daarvoor baseerde het Hof zich op de zin die de Europese regelgever aan de aansprakelijkheidsbeperkingen heeft willen geven, en (tussen de regels door) op overweging 42 van de E-Commercerichtlijn die strikt genomen alleen van toepassing is op mere conduits en 'caching' aanbieders.⁵

In *L'Oréal/eBay* werd die uitleg bevestigd en uitgebreid: bij de uitleg van de aansprakelijkheidsbeperkingen moet rekening gehouden worden met 'de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt nastreeft'.⁶ Op welke doelstellingen en context het Hof doelde, is niet duidelijk.

Maatregelen tegen tussenpersonen

Ongeacht de aansprakelijkheidsbeperkingen in de E-Commercerichtlijn, en ongeacht de vraag of de tussenpersoon verantwoordelijkheids draagt voor de inbreuk, kunnen maatregelen aan de tussenpersoon worden opgelegd. Dat volgt uit de E-Commercerichtlijn,⁷ maar ook uit de Handhavingsrichtlijn, die civielrechtelijke handhaving van intellectuele eigendomsrechten harmoniseert.⁸ De filterverplichting in *Scarlet/Sabam* is een voorbeeld van een dergelijke maatregel en het arrest vult daarmee de mozaïek van de verantwoordelijkheden van internettussenpersonen verder in.

De Handhavingsrichtlijn voorziet in de mogelijkheid dat rechthebbenden naast inbreukmakers ook tussenpersonen in rechte kunnen aanspreken om inbreuk op intellectuele eigendomsrechten te beëindigen.⁹ Een filterverplichting strekt tot voorkoming van auteursrechtinbreuk, maar in *L'Oréal/eBay* besliste het Hof dat maatregelen ook kunnen zien op het voorkomen van inbreuken.¹⁰ Zulke maatregelen moeten echter 'eerlijk en billijk' zijn, niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn, en geen onredelijke termijnen inhouden.¹¹ De filterverplichting waar Sabam om vroeg voldeed niet aan deze eisen. Het Hof kwalificeert het filtersysteem namelijk als een duur en ingewikkeld informaticasysteem dat Scarlet bovendien zelf zou moeten betalen.¹²

Maatregelen moeten ook voldoen aan vereisten die niet direct uit de Handhavingsrichtlijn volgen. Zo mogen op grond van artikel 15 lid 1 van de E-Commercerichtlijn geen algemene toezichtsverplichtingen opgelegd worden aan tussenpersonen. Bovendien moet, naar het *Promusicae*-arrest, het recht op eigendom en daarmee de handhaving van intellectuele eigendomsrechten steeds afgewogen worden tegen andere grondrechten. Ook zei het Hof in *Promusicae* dat de richtlijnen zo uitgelegd moeten worden dat zij niet in conflict komen met 'algemene beginselen van Unierecht, zoals het evenredigheidsbeginsel'.¹³

1 Rb.'s-Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549 (BREIN/Ziggo & XS4ALL).

2 Het Hof heeft vlak voor het ter perse gaan van dit nummer een arrest gewezen in een andere procedure waar Sabam bij betrokken is: HvJ EU 16 februari 2012, nr. C-360/10 (*Sabam/Netlog*). In deze zaak ging het om een filterverplichting voor een online sociaal netwerk. Ook deze filterverplichting werd door het Hof naar de prullenbak verwezen.

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

4 HvJ EU 23 maart 2010, nr. C-236/08 (*Google France/Louis Vuitton*).

5 M. J. Heerma van Vos & V. A. Zwaan, 'Google Adwords: Het Hof maakt veel dui-

delijk maar, we zijn er nog niet', NTER 2010-6, p. 207.

6 HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), par. 111.

7 Artikel 12 lid 3, 13 lid 2, en 14 lid 3 E-Commercerichtlijn.

8 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PbEG 2000, L 157/45). Zie artikel 9 en 11 Handhavingsrichtlijn.

9 Artikel 11 Handhavingsrichtlijn.

10 HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), par. 131.

11 Artikel 3 lid 1 Handhavingsrichtlijn.

12 *Scarlet/Sabam*, par. 48.

13 HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06 (*Promusicae*), dictum.

Algemene toezichtsverplichting

In *L'Oréal/eBay* zei het Hof al dat maatregelen die van internettussenpersonen worden verlangd 'niet kunnen bestaan in het actief *surveil-leren* van alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten via de site van die dienstverlener te voorkomen.¹⁴ In *Scarlet/Sabam* concludeert het Hof dat de filterverplichting waar Sabam om vroeg, in strijd zou zijn met artikel 15 lid 1 van de E-Commercerichtlijn omdat het gaat om actief toezicht houden op *alle* gegevens van *alle* klanten om *elke* toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen. De E-Commercerichtlijn stelt dus een grens aan de maatregelen die genomen kunnen worden op grond van de Handhavingsrichtlijn.

Het verbaast niet dat het Hof de filterverplichting als een algemene toezichtsverplichting ziet. Het arrest biedt daarom weinig houvast als het gaat om meer specifieke filterverplichtingen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een filtersysteem dat specifiek is ten aanzien van de groep personen (notoire uploaders), maar algemeen is ten aanzien van het filteren (al het internetverkeer van die groep voor inbreukmakend materiaal). Overigens lijkt het Hof ook niet overtuigd van de effectiviteit van de maatregel waar Sabam om vraagt.¹⁵

Met de vaststelling dat de filterverplichting strijdig is met de E-Commercerichtlijn was het lot van Sabams verzoek bezegeld. Het Hof gaat vervolgens ook kort in op de grondrechten van rechthebbenden, internetaanbieders en internetgebruikers.

Grondrechten

Het arrest steunt naast de E-commercerichtlijn vooral op de ondernemersvrijheid van de internetaanbieder, en op het recht op intellectuele eigendom. Dat laatste is neergelegd in artikel 17 lid 2 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: 'Intellectuele eigendom is beschermd'. Terecht wijst het Hof er echter op dat dit recht niet 'onaantastbaar' is en dat het geen 'absolute bescherming moet genieten'.¹⁶ Artikel 16 van het Handvest bevat een grondrecht met de naam 'vrijheid van ondernemerschap'. Het Hof spreekt van een 'een ernstige beperking van de vrijheid van ondernemerschap van de betrokken internetprovider, aangezien het hem verplicht om een permanent, duur en ingewikkeld informaticasysteem in te voeren dat alleen door hem wordt bekostigd [...]'.¹⁷ Daarom zou bij het invoeren van het filtersysteem het juiste evenwicht tussen de grondrechten zoek zijn, concludeert het Hof.

De grondrechten van de abonnees van Scarlet krijgen minder aandacht. De Belgische rechter verwees in de prejudiciële vraag naar het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, en de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) besprak het Verdrag in zijn opinie. Het Hof verwijst slechts naar het Handvest. Het Hof kijkt alleen naar het recht op bescherming van persoonsgegevens van de abonnees, en naar hun vrijheid om informatie te ontvangen en te verstrekken (artikel 8 en 11 van het Handvest). Deze twee rechten worden elk in één alinea behandeld. Het Hof merkt op dat de filterverplichting de informatievrijheid 'kan' beperken omdat het filtersysteem mogelijk onvoldoende onderscheid maakt tussen legale en illegale inhoud, zodat de toepassing ervan zou kunnen leiden tot de blokkering van communicatie met legale inhoud. Het filtersysteem waar Sabam om vroeg, is een

zeer ingrijpende maatregel. Daarom was een uitgebreider analyse van de beperking van de informatievrijheid welkom geweest.¹⁸

Ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens overweegt het Hof dat het filtersysteem een systematische analyse van alle inhoud veronderstelt. Bovendien zouden de IP-adressen van de gebruikers die illegale inhoud via het netwerk versturen, verzameld worden. Gesouffleerd door de A-G, beslist het Hof dat de IP-adressen persoonsgegevens zijn; een beslissing die het tot nu toe uit de weg was gegaan.¹⁹ 'Aangezien die IP-adressen de precieze identificatie van die gebruikers mogelijk maken, vormen zij beschermde persoonsgegevens.'²⁰ Overigens baseert de A-G zich voornamelijk op een aantal opinies van de Artikel 29 Werkgroep, het advies- en overlegorgaan van Europese privacytoezichthouders.²¹ Deze opinies hebben dus invloed in Luxemburg. Nadat het Hof vaststelt dat IP-adressen in deze zaak als persoonsgegevens beschouwd moeten worden, stopt de redenering. Het Hof legt niet uit waarom in dit geval geen persoonsgegevens verwerkt mogen worden.

Hoewel de meeste Europese rechters en de Artikel 29 Werkgroep IP-adressen als persoonsgegevens beschouwen, is de discussie hieromtrent mogelijk nog niet afgelopen.²² Het gaat in deze zaak om IP-adressen die in handen zijn van internetaanbieder Scarlet. Voor partijen die geen internet aanbieden, is het moeilijker om IP-adressen aan een naam te koppelen. Als zulke partijen IP-adressen niet gebruiken om een individu te onderscheiden van anderen, zouden zij kunnen betogen dat ze geen persoonsgegevens verwerken.²³ Overigens worden in de voorgestelde Verordening die de Richtlijn bescherming persoonsgegevens moet opvolgen, IP-adressen in beginsel als persoonsgegevens gezien.²⁴

De status van IP-adressen als persoonsgegevens is relevant voor partijen die IP-adressen van peer-to-peer-gebruikers verzamelen voor rechthebbenden die gebruikers willen aanspreken.²⁵ De beslissing van het Hof bevestigt nog eens dat ook informatie zonder naam een persoonsgegeven kan zijn. Waarschijnlijk moeten naamloze profielen doorgaans dus ook als persoonsgegevens beschouwd worden, zoals de Artikel 29 Werkgroep zegt. Dergelijke profielen worden bijvoorbeeld gebruikt voor '*behavioural advertising*', adverteren op basis van vastgelegd surfgedrag.²⁶

Terug naar het arrest. Veel verder dan het bovenstaande gaat de analyse van het Hof niet. Het communicatiegeheim en het recht op eerbiediging van het privé-leven komen niet aan bod (artikel 7 van het Handvest). In procedures over het recht op eerbiediging van het privé-leven, bekijkt het Straatsburgse Hof voor de Rechten van de Mens systemen om communicatie te onderscheppen zeer kritisch.²⁷ Dit geldt ook voor systemen die niet de inhoud van communicatie, maar verkeersgegevens analyseren.²⁸ In het *Scarlet/Sabam*-arrest komt deze Straatsburgse jurisprudentie niet aan bod.

Het Hof behandelt – anders dan de A-G – het communicatiegeheim niet.²⁹ Ook de E-Privacyrichtlijn komt in de redeneringen niet meer terug, hoewel het Hof er wel naar verwijst. Een filtersysteem zoals beoogd door Sabam maakt gebruik van '*deep packet inspection*', een systeem waarmee de inhoud van internetverkeer (geautomatiseerd) kan worden bekeken. Een dergelijk systeem lijkt moeilijk te rijmen met het communicatiegeheim, zoals beschermd in de E-Privacyrichtlijn:

14 HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), par. 139.

15 *Scarlet/Sabam*, par. 22.

16 *Scarlet/Sabam*, par. 43.

17 *Scarlet/Sabam*, par. 48.

18 Zie conclusie van de A-G, nr. 84-86 (*Scarlet/Sabam*).

19 HvJ EU 9 november 2010, nr. C 92/09 en C 93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR & Hartmut Eifert/Land Hesse*), par. 42.

20 *Scarlet/Sabam*, par. 51.

21 Conclusie A-G, nr. 74-78 (*Scarlet/Sabam*).

22 Zie Artikel 29 Werkgroep, Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegeven (WP 136), Brussel, 20 juni 2007; en de rapporten uit 2009 en 2010 door Kuner e.a. (Study on online copyright enforcement and data protection in selected Member States, beschikbaar op <http://bit.ly/dyruG> en <http://bit.ly/9pXJf>).

23 Kritisch over de status van IP-adressen als persoonsgegevens: G.J. Zwenne, 'Over persoonsgegevens en IP-adressen, en de toekomst van de privacywetgeving', in: Mommers e.a. (red.), *Het Binnenste buiten. Liber Amoricum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Aermout H.J. Schmidt*, Leiden: eLaw@Leiden 2010, p. 321-341.

24 Zie artikel 4(1) en overweging 24 van de Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), COM(2012)11 final.

25 Zie bijvoorbeeld de conclusie van de A-G, 18 juli 2007, nr. C-275/06, (*Promusicae*), par. 32.

26 Zie voor een Nederlandse discussie over de vraag of naamloze profielen als persoonsgegevens beschouwd moeten: *Kamerstukken II* 32 549, met betrekking tot de Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/32549>.

27 EHRM 1 juli 2008, no. 58243/00, NJ 2010, 324 (*Liberty/Verenigd Koninkrijk*), m.nt. E.J. Dommering, par. 56; EHRM 4 december 2009, no. 30562/04, NJ 2009, 410 (*S. and Marper/Verenigd Koninkrijk*), m.nt. E.A. Alkema, par. 104-105.

28 EHRM 3 april 2007, no. 62617/00, NJ 2007, 617 (*Copland/Verenigd Koninkrijk*) m.nt. E. J. Dommering, par. 41-44; EHRM 2 augustus 1984, no. 8691/79, NJ 1988, 534 (*Malone/Verenigd Koninkrijk*) m.nt. J.V. van Dijk, par. 83-84.

29 Conclusie van de A-G, par. 81-83, (*Scarlet/Sabam*).

De lidstaten [...] verbieden met name het af luisteren, aftappen, opslaan of anderszins onderscheppen of controleren van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens door anderen dan de gebruikers, indien de betrokken gebruikers daarin niet hebben toegestemd [...].³⁰

Ook surfgedrag en peer-to-peer verkeer vallen onder het begrip 'communicatie'.³¹ Uit *Promusicae* volgt echter dat lidstaten de mogelijkheid hebben om uitzonderingen vast te stellen op de verplichting het communicatiegeheim te garanderen, ook in verband met de handhaving van auteursrechten. In zulke gevallen moeten lidstaten wel grondrechten en het evenredigheidsbeginsel respecteren.³²

Conclusie

Het arrest laat opnieuw zien dat het recht op intellectuele eigendom in het unierecht tot grondrecht is verheven.³³ Het Hof bevestigt echter ook dat het recht op intellectuele eigendom geen absoluut recht is. Verder weten we nu dat een vergaande filterverplichting zoals waar Sabam om vroeg niet te rijmen is met de E-Commercerichtlijn. Deze inzichten zijn welkom, maar niet verbazend.

Het is na dit arrest niet uitgesloten dat internetaanbieders filtersystemen gebruiken om file sharing tegen te gaan. Het arrest laat de mogelijkheid bestaan dat internetaanbieders verplicht worden tot een meer specifieke filteropdracht, bijvoorbeeld door het systeem te richten op bepaalde internetgebruikers. Internetaanbieders kunnen ook vrijwillig afspraken maken met rechthebbenden. De Europese Commissie moedigde onlangs internetaanbieders en auteursrecht-hebbers aan om samen de strijd aan te gaan tegen file sharing.³⁴ Het is dan nog maar de vraag of de rechten van internetgebruikers worden gerespecteerd.³⁵

In de grondrechtenafweging benadrukt het Hof de ondernemersvrijheid van de internetaanbieder. Als filtersystemen in de toekomst goedkoper en eenvoudiger te implementeren worden, dan zal het 'recht op ondernemersvrijheid' minder gewicht in de schaal leggen. De balans tussen enerzijds het auteursrecht, en anderzijds de grondrechten van de internetaanbieder en internetgebruikers kan dan anders uitslaan.

Kortom, hoewel het arrest in deze specifieke zaak niet onredelijk is en het Hof in zijn analyse verder gaat dan strikt noodzakelijk, is het jammer dat het Hof zich niet duidelijker uitsprekt over de grondrechten van internetgebruikers. Een aantal belangrijke vragen blijven onbeantwoord. Hoe verhouden filtersystemen zich tot de informatievrijheid, tot het communicatiegeheim en tot het recht op respect voor het privé-leven? Moet deep packet inspection überhaupt wel overwogen worden om een particuliere organisatie te helpen met handhaving van auteursrechten? Waar de balans moet liggen tussen de rechten van internetgebruikers, internetaanbieders en auteursrecht-hebbers is helaas niet veel duidelijker geworden.

30 Artikel 5.1 van de E-Privacyrichtlijn (Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (*PbEG L 201/37*)).

31 Artikel 2(d) van de E-Privacyrichtlijn.

32 HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06 (*Promusicae*), par. 49-54; par. 70.

33 Kritisch hierover: L. McDonagh & J. Griffiths, 'Fundamental Rights and European Intellectual Property Law – The Case of Art 17(2) of the EU Charter', in: C. Geiger (red.) *Constructing European IP: Achievements and New Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar 2012 (te verschijnen, beschikbaar op www.ssrn.com).

34 Commission Communication to the European Parliament, The Council, The Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-commerce and online services, COM(2011)942.

35 Zie voor een kritische beschouwing over zelfregulering door internettussenpersonen: P.B. Hugenholz, 'Codes of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace', in: I.A. Stamatoudi, *Copyright Enforcement and the Internet*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010.

Nr. 8 Painer/Standard Verlags c.s.

Hof van Justitie van de Europese Unie 1 december 2011
zaak C145/10

„Rechterlijke bevoegdheid in burgerlijke en handelszaken – Verordening (EG) nr. 44/2001 – Artikel 6, punt 1 – Pluraliteit van verweerders – Richtlijn 93/98/EEG – Artikel 6 – Bescherming van foto's – Richtlijn 2001/29/EG – Artikel 2 – Reproductie – Gebruik van portretfoto als model voor montagefoto – Artikel 5, lid 3, sub d – Uitzonderingen en beperkingen voor citeren – Artikel 5, lid 3, sub e – Uitzonderingen en beperkingen voor doeleinden van openbare veiligheid – Artikel 5, lid 5”

Procestaal: Duits

In zaak C145/10, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Handelsgericht Wien (Oostenrijk) bij beslissing van 8 maart 2010, ingekomen bij het Hof op 22 maart 2010, in de procedure

Eva-Maria Painer

tegen

Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG,

wijst HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, J. Malenovský (rapporteur), E. Juhász, G. Arestis, en T. von Danwitz, rechters, advocaat-generaal: V. Trstenjak, griffier: A. Calot Escobar,

het navolgende

Arrest

[...]

Toepasselijke bepalingen

[...]

Verordening nr. 44/2001

[...]

12 Artikel 2, lid 1, van verordening nr. 44/2001 bepaalt het volgende:

Onverminderd deze verordening worden zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat.

13 Artikel 3, lid 1, van die verordening bepaalt:

Degenen die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats hebben, kunnen slechts voor het gerecht van een andere lidstaat worden opgeroepen krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 7 van dit hoofdstuk gegeven regels.

14 Artikel 6, punt 1, van dezelfde verordening, dat staat in afdeling 2 van hoofdstuk II, getiteld „Bijzondere bevoegdheid”, bevat de volgende bepaling:

[Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat] kan ook worden opgeroepen:

1) indien er meer dan één verweerder is: voor het gerecht van de woonplaats van een hunner, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onvererigbare beslissingen worden gegeven.

Richtlijn 93/98/EEG

[...]

17 Artikel 6 van die richtlijn bepaalt: