

(Fast)food for thoughts: de uitspraak van het Hof van Justitie in de *Scarlet/Sabam*-zaak

Dr. N. Helberger en mr. drs. J. van Hoboken*

Met *Scarlet/Sabam* heeft het Hof van Justitie een belangrijke uitspraak gedaan over de juiste balans in de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten op internet en zorgplichten van ISPs. Meer concreet gaat het over het controversiële gebruik van internet monitoring en filters door ISPs voor het verkeer van hun klanten in de ‘strijd tegen piraterij’. De discussie rond de handhaving van auteursrechtsschendingen op het internet en de betrokkenheid van ISPs is buitengewoon actueel, ook met het oog op een aantal recente ontwikkelingen in Europa, waaronder de aanvulling van delen uit de E-Commerce Richtlijn. Dit artikel plaatst de uitspraak in zijn grotere politieke context en biedt een aantal kritische reflecties.

HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, Scarlet/Sabam.

Introductie

De uitspraak *Scarlet/Sabam* van het Hof van Justitie is de meest recente in een reeks van uitspraken die zich bezighouden met de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten op internet en de rol van zogenoemde tussenpersonen zoals zoekmachines en Internet Service Providers (ISPs) in de ‘strijd tegen piraterij’. In de *Promusicae*-zaak¹ stond de verhouding tussen de handhaving van het auteursrecht en het privacyrecht centraal, en meer specifiek in hoeverre ISPs verplicht kunnen worden de identificerende gegevens van hun gebruikers af te staan aan organisaties van auteursrechthebbers.

In de zaken *L'Oréal/eBay*² en *Louis Vuitton/Google*³ staat de uitleg van de beperkte aansprakelijkheid van internet tussen personen centraal. In *Scarlet/Sabam* gaat het om de toelaatbaarheid van internetfilters, ook en vooral met het oog op de verenigbaarheid met de fundamentele rechten van eindgebruikers.

De *Scarlet/Sabam*-uitspraak komt in een tijd dat de discussie rond de handhaving van auteursrechtsschendingen op internet en de betrokkenheid van ISPs daarbij buitengewoon actueel is. Deze controversiële kwestie is al jarenlang onderwerp van juridische en politieke strijd. In eerste instantie is deze beslecht door de Europese wetgever met het aannemen van de E-Commerce Richtlijn⁴ in 2000. In deze richtlijn is een beperking op aansprakelijkheid vastgelegd voor ISPs zoals *Scarlet* voor het communicatiegedrag van derden en hun gebruikers (art. 12). Ook is daarin bepaald dat er in de lidstaten geen algemene toezichtverplichten opgelegd mogen worden aan ISPs ten aanzien van de communicatie van hun gebruikers (art. 15 lid 1). Tegelijkertijd wordt in deze richtlijn echter anticiperend verwezen naar de verdere ontwikkeling van technische instrumenten zoals filters (overweging 40 van de preambule en art. 21).

In het afgelopen decennium is de kritiek op de richtlijn toegenomen, omdat ze onvoldoende antwoord geeft op brandende vragen, zoals de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van en de zorgplichten van tussenpersonen met betrekking tot onwettig gedrag van derden. Die vraag was ook tijdens de recentere herziening van het Europees juridisch kader voor elektronische communicatiediensten onderwerp van debat. En op dit moment wordt een mogelijke aanvulling van de Richtlijn elektronische handel, ook met het oog op de aansprakelijkheid van ISPs, overwogen (zonder de richtlijn zelf te her-

* Dr. N. Helberger is werkzaam bij het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam. Mr. drs. J. van Hoboken is werkzaam bij het Instituut voor Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1. HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06, *Promusicae*.

2. HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, *L'Oréal e.a./eBay*. Bespreking door M.J. Heerma van Voss en V.A. Zwaan, 'L'Oréal/eBay-arrest, genoeg voer voor nieuwe merk-jurisprudentie en aansprakelijkheid voor ISPs een stap dichterbij?', *NTER* 2011/9, p. 293-300.

3. HvJ EU 25 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08 t/m C-238/08, *Google/Louis Vuitton, Google/Viaticum en Luteciel, Google/CNRRH, Louis Vuitton/Google*. Bespreking door M.J. Heerma van Voss en V.A. Zwaan, 'Google AdWords: het Hof maakt veel duidelijk, maar we zijn er nog niet', *NTER* 2010/6, p. 207-217.

4. 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 ('E-Commerce Richtlijn') Pb. EG 2000, L 178/1.

zien).⁵ Het is dus ook niet verbazingwekkend dat de verwachtingen hooggespannen waren over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Scarlet/Sabam* en de duidelijkheid die het zou kunnen brengen ten aanzien van deze complexe materie.

Het arrest *Scarlet/Sabam* kent een Belgische voorgeschiedenis. De zaak werd in 2004 aangespannen door de Belgische collectieve beheersorganisatie Sabam (vergelijkbaar met het Nederlandse Buma/Stemra) tegen Scarlet's rechtsvoorganger Tiscali (hierna: Scarlet). Sabam's hoop voor de Belgische rechter was gericht op verdergaande verplichtingen voor aanbieders van internettoegang op het voorkomen en beperken van de onrechtmatige uitwisseling van auteursrechtelijk beschermd werk. In het bijzonder werd door Sabam aangestuurd op een gerechtelijk bevel tot het gebruik van verscheidene internetmonitorings- en filtertechnieken waarmee, zo werd gesteld, onrechtmatige uitwisseling van auteursrechtelijk beschermd materiaal door de klanten van Scarlet voorkomen zou kunnen worden.

In eerste instantie had Sabam in deze procedure succes. In 2007 werd door de Belgische rechter, na het inwinnen van expertise over de technische mogelijkheden van monitoring en filtering van Internet door ISPs, een verplichting opgelegd aan Scarlet om het internetverkeer van klanten te monitoren en te filteren op een dusdanige wijze dat klanten niet langer via *peer-to-peer* netwerken beschermd werken uit het repertoire van Sabam zouden kunnen uitwisselen.⁶ In deze uitspraak werd aldus de nodige nadruk gelegd op de bevestigend beantwoorde vraag of de technische mogelijkheid bestond voor Scarlet om bepaald onrechtmatig gedrag van gebruikers te voorkomen. Tegen die beslissing en de uitvoerbaarheid daarvan heeft Scarlet beroep aangetekend en het Hof van beroep te Brussel is in de daaropvolgende procedure gekomen tot de hier door het Hof van Justitie beantwoorde vragen.

De aan het Hof van Justitie gestelde prejudiciële vragen richten zich bovenal op de vraag in hoeverre een preventief optreden door middel van een algemeen monitoring- en filtersysteem van alle communicatie van alle klanten van internetaanbieders nog juridisch toelaatbaar is gezien de overige belangen die rechtens bescherming kennen. Alvorens deze vraag te beantwoorden stelt het Hof van Justitie eerst de relevante eigenschappen van het betreffende filtersysteem vast.⁷ Het Hof van Justitie geeft aan dat ervan uitgegaan moet worden dat het systeem betrekking heeft op alle elektronische communicatie van alle klanten van Scarlet en dat het in het bijzonder gericht is op het gebruik van *peer-to-peer*

programma's. Het werkt preventief, kent geen beperking in tijd en het wordt uitsluitend bekostigd door de aanbieder Scarlet. Voorts moet, aldus het Hof van Justitie, verondersteld worden dat het systeem in staat is om de illegale uitwisseling van auteursrechtelijk beschermde werken waarop Sabam rechten heeft te identificeren en vervolgens te blokkeren.⁸

Het Hof van Justitie heeft weinig woorden nodig om te concluderen dat het opleggen van zo een vergaand algemeen filtersysteem op een aanbieder van internettoegang niet verenigbaar is met het Europees recht, in het bijzonder bovengenoemd artikel 15 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG en artikel 8, 11 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). Het Hof van Justitie geeft aan dat rechthebbers op grond van artikel 8 lid 3 van de Auteursrechtverrichtlijn (Richtlijn 2001/29/EG)⁹ en artikel 11 van de Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG)¹⁰ een nationale rechter moeten kunnen verzoeken een rechterlijk bevel op te leggen. Zo een bevel gericht aan tussenpersonen kan zowel verplichtingen inhouden om inbreuken te beëindigen als deze te voorkomen. Een bevel moet echter wel voldoen aan de daaraan gestelde voorwaarden in Richtlijnen 2001/29/EG en 2004/48/EG. Het mag bovendien geen afbreuk doen aan de beperkingen op aansprakelijkheid voor tussenpersonen in artikel 12 tot en met 15 van Richtlijn 2000/31/EG. Het Hof van Justitie concludeert dienaangaande dat het filtersysteem de actieve observatie van alle communicatie op het netwerk inhoudt, hetgeen een schending oplevert van het verbod op een algemene toezichtsverplichting in artikel 15 lid 1 van Richtlijn 2000/31/EG. De complexiteit van het systeem en de voor Scarlet bijkomende kosten van het toepassen hiervan maakt de verplichting voorts strijdig met de voorwaarden uit Richtlijn 2004/48/EG, dat in artikel 3 lid 1 bepaalt dat opgelegde maatregelen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar mogen zijn.

Met betrekking tot de grondrechten kiest het Hof van Justitie ervoor om zich te richten op de grondrechtelijke bescherming zoals geboden door het Handvest (de aan het Hof van Justitie gestelde vraag verwees naar artikel 8 en 10 EVRM). Het Hof van Justitie geeft aan dat intellectuele eigendomsrechten weliswaar bescherming genieten op grond van artikel 17 van het Handvest, maar dat deze bescherming niet absoluut is en moet worden afgewogen tegen de bescherming van andere grondrechten. Met verwijzing naar eerdere rechtspraak stelt het Hof van Justitie dat

‘nationale autoriteiten en rechterlijke instanties in het kader van de ter bescherming van de houders van auteursrechten vastgestelde maatregelen een juist

5. Europese Commissie, Stimuleren van groei en werkgelegenheid: een actieplan om de omvang van de elektronische handel in Europa tegen 2015 te verdubbelen, persbericht 11 januari 2012, <www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/10&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage=en>.

6. TPI Bruxelles, 29 juni 2007, SABAM c/ SA Scarlet (anciennement Tiscali), beschikbaar via <www.juriscom.net/documents/tpibruxelles20070629.pdf>. Zie ook de tussenuitspraak van 26 november 2004, TPI Bruxelles, 26 novembre 2004, SABAM c/ Tiscali, beschikbaar via <www.juriscom.net/documents/tpibruxelles20041126.pdf>.

7. HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, *Scarlet/Sabam*, r.o. 29.

8. *Scarlet/Sabam*, r.o. 38.

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

10. Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten ('Handhavingsrichtlijn') Pb. EG 2004, L 157/45.

evenwicht moeten verzekeren tussen de bescherming van deze rechten en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden geraakt.¹¹

Het Hof van Justitie concludeert vervolgens dat van een dergelijk evenwicht bij het opleggen van het betreffende filtersysteem geen sprake is. Dit leidt volgens het Hof van Justitie namelijk tot een ernstige beperking van het grondrecht van Scarlet op de vrijheid van ondernemerschap, beschermd in artikel 16 van het Handvest. Verder stelt het Hof van Justitie vast dat ook de grondrechten van de klanten van Scarlet in het geding kunnen komen, waarbij het specifiek ingaat op de inbreuk op het recht op bescherming van persoonsgegevens in artikel 8 van het Handvest en de vrijheid informatie te verstrekken en ontvangen, zoals beschermd door artikel 11 van het Handvest.

Grenzen aan de handhaving van het intellectuele eigendomsrecht

De ontwikkelingen op internet en de pogingen van de creatieve industrie ook online controle over de uitwisseling van hun beschermde werken uit te kunnen blijven oefenen, hebben de afgelopen jaren tot een steeds feller wordende strijd tegen 'piraterij' geleid. Met een gestage uitbreiding van het intellectuele-eigendomsrecht, een intensieve lobby, de invoering van technische beschermingsmaatregelen, soms bijna propagandistische educatie- en informatie-initiatieven,¹² spraakmakende juridische acties tegen individuele gebruikers en, meer recentelijk tegen ISPs, heeft de creatieve industrie misschien wel het beeld gecreëerd dat alle andere belangen zouden moeten wijken voor de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten. De groeiende juridische druk op rechters en wetgevers in de lidstaten om de zorgplichten van ISPs met betrekking tot de communicatie van hun klanten te verzwaren versterkt deze indruk.¹³ De belangen van derden blijken hierbij vaak vrij makkelijk opzijgezet te worden. Zo verklaarde de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel het gevaar voor een eventuele belemmering van de legale

uitwisseling van auteurswerken niet veel meer dan een marginaal neveneffect.¹⁴

Het Hof van Justitie bevestigt in deze zaak nogmaals: het auteursrecht is niet absoluut. Het wordt beschermd door artikel 17 lid 2 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar het is niet onaanvaardbaar. De rechten van auteurs en rechthebbenden vinden hun beperkingen in de fundamentele, economische, sociale en culturele rechten en beschermwaardige interesses van de maatschappij, internetbedrijven en individuele internetgebruikers, waaronder het recht op privacy, de vrijheid van meningsuiting en het recht op vrijheid van ondernemerschap.

Ook al vertelt het Hof van Justitie hier niets fundamenteel nieuws, het geeft toch uitdrukking aan een recente trend in wetgeving en rechtspraak – een trend die misschien ook juist een reactie is op het dominante handelen van de creatieve industrie. Het intellectuele eigendomsrecht en de belangen van rechthebbenden worden niet langer op zichzelfstaand gezien, maar worden in de bredere maatschappelijke en economische context geplaatst. De uitspraak zelf verwijst in dit verband naar een relevante overweging in de *Promusicae*-zaak. Daar heeft het Hof van Justitie nadrukkelijk gesteld dat de lidstaten een afweging dienen te maken tussen de bescherming van het intellectuele eigendomsrecht en de grondrechten van derden, zoals het recht op privacy van gebruikers van elektronische communicatiediensten.¹⁵ In een andere spraakmakende en recente zaak (*Premier League*) over de grenzen van het intellectuele-eigendomsrecht liet het Hof van Justitie zich uit over de verhouding tot het vrij verkeer van diensten. Het Hof van Justitie stelt in deze zaak dat de territoriale exclusiviteit ten gevolge van de manier waarop het intellectuele-eigendomsrecht vaak wordt uitgeoefend in strijd kan zijn 'met het fundamentele doel van het Verdrag, namelijk de totstandbrenging van de interne markt'.¹⁶ Ook stelt het Hof van Justitie dat intellectuele eigendomsrechten niet ten doel hebben de betrokkenen rechthebbenden de hoogst mogelijke vergoeding te garanderen, maar in 'redelijke verhouding moeten staan tot het daadwerkelijke of potentiële aantal personen dat daar gebruik van maakt'.¹⁷

De *Premier League*-uitspraak valt samen met de pogingen van de Europese Commissie om maatregelen te treffen tegen de fragmentatie van de interne markt als

11. *Scarlet/Sabam*, r.o. 45.

12. Zie bijv. de slogan 'Raubkopierer sind Verbrecher.'

13. N.A.N.M. van Eijk, T.M. van Engers (Leibniz Center for Law), C. Wiersma, C.A. Jasserand en W. Abel, *Op weg naar evenwicht: een onderzoek naar zorgplichten op het internet*, WODC/Universiteit van Amsterdam, 2010, 140 p.; G. Urbas en K. Fouracre, 'Obligations and Liability of ISPs as Guardians of Internet Content: Comparative Perspective', *Cri* 2010-2, p. 33-38; P. van Eecke en M. Truyens, 'L'Oréal v. eBay: Is the Tide Finally Turning for Hosting Providers', *Cri* 2011-1, p. 1-8; N. Cusack, 'Is the Digital Economy Act 2010 the Most Effective and Proportionate Way to Reduce Online Piracy', *E.I.P.R.* 2011-9, p. 559-564.

14. Zie ook de tussenuitspraak van 26 november 2004, TPI Bruxelles, 26 november 2004, *SABAM c/Tiscali*, beschikbaar via <www.juriscom.net/documents/tpibruxelles20041126.pdf>.

15. HvJ EU 29 januari 2008, zaak C-275/06, *Promusicae*, r.o. 68, 70. Zie ook HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, *L'Oréal/eBay*, r.o. 143. Zie ook E. Werkers en F. Coudert, 'Promusicae versus Telefónica: auteursrecht en het recht op privacy in de weegschaal gelegd', *Auteurs & Media* 2008-4, p. 249-262.

16. HvJ EU 4 oktober 2011, gevoegde zaak C-403/08 en C-429/08, *Premier League*, r.o. 115.

17. *Premier League*, r.o. 108 en 109.

resultaat van territoriale licentiepraktijken.¹⁸ In dit kader is de Commissie ook van plan richting te geven aan de implementatie van artikel 20 van de Dienstenrichtlijn.¹⁹ Artikel 20 van de Dienstenrichtlijn verbiedt discriminatie op grond van de nationaliteit of verblijfplaats van consumenten. Tot nu toe gold dat het niet verlenen van een dienst aan een consument bij gebreke van de vereiste intellectuele-eigendomsrechten op een bepaald grondgebied geen onrechtmatige discriminatie vormt.²⁰ De *Premier League*-zaak, en meer in het algemeen de nieuwe trend (de handhaving van) het auteursrecht in de bredere context van andere beschermwaardige rechten, interesses en beleidsdoelen te plaatsen zal ook de interpretatie van wat wel en wat geen onrechtmatige discriminatie in de zin van artikel 20 Dienstenrichtlijn vormt kunnen beïnvloeden.

Meer in het algemeen valt op te merken dat het consumentenrecht een van de gebieden is waar recentelijk aandacht geschonken werd aan de eerlijke verhouding tussen de rechten en interesses van rechthebbenden en gebruikers (aldus consumenten). De recentelijk aangenomen Richtlijn Consumentenrechten²¹ kent bijvoorbeeld sinds kort het recht van consumenten op informatie over beperkingen die het resultaat zijn van de bescherming van intellectueel eigendom op digitale *content*.²² De vraag of er een dergelijke verplichting bestond, was al geruime tijd het onderwerp van een felle controverse.²³

Een andere recente discussie waarbij de eerlijke verhouding tussen de belangen van auteursrechthebbenden, gebruikers en aanbieders van internettoegang centraal

stond, betrof het communicatierecht.²⁴ Nadat de zogenoemde HADOPI-wet in Frankrijk²⁵ een systeem van *graduated response* op illegaal uitwisselen van beschermde werken ingevoerd had, waarbij IPSs een centrale rol in de handhaving van de regels spelen, volgden pogingen een soortgelijk systeem ook in het nieuwe Europese kader voor elektronische communicatiediensten vast te leggen. Dit leidde tot veel discussie en weerstand vanuit burgerrechtsverenigingen maar ook de aanbieders van communicatiediensten, en uiteindelijk tot een amendement van artikel 1 van de zogenoemde Kaderrichtlijn.²⁶ Het nieuw ingevoegde artikel 1 (3bis) bepaald onder meer dat:

‘Maatregelen betreffende toegang tot of gebruik van diensten en toepassingen door de eindgebruikers via elektronische communicatienetwerken die [de] fundamentele rechten en vrijheden [van eindgebruikers] kunnen beperken, mogen alleen worden opgelegd indien zij passend, evenredig en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, en zij worden uitgevoerd met inachtneming van adequate procedurele waarborgen overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, waaronder doeltreffende rechtsbescherming en eerlijke rechtsbedeling. Deze maatregelen mogen derhalve alleen worden genomen met inachtneming van het beginsel van het vermoeden van onschuld en het recht op een persoonlijke levenssfeer. Een voorafgaande, eerlijke en onpartijdige procedure wordt gegarandeerd, inclusief het recht van de betrokkene of betrokkenen om te worden gehoord, met dienverstande dat voor naar behoren gestaaftde spoedeisende gevallen geëigende voorwaarden en procedurele regelingen gelden overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het recht op een daadwerkelijke en tijdige

18. Europese Commissie, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Een eengemaakte markt voor intellectuele-eigendomsrechten. Creativiteit en innovatie bevorderen met het oog op economische groei, kwaliteitsjobs en eersteklasproducten en -diensten in Europa*, COM(2011) 287 definitief, 24 mei 2011, <www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/com/2011/com2011_0287nl01.pdf>; Europese Commissie, *Groen Boek betreffende de onlinedistributie van audiovisuele werken in de Europese Unie: mogelijkheden en uitdagingen voor een digitale eengemaakte markt*, COM(2011) 427 definitief, 13 juli 2011; Europese Commissie, *Akte voor de interne markt - Twaalf hefboomen voor het stimuleren van de groei en het versterken van het vertrouwen; Samen werk maken van een nieuwe groei*, COM(2011) 206 definitief, 13 april 2011; Europese Commissie, *Een digitale agenda voor Europa*, COM(2010) 245, 19 mei 2010.
19. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt ('Dienstenrichtlijn'), Pb. EG 2006, L 376, 36.
20. Dienstenrichtlijn, overweging 95.
21. Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, Publicatieblad van de Europese Unie ('Richtlijn Consumentenrechten'), Pb. EG 2011, L 304/64.
22. Art. 5 lid 1 sub g en h, art. 6 lid 1 sub r en s Richtlijn Consumentenrechten.
23. Voor een overzicht van de discussie zie M.B.M. Loos, N. Helberger, L. Guibault, C. Mak, e.a., *Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts*, Final Report to the European Commission – DG Sanco, June 2011, p. 51-55.

24. Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming, Pb. EG 2009, L 337/11.
25. Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, Loi n 2009-669 du 12 juin 2009 parue au JO n 135 du 13 juin 2009, <www.senat.fr/dossier-legislatif/pj107-405.html>.
26. Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten ('Kaderrichtlijn'), Pb. EG 2002, L 108/33.

beroepsmogelijkheid bij een rechterlijke instantie is gegarandeerd.²⁷

Dus ook in het communicatierecht is de uiteraard reeds bestaande noodzaak van een juiste en fundamentele belangenafweging alsmede van procedurale waarborgen nadrukkelijk wettelijk vastgelegd. Ook tegen de achtergrond van deze nieuwe regels is de legitimiteit van de vergaande en ongedifferentieerde filterverplichting door de Belgische rechter op zijn minst bedenkelijk te noemen. De verplichting om al het internetverkeer te monitoren, ook al gaat het om legale activiteiten (zoals het downloaden van *content* in het publieke domein of voor privégebruik, of communicatie waar in het geheel geen sprake is van uitwisseling van auteursrechtelijk beschermd materiaal) staat immers haaks op het beginsel van vermoeden van onschuld, het recht op de persoonlijke levenssfeer, de vertrouwelijkheid van privécommunicatie en de vrijheid van meningsuiting.

Auteursrechthandhaving over de rug van ISPs en de fundamentele rechten van gebruikers

De handhaving van auteursrecht door het monitoren en filteren van al het internetverkeer door ISPs stuit natuurlijk niet alleen op de fundamentele rechten van internetgebruikers, maar ook op de belangen van de ISPs zelf, waaronder het in artikel 16 van het Handvest beschermde recht op vrijheid van ondernemerschap. Het aanbieden van toegang tot internet wordt een onaantrekkelijke tak van sport als alle juridische problemen die met internet samenhangen – en het gebruik daarvan door klanten – door ISPs zouden moeten worden voorkomen, opgespoord of opgelost. Dit is des te meer het geval indien vergaande verplichtingen daaromtrent worden opgelegd zonder de daarmee samenhangende operationele kosten te vergoeden.

Het Hof van Justitie legt in deze zaak de nodige nadruk op de vrijheid van ondernemerschap van Scarlet en het concludeert dat de voorgestelde preventieve filterverplichting vanuit dit perspectief duidelijk disproportioneel is. Het Hof van Justitie stelt dienaangaande dat de

27. Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb. EG 2009, L 337/37, art. 1 (Wijzigingen van Richtlijn 2002/21/EG. Voor de implementatie in Nederland zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 40, Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen, nader gewijzigd amendement van het lid Van Dam c.s. ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 35, ontvangen 21 juni 2011, <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32549-40.html>>.

verplichting leidt tot een ernstige beperking van de vrijheid van ondernemerschap van Scarlet, gezien de operationele en kostenlasten die met het filtersysteem zouden samenhangen.²⁸ Het Hof van Justitie is in dat kader evenmin te spreken over het gebrek aan een kostenvergoeding hetgeen in strijd is met het bepaalde in de Handhavingsrichtlijn. Ten aanzien van het ontbreken daarvan moet overigens nog worden opgemerkt dat de rekening natuurlijk uiteindelijk door de klanten zou worden betaald.

De nadruk die het Hof van Justitie in deze zaak legt op de vrijheid van ondernemerschap van Scarlet in verhouding tot de fundamentele rechten van internetgebruikers is opmerkelijk, onder meer gezien de bewoordingen van de aan het Hof van Justitie voorgelegde vraag. In deze vraag worden juist de fundamentele rechten van internetgebruikers relevant geacht, in het bijzonder artikel 8 en 10 EVRM. Wie de uitspraak goed leest, ziet dat het Hof van Justitie ten aanzien van de inbreuk van het filtersysteem op de grondrechten van gebruikers een stuk bedachtzamer is dan over de inbreuk op het recht op vrijheid van ondernemerschap. Het Hof van Justitie bespreekt kort de mogelijke inbreuk op het recht op bescherming van persoonsgegevens van gebruikers (art. 8 Handvest) alsmede de vrijheid informatie te verstrekken en te ontvangen (art. 11 Handvest). De invulling die het Hof van Justitie aan deze rechten geeft, is echter mager te noemen, zeker gezien de ernst van de inbreuk op de fundamentele rechten van gebruikers van het betreffende filtersysteem. Daarbij komt nog dat het Hof van Justitie geheel voorbij gaat aan artikel 7 Handvest en het daarin vastgelegde recht op bescherming van het privéleven en de vertrouwelijkheid van communicatie van gebruikers. Het is artikel 7 Handvest en niet het door het Hof van Justitie aangehaalde artikel 8 Handvest dat grotendeels overlapt met het in de prejudiciële vraag genoemde artikel 8 EVRM.

Ten aanzien van het recht van gebruikers op bescherming van hun persoonsgegevens zoals beschermd door artikel 8 Handvest merkt het Hof van Justitie op dat het filtersysteem zou leiden tot de systematische analyse van alle inhoud van de communicatie van gebruikers alsmede de verwerking van de IP-adressen van de klanten van Scarlet, welke vervolgens door het Hof van Justitie worden gekwalificeerd als persoonsgegevens.²⁹ Ten aanzien van het systematische preventieve toezicht op alle inhoud volgt geen kwalificatie door het Hof van Justitie onder een Europeesrechtelijk vastgelegd grondrecht. Dat doet het Hof van Justitie wel voor de verwerking van IP-adressen.³⁰ In het kader van de verwerking van persoonsgegevens is het feit dat er sprake is van een verwerking echter geenszins voldoende om te concluderen dat er sprake is van een inbreuk op het recht op de bescherming van persoonsgegevens. Immers, Scarlet verwerkt deze gegevens van klanten per definitie al in

28. Zie HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, *Scarlet/Sabam*, r.o. 48.

29. Over de vraag of ip-adressen persoonsgegevens zijn, is ook het nodige debat gevoerd aangezien dit nogal wat online dienstverleners met de verplichtingen uit de Privacyrichtlijn opzadelt.

30. *Scarlet/Sabam*, r.o. 51.

het kader van de normale dienstverlening.³¹ IP-adressen zijn kort gezegd de telefoonnummers van randapparatuur verbonden met internet en zijn onmisbaar bij het verzorgen van de communicatie van gebruikers. Zonder verdere kwalificatie door het Hof van Justitie is het dus niet erg duidelijk waar nu Europeesrechtelijk de grens ligt met betrekking tot de verwerking van deze gegevens in de gegeven context of waarom het Hof van Justitie er überhaupt voor kiest hier een punt over te maken.

Vanuit het recht op respect voor privéleven en het daaronder vallende recht op vertrouwelijkheid van communicatie, zoals beschermd in artikel 8 EVRM en en het daarmee vergelijkbare artikel 7 van het Handvest (voor zover het niet gaat om de verwerking van persoonsgegevens), is het systematisch monitoren van alle inhoud van de communicatie van gebruikers een groter probleem te noemen dan de verwerking van IP-adressen. Het trekken van een simpele analogie met het traditionele post- en telefoongeheim – alles onder preventief toezicht zodat voortaan bijvoorbeeld niet langer illegale kopieën van boeken via de post kunnen worden verspreid, of muziek via de telefoon te horen kan worden gebracht – leidt tot totalitaire vergezichten waarvan zonder veel aarzeling gesteld kan worden dat ze het grondrecht op vertrouwelijkheid van communicatie tot in de kern treffen. Hoewel de beknoptheid van het vonnis te verklaren is vanuit de taakstelling van het Hof van Justitie alsmede de duidelijke strijd met het EU-recht op andere punten is het toch opmerkelijk dat het Hof van Justitie de inbreuk van het filtersysteem op dit recht niet noemt, noch kwalificeert.³² Gezien de ernst van de inbreuk op het recht op vertrouwelijkheid van communicatie, dat een onderdeel is van artikel 8 EVRM, had dit ook een goede gelegenheid kunnen zijn om een element dat het Handvest toevoegt aan het toetsingskader van het EVRM in stelling te brengen, namelijk dat de wezenlijke inhoud van de toegekende rechten moet worden eerbiedigd.³³ Verder had het Hof van Justitie ook duidelijkheid kunnen verschaffen over de vraag of het voor wat betreft het grondrecht op vertrouwelijkheid van communicatie nog uitmaakt of het monitoren ‘slechts’ plaatsvindt met behulp van geautomatiseerde systemen, hetgeen soms opportunistisch geopperd wordt maar erg slecht te verdedigen is. Inmengingen in de vertrouwelijkheid van communicatie vinden steeds vaker plaats door middel van technische systemen zonder directe menselijke tussenkomst. Indien aan dergelijk ingrijpen geen grondrechtelijke gevolgen verbonden worden zou erg weinig overblijven van het grondrecht op vertrouwelijkheid van communicatie.

Het Hof van Justitie geeft ook slechts beperkt invulling aan het recht op vrijheid van meningsuiting – de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlich-

tingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen – zoals beschermd door artikel 10 EVRM en artikel 11 Handvest. Het Hof van Justitie laat zich slechts uit over de gevolgen van het filtersysteem op de mogelijkheid legaal bestanden uit te wisselen. De relevantie van de door het Hof van Justitie gesignaleerde imperfectie van automatische filtersystemen om slechts die communicatie te blokkeren waarbij ook daadwerkelijk sprake is van auteursrechtinbreuk is uiteraard van groot belang. Meer in zijn algemeenheid kan een ontwikkeling gesignaleerd worden waar juridische beperkingen op rechtmatige communicatie worden vertaald in technische beperkingen.³⁴ Het automatisch blokkeren van bepaalde termen in zoekmachines op internet in China is daar een mooi voorbeeld van.³⁵ Ook in dit geval is het te verwachten, zo stelt het Hof van Justitie terecht, dat het filtersysteem soms onterecht rechtmatige communicatie zal blokkeren, bijvoorbeeld omdat gebruikers zich zouden kunnen beroepen op een uitzondering op het auteursrecht, of omdat de betreffende auteur het bestand zelf via een *peer-to-peer* netwerk ter beschikking stelt.

Het Hof van Justitie laat het ook op het punt van de inbreuk op het recht op vrijheid van meningsuiting achterwege om inhoud te geven aan dit fundamentele recht van gebruikers en het belang van de vrije uitoefening van dit recht voor de samenleving in het algemeen. Het op laste van de rechter onder preventief toezicht plaatsen van alle inhoud van online communicatie van internetgebruikers is een maatregel die neerkomt op algemeen voorafgaand toezicht (censuur). En een dergelijke maatregel is eigenlijk per definitie disproportioneel.³⁶ De rechtspraak over voorafgaand toezicht in specifieke gevallen door het Europese Hof voor de Rechten van de mens is erg streng en een algemene maatregel als dit filtersysteem is, lijkt daarom volstrekt onaanvaardbaar vanuit het recht op vrijheid van meningsuiting.³⁷ Het feit dat het hierbij vooral en nogal eenzijdig aan rechthebbenden zou worden overgelaten om via licenties te bepalen wanneer toegang tot en uitwisseling van digitale content legaal is, is een aanvullende reden om aan de proportionaliteit van de maatregel te twijfelen. Daarbij komt dat het belang van de vrije communicatie en uitwisseling van informatie niet alleen de belangen van de betrokken individuen dient, maar ook de belangen van een democratische maatschappij in zijn algemeen. Het

31. De verwerking van IP-adressen door (publieke) aanbieders van internet-toegang zoals Scarlet valt onder de regeling voor verkeersgegevens uit de ePrivacyrichtlijn (Richtlijn 2002/58/EG).

32. De A-G staat overigens wel stil bij dit recht in zijn conclusie bij deze zaak. Conclusie A-G M. Pedro Cruz Villalón, 14 april 2011, zaak C-70/10, *Scarlet/Sabam*, r.o. 81-83.

33. Zie art. 52 lid 1 van het Handvest.

34. Voor een discussie, zie de verschillende bijdragen in E.J. Dommering en L. Asscher (red.), *Coding Regulation: Essays on the Normative Role of Information Technology*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2006.

35. Zie bijv. OpenNet Initiative, Country Report on China, 15 June 2009, toegankelijk via <<http://opennet.net/research/profiles/china-including-hong-kong>>.

36. Zie A.J. Nieuwenhuis, ‘Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlot’, *NCJM-Bulletin* 2011-1, p. 24-43. Ook hier had het Hof van Justitie stil kunnen staan bij de vraag of het automatisch en technisch karakter van het systeem vanuit het oogpunt van de inmenging met de grondrechten van gebruikers van belang kan worden geacht.

37. Zie bijv. EHRM 26 november 1991, *Observer and Guardian/the United Kingdom*.

chilling effect dat van een algemeen filtersysteem zou uitgaan op het communicatiegedrag van burgers had een argument kunnen zijn voor het Hof van Justitie.

(Fast)food for thoughts

De verwachtingen over de uitspraak waren hoog en kunnen worden gezien tegen de achtergrond van een toenevende druk op ISPs binnen de lidstaten en de beslissing van de Europese Commissie om de E-Commerce Richtlijn niet te herzien en in plaats daarvan de interpretatie van enkele aspecten van de fel omstreden bepalingen in artikel 12 tot en met 15 onder meer aan de rechtspraak over te laten.³⁸ Ook de aankondiging van de Commissie met betrekking tot de invoering van een nieuwe term ‘*notice and action*’ (in plaats van ‘*notice and takedown*’), roept de nodige vragen en behoefte aan duidelijkheid op, aangezien het nieuwe concept van ‘*action*’ door sommigen zou kunnen worden geïnterpreteerd als dat het ook preventieve maatregelen zoals filtering en blokkades zou kunnen omvatten.³⁹ Een beslissing van het Hof van Justitie over de toelaatbaarheid van systemen voor filtering en blokkades zou richtinggevend voor de verdere uitwerking van dit concept kunnen zijn, maar ook voor andere lopende initiatieven, zoals de mogelijke herziening van de Handhavingsrichtlijn.⁴⁰ En inderdaad wordt het besluit door vele commentatoren gevierd als *landmark case* en een belangrijke zege voor internetvrijheden.⁴¹ Bij nader inzien laat het arrest echter een wat onbevredigd gevoel achter, misschien vergelijkbaar met

het gevoel dat men heeft na het nuttigen van fastfood: net gegeten, maar nog steeds niet verzadigd.

Deze indruk zal ten dele te maken hebben met het korte en op sommige punten wat oppervlakkige karakter van de uitspraak, bijvoorbeeld op het hierboven besproken punt van de invulling van fundamentele rechten van gebruikers. Een andere reden is de beperkte invloed die van de uitspraak ter verwachten is. Het besluit wordt vaak geïnterpreteerd als een alomvattend verbod om ISPs te verplichten tot de blokkade en het filteren van inbreuk makend materiaal. Zoals een commentator schreef: ‘Deze beslissing beschermt de internetindustrie tegen een buitensporige last die innovatie en de openstelling van het internet zou hinderen. De strijd tegen het illegaal downloaden zal dus op een andere manier gevoerd moeten worden ...’.⁴² Deze conclusie kan echter niet getrokken worden. Het is waar, en zeker geruststellend, dat het Hof van Justitie heeft besloten dat het gevorderde filtersysteem in strijd is met de E-Commerce Richtlijn en de grondrechten van ISPs en gebruikers. Maar de zaak ging over een buitengewoon extreem voorbeeld van een filtersysteem: een systeem dat voortaan preventief alle elektronische communicatie van alle klanten zou gaan analyseren en filteren, en dit ook nog geheel op eigen kosten van de ISP.

De uitspraak van het Hof van Justitie maakt ook niet duidelijk in hoeverre nationale rechters in andere gevallen wel kunnen beslissen minder vergaande technische blokkades en filters op te leggen, zoals recentelijk gebeurd in Nederland. In deze zaak tussen BREIN en de ISPs Ziggo en XS4ALL heeft de rechtbank in Den Haag de ISPs bevolen om de toegang van hun abonnees tot de domeinnamen en (sub)domeinen en IP-adressen via welke The Pirate Bay opereert te blokkeren en geblokkeerd te houden. Verder staat het Brein vrij in de toekomst aanvullende IP-adressen en/of domeinnamen/(sub)domeinen te leveren.⁴³ Volgens de rechtbank in Den Haag onderscheidt zich de daar gevorderde blokkade met het filtersysteem in deze zaak op ten minste twee punten: voor de uitvoering van de blokkade was het niet vereist dat alle abonneegegevens worden gecontroleerd en de blokkade is beperkt tot inbreuken via een specifieke website.⁴⁴ Toch wordt ook bij dit gebod de Pirate Bay site ontoegankelijk te maken onvoldoende onderscheid gemaakt tussen legale en illegale inhoud. Immers, het puur downloaden van *content* is (nog) steeds toegestaan in Nederland. En zelfs al is veel *content* op de Pirate Bay ‘illegaal’, er is nog steeds een kans dat de blokkering ook de communicatie van legale inhoud onmogelijk maakt, ook al is die kans volgens de rechter marginaal.⁴⁵ Door de voorzichtige en wat oppervlakkige aanpak van het Hof van Justitie van de *Scarlet/Sabam*-zaak is nog steeds niet duidelijk of de rechter in

38. Europese Commissie, *Stimuleren van groei en werkgelegenheid: een actieplan om de omvang van de elektronische handel in Europa tegen 2015 te verdubbelen*, persbericht 11 januari 2012, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/10&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage=en>>.

39. European 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, p. 13.

40. Europese Commissie, Bijlage bij de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's. Werkprogramma van de Commissie voor 2012. Een nieuw Europees elan omzetten in tastbare resultaten, Brussel, 15 november 2011, COM(2011) 777 definitief, Vol. 2/2, 17; Europese Commissie, Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, Het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Toepassing van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, Brussel, 22 december 2010, COM(2010) 779 definitief, 7.

41. Edri, ‘Press statement and FAQ: Scarlet/Sabam Ruling a vital victory for Internet freedoms’, 24 november 2011, <www.edri.org/scarlet_sabam_win>; M. Horten, ‘Sabam v Scarlet: Court rules that ISPs can't be asked to filter’, 24 november 2011, <www.iplegality.com/index.php/internet-trials/720-sabam-v-scarlet-court-rules-that-isps-cant-be-asked-to-filter>; Digimedia, ‘De zaak Scarlet-Sabam: EHI beschermt innovatie en groei’, <www.digimedia.be/News/nl/10649/de-zaak-scarlet-sabam-ehj-beschermt-innovatie-en-groei.html>, sceptischer: S. Kulk, ‘Scarlet v. SABAM, a real victory for Internet freedoms?’ <www.stefankulk.nl/index.php/638/scarlet-v-sabam-a-real-victory-for-internet-freedoms/>.

42. Digimedia, ‘De zaak Scarlet-Sabam: EHI beschermt innovatie en groei’, <www.digimedia.be/News/nl/10649/de-zaak-scarlet-sabam-ehj-beschermt-innovatie-en-groei.html>.

43. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549.

44. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549, no. 4.46.

45. Rb. 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549, no. 4.27.

Brein/Ziggo en in *XS4LL* de juiste afweging heeft gemaakt of niet.

De vraag in hoeverre het uitmaakt aan welke type dienstverlener een algemene verplichting tot monitoren en filteren wordt opgelegd kan het Hof van Justitie binnenkort beantwoorden in de zaak *Sabam/Netlog*.⁴⁶ Een belangrijke vraag daarbij is ten eerste of sociale netwerken zoals Netlog wel een beroep kunnen doen op de regeling in artikel 12 tot en met 15 van Richtlijn 2000/31/EG, en op de *hosting safe harbour* in het bijzonder (art. 14). Het Hof van Justitie heeft deze vraag in de uitspraken *Google Adwords* en *L'Oréal* afhankelijk gemaakt van het criterium of de dienstverlener 'geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis had van of controle had over de opgeslagen gegevens'.⁴⁷ Gezien de redelijk actieve moderatie van door gebruikers geplaatste *content* op sociale netwerken zou deze vraag uiteindelijk best wel eens ontkennend beantwoord kunnen worden. In dat geval is ook het Europees verbod op algemene toezichtsverplichtingen van artikel 15 lid 1 echter niet meer van toepassing. Wel van toepassing blijven uiteraard het grondrecht op vrijheid van ondernemerschap van de dienstverlener en de grondrechten van gebruikers van sociale netwerken op communicatievrijheid en privéleven. Gezien het vergaande karakter van de inmenging met deze rechten van verplichtingen tot algemeen toezicht en controle op communicatiegedrag mag verwacht worden dat het Hof van Justitie hier zal concluderen dat ook in het geval van sociale netwerken het opleggen van een dergelijk algemeen filtersysteem te ver gaat.

Conclusie

Het besluit van het Hof in Luxemburg kent een resultaat waarmee te leven valt, maar dat de praktijk en de wetenschap achterlaat met een hoop vragen. Het laat open onder welke voorwaarden minder vergaande nationale filterverplichtingen proportioneel en toelaatbaar zijn, ofwel of automatische filtering- en blokkadesystemen überhaupt de juiste oplossing zijn.⁴⁸ De nadruk op het recht op vrijheid van ondernemerschap is voor de praktijk waarschijnlijk het meest relevante aspect waarop in de toekomst kan worden voortgebouwd. Ten aanzien van de grondrechten van internetgebruikers is de argumentatie van het Hof van Justitie wat teleurstellend. Het is belangrijk zich ervan bewust te zijn dat het besluit in de *Sabam/Scarlet*-zaak maar van beperkte reikwijdte is. *Scarlet/Sabam* geeft geen duidelijk antwoord op vele van de overige relevante vragen die op dit moment spelen: de interpretatie van het verbod op een algemene toezichtverplichting in artikel 15 van de E-Commerce Richtlijn; de omstrede verhouding van

dit artikel tot de Handhavingsrichtlijn; waar de grenzen te zoeken van de (preventieve) verantwoordelijkheid van ISPs; of, en hoe IPSs zelf tot een juiste afweging kunnen komen tussen de rechten van rechthebbenden en gebruikers; de toelaatbaarheid van het blokkeren van bepaalde websites die een rol spelen in de onrechtmatige uitwisseling van auteursrechtelijk beschermd werk, zoals *The Pirate Bay* (maar die ook legaal materiaal ter beschikking stellen); of de vereisten aan *notice-en-takedown*-procedures vanuit Europeesrechtelijk en constitutioneel oogpunt. Misschien kon dit gezien de hoeveelheid vragen die op dit gebied spelen ook niet van het Hof van Justitie verwacht worden en het Hof zal zich gezien de bestaande onduidelijkheid in de toekomst nog meerdere malen over deze materie kunnen uitlaten. De bescherming van de vrijheid van het internet, en een juiste en gebalanceerde uitwerking van de aansprakelijkheid van tussenpersonen blijft echter hoe dan ook een zaak voor wetgevers.

46. Verzoek om een prejudiciële beslissing, zaak C-360/10 (*Sabam/Netlog*).

47. HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, *L'Oréal e.a./eBay*, r.o. 113, 145.

48. Kritisch bijvoorbeeld Van Eecke/Truyens (2011), p. 7, met het argument dat een systeem van '*copyright upon request*' in de vorm van goed uitgewerkte *notice en takedown*-regels de voorkeur verdient.