Universiteit Leiden
The Netherlands

Annotation: Hof van Justitie EU 2011-11-24

Hins, A.W.

Citation
Hins, A. W. (2012). Annotation: Hof van Justitie EU 2011-11-24. *European Human Rights Cases*, *3*, 373-379. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/20201

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from: https://hdl.handle.net/1887/20201

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Hof van Justitie van de Europese Unie 24 november 2011
Zaak C-70/10
(Lenaerts (kamerpresident), Malenovský (rapporteur), Silva de Lapuerta, Juhász, Arestis)
Noot: A.W. Hins

Schending auteursrecht via 'peer to peer'-programma's. Verantwoordelijkheid internetproviders. Filtersysteem om communicatie te blokkeren.

(Handvest Grondrechten EU, art. 8, 11, 16, 17)

Scarlet is een internetprovider die onder meer in België actief is. SABAM is vergelijkbaar met de Nederlandse organisatie Buma/Stemra. In België treedt SABAM op als vertegenwoordiger van schrijvers, componisten en uitgevers. Zij ziet erop toe dat hun auteursrechten worden geëerbiedigd en geeft tegen betaling toestemming voor het gebruik van hun werken. In 2004 ontstaat een conflict. SABAM heeft vastgesteld dat abonnees van Scarlet zonder toestemming en zonder te betalen muziek downloaden via 'peer-to-peer'-netwerken. Deze netwerken zijn een gebruiksvriendelijk, onafhankelijk, decentraal en met geavanceerde zoek- en downloadfuncties uitgerust middel om de inhoud van bestanden te delen ('filesharing'). Scarlet heeft weliswaar geen bemoeienis met de organisatie hiervan, maar zij zou de bestreden uitwisseling van informatie wellicht kunnen verhinderen. Volgens SABAM handelt Scarlet onrechtmatig door stil te blijven zitten.
Halverwege 2004 dagvaardt SABAM Scarlet voor de voorzitter van de rechtbank te Brussel. SABAM vordert in de eerste plaats dat wordt vastgesteld dat de uitwisseling van elektronische muziekbestanden met behulp van 'peer-to-peer'-programma's een inbreuk vormt op het auteursrecht. In de tweede plaats eist zij dat Scarlet op straffe van een dwangsom wordt gelast deze inbreuk te beëindigen. Scarlet zou elke niet door de auteursrechthebbenden toegestane verzending of ontvangst van muziekbestanden door haar klanten moeten blokkeren of onmogelijk maken. De eerste vordering wordt op 26 november 2004 toegewezen. Een beslissing over het geëiste bevel laat echter enige tijd op zich wachten, omdat de voorzitter van de rechtbank zich over de technische mogelijkheden wil laten adviseren. De geraadpleegde deskundige komt tot de conclusie dat het ondanks talrijke technische hindernissen niet volledig is uitgesloten dat het filteren en blokkeren van illegale uitwisselingen van elektronische bestanden haalbaar is. Bij vonnis van 29 juni 2007 wijst de voorzitter van de rechtbank ook de tweede vordering toe. Scarlet moet op straffe van een dwangsom optreden tegen klanten die het auteursrecht schenden door middel van 'peer-to-peer'-programma's.

Scarlet gaat in hoger beroep bij het Hof van beroep te Brussel. Zij voert aan dat het voor haar feitelijk onmogelijk is aan het vonnis van 29 juni 2007 te voldoen. Daarnaast werpt zij juridische bezwaren op. Een filtersysteem voor 'peer-to-peer'-verkeer zou volgens Scarlet een algemeen toezicht op alle communicatie via haar netwerk impliceren, wat in strijd is met artikel 15 van de EU-richtlijn inzake elektronische handel. Dat artikel bepaalt dat het de lidstaten verboden is internetproviders een algemene verplichting op te leggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan. Ten slotte betoogt Scarlet dat de invoering van een filtersysteem de Unierechtelijke bepalingen inzake de bescherming van persoonsgegevens en het communicatiegeheim schendt, aangezien filtering een verwerking inhoudt van IP-adressen, die persoonsgegevens vormen.

Het Hof van beroep behandelt eerst de vraag of een algemene verplichting tot filteren in strijd zou zijn met het recht van de Europese Unie. Relevant zijn volgens het Hof van beroep vijf richtlijnen van het Europees Parlement en de Raad: richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel (PB L 178, p. 1), richtlijn 2001/29/EG inzake auteursrecht en naburige rechten (PB L 167, p.10), richtlijn 2004/48/EG inzake de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (PB L 157, p. 45, met rectificatie in PB L 195, p. 16), richtlijn 95/46/EG inzake de verwerking van persoonsgegevens (PB L 281, p. 31) en richtlijn 2002/58/EG inzake privacy en elektronische communicatie (PB L 201, p. 37), mede beschouwd in het licht van de artikelen 8 en 10 van het EVRM. Het Hof van beroep stelt op 28 januari 2010 twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De eerste vraag houdt in of de genoemde richtlijnen en de daarop gebaseerde nationale wet voldoende grondslag bieden voor een rechterlijk bevel zoals gevraagd door SABAM. Voor het geval het antwoord bevestigend luidt, wil het Hof van beroep in de tweede plaats weten of de nationale rechter bij de beslissing tot het wel of niet opleggen van het bevel toepassing moet geven aan het beginsel van evenredigheid.

Op 14 april 2011 brengt advocaat-generaal Cruz Villalón een conclusie uit. Hij stelt voorop dat de relevante grondrechten niet zozeer te vinden zijn in het EVRM, maar in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Naar zijn mening moeten de vragen van de verwijzende rechter gelezen worden in het licht van de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest (privacy, databescherming en uitingsvrijheid), terwijl daarnaast artikel 17 van het Handvest (recht op eigendom) een rol speelt. Wel hebben de genoemde bepalingen volgens artikel 52, derde lid, van het Handvest dezelfde inhoud en reikwijdte als de daarmee corresponderende grondrechten van het EVRM. Volgens de advocaat-generaal moet het antwoord op de eerste vraag in het licht van deze bepalingen ontkennend zijn. In de Belgische situatie was geen sprake van een bij de wet gestelde beperking als bedoeld in artikel 52, eerste lid, van het Handvest, mede gezien de jurisprudentie van het EHRM over de noodzakelijke kwaliteit van wetten die een grondrecht beperken. Geen van de genoemde richtlijnen stelt een

filtersysteem verplicht, Scarlet kon de maatregel niet voorzien en ten slotte ontbreekt een goede rechtsbescherming voor gedupeerde consumenten, aldus de advocaat-generaal. De subsidiair gestelde vraag liet hij onbesproken.
Het Hof komt eveneens tot het oordeel dat een verplicht filtersysteem onder de gegeven omstandigheden niet toelaatbaar is. Anders dan de advocaat-generaal baseert het Hof zich echter in de eerste plaats op de tekst van de EU-richtlijnen. De richtlijnen die een effectieve bescherming van het auteursrecht voorschrijven, geven voorrang aan artikel 15 van de richtlijn inzake elektronische handel. Het door de nationale rechter opgelegde bevel voldoet daar niet aan. Een analyse van de toepasselijke grondrechten wijst in dezelfde richting. Het recht van intellectuele eigendom moet worden afgewogen tegen de vrijheid van ondernemerschap, die internetproviders krachtens artikel 16 van het Handvest genieten. Het Hof tilt er zwaar aan dat de kosten van het filtersysteem geheel gedragen zouden moeten worden door Scarlet. Om die reden is het rechterlijk bevel tot filteren strijdig met het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de genoemde grondrechten. Aan het slot worden twee grondrechten van de klanten van de internetprovider genoemd, het recht op bescherming van persoonsgegevens en het recht om informatie te ontvangen of door te geven. Deze grondrechten versterken de conclusie dat in casu geen juist evenwicht werd verzekerd.

Scarlet Extended NV
tegen
SABAM

(verzoek om prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Hof van beroep te Brussel)

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 verricht.

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 ondernemerschap, 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

1. Dagelijks vinden op het internet duizenden schendingen plaats van het auteursrecht. Als ik het bestand van een muziekwerk, film of boek zonder toestemming van de rechthebbende doorstuur naar iemand anders, is dat in beginsel een verboden vermenigvuldiging. ‘Peer-to-peer’-programma’s maken het mogelijk dat een uitwisseling tussen consumenten op grote schaal plaats vindt. Traditionele inkomsten voor auteurs en uitgevers vallen weg, wat een doorn in het oog is van de Buma/Stemra’s van deze wereld. Omdat het praktisch ondoenlijk is alle individuele overtreders voor de rechter te brengen, proberen auteursrechthebbenden de internetproviders aan te pakken. Hun stelling is dat deze providers het in hun macht hebben overtredingen stop te zetten en te voorkomen. In hoeverre mag je echter van een technische dienstverlener eisen dat hij het berichtenverkeer van zijn klanten controleert? Er is niet veel fantasie voor nodig om in te zien dat een ver strekkende bescherming van het auteursrecht ten koste gaat van de grondrechten van de consument. Het registeren welke abonnee welke berichten heeft verzonden of ontvangen, het doorgeven van zijn identiteit aan rechthebbenden die zeggen schade te lijden en het blokkeren van informatie vormen een beperking van achtereenvolgens het communicatiegeheim, de bescherming van persoonsgegevens en de

uitingsvrijheid (vgl. art. 8 en 10 EVRM en art. 7,8 en 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie).

2. Auteursrechthebbenden kunnen zich van hun kant ook beroepen op een grondrecht, namelijk het recht op eigendom (vgl. artikel 1 Eerste Protocol EVRM en artikel 17 van het Handvest). Het komt er dus op aan een evenwicht te vinden. Daarbij kunnen de emoties hoog oplopen. PIPA, SOPA en ACTA illustreren dat. Dat zijn niet de namen van drie geliefde knuffeldieren, maar van voorgenomen – minder schattige − wetgeving. PIPA (Protect Intellectual Property Act) and SOPA (Stop Online Piracy Act) zijn Amerikaanse wetsvoorstellen die volgens mensenrechtenorganisaties een bedreiging vormen van de vrijheid van het internet. Congresleden zouden te veel geluisterd hebben naar de lobby van de film- en muziekindustrie in Hollywood. Op 18 januari 2012 ging de Engelstalige Wikipedia een dag uit de lucht om te protesteren tegen een geplande stemming over SOPA. De stemming werd daarop uitgesteld. ACTA staat voor Anti-Counterfeiting Trade Agreement, een internationaal verdrag dat op 26 januari 2012 ondertekend is in Tokio door onder meer de USA, Japan, de Europese Commissie en 22 lidstaten van de EU. Ratificatie is daarmee nog niet gegarandeerd. In de Nederlandse Tweede Kamer is de voltallige oppositie argwanend en heeft de PVV twijfels. Dat bleek tijdens een algemeen overleg op 13 december 2011 (*Kamerstukken II* 2011/12, 25074, nr. 180) en de stemmingen op 14 december 2011.

3. Bovenstaand arrest van het Hof van Justitie van de EU betreft een extreem geval. De Belgische auteursrechtenorganisatie SABAM had bij de nationale rechter gevorderd dat deze de internetprovider Scarlet zou verplichten actief toezicht uit te oefenen op *alle* gegevens van *ieder* van zijn klanten teneinde *elke* toekomstige inbreuk op intellectuele eigendomsrechten te voorkomen (r.o. 37). Blijkens de prejudiciële vragen wilde de nationale rechter bovendien de kosten van het filtersysteem laten dragen door Scarlet (r.o. 29). In principe had het Hof de vragen al kunnen beantwoorden op grond van de richtlijnen 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 en 2002/58 over elektronische handel, intellectuele eigendom, persoonsgegevens en privacy. Uit het samenstel van deze regels blijkt namelijk dat een doorslaggevende rol toekomt aan artikel 15 van richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel. Het eerste lid van dat artikel bepaalt dat de lidstaten dienstverleners zoals Scarlet *geen algemene verplichting* mogen opleggen 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. In Nederland is deze bepaling uitgevoerd door artikel 6:196c BW. De richtlijnen 2001/29 en 2004/48, die het auteursrecht vooropstellen, stellen uitdrukkelijk dat zij geen afbreuk doen aan richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel. Deze conclusie is onlangs ook getrokken door Patrick van

Eecke, ‘Online Service Providers and Liability: a Plea for a balanced Approach’, *Common Market Law Review* 2011 (48), p. 1455-1522.

4. Het Hof overweegt in r.o. 40 dat het door de Belgische rechter bedoelde bevel inderdaad een verboden algemene verplichting is. Kennelijk geïnspireerd door de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón bespreekt het Hof daarna nog enkele grondrechten. In de conclusie waren de grondrechten echter het belangrijkste thema, terwijl zij in het arrest van het Hof slechts een toegift zijn. Cruz Villalón stelt voorop dat de artikelen 8 en 10 EVRM, waarnaar de prejudiciële vragen verwijzen, niet het belangrijkste referentiekader vormen. Centraal in zijn betoog staan de artikelen 7, 8 en 11 van Handvest. Hij heeft vooral aandacht voor de rechten van de gebruikers. Hun privacy wordt bedreigd, hun IP-adressen worden verwerkt en hun vraag naar informatie wordt gedwarsboomd. Weliswaar kunnen de EU-grondrechten worden beperkt krachtens artikel 52, lid 1, van het Handvest, maar die beperkingen moeten ‘bij wet’ worden gesteld. De advocaat-generaal legt dit vereiste uit conform de jurisprudentie van het EHRM over de clausule ‘prescribed by law’. Een wet die grondrechten beperkt moet aan rechtsstatelijke eisen voldoen. Het bevel tot filteren voldoet daar niet aan. Een probleem vindt Cruz Villalón bijvoorbeeld dat voor getroffen internetgebruikers geen goede rechtsbescherming open staat. In een overweging ten overvloede zegt hij dat een verplichting tot filteren alleen door de formele wetgever, dus met democratische legitimatie, had kunnen worden opgelegd. Overigens zou de maatregel dan nog steeds moeten voldoen aan de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid.

5. Een opvallend verschil tussen de conclusie van de advocaat-generaal en het arrest is dat het Hof een grondrecht vooropstelt dat door de advocaat-generaal niet werd genoemd. Het gaat om artikel 16 van het Handvest, inzake de vrijheid van ondernemerschap, dat geen evenknie heeft in het EVRM. Volgens het Hof is deze vrijheid in het geding wanneer de Belgische rechter zou bevelen dat Scarlet alle kosten van een permanent, duur en ingewikkeld informaticasysteem moet dragen (r.o. 48). De Nederlandse rechter heeft ook al eens geoordeeld dat het niet redelijk is een tussenpersoon op te zadelen met de kosten van een duur filtersysteem (Rb. Zwolle-Lelystad 3 mei 2006, Stokke t. Marktplaats, *LJN* AW6288; *Mediaforum* 2006-9, nr. 29 m.nt. B.T. Beuving). Jammer is dat de rechten van de internetgebruikers er bij het Hof zeer bekaaid vanaf komen. Het Hof noemt slechts de artikelen 8 en 11 van het Handvest, het recht op bescherming van persoonsgegevens en de uitingsvrijheid (r.o. 50-52). Het recht op vertrouwelijke communicatie, neergelegd in artikel 7 van het Handvest, wordt niet genoemd. Over de uitingsvrijheid merkt het Hof op dat een filtersysteem de informatievrijheid ‘kan’ beperken, omdat de toepassing zou kunnen leiden tot het blokkeren van communicatie met een legale inhoud. Dat is wel heel zuinig gezegd. Verplichte censuur is altijd een beperking. Hooguit kan

men stellen dat het blokkeren van illegale communicatie in beginsel een gerechtvaardigde beperking is.

6. Welke nieuwe inzichten biedt dit arrest? Eigenlijk niet zo veel. De overweging dat de bescherming van het intellectuele eigendomsrecht moet worden afgewogen tegen de bescherming van andere grondrechten was al bekend uit het arrest *Promusicae* (HvJ EU 29 januari 2008, C-275/06). Dat een algemene verplichting voor internetproviders om toezicht te houden op hun klanten niet door de beugel kan, is niet verbazend. De Nederlandse regering heeft in deze procedure hetzelfde standpunt ingebracht (*Kamerstukken II* 2011/12, 29838, nr. 30, p. 54 en 29838, nr. 31, p. 2). De belangrijkste vraag is echter wanneer verboden *algemeen* toezicht overgaat in toegestaan *specifiek* toezicht. Mag de rechter de toegang tot bepaalde websites laten blokkeren als bewezen is dat deze inbreuken op het auteursrecht faciliteren? Op 22 december 2011 nam de Tweede Kamer een motie-Verhoeven (D66) aan, waarin zij uitsprak *dat de handhaving van het auteursrecht via het blokkeren van de toegang tot websites via access providers onwenselijk is omdat dit in strijd is met het grondrecht op vrijheid van meningsuiting, het grondrecht op privacy en de wens van Nederland om innovatie online te stimuleren* (*Kamerstukken II* 2011/12, 29838, nr. 44). Drie weken later oordeelde de rechtbank te ‘s-Gravenhage in de zaak *Brein t. Ziggo en XS4All* echter dat beide internetproviders de toegang van hun abonnees tot de website The Pirate Bay moesten blokkeren (Rb ’s-Gravenhage 11 januari 2012, *LJN* BV0549). Het verzoek van gedaagden om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie werd afgewezen. Een essentieel aspect lijkt mij of ook rechtmatige communicatie dreigt te worden verhinderd.

Wouter Hins
Hoogleraar mediarecht, Universiteit Leiden, en universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht, Universiteit van Amsterdam