

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 14 april 2011¹

Inhoud

I — Inleiding	I - 11964
II — Toepasselijke bepalingen	I - 11967
A — Recht van de Unie	I - 11967
1. De regelgeving inzake de bescherming van de intellectuele eigendom	I - 11967
a) Richtlijn 2001/29 over de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en van de naburige rechten in de informatiemaatschappij	I - 11967
b) Richtlijn 2004/48 inzake de handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten	I - 11968
2. De regelgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens	I - 11969
a) Richtlijn 95/46 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens	I - 11969
b) Richtlijn 2002/58 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie	I - 11969
3. De regelgeving inzake de elektronische handel: richtlijn 2000/31.	I - 11970
B — Nationaal recht	I - 11970

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

III — Aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten en prejudiciële vragen	I - 11971
A — Feiten en procedure in het hoofdgeding	I - 11971
B — Prejudiciële vragen	I - 11974
C — Procesverloop voor het Hof	I - 11974
IV — Analyse	I - 11975
A — Inleidende opmerkingen	I - 11975
1. De herformulering van de eerste vraag: het EVRM en het Handvest	I - 11975
2. De structuur van het antwoord	I - 11977
3. Een aanpak in vier stappen	I - 11978
B — De gevraagde maatregel (stakingsbevel) en het geëiste „systeem” (van filtering en blokkering)	I - 11979
1. Het filter- en blokkeringssysteem	I - 11980
a) Het filterproces	I - 11980
b) Het blokkeringsproces	I - 11982
2. De kenmerken van het stakingsbevel	I - 11982
a) „zonder beperking in de tijd”: het toepassingsgebied van de maatregel <i>ratione temporis</i>	I - 11983
b) „alle in- en uitgaande elektronische communicatie”: het toepassingsgebied van de maatregel <i>ratione materiae</i>	I - 11983
c) „ten aanzien van al haar klanten”: het toepassingsgebied van de maatregel <i>ratione personae</i>	I - 11984
d) „in abstracto en als preventieve maatregel”: de preventieve en afschrikkende functie van de gevraagde maatregel	I - 11985
e) „op haar kosten”: het dragen van de kosten die voor de uitvoering van de gevraagde maatregel worden gemaakt	I - 11985
3. Voorlopige conclusie	I - 11986

C — De kwalificatie van de maatregel aan de hand van de richtlijnen en van de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest: een „beperking” in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest	I - 11988
1. „in het bijzonder uitgelegd aan de hand van de artikelen 7 en 8 van het Handvest”: de eerbiediging van het privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens.	I - 11989
a) De bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 van het Handvest)	I - 11990
b) De vertrouwelijkheid van de elektronische communicatie (artikel 7 van het Handvest)	I - 11992
2. „in het bijzonder uitgelegd aan de hand van artikel 11 van het Handvest”: de waarborg van de vrijheid van meningsuiting en het recht op informatie	I - 11993
3. Voorlopige conclusie	I - 11995
D — De voorwaarden die gesteld worden aan de beperking van de uitoefening van de door het Handvest erkende rechten en vrijheden en in het bijzonder de voorwaarde inzake „de kwaliteit van de wet” (artikel 52, lid 1, van het Handvest)	I - 11995
E — „enkel op de grondslag van [de] wettelijke bepaling”: bestudering van de nationale wet aan de hand van de voorwaarde inzake de „kwaliteit van de wet” (artikel 52, lid 1, van het Handvest)	I - 12000
V — Conclusie	I - 12004

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak biedt aan het Hof de gelegenheid om op zijn beurt te oordelen over

de kwestie van inbreuken op het auteursrecht en de naburige rechten op internet en over het illegaal downloaden van beschermde werken, hetgeen doorgaans wordt aangeduid als „piraterij” van muzikale, cinematografische, audiovisuele of ook literaire werken, en om aandacht te schenken aan de strijd die de houders van die rechten of hun rechthebbenden

voeren tegen iets dat voorgesteld wordt als een wereldwijde plaag.² Het Hof moet zich om preciezer te zijn uitspreken over de — tot nu toe niet behandelde — vraag van de levensvatbaarheid — uit het oogpunt van het recht van de Unie — van sommige technische maatregelen ter bestrijding van piraterij die, hoewel de betrouwbaarheid ervan nog niet

helemaal vaststaat en hoewel ze voortdurend te maken hebben met de technologische vooruitgang en de groeiende praktische ervaring, gepresenteerd worden als een mogelijk adequaat antwoord op de aantastingen van de intellectuele-eigendomsrechten die elke dag op „het web” plaatsvinden.

2 — Het lijkt nauwelijks nodig om erop te wijzen dat het probleem van de piraterij op internet wereldwijd speelt, dat het per land tot verschillende antwoorden heeft geleid, meestal gerechtelijk [hetzij tegen de internetgebruikers zelf, hetzij tegen de dienstverleners, internetproviders, hostingproviders, uitgevers van „peer-to-peer”-software of van diensten [zie met name de zaken Napster (A&M Records v Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 2011) en Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005) in de Verenigde Staten, de zaak Kazaa in Australië (Kazaa [2005] F. C. A. 1242) of ook de zaak PirateBay in Zweden (Svea hovrätt), 26 november 2010 (zaak nr. B 4041-09)], soms met wetgevende maatregelen [zoals in Frankrijk de zogenoemde wet Hadopi, genoemd naar de door deze wet in het leven geroepen Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet (Hoge Autoriteit voor de verspreiding van de werken en de bescherming van de rechten op internet) (Loi n° 2009-669, du 12 juni 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet [wet nr. 2009-669 van 12 juni 2009 tot bevordering van de verspreiding en de bescherming van werken op internet], JORF nr. 135 van 13 juni 2009, blz. 9666); in Spanje slotbepaling 43 van Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (wet nr. 2/2011 van 4 maart 2011 inzake duurzame economie, BOE van 5 maart 2011, deel I, blz. 25033)], soms op een geheel eigen wijze (zie bijvoorbeeld het *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing*, in 2008 ondertekend door de belangrijkste internetproviders in het Verenigd Koninkrijk en de vertegenwoordigers van de creatieve bedrijfstakken), die alle rijkelijk zijn commentarieerd en die hier uiteraard niet, zelfs niet in het kort, alle kunnen worden vermeld, en dat het debat dat dit probleem oproept ook wereldwijd gevoerd wordt en bijzonder controversieel is; zie voor een overzicht van de Franse benadering van het probleem met name Derieux, E., Granchet, A., *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI*, Lamy Axe Droit, 2010; zie voor een schets van het door de Commissie ingenomen standpunt haar Eerste rapport over de toepassing 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, van 21 november 2003 [COM(2003) 702 definitief, punt 4.7]; haar rapport over de toepassing van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, van 22 december 2010 [COM(2010) 779 definitief, punt 3.3] alsmede haar mededeling d.d. 16 juli 2008, „Een strategie voor industriële-eigendomsrechten voor Europa” [COM(2008) 465 definitief, punt 5.3]. Van de werkzaamheden in het kader van de Raad van Europa moet ook worden geraadpleegd aanbeveling CM/Rec(2008)6 van het Comité van Ministers van 26 maart 2008 aan de lidstaten inzake de maatregelen ter bevordering van de eerbiediging van de vrijheid van meningsuiting en van vrije nieuwsgaring ten aanzien van de filters op internet en inzake de richtlijnen van juli 2008 ten behoeve van de aanbieders van diensten op internet; zie ook het rapport van de OESO dat op 13 december 2005 gepresenteerd werd aan de Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL.

2. De prejudiciële vragen die in deze zaak aan het Hof worden voorgelegd vergen een uitlegging zowel van een complex geheel aan bepalingen uit handelingen van afgeleid recht als van bepalingen van het primaire recht, om precies te zijn van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie³, tegen de achtergrond van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden⁴. Er moet evenwel onmiddellijk op worden gewezen dat er geen sprake van kan zijn dat in het kader van deze conclusie het geheel van juridische vragen en technische problemen wordt behandeld⁵ dat de betreffende maatregelen oproept. Ons basierend op de formulering van de vragen door de verwijzende rechter en op de formulering waarmee deze de juridische en feitelijke situatie van het hoofdgeding uiteenzet, gaan we trachten om hem een nuttig antwoord te

3 — Hierna: „Handvest”.

4 — Hierna: „EVRM”.

5 — Zo zullen op juridisch vlak de juridische kwalificatie van de betreffende inbreukmakende handelingen niet onderzocht worden en evenmin de gevolgen van de uitzonderingen voor het kopiëren voor privégebruik; op technisch vlak kunnen noch de technieken voor illegaal downloaden noch de mogelijke methoden om deze te verhinderen, behandeld worden. Over het algemeen dient men zich wat dat betreft te wenden tot de overvloedige doctrine die door het juridisch begrip van dit fenomeen is ontstaan.

geven door ons te concentreren op de meest fundamentele aspecten.

3. Aan het Hof wordt in dat opzicht in het bijzonder gevraagd om concreet aan de verwijzende rechter aan te geven of een nationale rechter vanuit het gezichtspunt van het recht van de Unie bevoegd is een maatregel te treffen zoals die welke gevraagd wordt in het hoofding, waarbij aan een internetprovider⁶ wordt opgedragen om een systeem te installeren waarmee elektronische communicatie kan worden gefilterd en geblokkeerd. Aangezien de aldus gevraagde maatregel een totaal verschillende reikwijdte heeft voor de ISP aan de ene kant en de gebruikers van de diensten van de ISP en ruimer geformuleerd de internetgebruikers aan de andere kant, zal rekening moeten gehouden worden met dat dubbele perspectief, hoewel de gestelde vraag vooral de rechten van de gebruikers betreft.

4. Er moet ook meteen al worden verduidelijkt dat de onderhavige zaak zich onderscheidt van de zaak die leidde tot het arrest *Promusicae*⁷, hoewel het juridisch kader

en de algemene context van deze zaken duidelijke overeenkomsten vertonen. Ook al vereist deze zaak net zoals in de zaak *Promusicae* dat de eisen die verbonden zijn aan de bescherming van verschillende grondrechten worden verzoend, laten de beide zaken toch verschillen zien die, zoals de verwijzende rechter zelf benadrukt, uitsluiten dat de lering uit het arrest *Promusicae*, met name het beginsel van het juiste evenwicht tussen de rechten dat het definieert, voldoende zou zijn om hem uitspraak te kunnen laten doen. In de zaak *Promusicae* werd namelijk aan een ISP gevraagd om in het kader van een gerechtelijke procedure de identiteit en het feitelijke adres bekend te maken van personen die geïdentificeerd waren door hun IP-adres⁸, alsmede de datum en het tijdstip van hun verbinding. Het ging derhalve om een verbinding in een juridisch kader van bekende en geïdentificeerde gegevens. In het hoofding daarentegen wordt van een internetprovider verlangd dat hij een systeem installeert dat elektronische communicatie filtert en dat elektronische bestanden die geacht worden inbreuk te maken op een intellectuele-eigendomsrecht, blokkeert. Dat is geen ingreep a posteriori, nadat een inbreuk op auteursrechten of een naburig recht is geconstateerd, zoals vereist is, maar een ingreep a priori, met het oog op de verhindering van een dergelijke inbreuk en, om precies te zijn, om een systeem te installeren dat in staat is om preventief elke toekomstige inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht⁹ te verhinderen op manieren die, zoals

6 — Hierna: „ISP”.

7 — Arrest van 29 januari 2008, C-275/06, Jurispr. blz. I-271, conclusie van advocaat-generaal Kokott van 18 juli 2007.

8 — Een IP-adres is een uniek adres dat de apparaten die met elkaar in verbinding staan conform het „internetprotocol” gebruiken om zich te identificeren en om met elkaar te communiceren op een netwerk; zie met name Jon Postel ed., Internet Protocol, RFC 791, september 1981, <http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html>. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *Promusicae*, punten 30 en 31.

9 — Eigenlijk wordt, zoals we zullen zien, van de betreffende ISP verlangd dat hij een „preventieve” voorziening installeert ter bestrijding van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten, maar er moet ook worden aangetekend dat hij in het onderhavige geval gesommeerd wordt als reactie op geconstateerde inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten in het kader van een civiele procedure.

we zullen zien, doortrokken zijn van talrijke onzekerheden.

5. Het onderzoek van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde situatie zal zich vanzelfsprekend toch vooral afspelen vanuit het gezichtspunt van de grondrechten.

de bescherming van persoonsgegevens, en van richtlijn 2000/31/EG¹⁴ over de elektronische handel, die op ingewikkelde wijze met elkaar in verband staan. Rekening houdend met deze ingewikkeldheid zullen bij de presentatie van het juridisch kader van de zaak slechts die bepalingen worden meegenomen die noodzakelijk zijn voor het begrijpen van het hoofdgeding.

1. De regelgeving inzake de bescherming van de intellectuele eigendom

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Recht van de Unie*

6. De belangrijkste vraag aan het Hof betreft de uitlegging van de richtlijnen 2001/29/EG¹⁰ en 2004/48/EG¹¹, inzake de bescherming van de intellectuele eigendom, van de richtlijnen 95/46/EG¹² en 2002/58/EG¹³, inzake

a) Richtlijn 2001/29 over de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en van de naburige rechten in de informatiemaatschappij

7. Artikel 8 van richtlijn 2001/29, met het opschrift „Sancties en rechtsmiddelen”, luidt als volgt:

„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 een afschrikkende werking hebben.

10 — Richtlijn 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).

11 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB L 157, blz. 45, met rectificaties in PB 2004, L 195, blz. 16, en PB 2007, L 204, blz. 27).

12 — Richtlijn 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).

13 — Richtlijn 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 (PB L 201, blz. 37).

14 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name van de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn over de elektronische handel”) (PB L 178, blz. 1).

2. Elke lidstaat draagt er zorg voor, dat rechthebbenden wier belangen worden geschaad door een inbreukmakende handeling die op zijn grondgebied plaatsvindt, een vordering tot schadevergoeding en/of beëindiging van de inbreuk en in voorkomend geval een vordering tot inbeslagneming van het inbreukmakende materiaal en de in artikel 6, lid 2, bedoelde inrichtingen, producten of onderdelen kunnen instellen.

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.”

b) Richtlijn 2004/48 inzake de handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten

8. Artikel 9, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/48 luidt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de rechterlijke instanties, op verzoek van de eiser:

a) tegen de vermeende inbreukmaker een voorlopig bevel kunnen uitvaardigen dat

bedoeld is om een dreigende inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te voorkomen of om, indien wenselijk en indien het nationale recht hierin voorziet, op straffe van een dwangsom tijdelijk voortzetting van de vermeende inbreuk op dat intellectuele-eigendomsrecht te verbieden, dan wel om aan deze voortzetting de voorwaarde te verbinden dat zekerheid wordt gesteld voor schade-loosstelling van de rechthebbende; onder dezelfde voorwaarden kan een voorlopig bevel worden uitgevaardigd tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om op een recht van intellectuele eigendom inbreuk te maken; het bevel tegen een tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of een naburig recht, wordt beheerst door richtlijn 2001/29/EG.”

9. Artikel 11 van richtlijn 2004/48, met het opschrift „Rechterlijk bevel”, bepaalt:

„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/EG.”

b) Richtlijn 2002/58 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie

2. De regelgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens

11. Artikel 5 van richtlijn 2002/58, over het vertrouwelijk karakter van de communicatie, bepaalt in lid 1:

a) Richtlijn 95/46 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens

„De lidstaten garanderen via nationale wetgeving het vertrouwelijke karakter van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens via openbare communicatienetwerken en via openbare elektronischecommunicatiediensten. Zij verbieden met name het afluisteren, 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, tenzij dat bij wet is toegestaan overeenkomstig artikel 15, lid 1. Dit lid laat de technische opslag die nodig is voor het overbrengen van informatie onverlet, onverminderd het vertrouwelijkheidsbeginsel.”

10. Artikel 13, lid 1, sub g, van richtlijn 95/46 luidt:

„1. De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in artikel 6, lid 1, artikel 10, artikel 11, lid 1, artikel 12 en artikel 21 bedoelde rechten en plichten indien dit noodzakelijk is ter vrijwaring van:

12. Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58, dat de toepassing van een aantal bepalingen van richtlijn 95/46/EG regelt, bepaalt:

[...]

g) de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen.”

„De lidstaten kunnen wettelijke maatregelen treffen ter beperking van de reikwijdte van de in de artikelen 5 en 6, artikel 8, leden 1, 2, 3

en 4, en artikel 9 van deze richtlijn bedoelde rechten en plichten, indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is ter waarborging van de nationale, d.w.z. de staatsveiligheid, de landsverdediging, de openbare veiligheid, of het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van strafbare feiten of van onbevoegd gebruik van het elektronischecommunicatiesysteem als bedoeld in artikel 13, lid 1, van richtlijn 95/46/EG. Daartoe kunnen de lidstaten o.a. wetgevingsmaatregelen treffen om gegevens gedurende een beperkte periode te bewaren om de redenen die in dit lid worden genoemd. Alle in dit lid bedoelde maatregelen dienen in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.”

3. De regelgeving inzake de elektronische handel: richtlijn 2000/31.

13. Artikel 15 van richtlijn 2000/31, aan het slot van afdeling IV — over de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon

optreden —, gaat uit van de afwezigheid van een algemene verplichting op het gebied van toezicht in de volgende bewoordingen:

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

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.”

B — Nationaal recht

14. Artikel 87, § 1, van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten¹⁵, zoals gewijzigd bij de wet

¹⁵ — *Belgisch Staatsblad* van 27 juli 1994, blz. 19297.

van 10 mei 2007 die uitvoering gaf aan artikel 8, lid 3 van richtlijn 2001/29 en artikel 11 van richtlijn 2004/48, bepaalt:

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

Zij kunnen eveneens een stakingsbevel uitvaardigen tegenover tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht of op een naburig recht te plegen.”

III — Aan het hoofdgeding ten grondslag liggende feiten en prejudiciële vragen

A — *Feiten en procedure in het hoofdgeding*

15. Bij exploit van 24 juni 2004 heeft de Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (Sabam) in het kader van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten Scarlet Extended SA,

een ISP¹⁶, gedagvaard voor de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel, optredend als kortgedingrechter, ter zake van een stakingsbevel.

16. Sabam betoogde dat Scarlet in haar hoedanigheid van ISP bij uitstek aangewezen is om maatregelen te treffen om de inbreuken op het auteursrecht die haar klanten begaan, een halt toe te roepen. Internetgebruikers downloaden namelijk illegaal werken uit de catalogus van Sabam met behulp van „peer-to-peer”-software zonder rechten af te dragen, uit welke praktijk Scarlet voordeel trekt aangezien hierdoor het door haar aangeboden internetverkeer kan toenemen en bijgevolg de vraag naar haar diensten.

17. Sabam vroeg op de eerste plaats dat vastgesteld zou worden dat er sprake is van inbreuken op het auteursrecht dat rust op de muziekwerken die tot haar repertoire behoren, en in het bijzonder op het verveelvoudigingsrecht en op het recht op mededeling aan het publiek, die zouden voortvloeien uit de ongeautoriseerde uitwisseling van elektronische muziekbestanden via de diensten van Scarlet met behulp van „peer-to-peer”-software.

18. Sabam vroeg vervolgens dat Scarlet op straffe van een dwangsom veroordeeld zou worden om een einde te maken aan deze inbreuken door elke niet door de rechthebbenden toegestane vorm van verzending of ontvangst met behulp van „peer-to-peer”-software door haar klanten van bestanden die een muziekwerk bevatten, te blokkeren of onmogelijk te maken.

¹⁶ — Hierna: „Scarlet”.

19. Sabam vorderde ten slotte dat Scarlet haar binnen een week na betekening van het te wijzen vonnis op straffe van een dwangsom zou meedelen welke maatregelen zij treft, dat zij een mededeling op de homepage van haar website zou plaatsen en dat zij dat vonnis zou publiceren in twee dagbladen en een weekblad naar keuze.

20. Bij vonnis van 26 november 2004 heeft de voorzitter van de Rechtbank het bestaan vastgesteld van de gelaakte inbreuken op het auteursrecht. Alvorens te beslissen over het gevraagde stakingsbevel wees hij echter een deskundige aan om te onderzoeken of de door Sabam voorgestelde technische oplossingen ook technisch haalbaar zijn, of het mogelijk is om hiermee uitsluitend de ongeoorloofde uitwisseling van elektronische bestanden te filteren en of er andere toepassingen bestaan waarmee het gebruik van „peer-to-peer”-software gecontroleerd kan worden, en om vast te stellen wat de kosten zijn van de beoogde toepassingen.

21. De aangewezen deskundige heeft zijn rapport op 29 januari 2007 ingediend. De conclusies zijn opgenomen in de verwijzingsbeslissing en luiden als volgt:

„1. Een peer-to-peernetwerk is een toegankelijk, onafhankelijk en decentraal middel voor het uitwisselen van bestanden en heeft geavanceerde zoek- en downloadmogelijkheden;

2. Met uitzondering van de door Audible Magic aangeboden software zijn alle toepassingen erop gericht om het gebruik van peer-to-peernetwerken helemaal onmogelijk te maken, ongeacht welke content er wordt doorgegeven;

3. Overigens is de doeltreffendheid van de programma's om peer-to-peertoepassingen te filteren op de middellange termijn (2-3 jaar) verre van verzekerd vanwege het toenemend gebruik van encryptie bij deze toepassingen;

4. de door de onderneming Audible Magic aangeboden programmatuur is derhalve de enige die deze problematiek gericht het hoofd zou kunnen bieden. Deze in hoofdzaak voor het onderwijs bestemde software is evenwel in beginsel niet ontworpen met het oog op het drukke dataverkeer dat een ISP kenmerkt. Bij toepassing ervan op de netwerken van internetproviders zal dit gebrek aan capaciteit daarom hoge aanschaf- en exploitatiekosten met zich brengen;

5. deze kosten moeten worden afgezet tegen de duur van de periode dat de programmatuur doeltreffend is, aangezien deze doeltreffendheid door de hiervoor vermelde encryptie ook met betrekking tot het filteren van het dataverkeer teniet zal worden gedaan;

6. intern toezicht binnen het peer-to-peer-netwerk zelf is minder eenvoudig uitvoerbaar, maar leidt wel tot een beter resultaat. Een dergelijke aanpak richt zich namelijk in eerste instantie slechts op internetgebruikers die illegaal bestanden uitwisselen en kan rekening houden met de context waarbinnen dit dataverkeer plaatsvindt;
7. aangezien deze oplossing niet of veel minder gevoelig is voor encryptie vormt zij volgens mij de beste aanpak om de inachtneming van auteursrechten op middellange en lange termijn te garanderen zonder afbreuk te doen aan de rechten van anderen.”
22. Op basis van dit deskundigenrapport heeft de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel op 29 juni 2007 een tweede vonnis gewezen waarin hij Scarlet heeft veroordeeld om binnen zes maanden de in het vonnis van 26 november 2004 geconstateerde inbreuken op het auteursrecht te beëindigen door elke vorm van verzending of ontvangst door haar klanten, met behulp van „peer-to-peer”-software, van elektronische bestanden die een muziekwerk uit het repertoire van Sabam bevatten, onmogelijk te maken, zulks op straffe van een dwangsom van 2500EUR per dag dat Scarlet het vonnis niet zou nakomen.
23. Scarlet heeft op 6 september 2007 tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het Hof van Beroep te Brussel.
24. Scarlet heeft bovendien bij exploit van 7 december 2007 de zaak aanhangig gemaakt bij de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel met het verzoek om de dwangsom die haar was opgelegd in te trekken of op zijn minst op te schorten. Scarlet betoogde dat het haar feitelijk of tijdelijk onmogelijk was om zich aan het stakingsbevel te houden omdat het programma van Audible Magic niet werkte en niet vaststond dat het voor een internetprovider technisch mogelijk is om „peer-to-peer”-verkeer doeltreffend te filteren of te blokkeren.
25. De voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel heeft dit verzoek bij uitspraak van 22 oktober 2008 verworpen. Hij overwoog dat de devolutieve werking van het hoger beroep zich ertegen verzet dat de partijen hun zaak opnieuw voor hem bepleiten. Hij erkende dat het programma van Audible Magic niet met succes had kunnen worden toegepast, maar constateerde ook dat Scarlet geen andere oplossingen om te filteren of te blokkeren had uitgeprobeerd en dientengevolge niet had aangetoond dat het stakingsbevel niet kon worden nagekomen. Toch schortte hij de dwangsom op tot 31 oktober 2008 teneinde Scarlet de gelegenheid te bieden andere wegen te verkennen.

B — *Prejudiciële vragen*

26. In deze 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 ‚[de nationale rechter] [...] eveneens een bevel tot staking [kan] 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 te installeren voor het filteren van alle onder andere via ‚peer-to-peer’-programma’s in- en uitgaande elektronische communicatie die via zijn diensten verloopt, teneinde te kunnen vaststellen of op zijn netwerk bestanden in omloop zijn die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarvan de verzoeker beweert de

auteursrechtgebende 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 stakingsbevel 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?”

C — *Procesverloop voor het Hof*

27. Scarlet, Sabam samen met Belgian Entertainment Association Video (BEA Video) en Belgian Entertainment Association Music (BEA Music), Internet Service Provider Association (ISPA) en het Koninkrijk België, de Tsjechische Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Polen, de Republiek Finland en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

28. Het Hof heeft Scarlet, Sabam, ISPA, het Koninkrijk België, de Tsjechische Republiek,

de Italiaanse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Polen en de Europese Commissie gehoord tijdens de zitting die plaatsvond op 13 januari 2011.

IV — Analyse

A — Inleidende opmerkingen

1. De herformulering van de eerste vraag: het EVRM en het Handvest

29. De verwijzende rechter wijst erop dat zijn eerste prejudiciële vraag betrekking heeft op de uitlegging van verschillende bepalingen van afgeleid recht van de Unie „in het licht van de artikelen 8 en 10 van het EVRM”. Daarbij kan hij zich ontegenzeggelijk beroepen op artikel 6, lid 3, VEU, op grond waarvan „[d]e grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het [EVRM] [...] als algemene beginselen deel uit[maken] van het recht van de Unie”. Hierbij dringen zich evenwel een aantal inleidende opmerkingen op, die ons zullen brengen tot een specifieke herformulering van de vraag.

30. Op de eerste plaats verduidelijkt artikel 6 VEU in de eerste alinea van lid 1 dat het Handvest „dezelfde juridische waarde als de Verdragen” heeft, zoals het Hof ook heeft benadrukt in zijn recente rechtspraak.¹⁷ Aangezien de in het Handvest genoemde rechten, vrijheden en beginselen aldus al van zichzelf een juridische waarde hebben, die bovendien van het hoogste niveau is, is een beroep op die algemene beginselen, voor zover ze met die van het Handvest overeenkomen, niet meer zo noodzakelijk. Dit is een eerste element dat er sterk voor pleit om de vraag liever te onderzoeken in het licht van het Handvest dan van het EVRM, *ceteris paribus*.¹⁸

31. Vervolgens bepaalt artikel 52, lid 3, van het Handvest dat „[v]oor zover [het] rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het [EVRM], de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde [zijn] als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend”, waarbij nader is bepaald dat „[d]eze bepaling [niet] verhindert [...] dat het recht van de Unie een ruimere

17 — Zie met name, voor de meest recente arresten, arresten van 14 oktober 2010, Fuß (C-243/09, punt 66); 9 november 2010, Volker und Markus Schecke en Eifert (C-92/09 en C-93/09, punten 45 e.v.) en B en D (C-57/09 en C-101/09, punt 78); 12 november 2010, Asparuhov Estov (C-339/10, punt 12); 23 november 2010, Tsakouridis (C-145/09, punt 52); 22 december 2010, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft (C-279/09, punt 30), Sayn-Wittgenstein (C-208/09, punt 52), Gavieiro Gavieiro en Iglesias Torres (C-444/09 en C-456/09, punt 75) en Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU), en 1 maart 2011, Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop e.a. (C-236/09, punt 16).

18 — Zie in die zin ook de conclusie van advocaat-generaal Bot van 5 april 2011 in zaak C-108/10, Scattolon.

bescherming biedt”.¹⁹ In de omstandigheden van het hoofdgeding „corresponderen” de in artikel 8 EVRM gewaarborgde rechten in de zin van artikel 52, lid 3, van het Handvest met de rechten die gewaarborgd worden in de artikelen 7 („eerbiediging van het privéleven en van het gezinsleven”) en 8 („bescherming van persoonsgegevens”) van het Handvest, net zoals de in artikel 10 EVRM gewaarborgde rechten „corresponderen” met de rechten die gewaarborgd worden in artikel 11 van het Handvest („vrijheid van meningsuiting en van informatie”), niettegenstaande de verschillen in de respectievelijk gebruikte formuleringen en terminologie.²⁰

en vrijheden” aan een reeks voorwaarden. De term „beperking” zelf zou dan op zijn beurt overeenkomen met de term „inmenging” uit artikel 8 EVRM en wordt ook in artikel 10 EVRM gebruikt. Deze bepalingen sommen diverse voorwaarden op die eveneens groten-deels corresponderen met de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 52, lid 1, van het Handvest, waarvan de uitlegging door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in aanmerking moet worden genomen door het Hof.²¹ Maar voor zover die voorwaarden verschillen bevatten, is het mijns inziens duidelijk dat aan de bepalingen van het Handvest een autonome uitlegging gegeven moet worden.²²

32. Ten slotte is het van belang om erop te wijzen dat ook de bepalingen van het EVRM die onder voorwaarden maatregelen toestaan die de aldus gewaarborgde rechten en vrijheden beperken, in dit geval de artikelen 8, lid 2, en 10, lid 2, met een iets afwijkende formulering „corresponderen” met een algemeen artikel van het Handvest, dat geldt voor alle rechten en vrijheden die het Handvest waarborgt, namelijk artikel 52, lid 1 („Reikwijdte en uitlegging van de gewaarborgde rechten en beginselen”).

34. Derhalve, en met de hierboven gemaakte voorbehouden, stel ik voor om de vraag van de verwijzende rechter aldus te wijzigen dat de vermelding van de artikelen 8 en 10 EVRM vervangen wordt door een verwijzing naar „de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest, juncto artikel 52, lid 1 van het Handvest, zolang, voor zover noodzakelijk, uitgelegd in het licht van de artikelen 8 en 10 EVRM”.

33. Die laatste bepaling onderwerpt „beperkingen op de uitoefening van de [...] rechten

19 — Zie arrest van 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, Jurispr. blz. I-8965, punt 53), en arrest DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, reeds aangehaald (punt 35).

20 — Zie in dit verband ook de in artikel 52, lid 7, bedoelde toelichting die is opgesteld om richting te geven aan de uitlegging van het Handvest, in het bijzonder de toelichting bij artikel 7, artikel 8, artikel 11 en artikel 52 van het Handvest.

21 — Zoals het Hof weer onder de aandacht bracht in zijn reeds aangehaalde arrest DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, punt 35, worden „de inhoud en reikwijdte van de gewaarborgde rechten niet alleen door de tekst van het EVRM bepaald, maar ook in het bijzonder door de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”, conform de toelichting die is opgesteld op grond van artikel 52, lid 3, van het Handvest om richting te geven aan de uitlegging van het Handvest.

22 — Zie wat dat betreft mijn conclusie van 1 maart 2011 in de bij het Hof aanhangige zaak Samba Diouf (C-69/10, punt 42).

2. De structuur van het antwoord

35. Scarlet en ISPA alsook de Belgische, de Tsjechische, de Italiaanse, de Nederlandse, de Poolse en de Finse regering zijn algemeen van mening, na een substantiële analyse van de desbetreffende bepalingen maar met verschillen in de benadering van de probleemstelling, dat het recht van de Unie zich verzet tegen het vaststellen van een maatregel als de gevraagde. De Commissie is van mening dat de betreffende richtlijnen zich weliswaar niet zelf verzetten tegen het installeren van een filter- en blokkeringsysteem zoals het gevorderde, maar dat de concrete vormen van het gebruik ervan niet in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. De Commissie is aldus in wezen van mening dat het per slot van rekening de nationale rechter van eerste aanleg is die de eisen die voortvloeien uit het evenredigheidsbeginsel niet in acht heeft genomen, waarbij de nationale wettelijke bepalingen an sich geen enkele blaam treft.

36. In dit verband moet zeker in herinnering worden gebracht dat artikel 52, lid 1, van het Handvest, naast andere voorwaarden, eist dat elke beperking van de rechten en de vrijheden plaatsvindt met eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel. De eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel is zonder enige twijfel geboden zodra de vraag van een beperking in de zin van deze bepaling aan de orde is, dus niet alleen in de fase van de concrete toepassing ervan door de rechter, hetgeen exact het voorwerp is van de tweede vraag, maar ook van tevoren in de fase van de abstracte

definiëring ervan, van de formulering ervan door de wetgevende macht. Wat dat aspect van de probleemstelling betreft, schiet de argumentatie van de Commissie mijns inziens tekort.

37. In ieder geval lijdt het weinig twijfel dat als de „wet” zelf aan een toets van de evenredigheid moet worden onderworpen, dit in voorkomend geval pas kan gebeuren na de constatering dat die wet „bestaat”. Het is wat dat betreft niet toevallig dat de eerste van de voorwaarden die in artikel 52, lid 1, van het Handvest worden gesteld voor elke beperking van de uitoefening van de door het Handvest erkende rechten en vrijheden, luidt dat de beperking „bij wet wordt gesteld”. De verwijzende rechter verzoekt het Hof op de allereerste plaats, door de vraag te stellen of de in het geding zijnde maatregel kan worden vastgesteld „enkel op de grondslag van [de] wettelijke bepaling” die hij citeert, om te onderzoeken of die eerste voorwaarde is geëerbiedigd. Dat aspect van de vraag is mijns inziens onontkoombaar en dringt zich op vóór elk ander.²³ Indien er geen „wet” in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest bestaat, is er immers geen reden om achtereenvolgens de voorwaarden te onderzoeken waaraan elke beperking van de uitoefening van de rechten en vrijheden die het Handvest erkent, moet voldoen en met name de voorwaarde van evenredigheid. Het Hof heeft weliswaar slechts zelden de gelegenheid gehad om zich

23 — Dit was precies de inhoud van de vraag die ter terechtzitting gedetailleerd is gesteld aan de verschillende interveniënten.

te beraden over deze voorwaarde²⁴, maar deze is ook te vinden in de artikelen 8 en 10 EVRM en heeft over een lange periode geleid tot een rijke jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens; we zullen dus in het bijzonder onze toevlucht moeten nemen tot die jurisprudentie om een compleet en vooral ook nuttig antwoord aan de verwijzende rechter te geven.

beantwoord, zodat de tweede vraag niet hoeft te worden onderzocht.²⁵

3. Een aanpak in vier stappen

38. Het Hof van Beroep te Brussel heeft twee prejudiciële vragen gesteld, waarvan de tweede, die betrekking heeft op de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel door de nationale rechters, slechts subsidiair is gesteld, voor het geval dat het Hof de eerste vraag bevestigend zou beantwoorden. Ik wil hier naar voren brengen dat ik van mening ben dat de eerste vraag ontkennend moet worden

39. Dankzij de opmerkelijk uitvoerige en nauwkeurige formulering van de eerste prejudiciële vraag kan ik mijn redenering direct baseren op de verschillende elementen die deze vraag bevat. Met het oog hierop zal ik mijn redenering in vier stappen uit de doeken doen.

40. Op de allereerste plaats zal ik gedetailleerd ingaan op de aard en de kenmerken van de maatregel die de verwijzende rechter is gevraagd te treffen of — exacter geformuleerd — in hoger beroep te bevestigen of te vernietigen, in dit geval de installatie van een filter- en blokkeringsstelsel, waarbij onderscheid zal worden gemaakt tussen de kenmerken van de gevraagde maatregel, dat wil zeggen van het stakingsbevel zelf, en die van de inhoud ervan. Op basis van de analyse van die maatregel zal normaal gezien al een principieel antwoord op de gestelde vraag kunnen worden gegeven, op zijn minst vanuit het gezichtspunt van de rechten en de belangen van Scarlet. Aangezien in het bijzonder werd gevraagd om een antwoord op de vraag te geven vanuit het gezichtspunt van de grondrechten van de gebruikers van de diensten van Scarlet

24 — Zie voor louter „vermeldingen” van de voorwaarde met name de arresten van 21 september 1989, Hoechst/Commissie (46/87 en 227/88, Jurispr. blz. 2859, punt 19); 17 oktober 1989, Dow Benelux/Commissie (85/87, Jurispr. blz. 3137, punten 30 e.v.); 26 juni 1997, Familiapress (C-368/95, Jurispr. blz. I-3689, punt 26); 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279, punt 42), en 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, Jurispr. blz. I-6375, punt 91); zie voor een „toets” aan de voorwaarde het reeds aangehaalde arrest Volker und Markus Schecke en Eifert (punt 66). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de reeds aangehaalde zaak Promusicae (punt 53).

25 — In het vervolg van de uiteenzetting zal dan ook eenvoudigweg in het enkelvoud verwezen worden naar de prejudiciële vraag.

en — ruimer geformuleerd — van de internetgebruikers, zal het onderzoek in dat opzicht moeten worden verdiept.

41. Op basis van die analyse zal het dus op de tweede plaats mogelijk zijn om de gevraagde maatregel te onderzoeken aan de hand van de verschillende genoemde richtlijnen en in het bijzonder van de desbetreffende bepalingen van het Handvest zoals in voorkomend geval uitgelegd in het licht van de overeenkomende bepalingen van het EVRM die de verwijzende rechter noemde. Het nadere onderzoek van de in het geding zijnde maatregel moet het ons immers mogelijk maken om de maatregel te beschouwen vanuit het perspectief van de beperkingen van de rechten en vrijheden zoals voorzien in artikel 52, lid 1, van het Handvest.

42. Aangezien sprake is van een maatregel die een „beperking” van de uitoefening van de door het Handvest erkende rechten en vrijheden vormt in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest, zoals zal worden vastgesteld, moet op de derde plaats worden onderzocht onder welke voorwaarden de maatregel toelaatbaar is, waarbij de aandacht vooral uitgaat naar de eis dat deze „bij wet wordt gesteld”. Het is immers niet noodzakelijk, rekening houdend met de bewoordingen van de prejudiciële vraag en met het doel om hier een nuttig antwoord op te geven, om de maatregel nog te toetsen aan de andere voorwaarden die deze bepaling noemt.

43. In het licht van die uiteenzetting zal op de derde en laatste plaats de vraag worden

onderzocht of vanuit het gezichtspunt van de gebruikers van de diensten van Scarlet en — ruimer geformuleerd — van de internetgebruikers, een maatregel zoals de gevraagde getroffen kan worden enkel op de grondslag van de nationale wettelijke bepalingen die de verwijzende rechter noemt.

B — De gevraagde maatregel (stakingsbevel) en het geëiste „systeem” (van filtering en blokkering)

44. Wat dit aspect betreft stelt de verwijzende rechter in wezen de vraag of een rechter van een lidstaat „een internetprovider [mag] 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 te installeren voor het filteren van alle onder andere via „peer-to-peer”-programma’s in- en uitgaande elektronische communicatie die via hem verloopt, teneinde te kunnen vaststellen of op zijn netwerk bestanden in omloop zijn die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarvan de verzoeker beweert de auteursrechthebbende te zijn, en vervolgens de uitwisseling ervan te blokkeren, hetzij bij de opvraging, hetzij bij de ontvangst ervan”, en dat allemaal in de vorm van een stakingsbevel.

45. Ik zal mij baseren op de bewoordingen en uitdrukkingen die in dit deel van de vraag worden gebruikt bij het onderzoek van de kenmerken van zowel het filter- en blokkeringsstelsel zelf als van het gevraagde stakingsbevel.

a) Het filterproces

1. Het filter- en blokkeringsstelsel

46. Het „stelsel” dat geïnstalleerd moet worden, bestaat uit twee delen. Het moet op de eerste plaats waarborgen dat alle dataverkeer over het netwerk van Scarlet *gefilterd* wordt met het doel om de bestanden die een inbreuk op het auteursrecht betekenen op te sporen, of zo men wil, te isoleren.²⁶ Vanuit die filtering moet het stelsel op de tweede plaats waarborgen dat de communicatie die inderdaad een inbreuk op het auteursrecht betekent, *geblokkeerd* wordt, hetzij bij „de opvraging”, hetzij bij „de verzending” ervan²⁷. Aangezien de doeltreffendheid van het filterstelsel een voorwaarde is voor de doeltreffendheid van het blokkeringsstelsel, zijn beide processen, hoewel ze nauw verbonden zijn, heel verschillend en hebben ze derhalve verschillende implicaties.

47. De verwijzende rechter geeft aan dat de gevraagde maatregel Scarlet op de eerste plaats zou dwingen om ten aanzien van al haar klanten een filtersysteem te installeren voor alle in- en uitgaande elektronische communicatie over haar netwerk en in het bijzonder de „peer-to-peer”-communicatie. De rechter licht toe dat het doel van die filtering is „te kunnen vaststellen of [elektronische] bestanden in omloop zijn die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarvan [Sabam] beweert de auteursrechtelijke te zijn”.

48. Het doel van de controle wordt nauwkeurig omschreven als het mogelijk maken van het filteren van de in- en uitgaande elektronische communicatie die via de diensten van Scarlet verloopt. Door die filtering moeten ook de door de abonnees van de diensten van Scarlet verzonden en ontvangen „[elektronische] bestanden” die vermoedelijk inbreuk maken op een auteursrecht of een naburig recht, geïdentificeerd worden. De controle die ingericht moet worden, die dus een fase van filtering en een fase van identificatie omvat, wordt derhalve in wezen gedefinieerd door de resultaten die ermee behaald moeten worden, gerelateerd aan de doelstelling om bestanden te blokkeren die opgespoord zijn omdat ze inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht maken. De controle moet ook aangepast kunnen worden aan technologische

²⁶ — hierna: „filtersysteem”.

²⁷ — hierna: „blokkeringsstelsel”.

ontwikkelingen en moet, om doeltreffend te zijn, systematisch, algemeen en evolutief zijn.²⁸

49. Opgemerkt moet worden dat noch de verwijzende rechter noch Sabam zelfs maar de geringste aanwijzing geven over de concrete manier waarop die controle kan of moet worden uitgevoerd en evenmin over de filtertechnieken en over de methoden voor de identificatie van de vermoedelijk illegaal

gekopieerde bestanden.²⁹ In het bijzonder beschikt het Hof over geen enkele precisering over de intensiteit en ook niet over de grondigheid van de uit te voeren controle.

50. Ook al moet in dit verband in herinnering worden gebracht dat niet het Hof maar alleen de verwijzende rechter in voorkomend geval de technische aspecten van deze kwestie moet onderzoeken³⁰, toch is het van belang om te verduidelijken dat de aard van de

28 — In haar schriftelijke stukken benadrukt Sabam evenwel dat de gevraagde maatregel slechts gericht is op „peer-to-peer“-communicatie. De uitdrukking „peer-to-peer“ (van gelijke naar gelijke) is een wijze van communicatie waarbij de computers die in een netwerk rechtstreeks met elkaar in verbinding staan, met behulp van software die gebruikmaakt van specifieke protocollen, informatie uitwisselen; dat kunnen bestanden zijn (het „filesharing“, waar deze zaak betrekking op heeft) maar bijvoorbeeld ook telefoniediensten zoals Skype. Bij wijze van illustratie kunnen de volgende protocollen en software voor „file sharing“ worden genoemd: BitTorrent (Azureus, BitComet, Shareaza, MIDonkey, enz.), eDonkey (eDonkey2000, MIDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MIDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MIDonkey, enz.), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MIDonkey, enz.), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MIDonkey); zie voor een meer gedetailleerde presentatie van het fenomeen „peer-to-peer“ met name Stevens R., Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing, juli 2010 (op de website van de Universiteit van Oxford, Information and Communications Technology, <http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml>). Sabam verduidelijkt dat de maatregel erop gericht is „om elke vorm van verzending of ontvangst [...] met behulp van „peer-to-peer“-software van elektronische bestanden die een muziekwerk uit het repertoire van Sabam bevatten, onmogelijk te maken“. De verwijzende rechter zal moeten uitmaken hoe het precies zit en met name of het systeem ook aangepast moet kunnen worden aan alternatieven voor „peer-to-peer“ als wijze van bestandsuitwisseling, zoals „streaming“ (datastroom) en „direct download“ (het direct downloaden via bijvoorbeeld RapidShare, MegaUpload). Het Hof moet zich houden aan de bewoordingen van de prejudiciële vraag die hem gesteld is en aan de motieven van de verwijzingsbeslissing, en moet derhalve als vertrekpunt nemen het principe dat het geëiste filter- en blokkeringsstelsel „onder andere“, en dus niet uitsluitend, gericht is op de uitwisselingen die tot stand komen via „peer-to-peer“-software.

29 — Dat is een onvermijdelijk gevolg van het principe van „technologische neutraliteit“ dat Sabam verdedigt, op grond waarvan Scarlet door de gevraagde maatregel geen enkele speciale technologie wordt voorgeschreven.

30 — Met alle voorzichtigheid die mensen past die absoluut geen expert zijn, lijkt het toch erop dat het installeren van een filter- en blokkeringsstelsel gebaseerd kan zijn op verschillende opsporingsprocessen, waarbij te onderscheiden zijn: 1) de opsporing van het gebruikte communicatieprotocol: aangezien elk „peer-to-peer“-protocol zijn eigen manier heeft om het netwerk te beheren en de verdeling van het dataverkeer te ordenen, is het mogelijk om filters te installeren die in elk IP-pakket de vingerafdruk zoeken die eigen is aan elk protocol (de handtekening ervan). Als die handtekening eenmaal bekend is, kan vervolgens ofwel alle communicatie die gebruikmaakt van dit protocol geblokkeerd of, om het gebruik ervan sterk te ontmoedigen, vertraagd worden, ofwel gebruikgemaakt worden van de mogelijkheden voor een meer diepgaande controle van de bestandsinhoud om alleen die bestanden te blokkeren waarvoor is vastgesteld dat ze inbreuk op een recht maken; 2) de opsporing van de inhoud van de uitgewisselde bestanden: een dergelijk systeem kan hetzij een vooraf in een bestand geplaatste „computertatoeage“ opsporen, hetzij de elektronische handtekening van een bestand vergelijken met de vooraf geplaatste vingerafdrukken van de werken. Het CopySense-systeem van Audible Magic dat genoemd wordt in de verwijzingsbeslissing is van dat type; 3) de opsporing van het gedrag van de personen die de betwiste communicatie verrichten: opsporing van de communicatiepoorten, opsporing van de opening door een server/client-computer van meerdere verbindingen met meerdere andere clients, opsporing van de opdrachten om bestanden te zoeken of te verplaatsen en zelfs opsporing van de encryptie van de uitwisseling als aanwijzing dat is gepoogd om de opsporingsmaatregelen te omzeilen. Zie voor een overzicht van de verschillende denkbare technieken bijvoorbeeld het rapport Kahn-Brugidou van 9 maart 2005 en het rapport Olivennes „sur le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux“ (over de ontwikkeling en de bescherming van culturele werken op de nieuwe netwerken) van 23 november 2007, dat aangezet heeft tot de Hadopi-wet.

te verrichten filtering natuurlijk zijn weerslag heeft op juridisch vlak.³¹

b) Het blokkeringsproces

51. De verwijzende rechter geeft aan dat het blokkeringsproces in werking moet treden hetzij „bij de verzending”, hetzij „bij de opvraging”, maar geeft geen enkele nadere uiteenzetting van de modus operandi van een dergelijk proces. Sabam houdt vast aan de opvatting dat het systeem dat geïnstalleerd moet worden in wezen omschreven kan worden door de doelstelling ervan, namelijk de geschiktheid „om elke vorm van verzending of ontvangst door de klanten [van Scarlet] met behulp van „peer-to-peer”-software van elektronische bestanden met muziekwerken uit het repertoire van Sabam onmogelijk te maken”. Sabam verduidelijkt dat het gaat om het verhinderen van de overdracht van bepaalde informatie door de afgifte van zogenoemde „time-out”-berichten, die aangeven dat de overdracht geen voortgang kan vinden.

52. Het is in feite³² onmogelijk om de concrete werkwijze, de modus operandi, van het

filtersysteem en van het blokkeringsproces die volgens de gevraagde maatregel geïnstalleerd zouden moeten worden, te beschrijven. De reikwijdte van de geëiste filtering, dat wil zeggen zowel de personen die met de controles te maken hebben als de communicatie waar de controles zich op richten als de intensiteit van de uit te voeren controle, is tegelijkertijd heel algemeen en voor een deel onbepaald. Dientengevolge kunnen noch de concrete impact ervan op de uitwisseling van gegevens, noch de globale economische kosten, in het bijzonder de kosten voor installatie en onderhoud, a priori worden bepaald.

2. De kenmerken van het stakingsbevel

53. De aard en de belangrijkste kenmerken van het geëiste filter- en blokkeringssysteem, zoals beschreven, hebben een rechtstreekse impact op de aard van de maatregel die aan de rechter wordt gevraagd. De zeer algemene reikwijdte van het systeem dat geïnstalleerd moet worden, leidt ertoe dat het toepassingsgebied van de gevraagde maatregel in de vorm van een stakingsbevel zowel ratione personae als ratione materiae noodzakelijkerwijs zelf ook algemeen is, hetgeen ook geldt voor het toepassingsgebied ervan ratione temporis, zoals de verwijzende rechter verduidelijkt.

54. De gevraagde maatregel heeft nog andere kenmerken waarvan het belangrijk is om ze te belichten. Deze zou namelijk enerzijds Scarlet als preventieve maatregel een resultaatverplichting op straffe van een dwangsom

31 — In weerwil van het beginsel van technologische neutraliteit dat verdedigd wordt door Sabam, is de keuze van het te installeren systeem ook niet neutraal op technologisch vlak. Het ligt bijvoorbeeld voor de hand dat een systeem dat de inhoud van alle communicatie filtert waarschijnlijk een grotere impact op het netwerk zal hebben dan een systeem dat alleen de uitgewisselde bestanden filtert die een protocol volgen waarvan de handtekening is geïdentificeerd.

32 — En dat is een rechtstreeks gevolg van de door Sabam verdedigde opvatting inzake de technologische neutraliteit.

opleggen, en anderzijds de kosten van de installatie van het filter- en blokkeringssysteem voor rekening van Scarlet brengen. Deze maatregel kan dus ook gedefinieerd worden door zijn belangrijkste doelstelling, namelijk om de juridische en economische aansprakelijkheid voor de strijd tegen het illegaal downloaden van illegaal gekopieerde werken op internet te delegeren aan de internetproviders. Laten we een en ander eens onder de loep nemen.

gedefinieerd wordt door de doeltreffendheid van de resultaten ervan ten opzichte van het nagestreefde doel, namelijk de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten.

a) „zonder beperking in de tijd”: het toepassingsgebied van de maatregel ratione temporis

b) „alle in- en uitgaande elektronische communicatie”: het toepassingsgebied van de maatregel ratione materiae

55. De verwijzende rechter geeft duidelijk aan dat de maatregel gevraagd wordt „zonder beperking in de tijd”. Sabam bevestigde van haar kant in de ingediende stukken dat het gevraagde bevel niet aan enige andere beperking in de tijd mag worden onderworpen dan de beperking die inherent is aan de duur van het auteursrecht zelf. Ook benadrukt Sabam de evolutieve dimensie van de maatregel, die aangepast moet zijn aan de technologische ontwikkelingen en dus aangepast moet kunnen worden.

57. De communicatie die gefilterd en, in voorkomend geval, geblokkeerd moet worden, wordt, zoals we hebben gezien, op geen enkele wijze gespecificeerd. Er kan niet worden bepaald of alle communicatie gecontroleerd moet worden of slechts het deel dat verloopt met behulp van „peer-to-peer”-software, maar het is duidelijk dat de controle die georganiseerd moet worden zowel systematisch als algemeen moet zijn om doeltreffende resultaten te boeken.

56. De gevraagde maatregel zou op die manier aan Scarlet en, zoals we zullen zien, ruimer geformuleerd aan de internetproviders in het algemeen, een zowel doorlopende als voortdurende verplichting opleggen om een filter- en blokkeringssysteem te vinden, te testen, te installeren en te updaten dat alleen

58. Dientengevolge beoogt de gevraagde maatregel, die gepresenteerd is als een louter bevel aan een ISP in het kader van een civiele procedure die gericht is op de vaststelling en de bestraffing van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten en op de vergoeding van de hierdoor geleden schade, in werkelijkheid dat doorlopend en voortdurend een systematisch en algemeen filtersysteem wordt geïnstalleerd voor alle elektronische communicatie die via de diensten van die ISP verloopt.

c) „ten aanzien van al haar klanten”: het toepassingsgebied van de maatregel *ratione personae*

Sabam, zonder dat de inbreuk op het auteursrecht van tevoren en per geval is vastgesteld.

59. Het te installeren systeem dient, en dat is een rechtstreeks gevolg van de controle van de gehele gefilterde communicatie, de gedragingen van alle gebruikers van de diensten van de betreffende ISP te bevatten en niet slechts die van diens abonnees. Zoals Sabam verduidelijkte in haar stukken, doet het er weinig toe of de communicatie als afzender of als geadresseerde een klant van de ISP heeft. Het systeem moet, om doeltreffend te zijn, in de bewoordingen van de prejudiciële vraag, functioneren zonder dat de personen die geacht worden zich te hebben schuldig gemaakt aan inbreuken op het auteursrecht, van tevoren zijn geïndividualiseerd en onafhankelijk van elke contractuele relatie tussen voornoemde personen en de ISP.

60. Het systeem dat geïnstalleerd moet worden, moet de verzending door elke internetgebruiker die abonnee van Scarlet is aan elke andere internetgebruiker, al dan niet abonnee van Scarlet, van elk bestand dat geacht wordt inbreuk te maken op een recht dat Sabam beheert, beschermt of waarvoor het de vergoedingen int, kunnen blokkeren. Maar het moet ook de ontvangst door elke internetgebruiker die abonnee van Scarlet is van elk bestand dat afkomstig is van elke andere internetgebruiker die al dan niet abonnee van Scarlet is, en dat inbreuk maakt op het auteursrecht, kunnen blokkeren. Het systeem moet de blokkering mogelijk maken van elk bestand waarvan de inhoud behoort tot het repertoire van

61. Bovendien moet absoluut de aandacht gevestigd worden op een ander aspect van de zeer grote reikwijdte van de gevraagde maatregel. Ook al is duidelijk dat in het hoofdgeding alleen Sabam en Scarlet tegenover elkaar staan, blijkt toch uit de verwijzingsbeslissing en uit de door de verschillende interveniënten ingediende stukken, dat het belang van deze zaak de belangen van de partijen in het hoofdgeding beslist overstijgt. De uitkomst van het hoofdgeding kan ontegenzeggelijk een bredere en algemene betekenis krijgen, niet alleen voor alle internetproviders maar ook, en ruimer geformuleerd, voor andere belangrijke actoren op internet³³, niet alleen in de lidstaat waar de prejudiciële vragen werden geformuleerd, maar ook in alle andere lidstaten en zelfs daarbuiten.³⁴ Zoals ik al benadrukte, vraagt de verwijzende rechter immers aan het Hof, dat hem wordt aangegeven of het recht van de Unie zich ertegen verzet dat hij het recht heeft om een maatregel te treffen zoals de gevraagde en — ruimer geformuleerd — of het zich ertegen verzet dat rechthebbers hun strijd tegen het illegaal downloaden kunnen intensiveren door het aantal

33 — Er is overigens een identieke prejudiciële vraag aan het Hof voorgelegd in het kader van een andere zaak, tussen Sabam en Netlog, een sociaalnetwerkplatform; zie de zaak Sabam (C-360/10), op dit moment aanhangig bij het Hof (PB C 288, 23 oktober 2010, blz. 18).

34 — De beslissingen van de Belgische rechters in deze zaak hebben immers een behoorlijke respons gehad buiten de grenzen van Europa, zoals geconstateerd kan worden uit een snelle zoektocht op internet.

vorderingen van deze aard in alle lidstaten en daarbuiten te vereenvoudigen.³⁵

62. Dientengevolge is de gevraagde maatregel, die gepresenteerd wordt als een bevel dat gericht is tegen een geïdentificeerde rechtspersoon en waarmee deze wordt gelast een filter- en blokkeringsysteem te installeren, in werkelijkheid bestemd om een onbepaald aantal rechtspersonen of natuurlijke personen, internetproviders of internetgebruikers, dienstverleners van de informatiemaatschappij en de gebruikers van die diensten blijvend te treffen.

d) „in abstracto en als preventieve maatregel”: de preventieve en afschrikkende functie van de gevraagde maatregel

63. De verwijzende rechter wijst erop dat hem is verzocht om Scarlet de gevraagde maatregel „in abstracto” en „als preventieve maatregel” op te leggen, maar hij verklaart niet nader wat hij hier precies onder verstaat. Toch kan worden verondersteld dat de

gevraagde maatregel niet tot doel heeft om aan een ISP een verplichting om iets te doen op te leggen, die gebaseerd is op de vaststelling in concreto door een rechter in het kader van een civiele vordering van een daadwerkelijke inbreuk, of ook van een dreigende inbreuk, op een auteursrecht of een naburig recht. Die maatregel is dus als zowel preventief als afschrikkend opgevat.³⁶

e) „op haar kosten”: het dragen van de kosten die voor de uitvoering van de gevraagde maatregel worden gemaakt

64. De verwijzende rechter verduidelijkt ten slotte dat de kosten van de installatie van het gevraagde filter- en blokkeringsysteem door de provider gedragen moeten worden. Vanuit dat gezichtspunt zal de in het geding zijnde maatregel tot gevolg hebben dat Scarlet zal moeten opkomen voor de beslist niet onaanzienlijke kosten die gepaard gaan met het aanspannen van civiele procedures die normaliter door de houders van auteursrechten of naburige rechten dan wel hun rechthebbenden worden aangespannen met het doel om de vaststelling, de bestraffing en in

35 — Het is niet echt nodig om de grote voordelen te benadrukken van de algemene verbreiding van de installatie van filter- en blokkeringsystemen voor de houders van rechten of hun rechthebbenden en in het bijzonder voor de organisaties die de rechten collectief beheren, in hun strijd tegen het illegale downloaden, gesteld dat de systemen, om te beginnen procedureel en vermogensrechtelijk, doeltreffend kunnen zijn in het licht van een strategie die eruit bestaat om langs juridische weg de medewerking van de internetproviders te krijgen met het doel om de plegers van inbreuken op te sporen en in een lijst op te nemen om ze vervolgens te vervolgen.

36 — Sabam verduidelijkt wat dat betreft dat zij niet de bedoeling heeft om Scarlet aansprakelijk te stellen als pleger van of verantwoordelijke voor de gepleegde inbreuken op de intellectuele eigendom, maar wel om Scarlet te ontmoedigen om haar diensten ter beschikking te stellen van derden voor zover die de diensten gebruiken om inbreuk te maken op auteursrechten of naburige rechten. Het is evenwel van belang om hierbij in herinnering te brengen dat Scarlet in eerste aanleg een stakingsbevel in combinatie met een dwangsom kreeg opgelegd, waarop het hoger beroep in het hoofdgeding betrekking heeft, en dat Sabam de bevestiging vraagt van de beslissingen van de rechters in eerste aanleg plus de vertaling en de publicatie van de te nemen beslissing op haar site en in meerdere kranten.

voorkomend geval het herstel van de inbreuken op genoemde rechten te verkrijgen.

65. De directe economische impact van de in het geding zijnde maatregel³⁷, die niet geraamd is en in feite ook niet geraamd kan worden³⁸, wordt bovendien nog vergroot door de mogelijke dwangsommen die aan de gevraagde maatregel gekoppeld kunnen worden, en in het bijzonder de dwangsom die verdragen bij de installatie van het filter- en blokkeringsstelsel moet bestraffen.

3. Voorlopige conclusie

66. Uit de uiteenzetting hierboven blijkt dat de gevraagde maatregel, waarbij aan een ISP de installatie van een filter- en blokkeringsstelsel zoals hierboven beschreven wordt opgelegd, in werkelijkheid een nieuwe algemene „verplichting” blijkt te zijn die bestemd is om op termijn blijvend tot alle internetproviders te worden uitgebreid. De maatregel bezit op zich niet de kenmerken van concreetheid

en verbijzondering die normaliter verwacht worden van elk antwoord of elke reactie op een verondersteld, specifiek en bepaald gedrag. Als antwoord op in mindere of meerdere mate geïndividualiseerde inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten is aan de verwijzende rechter gevraagd om een maatregel te treffen die, het zij nogmaals herhaald, wegens de aard ervan in alle opzichten, namelijk wat betreft personen, ruimte en tijd, slechts algemeen kan zijn.

67. Laat ik er hier ook op mogen wijzen dat de vraag van de verwijzende rechter vanuit dat gezichtspunt en indien deze slechts benaderd zou worden vanuit het perspectief van de rechten en belangen van Scarlet, op basis van het legaliteitsbeginsel in de meest brede zin, ontkennend beantwoord zou kunnen worden. Zoals het Hof immers heeft benadrukt in zijn reeds aangehaalde arrest Hoechst/Commissie³⁹, „[moeten] ingrepen van het openbaar gezag in de privésfeer van iedere persoon, of het nu gaat om een natuurlijke of rechtspersoon, een wettelijke grondslag [...] hebben en gerechtvaardigd [...] zijn om redenen bij de wet voorzien”. Deze eis van bescherming, die erkend is als algemeen beginsel van het recht van de Unie, is een logisch gevolg van het legaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel, die zelf voortvloeien uit

37 — De door de voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel ingeschakelde deskundige benadrukt dit aspect van de vraagstelling. Zie de punten 4 en 5 uit de conclusies van zijn rapport van 29 januari 2007, die aangehaald worden in de verwijzingsbeslissing en in punt 21 hierboven is overgenomen.

38 — Opnieuw heeft het door Sabam verdedigde beginsel van technologische neutraliteit tot gevolg dat het onmogelijk is om ex ante de globale kosten die de installatie van een dergelijk filter- en blokkeringsstelsel vergt te ramen, of het nu de kosten betreft van het onderzoek naar en het testen van het systeem zelf, of investeringskosten (de filterbehuizingen, de routers enz.), of de kosten van de engineering en van het projectbeheer of ook de periodieke kosten van onderhoud en van operationele controle.

39 — Punt 19.

het idee van de rechtsstaat.⁴⁰ Het Hof heeft aldus bij herhaling geoordeeld dat het rechtszekerheidsbeginsel eist dat een regeling die lasten oplegt aan de belastingbetalers⁴¹, of dat nadelige gevolgen heeft voor particulieren⁴², of ook beperkende maatregelen oplegt met een grote invloed op de rechten en de vrijheden van de betrokken personen⁴³ duidelijk en nauwkeurig moet zijn, zodat de betrokkenen ondubbelzinnig hun rechten en plichten kunnen kennen en hun maatregelen in

overeenstemming daarmee kunnen treffen.⁴⁴ Wanneer ik mij concentreer op het perspectief van de gebruikers van de diensten van Scarlet en — ruimer geformuleerd — de internetgebruikers, voldoet de nationale wettelijke bepaling waarop de verplichting die Scarlet wordt opgelegd, kan worden gebaseerd, onder andere niet aan die eisen, zoals hieronder gedetailleerd zal worden aangetoond.⁴⁵

40 — Het is nauwelijks nodig om in herinnering te brengen dat de Unie volgens artikel 2 VEU gebaseerd is op de waarden van met name de rechtsstaat en dat het Hof sinds lang in zijn rechtspraak het idee van de „rechtsgemeenschap” heeft bekrachtigd; zie met name de arresten van 23 april 1986, *Les Verts/Parlement* (294/83, Jurispr. blz. 1339, punt 23), en 3 september 2008, *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie* (C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351, punt 281). Zie over deze vragen en met alle voorbehouden die gepaard moeten gaan met het gebruik van nationale concepten in het recht van de Unie met name Calliess, C., Ruffert, M., *EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar*, Beck, 2007, blz. 62; Schwarze, J., *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, blz. 219 e.v.; Azoulai, L. „Le principe de légalité”, in Auby, J.-B., *Dutheil de la Rochère, E., Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, blz. 394, en in het bijzonder blz. 399; Simon, D., „La Communauté de droit”, in Sudre, F., Labayle, H., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, blz. 85, en in het bijzonder blz. 117 e.v.

41 — Zie de arresten van 9 juli 1981, *Gondrand en Garancini* (169/80, Jurispr. blz. 1931, punt 17); 22 februari 1989, *Commissie/Frankrijk en Verenigd Koninkrijk* (92/87 en 93/87, Jurispr. blz. 405, punt 22); 13 februari 1996, *Van Es Douane Agenten* (C-143/93, Jurispr. blz. I-431, punt 27); 17 juli 1997, *National Farmers' Union e.a.* (C-354/95, Jurispr. blz. I-4559, punt 57); 16 oktober 1997, *Banque Indosuez e.a.* (C-177/96, Jurispr. blz. I-5659, punt 27); 23 september 2003, *BGL* (C-78/01, Jurispr. blz. I-9543, punt 71), en 20 november 1997, *Wiener SÍ* (C-338/95, Jurispr. blz. I-6495, punt 19).

42 — Zie met name de arresten van 7 juni 2005, *VEMW e.a.* (C-17/03, Jurispr. blz. I-4983, punt 80); 14 januari 2010, *Stadt Papenburg* (C-226/08, Jurispr. blz. I-131, punt 45); 14 september 2010, *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie e.a.* (C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punt 100), en 2 december 2010, *Jakubowska* (C-225/09, Jurispr. blz. I-12329, punt 42).

43 — Arrest van 29 april 2010, *M e.a.* (C-340/08, Jurispr. blz. I-3913, punt 65).

68. Bovendien is voldoende duidelijk, en hierbij volgen we de benaderingswijze die met name en terecht verdedigd werd door de Commissie, dat er geen sprake is van een evenredige verhouding tussen de aan de kaak gestelde inbreuk op de intellectuele-eigendomsrechten en de gevraagde maatregel. Maar dat is mijns inziens niet de primaire vraag die gesteld is. De vraag die zich opdringt is die of deze nieuwe „verplichting” om een filter- en blokkeringsstelsel te installeren met de hierboven beschreven kenmerken, rekening houdend met de impact ervan op de grondrechten van de gebruikers van de diensten van de internetproviders, te weten de internetgebruikers, kan worden opgelegd aan de internetproviders in de vorm van een

44 — Zie ook de arresten van 30 januari 1985, *Commissie/Denemarken* (143/83, Jurispr. blz. 427, punt 10); 21 juni 1988, *Commissie/Italië* (257/86, Jurispr. blz. 3249, punt 12); 16 juni 1993, *Frankrijk/Commissie* (C-325/91, Jurispr. blz. I-3283, punt 26); 1 oktober 2009, *Commissie/Raad* (C-370/07, Jurispr. blz. I-8917, punt 39); 11 november 2010, *Grootes* (C-152/09, Jurispr. blz. I-11285, punt 43), en 22 december 2010, *Gowan Comércio* (C-77/09, Jurispr. blz. I-13533, punt 47). Zie voor het vereiste van duidelijkheid en nauwkeurigheid van maatregelen ter omzetting van richtlijnen met name de arresten van 20 oktober 2005, *Commissie/Verenigd Koninkrijk* (C-6/04, Jurispr. blz. I-9017, punt 21); 10 mei 2007, *Commissie/Oostenrijk* (C-508/04, Jurispr. blz. I-3787, punt 73), en 3 maart 2011, *Commissie/Ierland* (C-50/09, Jurispr. blz. I-873, punt 46).

45 — Zie hieronder, sub E, de punten 101 e.v.

bevel en op een wettelijke basis die nog moet worden onderzocht.

C — De kwalificatie van de maatregel aan de hand van de richtlijnen en van de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest: een „beperking” in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest

69. De prejudiciële vraag heeft betrekking op de uitlegging door het Hof van de „richtlijnen 2001/29 en 2004/48, junctis de richtlijnen 95/46, 2001/31 en 2002/58, mede beschouwd in het licht van de artikelen [7, 8, 11 en artikel 52, lid 1 van het Handvest]”. Het gaat er in hoofdzaak om dat vastgesteld wordt of dat geheel aan voorschriften, samengesteld uit primair en afgeleid recht van de Unie, rekening houdend met de bestaande nationale wetgeving aan de rechters in de lidstaten de mogelijkheid laat om via een rechterlijk bevel een dergelijke maatregel te treffen als die welke hierboven beschreven is. Het is nochtans bovenal in het licht van het primaire recht dat het hoofdgeding moet worden onderzocht en het afgeleide recht moet worden uitgelegd, omdat de rechten en vrijheden die gewaarborgd worden door de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest, zoals we zullen zien, direct door de bewuste maatregel geraakt worden. Bij die bewering passen enkele inleidende opmerkingen.

70. Het is van belang om hier nog eens onder de aandacht te brengen dat de in de vraag genoemde richtlijnen het rechtskader vormen waarbinnen de vaststelling van de gevraagde

maatregel verondersteld wordt te passen⁴⁶, waarbij sommigen van mening zijn dat de richtlijnen die vaststelling toestaan of geen belemmering vormen daarvoor, terwijl anderen juist van mening zijn dat ze die vaststelling niet toestaan en zich zelfs ertegen verzetten.⁴⁷ Die richtlijnen verwijzen op min of meer expliciete wijze naar de grondrechten die gewaarborgd worden door het EVRM en voortaan door het Handvest.⁴⁸ In zijn arrest *Promusicæ* heeft het Hof geoordeeld dat de lidstaten erop moeten toezien dat ze bij de omzetting en de toepassing van die richtlijnen een goed evenwicht in stand houden tussen de grondrechten die ze mede waarborgen.

71. De artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest waarborgen, zoals bekend, respectievelijk het

⁴⁶ — Bij wijze van voorbeeld: artikel 8, lid 3 van de richtlijn 2001/29 en artikel 9, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/48 leggen de lidstaten de dubbele verplichting op om juridische processen in te richten die in staat zijn om inbreuken op de intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen en te bestraffen. Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 legt de lidstaten een dubbele onthoudingsverplichting op: ze dienen zich te onthouden van het opleggen aan de „dienstverleners” van een algemene verplichting om toezicht te houden op de data die ze doorgeven of die ze opslaan, of van een algemene verplichting om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op ongeoorloofde activiteiten duiden. De richtlijnen 95/46 en 2002/58 waarborgen, zoals de omschrijving van het doel aangeeft, het recht op bescherming van persoonsgegevens. Artikel 4 van richtlijn 2006/24 bepaalt dat de lidstaten de maatregelen moeten treffen die nodig zijn om erop toe te zien dat de in overeenstemming met deze richtlijn bewaarde gegevens slechts in welbepaalde gevallen en in overeenstemming met het nationale recht worden overhandigd aan de bevoegde nationale autoriteiten.

⁴⁷ — Zie wat dat betreft de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de reeds aangehaalde zaak *Promusicæ*, waarin zij in detail de verbanden tussen de verschillende richtlijnen onderzoekt.

⁴⁸ — Zie in het bijzonder de punten 1, 2, 10 en 37 van de considerans van richtlijn 95/46, de punten 3, 11 en 24 van de considerans van richtlijn 2002/58, punt 9 van de considerans van richtlijn 2000/31 en de punten 9 en 25 van de considerans en artikel 4 van richtlijn 2006/24.

recht op eerbiediging van het privé- en het gezinsleven, het recht op bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid van meningsuiting en van informatie. Het behoeft geen betoog dat ook andere grondrechten in deze zaak in het geding zijn, in het bijzonder het eigendomsrecht, dat gewaarborgd wordt door artikel 17, lid 1, van het Handvest en specifiek geformuleerd het recht op bescherming van de intellectuele eigendom, dat gewaarborgd wordt in artikel 17, lid 2, van het Handvest; de schending van dit laatste recht door het illegaal downloaden op internet neemt een zeer grote omvang aan, wat ontegenzeggelijk centraal staat in het hoofdgeding. Wat betreft de gevraagde maatregel en het geëiste filter- en blokkeringsstelsel alsmede wat betreft de bewoordingen van de gestelde vraag, zijn het evenwel vooral de rechten die gegarandeerd worden in de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest die problemen geven, terwijl het eigendomsrecht er slechts op ondergeschikte wijze bij betrokken is, voor zover de installatie van het stelsel uitsluitend ten laste van de internetproviders komt.⁴⁹

in het licht van de artikelen 8, lid 2, en 10, lid 2, EVRM. Indien de genoemde maatregel als zodanig als beperking gekwalificeerd moet worden⁵⁰, moet vervolgens worden nagegaan of ze voldoet aan de verschillende voorwaarden die in deze artikelen worden gesteld.

1. „in het bijzonder uitgelegd aan de hand van de artikelen 7 en 8 van het Handvest”: de eerbiediging van het privéleven en het recht op bescherming van persoonsgegevens.

73. We moeten de gevraagde maatregel successievelijk onderzoeken als mogelijke

72. In die bewoordingen moet thans worden onderzocht of de gevraagde maatregel gekwalificeerd kan worden als een „beperking” van de rechten en vrijheden in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest, zoals gelezen

49 — Aangezien het filter- en blokkeringsstelsel uitsluitend ten laste van de internetproviders moet worden geïnstalleerd, zou de genoemde maatregel ook kunnen worden opgevat als een „ontneming” van het recht op eigendom in de zin van artikel 17 van het Handvest, zoals uitgelegd in het licht van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM en van de relevante jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dat aspect van de vraag zal in deze conclusie evenwel niet onderzocht worden.

50 — Of ook als „inmenging” in de zin van artikel 8 EVRM of als „beperking” in de zin van artikel 10 EVRM. Zie over deze begrippen met name Ganshof van der Meersch, W. J., *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, Völkerrecht als Rechtsordnung — Internationale Gerichtsbarkeit — Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler*, Springer, 1983, blz. 263; Kiss, C.-A., „Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH”, in Turp, D., Beaudoin, G., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Yvon Blais, 1986, blz. 119; Duarte, B., *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, Proefschrift, Université de Lille II, 2005; Viljanen, J., *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Proefschrift, Universiteit Tampere, 2003; Loucaides, L. G., „Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights”, in *The Finnish Yearbook of International Law*, vol. 3, blz. 334.

bepanking van het recht op bescherming van persoonsgegevens en van het recht op eerbiediging van de vertrouwelijkheid van de communicatie. Over het algemeen is de mogelijkheid om anoniem te blijven, zoals de Commissie af en toe heeft vastgesteld⁵¹, essentieel als we de grondrechten op bescherming van het privéleven op internet willen vrijwaren. Weliswaar is het duidelijk dat de richtlijnen 95/46 en 2002/58 uitgelegd moeten worden aan de hand van de artikelen 7 en 8 van het Handvest⁵², in voorkomend geval gelezen in het licht van artikel 8 EVRM⁵³, maar de band tussen het recht op bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 van het Handvest) en het installeren van het gevraagde filter- en blokkeringsstelsel is veel minder duidelijk.⁵⁴

a) De bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 van het Handvest)

74. Een concrete inschatting maken van de invloed van een filter- en blokkeringsstelsel op het recht op bescherming van persoonsgegevens is niet gemakkelijk. Op de eerste plaats is het moeilijk om vast te stellen welke persoonsgegevens in het geding zijn, aangezien niet duidelijk omschreven is welke gegevens, afgezien van de „IP-adressen”⁵⁵, hiertoe behoren. De technologische neutraliteit waar Sabam op hamert, brengt immers met zich dat a priori niet kan worden bepaald of het stelsel dat geïnstalleerd moet worden, tot de verwerking van persoonsgegevens leidt. A fortiori kan niet worden bepaald of het stelsel leidt tot het verzamelen van IP-adressen en tot adresresolutie.

51 — Mededeling van de Commissie aan de Raad, aan het Europees Parlement, aan het Economisch en Sociaal Comité en aan het Comité van de Regio's — De informatiemaatschappij veiliger maken door de informatie-infrastructuur beter te beveiligen en computercriminaliteit te bestrijden — eEuropa 2002, COM(2000) 890 definitief, in het bijzonder blz. 23.

52 — Zie wat dat betreft met name de arresten van 20 mei 2003, Rundfunk (C-465/00, C-138/01 en C-139/01, Jurispr. blz. I-4989, punt 68), en 16 december 2008, Satakunnan Markkinapörssi en Satamedia (C-73/07, Jurispr. blz. I-9831), en arrest Volker und Markus Schecke en Eifert, reeds aangehaald (punten 56 e.v.). Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de reeds aangehaalde zaak Promusicae (punten 51 e.v.).

53 — Zie in het bijzonder punt 10 van de considerans van richtlijn 95/46 en de punten 1, 2, 7, 10, 11 en 24 van de considerans en artikel 1, lid 1, van richtlijn 2002/58.

54 — Scarlet en ISPA, alsook de Belgische, de Tsjechische en de Nederlandse regering, betogen in wezen dat de installatie van een dergelijk filter- en blokkeringsstelsel ertoe zou leiden dat de internetproviders in strijd met de bepalingen van de richtlijnen 95/46 en 2002/58 persoonsgegevens zouden moeten verwerken. Sabam, de Poolse en Finse regering en de Commissie zijn evenwel van mening dat de installatie van een dergelijk systeem niet strijdig is met de richtlijnen 95/46 en 2002/58. Zie voor een onderzoek naar de verwerkingsverboden zoals bepaald in deze richtlijnen met name de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de reeds aangehaalde zaak Promusicae (punten 64 e.v.).

75. Op de tweede plaats is het moeilijk om te bepalen of het IP-adres een persoonsgegeven is. Het Hof heeft tot op heden slechts gevallen voorgelegd gekregen waarin de nominatieve gegevens die aan de IP-adressen gekoppeld waren, in het geding waren.⁵⁶ Het Hof heeft daarentegen nog nooit de gelegenheid gehad om te onderzoeken of een IP-adres

55 — Scarlet en ISPA zijn van mening dat het IP-adres, dat eigen is aan elke internetgebruiker, een persoonsgegeven is omdat juist daarmee de internetgebruikers kunnen worden geïdentificeerd. Dientengevolge zouden het verzamelen van de IP-adressen van de internetgebruikers en de resolutie ervan, allebei noodzakelijk voor de identificatie van de internetgebruikers en dus voor het functioneren van een dergelijk systeem, een verwerking van persoonsgegevens vormen die de richtlijnen niet zouden toestaan.

56 — Arrest Promusicae, reeds aangehaald, punt 45; beschikking van 19 februari 2009, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, C-557/07, Jurispr. blz. I-1227.

als zodanig als een persoonsgegeven is te beschouwen.⁵⁷

76. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming heeft wel de gelegenheid gekregen om aan te geven⁵⁸ dat „de controle van het gedrag van internetgebruikers en het op grond daarvan verzamelen van hun IP-adressen neerkomt op overtreding van hun recht op eerbiediging van het privéleven en hun recht op vrije correspondentie”.⁵⁹ De Groep voor de bescherming van personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens, in het leven geroepen door richtlijn 95/46⁶⁰, is eveneens van oordeel dat IP-adressen zonder enige twijfel persoonsgegevens

zijn in de zin van artikel 2, sub a, van de genoemde richtlijn.⁶¹

77. Deze standpuntbepalingen stroken met de juridische realiteit die voortvloeit uit artikel 5 van richtlijn 2006/24/EG⁶², die de internetproviders met name ertoe verplicht om voor het onderzoeken, het opsporen en het vervolgen van zware criminaliteit bepaalde gegevens op te slaan. Preciezer geformuleerd worden enerzijds bedoeld „gegevens die nodig zijn om de bron van een communicatie te traceren en te identificeren”, waaronder de naam en het adres van de abonnee of van de ingeschreven gebruiker aan wie een IP-adres is toegekend, en anderzijds de gegevens die nodig zijn voor het bepalen van „datum en tijdstip van de log-in en log-off van een internet sessie gebaseerd op een bepaalde tijdzone, samen met het IP-adres, hetzij dynamisch, hetzij statisch, dat door de aanbieder van een internettoegangdienst aan een communicatie is toegewezen”.

78. Tegen die achtergrond kan een IP-adres gekwalificeerd worden als een persoonsgegeven, aangezien aan de hand daarvan een persoon kan worden geïdentificeerd met

57 — Opgemerkt kan worden dat de vraagstelling indirect aan de orde komt in de zaak C-461/10, *Bonnier Audio e.a.*, op dit moment aanhangig bij het Hof (PB 2010, C 317, blz. 24), in het kader waarvan het Hof in wezen de vraag moet beantwoorden of richtlijn 2006/24 tot wijziging van richtlijn 2002/58 zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht die ingevoerd is op basis van artikel 8 van richtlijn 2004/48 en op basis waarvan een ISP kan worden gelast, met het doel om een abonnee te identificeren, om aan de houder van een auteursrecht of aan diens rechthebbende een IP-adres met behulp waarvan inbreuk op genoemd recht zou zijn gemaakt, mee te delen.

58 — Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming van 22 februari 2010 betreffende de huidige onderhandelingen van de Europese Unie over een Handelsvereenkomst ter bestrijding van namaak (ACTA) (PB C 147, blz. 1, punt 24); advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming van 10 mei 2010 over een voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik, seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en tot intrekking van kaderbesluit 2004/68/JBZ (PB C 323, blz. 6, punt 11).

59 — Hij beroept zich wat dat betreft op de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, beslissing *Weber en Saravia v. Duitsland* van 29 juni 2006, verzoekschrift nr. 54934/00, *Jurispr.* 2006-XI, en arrest *Liberty e.a. v. Verenigd Koninkrijk* van 1 juli 2008, verzoekschrift nr. 58243. Er moet evenwel worden opgemerkt dat deze twee zaken niet specifiek over het verzamelen van IP-adressen op internet handelen, maar over het toezicht op telecommunicatie.

60 — „Artikel 29'-werkgroep” genoemd.

61 — Zie in het bijzonder advies 4/2007 van 20 juni 2007 over het begrip „persoonsgegevens”, WP 136, beschikbaar op het adres <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/>. Zie ook, uitgebreider, aanbeveling nr. 3/97 van 3 december 1997, Anonimiteit op het internet, WP 6, en het werkdocument „De eerbiediging van het privéleven op internet — een geïntegreerde Europese benadering van de bescherming van de gegevens online”, aangenomen op 21 november 2000, WP 37, in het bijzonder blz. 22.

62 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006, betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG (PB L 105, blz. 54).

verwijzing naar een identificatienummer of enig ander element dat deze persoon eigen is.⁶³

van persoonsgegevens aan te tasten⁶⁵ en dat in voldoende mate om het te kunnen kwalificeren als een beperking in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest.

79. De vraag die rijst is dan ook minder die naar de juridische status van de IP-adressen dan de vraag naar de voorwaarden waaronder en naar de doelstellingen waartoe IP-adressen mogen worden verzameld, naar de voorwaarden waaronder overgegaan mag worden tot de resolutie van IP-adressen en tot de verwerking van de persoonsgegevens die deze oplevert, of ook naar de voorwaarden waaronder geëist kan worden dat ze verzameld worden en dat wordt overgegaan tot de resolutie ervan.⁶⁴

b) De vertrouwelijkheid van de elektronische communicatie (artikel 7 van het Handvest)

80. Belangrijk om hier te onthouden is het feit dat een filter- en blokkeringsstelsel zoals het geëiste, ondanks de hierboven besproken technologische onduidelijkheden, zeker in staat is om het recht op de bescherming

81. De installatie van een systeem als het geëiste, dat elektronische communicatie filtert, heeft ook gevolgen voor het recht op eerbiediging van de correspondentie en, ruimer geformuleerd, voor het recht op de vertrouwelijkheid van de communicatie dat gewaarborgd wordt in artikel 7 van het Handvest⁶⁶ zoals uitgelegd aan de hand van artikel 8 EVRM en van de relevante jurisprudentie

63 — Dat is bijvoorbeeld de benaderingswijze van de Franse Commission nationale de l'informatique et des libertés en France; zie uitspraak nr. 2007-334 van 8 november 2007. Zie over deze vragen bijvoorbeeld González Pascual, M., „La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable”, *REDE*, 2010, nr. 36, blz. 591.

64 — Over de reikwijdte van het verbod om verkeersgegevens op te slaan en bekend te maken in de zin van richtlijn 2002/58 en de uitzonderingen hierop, kan de conclusie worden geraadpleegd van advocaat-generaal Kokott in de reeds aangehaalde zaak *Promusicae*, punten 64 e.v.

65 — Artikel 11 van richtlijn 2006/24 heeft met name lid 1 bis toegevoegd aan artikel 15 van richtlijn 2002/58, dat bepaalt dat artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/58 niet van toepassing is op de gegevens waarvan het bewaren specifiek vereist wordt door de richtlijn 2006/24. Artikel 4 van richtlijn 2006/24 bepaalt dat „[d]e lidstaten [...] bepalingen aan[nemen] om te waarborgen dat de overeenkomstig deze richtlijn bewaarde gegevens alleen in welbepaalde gevallen, en in overeenstemming met de nationale wetgeving, aan de bevoegde nationale autoriteiten worden verstrekt. De procedure en de te vervullen voorwaarden voor toegang tot gegevens die bewaard worden overeenkomstig de vereisten inzake noodzakelijkheid en evenredigheid, worden door elke lidstaat vastgesteld in de nationale wetgeving, rekening houdend met de relevante bepalingen van de wetgeving van de Europese Unie of publiek internationaal recht, met name het EVRM, zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens”.

66 — Scarlet brengt naar voren, hierin gesteund door ISPA, dat de installatie van een dergelijk systeem in strijd zou zijn met de bepalingen van richtlijn 2002/58 betreffende de eerbiediging van de elektronische communicatie, en beroept zich wat dat betreft op punt 26 van de considerans en op artikel 5 van genoemde richtlijn.

van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

82. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich nog niet kunnen uitspreken over de vraag of specifieke maatregelen om toezicht te houden op de elektronische communicatie, en a fortiori, een filter- en blokkeringssysteem als het geëiste, verenigbaar zijn met het EVRM. Desalniettemin kan, rekening houdend met de jurisprudentie inzake telefoontaps⁶⁷, worden gesteld dat zulke maatregelen inmengingen in de zin van artikel 8 EVRM zouden opleveren. Overigens heeft genoemd Hof geoordeeld dat het buiten medeweten van een persoon verzamelen en bewaren van persoonsgegevens die betrekking hebben op het gebruik dat hij van telefoon, mail en internet heeft gemaakt, een „inmenging” in de uitoefening van het recht van de betrokkene op eerbiediging van zijn privéleven en zijn correspondentie in de zin van artikel 8 EVRM was.⁶⁸

83. Artikel 5 van richtlijn 2002/58⁶⁹ definieert en waarborgt de vertrouwelijkheid van

67 — Genoemd Hof verwees trouwens expliciet naar deze jurisprudentie bij het onderzoek naar een praktijk waarbij een appartement werd afgeluisterd. Zie EHRM, arrest Vetter v. Frankrijk van 31 mei 2005, verzoekschrift nr. 59842/00, punt 27, met expliciete verwijzing naar de gevolgde redenering in de arresten Huvig v. Frankrijk van 24 april 1990, verzoekschrift nr. 11105/84, serie A, nr. 176-B, en Kruslin v. Frankrijk van 24 april 1990, verzoekschrift nr. 11801/85, serie A, nr. 176-A.

68 — EHRM, arrest Copland v. Verenigd Koninkrijk van 3 april 2007, verzoekschrift nr. 62617/00, §§ 43 en 44.

69 — Opgemerkt moet worden dat punt 15 van de considerans van richtlijn 2000/31 uitdrukkelijk verwijst naar artikel 5 van richtlijn 97/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector (PB 1998, L 24, blz. 1), die ingetrokken is door richtlijn 2002/58.

de communicatie die via openbare communicatienetwerken of openbare elektronische-communicatiediensten verloopt en van de daarmee verband houdende verkeersgegevens. Deze bepaling legt de lidstaten in het bijzonder de verplichting op om, met uitzondering van de op grond van artikel 15 van genoemde richtlijn in de wet geregelde gevallen, ieder toezicht op of iedere onderschepping van deze communicatie te verbieden. Artikel 15 biedt aan de lidstaten de mogelijkheid om wettelijke maatregelen te treffen ter beperking van de reikwijdte van het recht op vertrouwelijkheid van de communicatie wanneer die beperking noodzakelijk is voor met name het voorkomen, het onderzoeken, het opsporen en het vervolgen van strafbare feiten. De maatregelen die wat dat betreft getroffen kunnen worden, dienen in ieder geval „in overeenstemming te zijn met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, met inbegrip van de beginselen als bedoeld in artikel 6, leden 1 en 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie”.

2. „in het bijzonder uitgelegd aan de hand van artikel 11 van het Handvest”: de waarborg van de vrijheid van meningsuiting en het recht op informatie

84. Artikel 11 van het Handvest, dat niet alleen het recht waarborgt om inlichtingen te verstrekken maar ook het recht om ze te

ontvangen⁷⁰, is vanzelfsprekend van toepassing op internet.⁷¹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft dat onderstreept: „aangezien internetsites goed toegankelijk zijn en in staat zijn om grote hoeveelheden gegevens te bewaren en te verspreiden, dragen ze in ruime mate bij aan het verbeteren van de toegang van het publiek tot de actualiteit en in het algemeen aan het faciliteren van de verstrekking van informatie”.⁷²

is in artikel 11, lid 1, van het Handvest⁷³; ongeacht de technieken met behulp waarvan het toezicht op de communicatie in de praktijk wordt gerealiseerd, ongeacht de omvang en de grondigheid van het uitgeoefende toezicht en ongeacht de doeltreffendheid en de betrouwbaarheid van het daadwerkelijke toezicht, hetgeen stuk voor stuk omstreden punten zijn, zoals hierboven is onderstreept.

85. Zoals Scarlet benadrukte, lijkt het weinig twijfel dat de installatie van een filter- en blokkeringsstelsel zoals het gevraagde, en heel in het bijzonder van het blokkeringsproces, waarmee de gehele elektronische communicatie die via Scarlet verloopt kan worden gecontroleerd, uiteraard een „beperking” is in de zin van artikel 10 EVRM van de vrijheid om te communiceren die neergelegd

86. Zoals Scarlet stelde, zal een systeem dat zowel filtert als blokkeert, onvermijdelijk gevolgen hebben voor de geoorloofde uitwisselingen van inhoud en dus repercussies hebben op de inhoud van de rechten die gewaarborgd worden in artikel 11 van het Handvest, al was het maar omdat het al dan niet geoorloofd zijn van een bepaalde communicatie, wat door de omvang van het auteursrecht dat in het geding is wordt bepaald, van land tot land verschilt en dus niets te maken heeft met de techniek. Voor zover ik kan beoordelen lijkt geen enkel filter- en blokkeringsstelsel in staat om op een manier die in overeenstemming is met de eisen die gesteld worden in de artikelen 11 en 52, lid 1, van het Handvest, te waarborgen dat alleen de specifiek als ongeoorloofd geïdentificeerde gegevensuitwisselingen geblokkeerd worden.

70 — Net als artikel 10 EVRM. Zie met name EHRM, arrest Observer en Guardian v. Verenigd Koninkrijk van 26 november 1991, verzoekschrift nr. 13585/88, serie A, nr. 216, § 59, en Guerra e.a. v. Italië van 19 februari 1998, verzoekschrift nr. 14967/89, Jurispr. 1998-I, § 53.

71 — Opgemerkt kan worden dat ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de gelegenheid kreeg om de „kracht” van internet in aanmerking te nemen, die door de — aan internet eigen — toegankelijkheid voor iedereen een hefboomeffect van grote omvang teweegbrengt, bij zijn beoordeling van de overeenstemming van een „beperking” van de vrijheid van meningsuiting met de eisen die gesteld worden in artikel 10, lid 2, EVRM. Zie in het bijzonder EHRM, arrest *Mouvement Raëlien Suisse v. Zwitserland* van 13 januari 2011, verzoekschrift nr. 16354/06, §§ 54 e.v.; *Akdaş v. Turkije* van 16 februari 2010, verzoekschrift nr. 41056/04, § 28, en *Willem v. Frankrijk* van 16 juli 2009, verzoekschrift nr. 10883/05, §§ 36 en 38.

72 — EHRM, arrest *Times Newspapers Limited v. Verenigd Koninkrijk* van 10 mei 2009, verzoekschriften nrs. 3002/03 en 23676/03, § 27. Het was in dat geval van oordeel dat „de inrichting van archieven op internet een wezenlijk aspect vormt van de rol die websites vervullen”, en dat daarom artikel 10 EVRM van toepassing was.

73 — Er is gesteld dat de bepalingen inzake het recht op de intellectuele eigendom in de wetgeving van een lidstaat op zich al een beperking in de zin van artikel 10 EVRM konden zijn; zie Danay, R., „Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom”, *Yale Journal of Law & Technology*, 2005-2006, vol. 8, nr. 2, blz. 32.

3. Voorlopige conclusie

87. Bijgevolg kan de gevraagde maatregel, die de installatie van een filter- en blokkerings-systeem van het dataverkeer zoals hierboven beschreven betreft, een negatieve uitwerking hebben op het genot van de door het Handvest beschermde rechten en vrijheden zoals hierboven geanalyseerd, en moet ze dus ten aanzien van de gebruikers van de diensten van Scarlet en, ruimer geformuleerd, van de internetgebruikers, gekwalificeerd worden als „beperking” in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest.⁷⁴ Beperkingen van de uitoefening van de grondrechten van de gebruikers die de installatie van een dergelijk filter- en blokkeringsysteem met zich zou brengen, zijn slechts toelaatbaar voor zover ze voldoen aan een aantal voorwaarden die nu moeten worden onderzocht.

D — De voorwaarden die gesteld worden aan de beperking van de uitoefening van de door het Handvest erkende rechten en vrijheden en in het bijzonder de voorwaarde inzake „de kwaliteit van de wet” (artikel 52, lid 1, van het Handvest)

88. Het Handvest somt in de bekende bewoordingen de voorwaarden op waaraan elke

beperking van de uitoefening van de erkende rechten en vrijheden moet voldoen, net zoals het EVRM de voorwaarden noemt waaraan met name elke inmenging in het privéleven of elke beperking van de vrijheid van meningsuiting moet voldoen om als legitiem te worden beschouwd.

89. Zo verwijst artikel 52 van het Handvest naar de „eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen” en naar de noodzakelijkheid voor elke dergelijke beperking om te beantwoorden aan „doelstellingen van algemeen belang” en om te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Ook al is de bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten beslist een doelstelling van algemeen belang, hetgeen blijkt uit de richtlijnen 2001/29 en 2004/48, toch ligt de voornaamste rechtvaardigingsgrond van het gevraagde filter- en blokkeringsysteem in de omstandigheden van het hoofdgeding in de noodzakelijkheid om de „rechten en vrijheden van anderen” te beschermen. De „eisen van de bescherming van de rechten” van de houders van auteursrechten of van naburige rechten staan centraal in de onderhavige zaak en zijn de wezenlijke reden voor de civiele procedure die Sabam aanspande tegen Scarlet.

90. Het is immers van belang om er hier met nadruk op te wijzen dat het eigendomsrecht voortaan neergelegd is in artikel 17 van het Handvest, waarvan het tweede lid — absoluut niet te vergeten — expliciet preciseert dat de „intellectuele eigendom is beschermd”. Laten we ook niet vergeten dat het Hof het eigendomsrecht voorheen had bekrachtigd als fundamenteel recht dat deel uitmaakt van de

⁷⁴ — Of anders als „inmenging” in de zin van artikel 8 EVRM of „beperking” in de zin van artikel 10 EVRM.

algemene beginselen van het recht⁷⁵ en had vastgesteld dat de auteursrechten deel uitmaken van het eigendomsrecht.⁷⁶ De richtlijnen 2001/29 en 2004/48⁷⁷ hebben zelf als doel om een hoge mate van bescherming van de intellectuele eigendom te waarborgen. Bovendien valt de intellectuele eigendom op zichzelf beschouwd volgens herhaalde uitspraken van de Europese Commissie voor de rechten van de mens en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onbetwistbaar onder de bescherming van artikel 1 van het Eerste protocol bij het EVRM.⁷⁸

91. Het Hof heeft ten slotte aangegeven dat de fundamentele bestaansreden van het auteursrecht is dat het aan de schepper van inventieve en originele werken het exclusieve recht toekent om die werken te exploiteren.⁷⁹ Aldus zijn het auteursrecht en de naburige rechten economisch van aard, doordat zij met name de bevoegdheid met zich brengen om het in het verkeer brengen van het beschermde werk commercieel te exploiteren,

met name in de vorm van tegen betaling van royalty's verleende licenties.⁸⁰

92. Wij hebben hier dus beslist te maken met „eisen van de bescherming van een recht” in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest die de „beperking” van andere rechten en vrijheden in de zin van datzelfde artikel zouden kunnen rechtvaardigen.

93. Er zij nog vermeld dat geen gedetailleerd onderzoek van alle voorwaarden die gesteld worden aan de toelaatbaarheid van de beperkingen van de door het Handvest erkende rechten en vrijheden hoeft te worden verricht om aan de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord op zijn vraag te geven. Die vraagt immers heel specifiek of de beperking van de uitoefening van de rechten en vrijheden die, zoals zojuist is uiteengezet, de installatie van het geëiste filter- en blokkeringssysteem zou betekenen, kan plaatsvinden „enkel op basis van de [nationale] wettelijke bepaling”, namelijk artikel 87, lid 1, van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, dat de verwijzende rechter overigens in zijn geheel citeert. Voor dat onderdeel van de prejudiciële vraag moet bovenal de eerste voorwaarde die gesteld wordt in artikel 52, lid 1, van het Handvest worden bestudeerd, namelijk dat de beperking „bij wet wordt gesteld”, welke voorwaarde in dezelfde bewoordingen ook te vinden is in de

75 — Zie met name het arrest van 12 september 2006, *Laserdisken* (C-479/04, Jurispr. blz. I-8089, punt 62).

76 — Reeds aangehaald arrest *Laserdisken* (punt 65).

77 — Zie in het bijzonder de punten 3 en 4 van de considerans van richtlijn 2001/29 en de punten 1 en 10 van de considerans van richtlijn 2004/48.

78 — Zie met name ECRM, beslissingen *Smith Kline en French Laboratories Ltd. v. Nederland* van 4 oktober 1990, verzoekschrift nr. 12633/87, DR 66, blz. 81, en *A. D. v. Nederland* van 11 januari 1994, verzoekschrift nr. 21962/93; *EHRM, arresten British-American Tobacco Company Ltd v. Nederland* van 20 november 1995, serie A nr. 331, §§ 71-72; *Chappel v. Verenigd Koninkrijk* van 30 maart 1989, verzoekschrift nr 10461/83, serie A, nr. 152A, § 59, en *Anheuser-Bush Inc. v. Portugal* van 11 januari 2007, verzoekschrift nr. 73049/01, §§ 71 en 72; beslissing *Melnychuk v. Oekraïne* van 5 juli 2005, verzoekschrift nr. 28743/03, § 3.

79 — Zie arrest van 17 mei 1988, *Warner Brothers en Metro-nome Video* (158/86, Jurispr. blz. 2605, punt 13).

80 — Zie de arresten van 20 januari 1981, *Musik-Vertrieb membran en K-tel International* (55/80 en 57/80, Jurispr. blz. 147, punt 12), en 20 oktober 1993, *Phil Collins e.a.* (C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145, punt 20).

artikelen 8, lid 2, en 10, lid 2, EVRM. Deze bestudering zal plaatsvinden aan de hand van de relevante beslissingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin de laatste twee vermelde artikelen worden uitgelegd en die, zoals reeds is benadrukt, mettertijd een heel rijke verzameling jurisprudentie hebben opgeleverd die ons in staat stelt om de contouren van deze voorwaarde te leren kennen.

de betreffende wet”⁸². Die „wet” moet namelijk „voldoende toegankelijk en voorzienbaar [zijn], dat wil zeggen nauwkeurig genoeg geformuleerd om de justitiabele in staat te stellen — zo nodig na het inwinnen van deskundige adviezen — om zijn gedrag aan te passen”, om „de consequenties ervan voor hem te voorzien”⁸³, „om in redelijke mate, gelet op de omstandigheden van het geval, te voorzien welke gevolgen een bepaalde daad kan hebben”⁸⁴.

94. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft bij herhaling geoordeeld dat de bepalingen van het EVRM waarin de inmenging in de uitoefening van een recht of de beperking van de uitoefening van een vrijheid die door het verdrag wordt gewaarborgd, afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat deze „bij wet wordt gesteld”⁸¹, niet alleen betekenen dat de maatregel een wettelijke basis als zodanig moet hebben, op „een basis in het nationale recht” moet berusten, maar ook eisen stellen die betrekking hebben op — ik gebruik de formulering — „de kwaliteit van

95. De „wet” moet dus voldoende duidelijk⁸⁵ en voorzienbaar zijn wat betreft betekenis en aard van de toepasselijke maatregelen⁸⁶, en moet voldoende duidelijk de omvang en de wijze van uitoefening van de bevoegdheid van inmenging in de door het EVRM

81 — Met name van Dijk, P., et al., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4e ed., Intersentia, 2006, blz. 336; Jacobs F. G., White R. C. A., Ovey C., *The European Convention on Human Rights*, 5e ed., Oxford University Press, 2010, blz. 315; Harris D. J., O’Boyle M., Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2e ed., Oxford University Press, 2009; Grabenwarter C., *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 3e ed., Helbing & Lichtenhahn, 2008, blz. 112; Matscher F., „Der Gesetzesbegriff der EMRK”, Adamovich, K.L., Kobzina A., *Der Rechtsstaat in der Krise — Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*, Mainz, 1991, blz. 105; Gundel J., „Beschränkungsmöglichkeiten”, *Handbuch der Grundrechte*, Band. VI/1, Müller, 2010, blz. 471; Weiß, R., *Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, 1996.

82 — Zie met name Martín-Retortillo Baquer, L., „La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos”, *Derecho Privado y Constitución*, 2003, n° 17, blz. 377; Wachsmann, P., „De la qualité de la loi à la qualité du système juridique”, *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Brussel, vol. 2, blz. 1687.

83 — EHRM, arrest *Leander v. Zweden* van 26 maart 1987, verzoekschrift nr. 9248/81, serie A, nr. 116, § 50.

84 — EHRM, arrest *Margareta en Roger Andersson v. Zweden* van 25 februari 1992, verzoekschrift nr. 12963/87, serie A, nr. 226-A, blz. 25, § 75.

85 — EHRM, arrest *Tan v. Turkije* van 3 juli 2007, verzoekschrift nr. 9460/03, §§ 22-26; in deze zaak boog het Hof zich over de vraag of een regeling inzake de correspondentie van gedetineerden in overeenstemming was met het beginsel van de duidelijkheid van de wet. Het Hof oordeelde dat de regeling die aan de directeuren van penitentiaire inrichtingen, op beslissing van de disciplinaire commissie, de bevoegdheid gaf om van elk poststuk dat geacht werd „hinder op te leveren” de afhandeling te weigeren of om het te censureren of te vernietigen, niet voldoende duidelijk de omvang en de wijze van uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de autoriteiten ter zake aangaf.

86 — Zie met name EHRM, arrest *Kruslin v. Frankrijk*, reeds aangehaald, § 30; beslissing *Coban v. Spanje* van 25 september 2006, verzoekschrift nr. 17060/02.

gewaarborgde rechten definiëren.⁸⁷ Een wet die een discretionaire bevoegdheid toekent, is op zichzelf niet in strijd met dat vereiste mits de omvang en de wijze van uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, gelet op het betrokken legitieme doel, voldoende duidelijk zijn omschreven om het individu naar behoren tegen willekeur te beschermen.⁸⁸ Een wet die een discretionaire bevoegdheid toekent, moet derhalve de reikwijdte ervan vaststellen.⁸⁹

en de voorzienbaarheid van de wet voor degenen die het aangaat noodzakelijk zijn.⁹³

96. Bijgevolg is een beperking slechts toelaatbaar zijn indien deze berust op een wettelijke basis in het nationale recht en indien die wettelijke basis toegankelijk, duidelijk en voorzienbaar is⁹⁰, voorwaarden die alle voortvloeiën uit de idee van het primaat van het recht.⁹¹ Juist uit de eis van het primaat van het recht volgt⁹² dat de toegankelijkheid

97. De voorwaarde dat elke beperking „bij wet wordt gesteld”, impliceert dus volgens de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat het handelen van de gezagdragers moet passen binnen de grenzen die van tevoren zijn gedefinieerd door wettelijke regels, hetgeen „bepaalde eisen stelt zowel aan de wettelijke regels zelf als aan de

87 — Zie met name EHRM, arrest *Sanoma Uitgevers v. Nederland* van 14 september 2010, verzoekschrift nr. 38224/03, §§ 81-82.

88 — Onder andere arrest *Margareta en Roger Andersson*, reeds aangehaald, § 75.

89 — EHRM, arrest *Silver e.a. v. Verenigd Koninkrijk* van 25 maart 1983, verzoekschriften nrs. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 en 7136/75, serie A, nr. 61, § 88.

90 — Zie hierover punt 53 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de reeds aangehaalde zaak *Promusicae*, waarin verwezen wordt naar het reeds aangehaalde arrest *Österreichischer Rundfunk* (punten 76 en 77).

91 — Zie voor een korte en bondige formulering van deze verschillende eisen met name EHRM, arrest *Kopp v. Zwitserland* van 25 mei 1998, verzoekschrift nr. 23224/94, Jurispr. 1998-II, § 55.

92 — EHRM, arrest *Valenzuela Contreras v. Spanje* van 30 juli 1998, verzoekschrift nr. 27671/95, Jurispr. 1998-V, § 46, met verwijzingen naar het arrest van 2 augustus 1984, *Malone*, verzoekschrift nr. 8691/79, serie A, nr. 82, en naar de reeds aangehaalde arresten *Kruslin v. Frankrijk* en *Kopp v. Zwitserland*.

93 — Het beginsel van het primaat van het recht dat te vinden is in de preambule van het EVRM houdt in dat de nationale wetgeving een zekere bescherming biedt tegen willekeurige inbreuken door de publieke macht op de rechten die het waarborgt. Als dit principe „verlangt dat een inmenging door de autoriteiten in de rechten van een individu onderworpen kan worden aan een doeltreffend toezicht” (EHRM, arrest *Klass e.a. v. Duitsland*, van 6 september 1978, verzoekschrift nr. 5029/71, serie A, nr. 28, blz. 25-26, § 55, en de reeds aangehaalde arresten *Malone*, § 68, en *Silver e.a.*, § 90), „onder andere [impliceert] dat een inmenging van de uitvoerende macht in de rechten van een individu onderworpen wordt aan een doeltreffend toezicht, waar normaliter de rechterlijke macht mee belast moet worden, zeker in laatste instantie, want deze biedt de beste garanties op het gebied van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en een regelmatig proces” (EHRM, arrest *Klass e.a.*, reeds aangehaald, § 55), eist dit beginsel ook „een minimumbescherming”, die niet in acht zou worden genomen „als de discretionaire bevoegdheid die aan de uitvoerende macht wordt toegekend onbegrensd zou zijn” (over artikel 8 EVRM, naast de reeds aangehaalde arresten *Malone*, § 68, en *Kruslin v. Frankrijk*, § 30, EHRM, arresten *Rotaru v. Roemenië* van 4 mei 2000, verzoekschrift nr. 28341/95, Jurispr. 2000-V, § 55; *Segeștedt-Wiberg e.a. v. Zweden* van 6 juni 2006, verzoekschrift nr. 62332/00, Jurispr. 2006-VII, § 76; *Lupsa v. Roemenië* van 8 juni 2006, verzoekschrift nr. 10337/04, Jurispr. 2006-VII, § 34, en beslissing *Weber* en *Saravia v. Duitsland* van 29 juni 2006, verzoekschrift nr. 54934/00, Jurispr. 2006-XI, § 94; over artikel 10 EVRM reeds aangehaald arrest *Sanoma Uitgevers*, § 82) of ook als de discretionaire bevoegdheid die aan een rechter is toegekend, geen grenzen zou kennen (EHRM, arrest *Huvig v. Frankrijk* van 24 april 1990, verzoekschrift nr. 11105/84, serie A, nr. 176-B, blz. 55, § 29; reeds aangehaalde beslissing *Weber* en *Saravia v. Duitsland*, § 94; reeds aangehaald arrest *Liberty e.a.*, § 62, en arrest *Bykov v. Rusland* van 10 maart 2009, verzoekschrift nr. 4378/02, § 78).

procedures die voor een effectieve eerbiediging daarvan moeten zorgen.⁹⁴

98. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft ook geoordeeld dat de reikwijdte van de begrippen voorzienbaarheid van de wet en toegankelijkheid van de wet grotendeels afhangt van de inhoud van de tekst die in het geding is, van het terrein dat deze bestrijkt en van het aantal en de hoedanigheid van de personen die door de wet geraakt worden.⁹⁵ De wet kan ook voorzienbaar

zijn wanneer de betrokkene deskundig advies moet inwinnen om, in een mate die in de gegeven omstandigheden redelijk is, de mogelijke gevolgen van een bepaalde handeling te kunnen beoordelen.⁹⁶ Dit is vooral het geval voor vakmannen, die eraan gewend zijn om bij de uitoefening van hun beroep grote voorzichtigheid aan de dag te moeten leggen.

94 — Wachsmann, P., „La prééminence du droit”, *Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, blz. 241, in het bijzonder blz. 263; zie ook Wiarda, G., „La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit”, *Rivista di studi politici internazionali*, 1984, blz. 452; Grabarczyk, K., „Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, PUAM, 2008, in het bijzonder blz. 194 e.v.; Morin, J.-Y., „La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen”, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, blz. 643.

95 — EHRM, arresten Groppera Radio e.a. v. Zwitserland van 28 maart 1990, verzoekschrift nr. 10890/84, serie A, nr. 173, blz. 26, § 68, en Cantoni v. Frankrijk van 15 november 1996, verzoekschrift nr. 17862/91, Jurispr. 1996-V, § 35. Zoals het Hof onderstreept met betrekking tot een maatregel waarbij de verplaatsingen van iemand in de openbare ruimte gevolgd werden via gps, kunnen de relatief strikte criteria die geformuleerd en gevolgd worden in de specifieke context van het toezicht op de telecommunicatie niet *mutatis mutandis* toegepast worden op alle vormen van inmenging. Zie EVRM, arrest Uzun v. Duitsland van 2 september 2009, verzoekschrift nr. 35623/05, § 66. In deze zaak gaf het Hof er de voorkeur aan om de algemene beginselen te volgen die in acht genomen moeten worden „om sprake te kunnen zijn van een adequate bescherming tegen een willekeurige inmenging in de uitoefening van de rechten die beschermd worden door artikel 8” EVRM. Zoals het Hof benadrukte, „impliceren de afwezigheid van publieke controle en het risico van machtsmisbruik, wanneer het gaat om geheime toezichtmaatregelen door de overheid, dat de nationale wetgeving bescherming biedt tegen willekeurige inmenging in de uitoefening van de rechten die beschermd worden in artikel 8”. „Het Hof moet zich ervan vergewissen dat er adequate en afdoende waarborgen tegen de misbruiken bestaan. Die beoordeling is afhankelijk van alle omstandigheden van de zaak, bijvoorbeeld van de aard, de omvang en de duur van de eventuele maatregelen, de redenen waarom ze kunnen worden opgelegd, de instanties die bevoegd zijn om ze op te leggen, uit te voeren en er toezicht op uit te oefenen, en het soort beroep dat het nationale recht er tegen mogelijk maakt.”

99. Ten slotte heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de gelegenheid gehad om te verduidelijken dat de term „wet” in zijn „materiële” betekenis opgevat moest worden en niet slechts in zijn formele betekenis, in die zin dat de term zowel de „geschreven rechtsregel” kan omvatten als de „ongeschreven rechtsregel” of zelfs de door de rechters „uitgewerkte rechtsregel”.⁹⁷ Vanuit dat gezichtspunt kan het met name nodig zijn om in voorkomend geval de jurisprudentie in aanmerking te nemen. „Vaste jurisprudentie” die gepubliceerd wordt en dus toegankelijk is en waar de lagere rechters zich aan houden, kan in bepaalde gevallen een wettelijke bepaling aanvullen en zodanig verduidelijken dat deze voorzienbaar wordt.⁹⁸

96 — Onder andere reeds aangehaald arrest Groppera Radio, § 68, en arrest Tolstoy Miloslavsky v. Verenigd Koninkrijk van 13 juli 1995, verzoekschrift nr.° 18139/91, serie A, nr. 316-B, § 37.

97 — Zie met name EHRM, arrest Sunday Times v. Verenigd Koninkrijk (nr. 1) van 26 april 1979, verzoekschrift nr. 6538/74, serie A, nr. 30, § 49, en reeds aangehaalde arresten Tolstoy Miloslavsky, § 37, en Sanoma Uitgevers, § 83.

98 — Met name EHRM, arrest Müller e.a. v. Zwitserland van 24 mei 1988, verzoekschrift nr. 10737/84, serie A, nr. 133, § 29.

100. Er kan worden geconcludeerd dat zowel het Handvest als het EVRM de mogelijkheid erkennen van een beperking van de uitoefening van de rechten en vrijheden, van een inmenging in de uitoefening van de rechten of van een beperking van de uitoefening van de vrijheden die ze waarborgen, met name op voorwaarde dat ze „bij wet worden gesteld”. Door zich hoofdzakelijk te baseren op het beginsel van het primaat van het recht, dat verankerd is in de preambule van het EVRM, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vanuit die uitdrukking en in essentie via het begrip „kwaliteit van de wet”⁹⁹, een ware doctrine ontwikkeld, op basis waarvan elke beperking of inmenging vooraf door de wet voorzien moet zijn, op zijn minst in de materiële betekenis van de term, en dat op een voldoende precieze wijze ten aanzien van het beoogde doel, namelijk in overeenstemming met minimumeisen. Deze jurisprudentie moet het Hof in aanmerking nemen bij de uitlegging van de reikwijdte van de overeenkomstige bepalingen in het Handvest.

E — „enkel op de grondslag van [de] wettelijke bepaling”: *bestudering van de nationale wet aan de hand van de voorwaarde inzake de „kwaliteit van de wet” (artikel 52, lid 1, van het Handvest)*

101. In dit stadium van mijn onderzoek moet alleen nog de vraag worden beantwoord of de wettelijke basis die de verwijzende rechter binnen de rechtsorde van de lidstaat aangewezen heeft, vanuit het gezichtspunt van de gebruikers van de diensten van de internetprovider en, ruimer geformuleerd, van de internetgebruikers, daadwerkelijk kan gelden als de „wet” die het Handvest vereist in de zin van de hierboven bestudeerde jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in voorkomend geval aangepast aan de specifieke eisen van de rechtsorde van de Unie.

102. Laten we eerst de bewoordingen van de betreffende nationale wettelijke bepaling opnieuw in herinnering roepen, in casu artikel 87, lid 1, tweede alinea, van de Wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten, welk artikel de verwijzende rechter heel zorgvuldig in extenso overneemt in zijn prejudiciële vraag: „[De voorzitter van de Rechtbank van eerste aanleg en de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel] kunnen 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”.

⁹⁹ — Opgemerkt moet worden dat het begrip „kwaliteit van de wet” in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geleidelijk een eigen betekenis heeft gekregen, aangepast aan de verwezenlijking van de door het EVRM beoogde doelen, die het begrip onderscheidt van verwante begrippen die vaak ruimer zijn en die te vinden zijn in het recht van enkele lidstaten; zie onder andere Milano, L., „Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi”, *Revue du Droit public*, 2006, nr. 3, blz. 637; „La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, winter 2010, nr. 37, blz. 243; Reicherzer, M., „Legitimität und Qualität von Gesetzen”, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, blz. 121; Wachsmann, P., „La qualité de la loi”, *Mélanges Paul Amselek*, blz. 809; Montalivet, P. de, „La ‚juridicisation’ de la législative. À propos de l’objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la Loi”, *La confection de la loi*, PUF, 2005, blz. 99; Moysan, H., „L’accessibilité et l’intelligibilité de la loi. Des objectifs à l’épreuve de la pratique normative”, *AJDA*, 2001, blz. 428.

103. Het lijkt geen twijfel dat het Belgisch recht „een” wettelijke basis bevat om in het kader van een civiele procedure die aangespannen is met het doel om een inbreuk op het auteursrecht of op naburige rechten te doen vaststellen, bestraffen en herstellen, een stakingsbevel uit te vaardigen, zoals in het hoofdgeding, tegen een ISP zoals Scarlet om te waarborgen dat daadwerkelijk een einde wordt gemaakt aan de genoemde inbreuk. Het probleem dat door de vraag van de verwijzende rechter aan de orde wordt gesteld, is evenwel niet of de bevoegde Belgische rechter in het algemeen een stakingsbevel kan opleggen in een dergelijke context en met een dergelijk doel, maar of hij gelet op de eisen die voortvloeien uit de „kwaliteit van de wet” in de zin van het EVRM en voortaan van het Handvest, op de grondslag van die bevoegdheid om een bevel op te leggen, een maatregel als de gevraagde mag gelasten.

blokkeringssysteem als het onderhavige te installeren, enerzijds zo typisch en zelfs uniek, en anderzijds „nieuw” en zelfs onverwacht, dat deze verplichting slechts toelaatbaar kan zijn op voorwaarde dat deze uitdrukkelijk, vooraf, duidelijk en precies is voorzien in een „wet” in de zin van het Handvest. Er kan moeilijk worden volgehouden dat de bevoegde nationale rechter zich zou houden aan de grenzen die uitdrukkelijk, vooraf, duidelijk en precies in de „wet” waren gedefinieerd, indien hij de gevraagde maatregel zou opleggen op de grondslag van de in het geding zijnde nationale wettelijke bepaling, in het bijzonder als artikel 15 van richtlijn 2000/31 in aanmerking wordt genomen.¹⁰⁰ Vanuit het gezichtspunt van Scarlet was het treffen van een dergelijke maatregel door een Belgische rechter moeilijk te voorzien¹⁰¹ en gelet op de mogelijke economische gevolgen ervan zou dit zelfs grenzen aan willekeur.

106. Vanuit het perspectief van de gebruikers van de diensten van Scarlet en, ruimer geformuleerd, van de internetgebruikers, is

104. In dat licht moet ik onmiddellijk terugkomen op mijn aanvankelijke bespiegeling over de kenmerken en, alles welbeschouwd, de „aard” van de gevraagde maatregel.

105. Zoals we hierboven vanuit het perspectief van Scarlet en de internetproviders hebben gezien, is de verplichting om, uitsluitend op hun kosten, een filter- en

100 — Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 legt de lidstaten een dubbele onthoudingsverplichting op. Zij mogen de „dienstverleners” geen algemene verplichting opleggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch een algemene verplichting om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 legt de lidstaten bovendien de verplichting op om ervoor te zorgen dat de dienstverleners die toegang verlenen tot een netwerk, en dus met name de internetproviders, niet aansprakelijk zijn voor de doorgegeven informatie.

101 — Punt 30 van de considerans van 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 elektronischecommunicatienetwerken 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 de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (PB L 337, blz. 11), verduidelijkt ook dat „[r]ichtlijn 2002/22/EG [...] de aanbieders niet [verplicht] om informatie die via hun netwerken wordt verstuurd te monitoren of op grond van dergelijke informatie een gerechtelijke procedure tegen hun klanten in te stellen, noch [...] de aanbieders voor die informatie aansprakelijk [stelt]”.

het geëiste filtersysteem, ongeacht de wijze waarop het concreet zal functioneren, bedoeld om systematisch en algemeen, doorlopend en voortdurend te worden gebruikt, maar gaat de installatie ervan met geen enkele specifieke waarborg, met name voor de bescherming van persoonsgegevens en voor de vertrouwelijkheid van de communicatie, gepaard. Bovendien zal het blokkeringssysteem, eveneens ongeacht de wijze waarop het concreet zal functioneren, in werking treden zonder dat de personen die het aangaat, te weten de internetgebruikers, expliciet de mogelijkheid krijgen om zich te verzetten tegen de blokkering van een bepaald bestand of om de rechtmatigheid daarvan te betwisten.

107. Het kan haast niet anders, aangezien de in het geding zijnde nationale wet geenszins tot doel heeft om de bevoegde nationale rechters de mogelijkheid te bieden om een maatregel te treffen waarbij alle elektronische communicatie van de abonnees van de internetproviders die hun werkzaamheden uitoefenen op het grondgebied van de betreffende lidstaat gefilterd wordt.

108. De conclusie dringt zich dan ook op dat de in het geding zijnde nationale wettelijke bepaling, gelet op de artikelen 7, 8 en 11 van het Handvest en in het bijzonder gelet op de eisen ten aanzien van de „kwaliteit van de wet” en, ruimer geformuleerd, gelet op de eisen die voortvloeien uit het primaat van het recht, niet beschouwd kan worden als voldoende wettelijke basis voor het uitvoeren van een rechterlijk bevel waarbij de installatie

van een filter- en blokkeringssysteem als het in het hoofdgeding geëiste wordt opgelegd.

109. Overigens moet, vanuit het oogpunt van de „materieële” betekenis van het begrip „wet”, worden vastgesteld dat totaal geen gewag is gemaakt van het bestaan van een omvangrijke jurisprudentie van de Belgische rechters waarbij, in overeenstemming met het recht van de Unie en van het EVRM, de uitlegging en de toepassing van de in het geding zijnde nationale wettelijke bepaling zou zijn herhaald en verfijnd in de richting van de gevraagde maatregel, zodat tot de conclusie kon worden gekomen dat voldaan was aan de eis van voorzienbaarheid van de wet.¹⁰²

110. Gezien de constatering hierboven is het niet nodig om nog de invloed van het recht van de Unie¹⁰³ op de „kwaliteit” van de nationale wettelijke basis te bestuderen. Advocaat-generaal Kokott heeft wat dat betreft in haar conclusie in de reeds aangehaalde zaak *Promusicae* benadrukt¹⁰⁴ dat „[h]et evenwicht tussen de relevante grondrechten [...] allereerst door de wetgever van de Gemeenschap [moet] worden aangebracht” en dat „[o]ok de lidstaten [...] evenwel verplicht [zijn] daarmee rekening te houden bij [het uitputten] van de in het kader van de omzetting van richtlijnen

102 — Zie met name EHRM, reeds aangehaald arrest *Chappel*, § 56. Zie ook EHRM, arresten *Bock en Palade v. Roemenië* van 15 februari 2007, verzoekschrift nr. 21740/02, §§ 61-64; *July en Libération v. Frankrijk* van 14 februari 2008, verzoekschrift nr. 20893/03, § 55, en *Brunet-Lecomte e.a. v. Frankrijk* van 5 februari 2009, verzoekschrift nr. 42117/04, § 42.

103 — Zie voor het rekening houden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met het recht van de Unie bij het onderzoek van de kwaliteit van de wet met name EHRM, reeds aangehaald arrest *Cantoni*, § 30, en beslissing *Marchiani v. Frankrijk* van 27 mei 2008, Verzoekschrift nr. 30392/03.

104 — Punt 56.

in nationaal recht overgebleven [regelgeven- de bevoegdheid]”.

111. Hiermee rijst de bijzonder delicate vraag over de „verantwoordelijkheid” van respectievelijk de Unie en de lidstaten ten aanzien van de hierboven bestudeerde eisen die voortvloeien uit het primaat van het recht, in een situatie waarin richtlijnen samen met de nationale omzettingsmaatregelen worden toegepast op een wijze die de „bepanking” tot gevolg heeft van een recht dat gewaarborgd wordt of van een vrijheid die erkend wordt door het Handvest. Door de bewoordingen van de vraag van de verwijzende rechter, die uitdrukkelijk doelt op de bepalingen van de nationale wet die geacht worden de richtlijnen 2001/29 en 2004/48 over de bescherming van de intellectuele eigendom om te zetten, hoeft, nu van tevoren is vastgesteld dat geen enkele van de in het geding zijnde richtlijnen de installatie voorschrijft van een filter- en blokkeringssysteem zoals het in het hoofdgeding geëiste, voorlopig aan deze vraag geen aandacht geschonken te worden.

112. Ten slotte dient in dit verband de opvatting dat de uitlegging van de in het geding zijnde richtlijnen, en in het bijzonder richtlijn 2000/31, zou moeten worden gemoderniseerd, waarbij rekening zou moeten worden gehouden met de ontwikkeling van de technologie en het internetgebruik, te worden afgewezen. Ook al impliceert de eis van voorzienbaarheid natuurlijk geen absolute zekerheid, zoals het Europees Hof voor de Rechten

van de Mens bij herhaling heeft geoordeeld¹⁰⁵, toch kan een benadering waarbij een „meebewegende” uitlegging van de teksten wordt verdedigd, niet de afwezigheid verdoezelen van enige nationale wettelijke basis waarin expliciet een systeem wordt vermeld dat de elektronische communicatie filtert en blokkeert. Een uitlegging van het recht van de Unie, en in het bijzonder van artikel 15 van richtlijn 2000/31, als zou die bepaling bestaan, althans zich niet ertegen verzetten, dat een maatregel zoals de gevraagde wordt getroffen, zou niet in overeenstemming zijn met de eisen inzake de „kwaliteit van de wet” en zou in strijd zijn met het beginsel van rechtszekerheid¹⁰⁶ en met het vertrouwensbeginsel.

113. Nog enkele overwegingen ter afronding. Door te eisen dat elke „bepanking” van (of „inmenging” in) de rechten en vrijheden „bij wet wordt gesteld”, verwijst het Handvest, net als het EVRM, heel specifiek naar de functie van de wet, of strikt genomen van het recht, als bron van de *tranquillitas publica* en dat op het extreem gevoelig liggende terrein dat ons bezighoudt. Het Handvest wil niet alleen dat de wet „bestaat voorafgaand aan” elke beperking van de rechten en vrijheden, maar wil bovendien dat die beperking de „wezenlijke inhoud” ervan eerbiedigt, hetgeen op vrijwel onontkoombare wijze de tussenkomst van

105 — Zoals het benadrukt: „zekerheid is weliswaar heel wenselijk, maar gaat soms gepaard met extreme starheid; het recht moet zich echter kunnen aanpassen aan veranderende omstandigheden”; met name in het reeds aangehaalde arrest *Sunday Times*, § 49, en EHRM, arrest *Éditions Plon v. Frankrijk* van 18 mei 2004, verzoekschrift nr. 58148/00, *Jurispr.* 2004-IV, § 26.

106 — Zie over het verband dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens soms legt tussen het beginsel van het primaat van het recht en het „rechtszekerheidsbeginsel” met name: EHRM, arresten *Sovtransavto Holding v. Oekraïne* van 25 juli 2002, verzoekschrift nr. 48553/99, *Jurispr.* 2000-VII, § 77, en *Timotiyevich v. Oekraïne* van 8 november 2005, verzoekschrift nr. 63158/00, § 32. Zie ook het reeds aangehaalde proefschrift van Grabarczyk, K., *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in het bijzonder blz. 209 e.v., nr. 583 e.v.

de wetgever vereist bij het definiëren van de grens tussen de beperking van het recht en het — in beginsel onaantastbare — gebied van die wezenlijke inhoud. Ook eist het Handvest dat iedere beperking van de uitoefening van rechten en vrijheden die het erkent, het evenredigheidsbeginsel respecteert, voldoet aan het beginsel van noodzakelijkheid, en daadwerkelijk de door de Unie erkende doelen van algemeen belang nastreeft of beantwoordt aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Wat al deze voorwaarden betreft, is het nogmaals juist die „wet” die mijns inziens ontbreekt, waarbij onder „wet” wordt verstaan recht „waarover is beraadslaagd”, dat wil zeggen recht dat democratisch gelegitimeerd is. Alleen een wet in de parlementaire betekenis van het woord zou het immers mogelijk hebben gemaakt om voort te gaan met de bestudering van de andere voorwaarden die artikel 52, lid 1, van het

Handvest stelt. In dit verband zou naar voren gebracht kunnen worden, dat artikel 52, lid 1 van het Handvest de impliciete eis bevat dat over de wet „is beraadslaagd”, in overeenstemming met de intensiteit van het publieke debat. Hier in het geding is echter de expliciete eis van het bestaan van een wet als „vooraf bestaande rechtsregel”. Nu geconstateerd is dat die wet in dit geval ontbreekt, kan de eerste vraag van de verwijzende rechter worden beantwoord.

114. Concluderend geef ik het Hof in overweging om de eerste prejudiciële vraag van het Hof van Beroep te Brussel ontkennend te beantwoorden en om diensgevolge te verklaren dat de subsidiair gestelde tweede vraag niet hoeft te worden beantwoord.

V — Conclusie

115. Derhalve geef ik het Hof in overweging om de door het Hof van Beroep te Brussel gestelde prejudiciële vraag als volgt te beantwoorden:

„De richtlijnen 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, en 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, junctis de richtlijnen 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, 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, en 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”), uitgelegd in het licht van de artikelen 7, 8, 11 en 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en gelet op de artikelen 8 en 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, moeten in die zin worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een nationale rechter enkel op de grondslag van de wettelijke bepaling inhoudend dat „[de bevoegde 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, een maatregel treft waarbij „een internetprovider [wordt gelast] om ten aanzien van al zijn klanten, in abstracto en als preventieve maatregel, op zijn kosten en zonder beperking in de tijd, een systeem te installeren voor het filteren van alle onder andere via „peer-to-peer”-programma’s in- en uitgaande elektronische communicatie die via hem verloopt, teneinde te kunnen vaststellen of op zijn netwerk bestanden in omloop zijn die een muzikaal, cinematografisch of audiovisueel werk bevatten waarvan de verzoeker beweert de auteursrechthebbende te zijn, en vervolgens de uitwisseling ervan te blokkeren, hetzij bij de opvraging, hetzij bij de verzending ervan.”