



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 26 november 2013¹

Zaak C-314/12

UPC Telekabel Wien GmbH
tegen
Constantin Film Verleih GmbH
Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Informatiemaatschappij — Intellectuele-eigendomsrechten — Richtlijn 2001/29/EG — Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG — Artikel 16 van het Handvest van de grondrechten — Maatregelen tegen website die op grote schaal inbreuk maakt op het auteursrecht — Rechterlijk verbod tegen een internet access provider als tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht — Bevel tot blokkering van een website die inbreuk maakt op het auteursrecht”

1. De onderhavige zaak biedt het Hof de gelegenheid om zijn rechtspraak inzake de bescherming van het auteursrecht op internet verder te ontwikkelen.² In casu gaat het, naast de inhoud en de procedure van vaststelling van een verbod in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG³, om de vraag of het eigenlijk wel mogelijk is een verbod op te leggen aan een dienst die toegang biedt tot internet („internet service provider”; hierna: „internetprovider”), wanneer deze geen internettoegang biedt aan de exploitant van een website die op grote schaal inbreuk maakt op het auteursrecht, maar alleen aan de gebruikers die zich toegang tot die website verschaffen.

I – Toepasselijke regelgeving

A – Unierecht

2. Punt 59 van de considerans van richtlijn 2001/29 luidt als volgt:

„In het bijzonder in de digitale omgeving, zullen derden voor inbreukmakende handelingen wellicht in toenemende mate gebruikmaken van de diensten van tussenpersonen. Die tussenpersonen zijn in veel gevallen het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen. Onverminderd de eventuele andere beschikbare sancties en rechtsmiddelen, moeten de rechthebbenden over de mogelijkheid beschikken om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een tussenpersoon die een door een derde gepleegde inbreuk met betrekking tot een beschermd werk

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Arresten van 16 februari 2012, SABAM (C-360/10), en 24 november 2011, Scarlet Extended (C-70/10, Jurispr. blz. I-11959).

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

of ander materiaal in een netwerk steunt. Deze mogelijkheid moet ook beschikbaar zijn wanneer de door de tussenpersoon verrichte handelingen krachtens artikel 5 uitgezonderd zijn. De voorwaarden en nadere bepalingen met betrekking tot dergelijke verbodsmaatregelen moeten aan het nationaal recht van de lidstaten worden overgelaten.”

3. Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 bepaalt:

„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.”

4. Artikel 15 van richtlijn 2000/31/EG⁴ bepaalt onder het kopje „Geen algemene toezichtverplichting”:

„1. Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

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

5. Artikel 3 van richtlijn 2004/48⁵ bepaalt:

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

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

4 — Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”) (PB L 178, blz. 1).

5 — Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (PB L 157, blz. 45).

B – Nationaal recht

6. § 81 van het Oostenrijkse Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst und über verwandte Schutzrechte (federale wet betreffende het auteursrecht op werken van literatuur en kunst en betreffende naburige rechten; hierna: „UrhG”)⁶ bepaalt:

„1. De houder van een op de onderhavige wet gebaseerd exclusief recht waarop inbreuk is gemaakt, of die een dergelijke inbreuk te vrezen heeft, kan een verbodsvordering instellen. De eigenaar van een onderneming kan ter zake ook in rechte worden aangesproken wanneer de inbreuk tijdens de exploitatie van zijn onderneming door een werknemer of een lasthebber is gemaakt of dreigt te worden gemaakt; § 81, lid 1a, is van overeenkomstige toepassing.

1.a Indien degene die een dergelijke inbreuk heeft gemaakt of dreigt te maken, gebruikmaakt van de diensten van een tussenpersoon, kan ook tegen die tussenpersoon een verbodsvordering in de zin van lid 1 worden ingesteld. Indien de tussenpersoon voldoet aan de voorwaarden voor uitsluiting van de aansprakelijkheid in de zin van de §§ 13 tot en met 17 ECG, kan hij echter pas worden in rechte worden aangesproken na te zijn aangemaand.”

7. § 13 van het E-Commerce-Gesetz (Oostenrijkse wet op de elektronische handel; hierna: „ECG”)⁷ regelt de uitsluiting van de aansprakelijkheid van dienstverleners bij doorgifte. § 13, lid 1, bepaalt:

„Een dienstverlener die door een afnemer van de dienst verstrekte informatie doorgeeft in een communicatienetwerk of toegang tot een communicatienetwerk verschaft, is niet aansprakelijk voor de doorgegeven informatie, op voorwaarde dat:

1. het initiatief tot de doorgifte niet van de dienstverlener uitgaat,
2. de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener is geselecteerd, en
3. de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener is geselecteerd of gewijzigd.”

8. § 355, lid 1, van de Exekutionsordnung (Oostenrijkse wet op de executieprocedure)⁸ bepaalt:

„De executie tegen een persoon die verplicht is een handeling te staken of het verrichten van een handeling te gedogen, vindt plaats door middel van een geldstraf die op verzoek door de executierechter bij de goedkeuring van de executie wordt opgelegd voor elke overtreding nadat de executoriale titel uitvoerbaar is geworden. Voor elke verdere overtreding legt de executierechter op verzoek een bijkomende geldboete of een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar op. [...]”

II – Feiten en hoofdgeding

9. De website met de domeinnaam *kino.to* bood gebruikers op grote schaal de mogelijkheid om auteursrechtelijk beschermde films te bekijken. De films konden door middel van streaming of downloaden worden bekeken. In het eerste geval gaat het om voorbijgaande reproductie op het eindtoestel, in het tweede om permanente reproductie, over het algemeen voor privégebruik.

6 — BGBl. nr. 111/1936.

7 — BGBl. I nr. 152/2001.

8 — RGBL. nr. 79/1896.

10. Tot de op de website openbaar toegankelijk gemaakte films behoorden werken waarvan de rechten in handen zijn van verzoeksters in het hoofdgeding, Constantin Film Verleih GmbH en Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (hierna gezamenlijk: „verzoeksters”). Verzoeksters hadden hiervoor geen toestemming verleend.

11. UPC Telekabel Wien GmbH (hierna: „verweerster”) is een grote Oostenrijkse internetprovider. Zij staat in geen enkele rechtsverhouding tot de exploitanten van de website *kino.to* en heeft hen internettoegang noch opslagruimte ter beschikking gesteld. Volgens de verwijzende rechter kan echter met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden aangenomen dat individuele klanten van verweerster gebruik hebben gemaakt van het aanbod van *kino.to*.

12. Verzoeksters hebben verweerster buitengerechtelijk gesommeerd de website *kino.to* te blokkeren. Toen verweerster hieraan niet voldeed, hebben verzoeksters het Handelsgericht Wien in kort geding verzocht verweerster te verbieden haar klanten toegang te verschaffen tot *kino.to* zolang bepaalde films van verzoeksters integraal of in de vorm van clips aan de klanten op die website ter beschikking werden gesteld. Die primaire vordering werd, zonder te worden beperkt, geconcretiseerd in als “subsidiar” omschreven vorderingen met voorbeelden van bepaalde blokkeringsmaatregelen (DNS-blokkering van het domein, blokkering van het op een bepaald moment actuele IP-adres van de website, dit eventueel pas na melding ervan door verzoeksters).

13. Verzoeksters motiveerden hun op § 81, lid 1 a, UrhG gebaseerde vordering met het argument dat verweerster onrechtmatig ter beschikking gestelde content doorgeeft. Het bieden van de toegang behoorde te worden verboden. De concrete maatregelen behoeften pas in het kader van de executieprocedure te worden onderzocht. Verweerster stelde daarentegen dat zij in geen enkele relatie staat tot de exploitanten van de website *kino.to* en alleen haar klanten, die niet onrechtmatig handelen, toegang tot internet biedt. Bovendien acht zij een algemene toegangsblokkering mogelijk noch redelijk. De voorgestelde concrete maatregelen bestempelt zij als onevenredig.

14. Bij beschikking van 13 mei 2011 heeft het Handelsgericht Wien verweerster verboden haar klanten toegang te bieden tot *kino.to* zolang de door verzoeksters genoemde films daar ter beschikking werden gesteld, in het bijzonder door middel van DNS-blokkering van het domein en blokkering van het huidige IP-adres en van in de toekomst door verweerster vastgestelde IP-adressen. Volgens het Handelsgericht Wien waren met die twee maatregelen niet al te veel kosten gemoeid, maar konden zij wel zeer gemakkelijk worden omzeild. Desalniettemin zag het hierin de meest doeltreffende methoden om de toegang te beperken. Naar het oordeel van het Handelsgericht was daarentegen niet komen vast te staan dat *kino.to* haar IP-adres deelde met servers die onbedenklijke content aanbieden. Beide partijen gingen van de beschikking in beroep.

15. In juni 2011 staakte *kino.to* haar activiteiten nadat de Duitse strafvorderingsautoriteiten stappen tegen de exploitant hadden ondernomen.

16. In hoger beroep wijzigde het Oberlandesgericht Wien bij beschikking van 27 oktober 2011 de uitspraak van de rechter in eerste aanleg in dier voege dat het bieden van toegang tot *kino.to* verbod zonder concrete maatregelen ter zake te noemen. Volgens het Oberlandesgericht Wien strekt § 81, lid 1a, UrhG tot omzetting van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en dient hij overeenkomstig het Unierecht te worden uitgelegd in de zin van punt 59 van de considerans van richtlijn 2001/29. Verweerster biedt haar klanten de mogelijkheid om onrechtmatig toegankelijk gemaakte werken te bekijken en moet daarom worden beschouwd als tussenpersoon in de zin van de wet, los van de vraag of haar klanten zelf onrechtmatig handelen. Verweerster moet in algemene zin worden verboden inbreuk te maken op de intellectuele eigendom van verzoeksters, zonder dat ter zake bepaalde maatregelen worden aangegeven. Door de beschikking wordt zij ertoe verplicht een bepaald resultaat te bereiken (namelijk het voorkomen van inbreuk op het intellectuele-eigendomsrecht). Verweerster mag zelf bepalen welke middelen zij daarbij inzet en moet alles doen wat in haar macht staat en

redelijk is. Of een bepaalde gelaste maatregel ter voorkoming van de inbreuk onevenredig is, zoals door verweerster wordt gesteld, wordt pas in het kader van de executieprocedure getoetst, waarin wordt nagegaan of alle redelijkerwijs te verwachten maatregelen zijn genomen dan wel of er eventueel sprake is van een niet-nakoming van de beschikking.

17. Verweerster heeft tegen die beschikking beroep in „Revision” ingesteld bij het Oberste Gerichtshof en vordert afwijzing van alle eisen van verzoeksters.

III – Prejudicieel verzoek en procesverloop voor het Hof

18. Het Oberste Gerichtshof heeft de procedure geschorst en de volgende prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof:

- „1) Dient artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG [...] aldus te worden uitgelegd dat een persoon die zonder toestemming van de rechthebbende beschermde werken beschikbaar stelt op internet (artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29), gebruikmaakt van de diensten van de internetproviders van de personen die zich toegang verschaffen tot deze beschermde werken?
- 2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord: Zijn een reproductie voor privégebruik (artikel 5, lid 2, sub b, van richtlijn 2001/29) en een voorbijgaande of incidentele reproductie (artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/29) enkel geoorloofd wanneer het voor de reproductie gebruikte origineel zelf rechtmatig is gereproduceerd, verspreid of aan het publiek beschikbaar gesteld?
- 3) Indien de eerste of de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord en bijgevolg rechterlijke verbodsmaatregelen in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 moeten worden opgelegd aan de internetproviders van de gebruiker: Is het verenigbaar met het recht van de Unie, in het bijzonder met de door dit recht vereiste afweging tussen de grondrechten van partijen, een internetprovider in het algemeen (dus zonder concrete maatregelen te gelasten) te verbieden om zijn klanten toegang tot een bepaalde website te verschaffen, zolang er op die website uitsluitend of althans voor het overgrote deel werken beschikbaar worden gesteld zonder toestemming van de rechthebbenden, wanneer de internetprovider – door aan te tonen dat hij toch alle redelijke maatregelen heeft genomen – kan verhinderen dat hem wegens schending van dit verbod dwangmaatregelen worden opgelegd?
- 4) Indien de derde vraag ontkennend wordt beantwoord: Is het verenigbaar met het recht van de Unie, in het bijzonder met de door dit recht vereiste afweging tussen de grondrechten van partijen, een internetprovider te gelasten bepaalde maatregelen te nemen om zijn klanten toegang tot een website met onrechtmatig beschikbaar gesteld materiaal te bemoeilijken, wanneer deze maatregelen aanzienlijke kosten met zich brengen, terwijl zij ook zonder bijzondere technische kennis gemakkelijk kunnen worden omzeild?”

19. Verzoeksters, verweerster, de Italiaanse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

20. Ter terechtzitting op 20 juni 2013 hebben verzoeksters, verweerster, de Republiek Oostenrijk en de Europese Commissie hun standpunt toegelicht.

IV – Juridische beoordeling

A – Opmerkingen vooraf en technische achtergrond

21. Er zijn maar weinig uitvindingen die onze gewoontes en mediaconsumptie zo sterk hebben gewijzigd als het internet. Het in de ons bekende vorm nog geen 30 jaar oude netwerk⁹ maakt het mogelijk om over de hele wereld te communiceren en gegevens uit te wisselen. De nieuwe communicatievormen zijn binnen de kortste keren zo vanzelfsprekend geworden dat de speciale rapporteur van de Verenigde Naties voor de vrijheid van meningsuiting de door het internet geboden toegang tot informatie bestempelt als een wezenlijk element van een democratische samenleving.¹⁰

22. Maar de nieuwe technologieën maken ook misbruik mogelijk. Dat geldt in het bijzonder voor de schending van het auteursrecht op internet. De onderhavige feiten mogen in dat opzicht wel tot de meest flagrante gevallen worden gerekend. Volgens verzoeksters konden via de website *kino.to*, die iedere dag op piekmomenten door meer dan vier miljoen gebruikers werd bezocht, ruim 130 000 cinematografische werken per streaming worden bekeken of worden gedownload. De exploitanten van *kino.to* wisten met dit aanbod jaarlijks miljoenen euro's aan reclame-inkomsten binnen te halen, voordat de website door het openbaar ministerie te Dresden in juni 2011 kon worden gesloten na een door een informant op gang gebracht onderzoek. Geen van de betrokkenen is van mening dat de content van de website rechtmatig was. Integendeel, tegen de exploitanten ervan zijn in Duitsland reeds strafrechtelijke stappen ondernomen wegens het zonder toestemming commercieel exploiteren van auteursrechtelijk beschermde werken.¹¹

23. De rechthebbenden voeren strijd tegen websites die het auteursrecht zo massaal met voeten treden. De verantwoordelijken voor deze sites en de internetproviders die hen toegang bieden tot het internet, opereren echter vaak van buiten Europa of versluieren hun identiteit. De rechthebbenden proberen hun doel derhalve te bereiken met het instellen van verbodsacties tegen internetproviders om ze zo te dwingen de toegang tot het illegale aanbod af te sluiten. Of dergelijke door de rechter gelaste blokkeringsmaatregelen rechtmatig zijn, is in tal van lidstaten onderwerp van felle discussie.¹²

24. De complexiteit van die discussie wordt nog vergroot door het feit dat het blokkeren van websites door internetproviders technisch niet onproblematisch is.¹³ De verwijzende rechter noemt in dit verband met name de mogelijkheid van een IP- en een DNS-blokkering.

25. IP-adressen zijn numerieke adresformaten waarmee de op internet met elkaar verbonden toestellen worden geïdentificeerd om onderlinge communicatie mogelijk te maken.¹⁴ In het geval van een blokkering door een internetprovider worden aanvragen aan het geblokkeerde IP-adres door de diensten van die internetprovider niet meer doorgegeven. DNS (domain name system)-blokkeringen hebben daarentegen betrekking op domeinnamen die in plaats van de onpraktische IP-adressen worden gebruikt. DNS-servers, die door iedere internetprovider worden ingezet, „vertalen” domeinnamen in

9 — Aangaande de geschiedenis van het internet, zie Naughton, J., *A Brief History of the Future*, Phoenix, Londen, 2e ed., 2000.

10 — Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, UN Doc. A/66/290 van 10 augustus 2011, punt 87.

11 — Zie arrest van het Landesgericht Leipzig van 11 april 2012, 11 KLS 390 Js.

12 — Heidinger, R., *Die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Access-Providern auf Sperre urheberrechtsverletzender Webseiten*, ÖBl 2011, 153; Maaßen, S. en Schoene, V., *Sperrungsverfügung gegen Access-Provider wegen Urheberrechtsverletzung?*, GRUR-Prax 2011, 394; Stadler, T., *Sperrungsverfügung gegen Access-Provider*, MMR 2002, 343; Kulk, S., *Filtering for copyright enforcement in Europe after the SABAM cases*, EIPR 2012, 791; Barrio Andrés, M., *Luces y sombras del procedimiento para el cierre de páginas web*, La Ley 48/2012, Castets-Renard, C., *Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet*, Recueil Dalloz 2012, 827.

13 — De technische analyse van de blokkeringsmaatregel is zaak van de verwijzende rechter. Zie mijn conclusie in de zaak *Scarlet Extended*, arrest van 24 november 2011 (C-70/10, Jurispr. blz. I-11959, punt 50). De technische werkelijkheid van het internet is echter rechtstreeks van invloed op de juridische structuren ervan. Lessig, L., *Code, version 2.0*, Basic Books, New York, 2006.

14 — Voor meer details, zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *Promusicae*, arrest van 29 januari 2008 (C-275/06, Jurispr. blz. I-271, punten 30 en 31).

IP-adressen. Bij een DNS-blokkering wordt die vertaling verhinderd. Naast die twee methoden om een website te blokkeren, kan ook het gehele internetverkeer van een internetprovider via een proxy-server worden geleid en gefilterd. Waterdicht is echter geen van die methoden.¹⁵ Gebruikers kunnen de inbreukmakende website volgens de verwijzende rechter ook zonder bijzondere technische kennis makkelijk bereiken. Tevens kunnen de exploitanten van de betrokken site deze ook onder een ander adres bereikbaar maken.

26. De EU-wetgever heeft bij richtlijn 2001/29 specifieke regelingen geschapen ter bescherming van het auteursrecht in de informatiemaatschappij. Naast een harmonisatie van de rechten van de auteur zoals het reproductierecht (artikel 2), het recht van mededeling van werken aan het publiek en het recht van beschikbaarstelling van ander materiaal voor het publiek (artikel 3) en het distributierecht (artikel 4), alsmede beperkingen en restricties (artikel 5), bepaalt de richtlijn dat de lidstaten moeten voorzien in passende sancties en rechtsmiddelen met betrekking tot inbreuken op de in de richtlijn omschreven rechten en verplichtingen. Hiertoe behoort met name ook dat de lidstaten de rechthebbenden de mogelijkheid moeten bieden om te „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” (artikel 8, met name lid 3). Ook richtlijn 2004/48 verlangt van de lidstaten dat zij maatregelen, procedures en rechtsmiddelen nemen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn ten einde de handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten te waarborgen (artikel 3), waartoe ook rechterlijke bevelen behoren (artikel 11).

27. Tegelijkertijd heeft de wetgever echter gereageerd op het bijzondere belang van de infrastructuur van het internet en in de artikelen 12 tot en met 15 van richtlijn 200/31 regelingen neergelegd betreffende de verantwoordelijkheid van tussenpersonen in het kader van de elektronische handel, die volgens punt 16 van de considerans van richtlijn 2001/29 noch volgens artikel 2, lid 3, sub a, van richtlijn 2004/48 door die twee richtlijnen wordt bestreken. Ondanks die bepalingen gelden in de lidstaten in de praktijk uiteenlopende bepalingen voor de internetproviders met betrekking tot de omgang met hen bekende inbreukmakende content.¹⁶

28. Ten slotte mag niet worden vergeten dat het blokkeren van websites neerkomt op een ingreep in een grondrecht en ook in dat licht moet worden onderzocht.

B – *Ontvankelijkheid*

29. Op het eerste gezicht zouden vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de ontvankelijkheid van het onderhavige prejudiciële verzoek. Verzoeksters in het hoofdgeding wensen namelijk een voorlopige voorziening die verweerster verbiedt toegang te bieden tot een website die al sinds juni 2011 niet meer bereikbaar is. In zoverre zou het bestaan van een procesbelang kunnen worden betwijfeld.

30. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is echter ontvankelijk. Ik herinner eraan dat de verwijzende rechter overeenkomstig artikel 267 VWEU een vraag kan stellen over de uitlegging van het Unierecht indien hij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van zijn vonnis. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het in beginsel uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie een geschil is voorgelegd om, gelet op de bijzonderheden van de zaak, te oordelen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing, alsmede over de relevantie van de vragen die hij het Hof voorlegt.¹⁷

15 — De afzonderlijke filtermethoden worden uitvoerig beschreven in het vonnis van de rechter in eerste aanleg, het Handelsgericht Wien. Zie ook Ofcom, „*Site Blocking*” to reduce online copyright infringement, 27 mei 2010.

16 — COM(2011) 942 definitief van 11 januari 2012, blz. 14 en 15.

17 — Arresten van 29 november 1978, Redmond (83/78, Jurispr. blz. 2347, punt 25), en 30 november 1995, Esso Española (C-134/94, Jurispr. blz. I-4223, punt 9).

31. Van dat beginsel kan het Hof slechts afwijken wanneer „duidelijk”¹⁸ blijkt dat de uitlegging van het Unierecht niet relevant is voor de beslechting van de aanhangige zaak, de gestelde vragen puur hypothetisch¹⁹ zijn of zelfs dat het geding een kunstmatig karakter²⁰ heeft.

32. De verwijzende rechter merkt evenwel op dat hij zijn arrest dient te wijzen op basis van de stand van zaken op het tijdstip van de uitspraak in eerste aanleg, een tijdstip dus waarop de litigieuze website nog toegankelijk was. Dit betekent dat er sprake is van een reëel geschil, waarvoor de gestelde vragen zonder enige twijfel relevant zijn.

C – Eerste prejudiciële vraag

33. De verwijzende rechter wenst te vernemen of artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat de internetprovider van een persoon die een werk oproept waarvoor niet is voldaan aan artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29, moet worden beschouwd als tussenpersoon wiens diensten worden „gebruikt” door de persoon die inbreuk maakt op het auteursrecht.

34. Mocht dit het geval zijn, dan kan een verbod in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 namelijk ook worden opgelegd aan de internetprovider van de oproepende internetgebruiker en niet alleen maar aan de internetprovider van de inbreukmakende website. Er zijn in theorie twee argumentatielijnen waarmee de rechtmatigheid van een dergelijk verbod aan de eerstgenoemde internetprovider kan worden verdedigd, en deze vormen de achtergrond van de eerste twee prejudiciële vragen. Ten eerste zou, en dit is de strekking van de eerste prejudiciële vraag, kunnen worden gesteld dat een verbod tegen de internetprovider van de oproepende gebruiker rechtmatig is, aangezien hij een tussenpersoon is wiens diensten door de exploitanten van de inbreukmakende websites worden gebruikt om het auteursrecht te schenden. Ten tweede, en dit is de achtergrond van de tweede prejudiciële vraag, zou een dergelijk verbod echter ook ermee kunnen worden verdedigd dat klanten van de internetprovider die zich toegang verschaffen tot de inbreukmakende website, zelf illegaal handelen en dat de diensten van de internetprovider in zoverre door de eigen klanten worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht, hetgeen wederom zou betekenen dat de bepaling van toepassing is.

35. Verzoeksters, Italië, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de Commissie zijn van mening dat een persoon die zonder toestemming van de rechthebbende een beschermd werk op internet beschikbaar stelt, gebruikmaakt van de diensten van de internetprovider van de persoon die zich toegang verschafft tot dat werk. Ook de verwijzende rechter neigt naar deze opvatting. Alleen verweerster bepleit een ander standpunt.

36. Ook in mijn visie moet de internetprovider van de gebruiker worden beschouwd als tussenpersoon wiens diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht. Dit volgt uit de tekst, de context en de strekking van de bepaling. Voorafgaand aan de analyse ervan is een toelichting op de bestaande rechtspraak op zijn plaats.

1. Bestaande rechtspraak van het Hof

37. Het is niet voor het eerst dat het Hof zich dient bezig te houden met de rol van de internetprovider als tussenpersoon wiens „diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten” in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29.

18 — Arrest van 16 juni 1981, Salonia (126/80, Jurispr. blz. 1563, punt 6).

19 — Arrest van 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punten 31-34).

20 — Arrest van 11 maart 1980, Foglia (104/79, Jurispr. blz. 745, punten 10 en 11).

38. In de zaak LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten stelde het Hof vast dat „een accessprovider, die de gebruiker enkel internettoegang verschaft en geen andere diensten, zoals e-mail, FTP of een filesharing-dienst, aanbiedt noch een juridisch of feitelijk toezicht uitoefent over de gebruikte dienst, een ‚tussenpersoon‘ in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 is”²¹.

39. Ter motivering voerde het Hof aan dat de internetprovider de klant een dienst aanbiedt die door een derde kan worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht. Hiervoor pleit ook punt 59 van richtlijn 2001/29, aldus het Hof, aangezien de internetprovider door het bieden van de internettoegang een inbreuk mogelijk maakt. Ten slotte volgt dit in de visie van het Hof ook uit het doel van de richtlijn, die met name beoogt de effectieve bescherming van het auteursrecht te waarborgen.²² In die zaak ging het in tegenstelling tot de onderhavige zaak om zogenoemde „file-sharing-systemen”, waarbij de gebruikers van de internetproviders zelf eveneens werken op internet aanbieden met schending van het auteursrecht.

40. De in de zaak LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten gegeven uitlegging van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 is in het arrest in de zaak Scarlet Extended bekrachtigd. In dat arrest stelde het Hof bovendien vast dat volgens artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48 houders van intellectuele-eigendomsrechten om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen, zoals internetproviders, om niet alleen gepleegde inbreuken te beëindigen, maar ook nieuwe inbreuken te voorkomen.²³

41. Ook de exploitanten van sociaalnetwerksites moeten volgens de rechtspraak van het Hof worden gekwalificeerd als tussenpersonen in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29.²⁴

42. Samenvattend stel ik derhalve vast dat de rechtspraak reeds heeft verduidelijkt dat internetproviders in beginsel moeten worden beschouwd als „tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht” in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en dus in aanmerking komen als adressaat van het in die bepaling bedoelde verbod. Zoals de verwijzende rechter terecht opmerkt, is echter nog onduidelijk of uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 ook een verbod kan worden opgelegd tegen een internetprovider wanneer deze geen internettoegang biedt aan de inbreukmaker zelf, maar alleen aan de persoon die toegang zoekt tot het illegale aanbod, anders gezegd (in de woorden van de bepaling) of de aanbieder die inbreuk maakt op het auteursrecht, hiertoe gebruikmaakt van de diensten van de internetprovider van de gebruikers.

2. Uitlegging van de bepaling

a) Tekst

43. Verweerster is van mening dat aan een dergelijke internetprovider geen verbod kan worden opgelegd uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29. Bij gebreke van een contractuele verhouding met de inbreukmaker kan hij namelijk geen invloed op de betrokkene kan uitoefenen en de inbreuk in de vorm van het openbaar ter beschikking stellen van het werk zonder zijn toedoen

21 — Beschikking van 19 februari 2009, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (C-557/07, Jurispr. blz. I-1227, punt 46).

22 — Beschikking LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (aangehaald in voetnoot 21, punten 43-45).

23 — Arrest Scarlet Extended (aangehaald in voetnoot 2, punten 30 en 31). Zie ook arrest van 12 juli 2011, L'Oréal e.a. (C-324/09, Jurispr. blz. I-6011, punt 131).

24 — Arrest SABAM (aangehaald in voetnoot 2, punt 28). Aangaande artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48, zie arrest L'Oréal e.a. (aangehaald in voetnoot 23, punt 144).

plaats vindt. De diensten van de internetprovider worden derhalve niet in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 „door een derde [...] gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht”. Bij een zo ruime uitlegging van de uitdrukking „gebruikt worden” zouden volgens verweerster immers ook elektriciteitsbedrijven, pakketdiensten en anderen worden bestreken.

44. Deze opvatting overtuigt mij niet. Zoals ik reeds herhaaldelijk heb benadrukt, moet volgens artikel 8, lid 3, de mogelijkheid bestaan te verzoeken om een verbod tegen tussenpersonen wier „diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht”. Krachtens die bepaling is dus niet uitdrukkelijk een contractuele verhouding tussen de tussenpersoon en de inbreukmaker vereist.²⁵

45. De vraag is echter of de diensten van de provider van een persoon die zich toegang verschaft tot inbreukmakende informatie ook worden „gebruikt” om inbreuk te maken op het auteursrecht door de persoon die de informatie openbaar toegankelijk heeft gemaakt en daardoor in strijd met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29 heeft gehandeld.

46. Dit wordt door de verwijzende rechter en verweerster betwijfeld, aangezien reeds aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 3 van richtlijn 2001/29 is voldaan zodra de exploitant van de inbreukmakende website deze via zijn provider op het internet toegankelijk heeft gemaakt.

47. Het is zeker een feit dat zodra een website door de provider van de exploitant van de website wordt geactiveerd, er sprake is van „beschikbaarstelling voor het publiek [...] op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben” in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29. Echter, die toegang wordt de leden van het publiek primair door hun eigen internetprovider mogelijk gemaakt. Nu zou een bepaalde internetprovider kunnen wegvallen zonder dat de website niet meer toegankelijk is, maar als collectief zijn de internetproviders van de gebruikers noodzakelijk om op internet van een „beschikbaarstelling voor het publiek” te kunnen spreken.²⁶ De verwijzende rechter merkt in dit verband terecht op dat de beschikbaarstelling pas feitelijk relevant wordt door de mogelijkheid van de internetgebruikers om zich toegang te verschaffen.

48. Dit betekent echter dat volgens de tekst van de bepaling ook de diensten van de provider van de internetgebruiker door de inbreukmaker worden gebruikt om het auteursrecht te schenden²⁷, los van de vraag of de inbreukmaker zelf een contractuele verhouding met de internetprovider heeft.

b) Context

49. Ook de context van de bepaling pleit voor deze zienswijze.

50. Relevant is in dit verband om te beginnen punt 59 van de considerans van richtlijn 2001/29, waarin wordt gesteld dat „derden voor inbreukmakende handelingen wellicht in toenemende mate gebruik [zullen] maken van de diensten van tussenpersonen. Die tussenpersonen zijn in veel gevallen het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen. Onverminderd de

25 — Ik wil erop wijzen dat de Commissie in haar verslag inzake de toepassing van richtlijn 2004/48 vaststelt dat de richtlijn ook tussenpersonen bestrijkt die geen rechtstreekse contractuele verhouding of rechtstreeks contact met de inbreukmaker hebben. COM(2010) 779 definitief van 22 december 2010, blz. 6.

26 — Zie ook mijn conclusie in de zaak Football Dataco e.a., arrest van 18 oktober 2012 (C-173/11, punt 58), betreffende het begrip „aan het publiek ter beschikking stellen” in het kader van „hergebruik” van richtlijn 96/9/EG.

27 — Zie ook vonnis van de High Court of Justice, Chancery Division, van 28 juli 2011, Twentieth Century Fox v. British Telecommunications, [2011] EWHC 1981 (Ch), punt 113, bekrachtigd bij arrest van de High Court of Justice van 28 februari 2013, EMI Records v. British Sky Broadcasting, [2013] EWHC 379 (Ch), punt 82.

eventuele andere beschikbare sancties en rechtsmiddelen, moeten de rechthebbenden over de mogelijkheid beschikken om te verzoeken om een verbod ten aanzien van een tussenpersoon die een door een derde gepleegde inbreuk met betrekking tot een beschermd werk of ander materiaal in een netwerk steunt”.

51. Uit dat punt van de considerans volgt dat tussenpersonen door richtlijn 2001/29 vooral vanwege het feit dat zij gegevens „in een netwerk” steunen, worden beschouwd als de bestmogelijke adressaten van maatregelen om schendingen van auteursrechten een halt toe te roepen. De formulering wijst erop dat het daarbij niet per se om het eerste invoeren van de gegevens in een netwerk gaat, maar ook om het verdere steunen daarvan in het netwerk. Dit komt nog duidelijker tot uitdrukking in de Engelse en de Spaanse versie van de richtlijn: „who carries a third party’s infringement of a protected work [...] in a network” respectievelijk „que transmite por la red la infracción contra la obra [...] por un tercero”. Dat impliceert echter dat ook de internetproviders van de oproepende gebruikers tot de mogelijke adressaten van een verbod behoren.

52. De aansprakelijkheidsregels van richtlijn 2000/31 voor tussenpersonen verzetten zich in beginsel niet tegen de oplegging van een verbod aan internetproviders uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29. Alhoewel artikel 12 van richtlijn 2000/31 specifieke regels bevat betreffende de verantwoordelijkheid van tussenpersonen voor de loutere doorgifte van informatie, doen die regels volgens lid 3 van die bepaling uitdrukkelijk geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt.

53. De mogelijkheid om stappen tegen een internetprovider te nemen, vindt ook steun in richtlijn 2004/48, die in artikel 11, derde volzin, eveneens voorziet in de mogelijkheid van een rechterlijk bevel tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken.

54. Ook een systematische uitlegging pleit derhalve ervoor dat een verbod krachtens artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 ook kan worden opgelegd aan internetproviders die niet de internetprovider van de inbreukmaker zijn, maar die van de persoon die de inbreukmakende website oproept.

c) Strekking

55. Ten slotte moet artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 ook qua strekking aldus worden uitgelegd dat de inbreukmaker gebruikmaakt van de diensten van de internetprovider van de oproepende gebruiker.

56. Een dergelijke uitlegging strookt met het streven van de wetgever om een hoog niveau van bescherming van het auteursrecht te waarborgen.²⁸ Hij acht een „strikt, doelmatig systeem” ter bescherming van het auteursrecht noodzakelijk om de culturele creativiteit en productie in Europa te garanderen.²⁹

57. Richtlijn 2001/29 dient dit hoge beschermingsniveau juist tegen de achtergrond van de uitdagingen van de informatiemaatschappij te waarborgen.³⁰ Zoals blijkt uit punt 59 van de considerans van die richtlijn, beschouwde de wetgever in het licht van de technische ontwikkelingen degenen die de informatie doorgeven als de meest aangewezen personen om inbreukmakende handelingen te beëindigen. Het voorbeeld van buiten Europa opererende, door een internetprovider online geplaatste website maakt duidelijk waarom de wetgever meent dat de tussenpersoon een dergelijke sleutelpositie inneemt: in een dergelijk geval kunnen de website en de exploitanten ervan vaak niet worden aangepakt. De tussenpersoon blijft dan over als aanknopingspunt.

28 — Punten 4 en 9 van de considerans van richtlijn 2001/29.

29 — Punt 11 van de considerans van richtlijn 2001/29.

30 — Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/29.

58. Het is duidelijk dat de tussenpersoon die geen contractuele band met de inbreukmakende heeft, geenszins onvoorwaardelijk verantwoordelijk kan worden gesteld voor de beëindiging van de inbreukmakende handeling. Bij de bespreking van de derde en de vierde prejudiciële vraag zal ik ingaan op de voorwaarden die in dat verband in aanmerking moeten worden genomen.

59. Op de eerste prejudiciële vraag moet derhalve worden geantwoord dat artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat een persoon die zonder toestemming van de rechthebbende beschermd materiaal op internet beschikbaar stelt en daardoor inbreuk maakt op de in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29 neergelegde rechten, gebruikmaakt van de diensten van de internetprovider van de personen die zich toegang tot dat beschermde materiaal verschaffen. Aangezien ik de eerste prejudiciële vraag dus bevestigend beantwoord, zal ik meteen overgaan tot de beoordeling van de derde prejudiciële vraag.

D – Derde prejudiciële vraag

60. Hoe complex de derde prejudiciële vraag is, blijkt reeds uit de formulering ervan. Er komen twee aspecten aan de orde. Om te beginnen wenst de verwijzende rechter te vernemen of het verenigbaar is met het recht van de Unie en met name de grondrechten, een internetprovider uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 in het algemeen te verbieden zijn klanten toegang te verschaffen tot een bepaalde website waarop uitsluitend of althans voor het overgrote deel werken zonder toestemming van de rechthebbende beschikbaar worden gesteld. De verwijzende rechter kwalificeert het aldus geformuleerde verbod als „Erfolgsverbot”, waarmee wordt bedoeld dat de adressaat van het verbod verplicht is te voorkomen dat een bepaald resultaat (namelijk de toegang tot de website) intreedt zonder dat wordt aangegeven welke maatregelen hij in dat verband moet nemen.³¹

61. Deze vraag rijst echter in een bijzondere procesrechtelijke context, en dit is het tweede aspect dat in het kader van de derde prejudiciële vraag aan de orde wordt gesteld. De internetprovider kan namelijk dwangmaatregelen wegens schending van het Erfolgsverbot voorkomen door aan te tonen dat hij redelijke maatregelen heeft genomen om hieraan te voorkomen. Dit aspect hangt samen met de specifieke nationale regels inzake de vaststelling en uitvoering van een verbod als door de verwijzende rechter beschreven.

62. Ik zal thans eerst ingaan op de standpunten van partijen en vervolgens voor een beter begrip een korte en vereenvoudigende toelichting geven op de nationale regelgeving. Tot besluit zal ik de vraag aan een juridische beoordeling onderwerpen.

1. Standpunten van partijen

63. Partijen hebben ten aanzien van de onderhavige prejudiciële vraag uiteenlopende standpunten bepleit.

64. Italië, Nederland en het Verenigd Koninkrijk zijn kort gezegd van mening dat het de zaak is van de nationale rechter het soort maatregel te bepalen dat in het concrete geval wordt opgelegd, in wezen, met dien verstande dat in dat verband bepaalde voorwaarden, met name het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van een juist evenwicht tussen de rechten van de betrokkenen, in aanmerking moeten worden genomen. Italië en Nederland behandelen de derde en de vierde prejudiciële vraag gezamenlijk.

31 — Zie Klicka, T., in Angst, P. (uitg.), *Kommentar zur Exekutionsordnung*, Manzsche Verlags- en Universitätsbuchhandlung, Wenen, 2e ed., 2008, § 355 punt 4.

65. Verzoeksters en de Republiek Oostenrijk stellen zich op het standpunt dat een Erfolgsverbod ook in de concrete procesrechtelijke vorm waarin het in casu is gegoten, verenigbaar is met het Unierecht. Verzoeksters baseren dit op de eis van een doeltreffende voorziening in rechte bij inbreuken op het auteursrecht en de technisch neutrale benadering in de rechtspraak. Op de procedure valt huns inziens niets aan te merken, aangezien de nationale rechters bij de vaststelling van het blokkeringsbevel de evenredigheid hebben getoetst, namelijk of de litigieuze website uitsluitend of althans voor het overgrote deel content zonder toestemming van de rechthebbenden beschikbaar heeft gemaakt. Gezien de eclatante inbreuken en de nagestreefde technische openheid heeft de internetprovider de onzekerheid omtrent de te nemen maatregelen te accepteren. Met de rechtmatige belangen van de internetprovider wordt huns inziens in het kader van de executieprocedure rekening gehouden. Ook Oostenrijk beschouwt de procedure vanuit het oogpunt van een effectieve rechterlijke bescherming bij massale inbreuken op het auteursrecht als rechtmatig, te meer daar de internetprovider beter dan de rechthebbende in staat is de juiste blokkeringsmaatregel te kiezen.

66. Verweerster en de Commissie zijn van mening dat een Erfolgsverbod in de beschreven procesrechtelijke vorm niet rechtmatig is. Volgens verweerster voldoet een dergelijke algemeen verbod niet aan de door de rechtspraak in de context van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 gestelde eisen. De internetprovider staat niet in een contractuele verhouding tot de inbreukmaker. Het betrokken verbod is onbillijk voor zover van de internetprovider wordt verwacht dat hij beoordeelt welke blokkeringsmaatregelen redelijk zijn, terwijl hij bij een verkeerde inschatting het risico loopt aansprakelijk te zijn met betrekking tot de naleving van het verbod of ten opzichte van zijn klanten. De Commissie meent dat er sprake is van schending van het evenredigheidsbeginsel in zoverre de nationale rechter te weinig afweet van de omvang van de vereiste maatregelen om de evenredigheid te kunnen beoordelen. De mogelijkheid om dwangmaatregelen te voorkomen is geen alternatief voor een adequate evenredigheidstoetsing bij de vaststelling van het verbod.

2. Het Oostenrijkse recht

67. Voor een beter begrip van met name de procesrechtelijke achtergrond van de door de verwijzende rechter gestelde vraag, lijkt mij een aantal kanttekeningen bij het Oostenrijkse recht op zijn plaats.³²

68. Ter bescherming van absolute rechten, dat wil zeggen rechten die door de houder ervan tegenover eenieder kunnen worden ingeroepen³³, voorziet het Oostenrijkse recht in beginsel in de mogelijkheid van oplegging van een verbod op het laten intreden van een bepaald resultaat („Erfolgsverbod”). Verweerster wijst erop dat een dergelijk verbod over het algemeen wordt opgelegd aan degene die rechtstreeks inbreuk maakt op een absoluut recht. De adressaat van het verbod dient te voorkomen dat een bepaald resultaat intreedt. Welke middelen hij hierbij inzet, mag hij zelf bepalen. Of het überhaupt mogelijk is het resultaat volledig te voorkomen en of de daarvoor vereiste maatregelen in een adequate verhouding staan tot de grondrechten van de betrokkenen, wordt voorafgaand aan de vaststelling van het verbod niet onderzocht.³⁴

32 — De toelichting op het nationale recht is, voor zover niet anders vermeld, gebaseerd op de beschrijving door de verwijzende rechter en de hiermee niet in tegenstelling staande opmerkingen van partijen.

33 — Hiertoe behoren in Oostenrijk materiële rechten, persoonlijkheidsrechten en immateriële rechten. Holzammer, R., en Roth, M., *Einführung in das Bürgerliche Recht mit IPR*, Springer, Wenen, 5e ed., 2000, blz. 29.

34 — Verzoeksters wijzen erop dat de rechter bij de vaststelling van het Erfolgsverbod in casu tenminste nog heeft onderzocht of de toegang tot legale informatie op merkbare wijze zou kunnen worden geraakt door de blokkering. Een evenredigheidstoetsing vindt in zoverre reeds bij de beslissing betreffende de toegangsblokkering, of in meerdere stappen of een tweede maal in het kader van de executieprocedure plaats. Volgens de voor het Hof doorslaggevende vaststellingen van de verwijzende rechter worden echter althans de geschiktheid en de redelijkheid van de maatregelen die de adressaat ter beschikking staan om aan het Erfolgsverbod te voldoen, niet onderzocht.

69. Indien het te voorkomen resultaat wel intreedt (in casu dat een gebruiker zich toegang weet te verschaffen tot de website), is er sprake van overtreding van het Erfolgsverbod en kan (in het kader van de executieprocedure) worden verzocht om oplegging van een dwangmaatregel aan de adressaat van het verbod.³⁵ De bewijslast van de overtreding rust volgens Oostenrijk op de verzoeker. Pas in dat stadium, in het kader van de executieprocedure, kan de adressaat van het verbod bij wege van verzet stellen dat hij alle redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen heeft genomen om het intreden van het verboden resultaat te voorkomen en aldus aan de dwangmaatregel te ontkomen.

70. Op het eerste gezicht lijkt er veel voor te zeggen om het Erfolgsverbod en de procesrechtelijke bijzonderheden apart van elkaar te toetsen op conformiteit met het Unierecht. Echter, bij het Erfolgsverbod waar het hier om gaat, bestaat de mogelijkheid om later, in het kader van de executieprocedure, een dwangmaatregel te verhinderen. Het is derhalve (ondanks de voor de internetprovider zeer nadelige procesrechtelijke bijzonderheden) een mildere maatregel dan een Erfolgsverbod tout court. Zonder rekening te houden met de overige procesrechtelijke bijzonderheden zal ik thans, zoals ook door de verwijzende rechter geformuleerd, nagaan of het Erfolgsverbod gecombineerd met de latere ontsnappingsmogelijkheid verenigbaar is met het Unierecht.

3. Juridische beoordeling

71. Mijns inziens voldoet een verbod als het Erfolgsverbod, dat zonder vermelding van de te nemen maatregelen wordt opgelegd aan een internetprovider die niet in een contractuele verhouding tot de inbreukmaker staat, niet aan de door de rechtspraak met betrekking tot artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 geformuleerde eisen. Ondanks het feit dat in een later stadium, in het kader van de executieprocedure, kan worden gesteld dat de mogelijke maatregelen om aan die verplichting te voldoen, onredelijk waren, moet worden geconstateerd dat een dergelijk verbod onverenigbaar is met het Unierecht.

72. In beginsel is de regeling van de voorwaarden en modaliteiten met betrekking tot het verbod waarin de lidstaten krachtens artikel 8, lid 3, moeten voorzien, evenals de te vervullen voorwaarden en de te volgen procedure een zaak van het nationale recht. Dit volgt uit punt 59 van de considerans van richtlijn 2001/29 en in soortgelijke vorm uit punt 23 van de considerans van richtlijn 2004/48.³⁶

73. Dit betekent echter niet dat de lidstaten geheel vrij zijn in de uitwerking van het verbod. Veeleer moeten volgens de rechtspraak zowel bij de vaststelling van de nationale regels, alsook bij de toepassing ervan door de nationale rechterlijke instanties, de beperkingen worden geëerbiedigd die voortvloeien uit de richtlijnen 2001/29 en 2004/48 en uit de rechtsbronnen waarnaar die richtlijnen verwijzen.³⁷ Steeds behoren de grondrechten in aanmerking te worden genomen, conform artikel 51, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) en artikel 6 VEU.

74. Thans zal ik ingaan op drie van de die beperkingen van de bevoegdheid van de lidstaten en deze onderzoeken in de volgorde die in de aangehaalde rechtspraak is toegepast: de uitlegging van de richtlijn in de zin van een doeltreffende verwezenlijking van haar doelstellingen, artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 en de grondrechten. Nu al wil ik erop wijzen dat de litigieuze maatregel vanuit het oogpunt van de grondrechten onrechtmatig is.

35 — De uitvoering van de Erfolgsverbod vindt plaats overeenkomstig § 355 van de Exekutionsordnung.

36 — Arresten Scarlet Extended (aangehaald in voetnoot 2, punt 32) en SABAM (aangehaald in voetnoot 2, punt 30). Dit geldt ook voor artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48, zie arrest L'Oréal e.a. (aangehaald in voetnoot 23, punt 135). Zie ook punt 45 van de considerans van richtlijn 2000/31, waarin wordt gesteld dat „geen afbreuk [wordt gedaan] aan de mogelijkheid om verschillende soorten verbodsmatregelen” tegen tussenpersonen vast te stellen, waartoe met name ook de mogelijkheid behoort om de verwijdering of het ontoegankelijk maken van illegale informatie te gelasten.

37 — Arresten Scarlet Extended (aangehaald in voetnoot 2, punt 33) en L'Oréal e.a. (aangehaald in voetnoot 23, punt 138).

a) Doeltreffende bescherming van het auteursrecht

75. Belangrijk is om te beginnen dat richtlijn 2001/29 aldus moet worden uitgelegd dat het ermee nagestreefde doel, namelijk een doeltreffende rechtsbescherming van het auteursrecht (artikel 1, lid 1), kan worden verwezenlijkt.³⁸ Zo bepaalt artikel 8, lid 1, dat sancties „doeltreffend, evenredig en afschrikkend” moeten zijn.³⁹ Bovendien moeten de maatregelen, procedures en rechtsmiddelen ter handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten volgens artikel 3 van richtlijn 2004/48 eerlijk en billijk zijn en mogen zij niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en geen onredelijke termijnen of nodeloze vertragingen meebrengen. Tevens moeten zij doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en zodanig worden toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en waarborgen bieden tegen misbruik. Hieruit volgt onder meer dat de lidstaten, zoals het Hof reeds heeft vastgesteld, niet alleen moeten voorzien in maatregelen die bijdragen tot de beëindiging van reeds begane inbreuken, maar ook tot de preventie van nieuwe inbreuken.⁴⁰

76. Anderzijds, en zoals de vereisten van evenredigheid, eerlijkheid en rechtvaardigheid reeds aangeven, moeten de maatregelen zorgen voor een juist evenwicht tussen de uiteenlopende belangen en rechten van de betrokkenen. Dit is door het Hof in het arrest *Promusicae* beslist en sindsdien herhaaldelijk bekrachtigd.⁴¹

b) Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31

77. Relevant is voorts artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, dat bepaalt dat de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting mogen opleggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Aan die bepaling wordt volgens punt 16 van richtlijn 2001/29 en artikel 2, lid 3, sub a, van richtlijn 2004/48 (artikel 15, lid 1) door die richtlijnen geen afbreuk gedaan.⁴²

78. Van een dergelijke, niet toegestane maatregel zou sprake zijn indien de rechter de internetprovider had gelast om actief te zoeken naar mogelijke kopieën van de inbreukmakende website onder andere domeinnamen, of om alle in zijn netwerk doorgegeven informatie te filteren teneinde te bepalen of het gaat om de doorgifte van concreet beschermde cinematografische werken en die doorgifte te blokkeren. Een dergelijke maatregel is in het onderhavige geval echter niet aan de orde. De verwijzende rechter wordt immer veeleer verzocht een beslissing te nemen over het blokkeren van een concrete website. De maatregel is dan ook niet in strijd met artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31.

c) Grondrechten

79. De maatregel is daarentegen wel in strijd met de grondrechtelijke vereisten die overeenkomstig de rechtspraak⁴³ moeten worden gesteld aan verboden uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29. Hij is namelijk noch „eerlijk en billijk”, noch „evenredig” in de zin van artikel 3 van richtlijn 2004/48.

38 — Beschikking LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten (aangehaald in voetnoot 21, punt 45) en arrest *L'Oréal e.a.* (aangehaald in voetnoot 23, punt 136).

39 — Zie punt 58 van de considerans van richtlijn 2001/29.

40 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punt 29), *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punt 31) en *L'Oréal e.a.* (aangehaald in voetnoot 23, punt 144) (m.b.t. artikel 11, derde volzin, van richtlijn 2004/48).

41 — Arrest van 29 januari 2008, *Promusicae* (C-275/06, Jurispr. blz. I-271, punten 65-70), en arrest *L'Oréal e.a.* (aangehaald in voetnoot 23, punt 143).

42 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punten 32 en 36-38) en *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punt 36).

43 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punt 39) en *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punt 41).

80. De grondrechten, die, zoals zij thans in het Handvest zijn neergelegd, worden volgens artikel 6, lid 1, VEU op dezelfde voet gegarandeerd als de Verdragen en moeten door de lidstaten bij de uitvoering van het recht van de Unie in aanmerking worden genomen. Dat betekent dat de lidstaten die grondrechten dienen te eerbiedigen bij de vaststelling van regelingen overeenkomstig artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29. Met name ook de nationale rechterlijke instanties moeten deze rechten in acht nemen.⁴⁴

81. In het onderhavige geval dient in dit verband aan de ene kant in aanmerking te worden genomen dat een verbod uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 strekt tot bescherming van het auteursrecht. De bescherming van de intellectuele eigendom wordt als grondrecht gewaarborgd wordt door artikel 17, lid 2, van het Handvest.⁴⁵ Volgens de rechtspraak van het Hof is dat recht echter niet onaantastbaar en geniet derhalve ook geen absolute bescherming. Veeleer moet de bescherming van grondrecht van eigendom, waarvan de intellectuele-eigendomsrechten deel uitmaken, worden afgewogen tegen de bescherming van andere grondrechten teneinde in het kader van de ter bescherming van de houders van auteursrechten vastgestelde maatregelen een juist evenwicht te verzekeren tussen de bescherming daarvan en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden geraakt.⁴⁶

82. Met betrekking tot de internetprovider aan wie een maatregel uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn wordt opgelegd, moet om te beginnen worden nagegaan of er sprake is van een beperking van de vrijheid van meningsuiting en van informatie (artikel 11 van het Handvest). Alhoewel het in feite gaat om meningsuitingen en informatie van de klanten van de internetprovider, kan deze zich op het voornoemde grondrecht beroepen vanwege zijn functie om meningsuitingen van zijn klanten openbaar te maken en hun informatie te verstrekken.⁴⁷ Daarbij moet worden gewaarborgd dat de blokkeringsmaatregel daadwerkelijk inbreukmakend materiaal treft en er geen gevaar bestaat dat de toegang tot legaal materiaal wordt verhinderd.⁴⁸

83. Bovendien dient volgens de rechtspraak in het bijzonder ook rekening te worden gehouden met de vrijheid van ondernemerschap van de internetprovider, die door artikel 16 van het Handvest wordt beschermd.⁴⁹

84. Het Hof heeft vastgesteld dat moet worden gezorgd voor een juist evenwicht tussen de bescherming van de vermelde rechten van de internetprovider en het intellectuele-eigendomsrecht.⁵⁰

85. Van een dergelijk evenwicht kan geen sprake zijn wanneer aan een internetprovider een verbod als het Erfolgsverbod wordt opgelegd zonder dat wordt aangegeven welke maatregelen hij dient te nemen.

86. Zoals ik reeds heb uiteengezet, zijn er diverse maatregelen waarmee een website kan worden geblokkeerd en dus om aan het Erfolgsverbod te kunnen voldoen. Hiertoe behoren zeer ingewikkelde methodes, zoals de omleiding van het internetverkeer via een proxy server, maar ook maatregelen die veel gemakkelijker uitvoerbaar zijn. De maatregelen verschillen dus significant wat betreft de intensiteit van de aantasting van de grondrechten van de internetprovider. Bovendien kan niet worden uitgesloten dat het puur feitelijk onmogelijk is in ieder opzicht aan het betrokken verbod te voldoen.

44 — Zie arrest *Promusicae* (aangehaald in voetnoot 41, punt 68).

45 — Zie ook arrest van 12 september 2006, *Laserdisken* (C-479/04, Jurispr. blz. I-8089, punt 65).

46 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punten 41-43) en *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punten 43-45).

47 — Zie EHRM, arrest *Öztürk/Turkije* van 28 september 1999, zaak nr. 22479/93, Jurispr. blz. 1999-VI, § 49.

48 — Aangaande de mogelijke indirecte gevolgen van een blokkeringsmaatregel, zie EHRM, arrest *Yildirim/Turkije* van 18 december 2012, zaak nr. 3111/10.

49 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punt 44) en *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punt 46). Aangaande verdere grondrechten die in het kader van blokkeringsmaatregelen relevant kunnen zijn, zie mijn conclusie in de zaak *Scarlet Extended*, arrest van 24 november 2011 (C-70/10, Jurispr. blz. I-11959, punten 69-86).

50 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punten 43 en 44) en *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punten 45 en 46).

87. Zoals ik reeds heb vastgesteld, gaat het in het onderhavige geval echter niet om een Erfolgsverbod tout court, maar kan de adressaat ervan later in het kader van de executieprocedure aantonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen om aan het verbod te voldoen. De vraag is of die mogelijkheid voor de adressaat van het verbod om zich naderhand te verdedigen, volstaat om het noodzakelijke evenwicht te verwezenlijken.

88. Dit is niet het geval. Alleen al logisch gezien kan er geen sprake zijn van een dergelijk „herstel” van het noodzakelijke evenwicht. Het evenwicht tussen grondrechten dient volgens de rechtspraak bij de vaststelling van het verbod in aanmerking te worden genomen. In casu gebeurt dit echter uitdrukkelijk niet en worden tal van grondrechtelijk relevante overwegingen pas achteraf onderzocht. Dit druist in tegen het vereiste van verwezenlijking van een juist evenwicht tussen de rechten van de betrokkenen in het kader van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29.

89. Ook wat de situatie van de internetprovider betreft, wordt door de vermelde procesrechtelijke mogelijkheid geen evenwicht tussen de grondrechten tot stand gebracht. De internetprovider moet aanvaarden dat hem een verbod wordt opgelegd waaruit niet blijkt welke maatregelen hij moet nemen. Indien hij in het belang van de informatievrijheid van zijn klanten een minder ingrijpende blokkeringsmaatregel neemt, hangt hem in de executieprocedure eventueel een dwangmaatregel boven het hoofd. Indien hij voor een ingrijpendere maatregel kiest, moet hij onenigheid met zijn klanten vrezen. Dat de internetprovider in het kader van de executieprocedure de mogelijkheid heeft om zich te verdedigen, doet geen afbreuk aan het dilemma waar hij voor staat. De auteur kan weliswaar terecht verwijzen naar het gevaar van een massale schending van zijn rechten door de website. De internetprovider heeft in gevallen als het onderhavige echter geen band met de exploitanten van de inbreukmakende website en heeft zelf het auteursrecht niet geschonden. In zoverre kan bij de litigieuze maatregel niet van een juist evenwicht tussen de rechten van de betrokkenen worden gesproken.

90. Gelet op al deze overwegingen dient op de derde vraag te worden geantwoord dat de in het kader van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 vereiste afweging tussen de grondrechten van de betrokkenen zich ertegen verzet dat een internetprovider in algemene zin en zonder dat concrete maatregelen worden gelast, wordt verboden zijn klanten toegang te verschaffen tot een bepaalde website die inbreuk maakt op het auteursrecht. Dit geldt ook wanneer de internetprovider dwangmaatregelen wegens schending van dat verbod kan verhinderen door aan te tonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen om aan het verbod te voldoen.

E – Vierde prejudiciële vraag

91. Na in zijn derde vraag de rechtmatigheid aan de orde te hebben gesteld van een algemeen verbod om een bepaald resultaat te alten ontstaan (Erfolgsverbod), gaat de verwijzende rechter in zijn vierde vraag in op concrete blokkeringsmaatregelen. Hij wenst te vernemen of het verenigbaar is met de vereiste afweging tussen de grondrechten van partijen dat een internetprovider wordt gelast bepaalde maatregelen te nemen om zijn klanten de toegang tot een website met onrechtmatig beschikbaar gesteld materiaal te bemoeilijken, met name wanneer deze maatregelen aanzienlijke kosten met zich brengen, terwijl zij ook nog eens zonder bijzondere technische kennis gemakkelijk kunnen worden omzeild. De verwijzende rechter vraagt hier slechts om richtsnoeren ter beoordeling van de evenredigheid van concrete blokkeringsmaatregelen, aangezien de feiten in dat opzicht nog niet definitief zijn opgehelderd.

92. Verweerster is als enige van opvatting dat ook het gelasten van concrete blokkeringsmaatregelen onder de genoemde omstandigheden niet verenigbaar is met de grondrechten van de betrokkenen. Verzoeksters, Italië, Nederland, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Commissie achten een dergelijke concrete blokkeringsmaatregel niet principieel uitgesloten en gaan ten dele gedetailleerd in op de door de nationale rechters te volgen richtsnoeren.

93. Ook ik ben van mening dat een concrete blokkeringsmaatregel in de genoemde omstandigheden niet is uitgesloten.

94. Zoals reeds vermeld, heeft het Hof gedetailleerde aanwijzingen gegeven met betrekking tot artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29. Hiertoe behoort, dat de nationale instanties en rechters een juist evenwicht moeten verzekeren tussen de bescherming van het intellectuele-eigendomsrecht van de houders van auteursrechten en de bescherming van de grondrechtelijke garanties van de internetprovider. Die internetprovider kan zich, zoals gezegd, met name beroepen op de vrijheid van het ondernemerschap van de economische actoren in de zin van artikel 16 van het Handvest en op de vrijheid van meningsuiting en van informatie uit hoofde van artikel 11 daarvan. De vrijheid van informatie behelst met name dat beschermde informatie niet door een blokkeringsmaatregel mag worden geraakt. De vraag van de verwijzende rechter heeft betrekking op de kosten van de door de internetprovider te nemen concrete blokkeringsmaatregelen en de mogelijkheid om dergelijke maatregelen te omzeilen. Het gaat hem dus uitdrukkelijk om de toetsing van de evenredigheid. De genoemde overwegingen zijn ook relevant bij de toetsing van de twee grondrechten in kwestie. Bovendien verlangt artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/48 eveneens dat de rechtsmiddelen ter handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten evenredig moeten zijn. Om herhalingen te voorkomen, beperk ik mijn beoordeling thans tot artikel 16 van het Handvest, temeer daar de verwijzende rechter geen vraag heeft gesteld over de vrijheid van meningsuiting en van informatie.

95. In de zaken *Scarlet Extended* en *SABAM* heeft het Hof een rechterlijk bevel waarbij een internetprovider werd gelast een ingewikkeld, kostbaar en permanent computersysteem te installeren dat alleen door hem zou worden bekostigd, beoordeeld als ernstige aantasting van diens vrijheid van ondernemerschap.⁵¹ Een concrete blokkeringsmaatregel die met niet onaanzienlijke kosten gepaard gaat, kan wellicht tot een minder ingrijpende aantasting leiden, maar heeft niettemin een beperking van het recht tot doel en tot gevolg, en dient dus te worden beschouwd als ingreep in de beschermingsfeer⁵² van het recht.⁵³

96. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de vrijheid van ondernemerschap niet absoluut, maar moet in relatie tot haar maatschappelijke functie worden beschouwd. Op basis van die rechtspraak en gelet op de bewoordingen van artikel 16 van het Handvest, kunnen door de overheid „in het algemeen belang [...] beperkingen aan de uitoefening van de economische activiteit worden gesteld”.⁵⁴

97. Relevant zijn in die context de eisen van artikel 52, lid 1, van het Handvest, uit hoofde waarvan rekening moet worden gehouden met het voorbehoud dat beperkingen bij de wet moeten zijn vastgesteld, en met de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel. Op het genoemde voorbehoud ben ik reeds uitvoerig ingegaan in mijn conclusie in de zaak *Scarlet Extended*.⁵⁵ Gezien de formulering van de prejudiciële vraag zal ik mij in de onderhavige zaak beperken tot de beoordeling van de evenredigheid.

51 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punt 46) en *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punt 48).

52 — Op de omvang van het recht uit hoofde van artikel 16 van het Handvest ben ik uitvoerig ingegaan in mijn conclusie in de zaak *Alemo-Herron e.a.*, arrest van 18 juli 2013, (C-426/11, punten 48-58). Zie ook Oliver, P., *What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve*, in: Bernitz, U. e.a. (uitg.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013, blz. 281; Jarass, H., *Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta*, EuGRZ 2011, 360.

53 — Zie artikel 52, lid 1, van het Handvest en arresten van 28 oktober 1992, *Ter Voort* (C-219/91, Jurispr. blz. I-5485, punt 37), en 28 april 1998, *Metronome Musik* (C-200/96, Jurispr. blz. I-1953, punt 28).

54 — Arrest van 22 januari 2013, *Sky Österreich* (C-283/11, punten 45 en 46), zie ook arresten van 9 september 2004, *Spanje en Finland/Parlement en Raad* (C-184/02 en C-223/02, Jurispr. blz. I-7789, punten 51 en 52), en 6 september 2012, *Deutsches Weintor* (C-544/10, punt 54).

55 — Conclusie in de zaak *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 13).

98. Volgens vaste rechtspraak van het Hof mogen door de lidstaten in verband met het evenredigheidsbeginsel getroffen maatregelen „niet buiten de grenzen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel”.⁵⁶ Qua strekking komt dit overeen met artikel 52, lid 1, van het Handvest, dat bepaalt dat beperkingen slechts mogen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

1. Geschiktheid

99. De betrokken verbodsmaatregelen strekken tot bescherming van het auteursrecht en dus van de „rechten van anderen” in de zin van artikel 52, lid 1, van het Handvest, en hebben dus zonder enige twijfel een legitiem doel. De vraag is echter of zij geschikt zijn om de verwezenlijking van dit doel te bevorderen, dat wil zeggen ertoe bijdragen dat dat doel kan worden bereikt.⁵⁷ Dit moet worden betwijfeld omdat blokkeringsmaatregelen volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter „zonder bijzondere technische kennis gemakkelijk kunnen worden omzeild”. Enerzijds is het mogelijk dat de internetgebruikers de blokkeringsmaatregel zonder grote problemen omzeilen, anderzijds kunnen de exploitanten van de inbreukmakende website deze in identieke vorm onder een ander IP-adres en een andere domeinnaam aanbieden.

100. In mijn ogen impliceren die overwegingen echter niet dat elke concrete blokkeringsmaatregel principieel als ongeschikt moet worden beschouwd. Dit betreft om te beginnen de mogelijkheid van de gebruikers om de maatregelen te omzeilen. Al zijn hiertoe potentieel wellicht veel gebruikers in staat, dit betekent nog lang niet dat iedere gebruiker dat ook zal doen. Het is goed mogelijk dat gebruikers die door de blokkering van een website erop worden geattendeerd dat die site illegaal is, besluiten hiervan geen gebruik meer te maken. Door uit te gaan van het vermoeden dat elke gebruiker zich ondanks een blokkering toegang zal willen verschaffen tot een website, wordt in mijn ogen op ontoelaatbare wijze aangenomen dat elke gebruiker bereid is een inbreuk te bevorderen. Ten slotte wil ik erop wijzen dat wellicht niet weinig gebruikers in staat zijn om een blokkering te omzeilen, maar bij lange na niet alle.

101. Ook de mogelijkheid dat de exploitant de website in identieke vorm onder een ander IP-adres en een andere domeinnaam aanbiedt, impliceert niet dat blokkeringsmaatregelen principieel ongeschikt zijn. Om te beginnen kunnen ook in dat geval gebruikers die door de blokkeringsmaatregel op de onrechtmatigheid van de content zijn geattendeerd, besluiten de site niet meer op te roepen. Bovendien moeten de gebruikers gebruikmaken van zoekmachines om de site te vinden. Indien keer op keer blokkeringsmaatregelen worden genomen, zal het ook moeilijker worden de website via een zoekmachine te vinden.

102. Ik stel derhalve vast dat een blokkeringsbevel waarin de concrete blokkeringsmaatregelen worden genoemd, niet algemeen ongeschikt is om het doel van bescherming van de auteursrechten te bevorderen.

56 — Arresten van 21 juli 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini en Eolica di Altamura (C-2/10, Jurispr. blz. I-6561, punt 73); 15 juni 2006, Dokter e.a. (C-28/05, Jurispr. blz. I-5431, punt 72), en 14 december 2004, Arnold André (C-434/02, Jurispr. blz. I-11825, punt 45).

57 — Jarass, H., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 2e ed., 2013, artikel 52, punt 37.

2. Noodzakelijkheid en evenredigheid

103. Voorts moet de gelaste maatregel noodzakelijk zijn, wat betekent dat hij niet verder mag gaan dan hetgeen noodzakelijk is ter verwezenlijking van de beoogde doelstelling⁵⁸, met dien verstande dat, wanneer een keuze tussen meerdere geschikte maatregelen mogelijk is, de maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt.⁵⁹ Ten slotte mogen de door de maatregel veroorzaakte nadelen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel.⁶⁰

104. Het is de zaak van de nationale rechter om na te gaan of de in het concrete geval te gelasten maatregelen aan die eisen voldoen. Zowel gezien de taakverdeling tussen de rechterlijke instanties in het kader van de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechters, als gezien het feit dat de situatie nog niet volledig is opgehelderd en informatie omtrent de concrete maatregel ontbreekt, is het thans niet mogelijk de noodzakelijkheid en evenredigheid ervan in alle opzichten te beoordelen. Het Hof kan de nationale rechter alleen een aantal overwegingen meegeven. Maar ook dat betekent niet dat er niet nog andere criteria in aanmerking moeten worden genomen. De nationale rechter dient veeleer een volledige afweging van alle relevante omstandigheden van het concrete geval te verrichten.

105. Om te beginnen stel ik in dat verband vast dat de mogelijkheid om een gelaste blokkeringsmaatregel te omzeilen, niet principieel in de weg staat aan dergelijke maatregelen. De redenen daarvoor heb ik reeds in de passage betreffende de geschiktheid uiteengezet. De kwantitatieve inschatting van de verwachte succes van de blokkeringsmaatregel is een punt dat bij de afweging moet worden meegenomen.

106. Volgens de rechtspraak van het Hof vormen ook de ingewikkeldheid, de kosten en de duur van de maatregel aandachtspunten bij de afweging.⁶¹ Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het hoogstwaarschijnlijk niet bij één blokkeringsmaatregel tegen de verweerster zal blijven. De rechter moet ervan uitgaan dat de zaak een testcase kan zijn en dat in de toekomst tal van soortgelijke gevallen aan de nationale rechters zullen worden voorgelegd die tot tal van soortgelijke blokkeringsmaatregelen kunnen leiden. Mocht blijken dat een concrete maatregel gezien zijn ingewikkeldheid, kosten en duur onevenredig is, moet in zoverre worden overwogen of door een gedeeltelijke of volledige overname van de financiële last door de rechthebbende de evenredigheid kan worden gewaarborgd.

107. Wat verzoeksters betreft, moet in aanmerking worden genomen dat een rechthebbende niet zonder bescherming mag blijven tegen een website die op grote schaal inbreuk maakt op zijn rechten. Anderzijds mag in gevallen als het onderhavige ook niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de internetprovider niet in een contractuele verhouding staat tot de exploitant van de inbreukmakende website. Vanwege die bijzondere situatie zijn stappen tegen de internetprovider weliswaar niet volledig uitgesloten, maar dient de rechthebbende toch in de eerste plaats, voor zover dat mogelijk is, rechtstreeks op te treden tegen de exploitanten van de inbreukmakende website of hun internetprovider.

108. Relevant is ten slotte de bescherming van de vrijheid van ondernemerschap uit hoofde van artikel 16 van het Handvest. Een blokkeringsmaatregel is in geen geval evenredig indien hij afbreuk doet aan de eigenlijke economische activiteit van een internetprovider, namelijk het verschaffen van toegang tot internet. Een internetprovider kan in dat opzicht ook verwijzen naar het maatschappelijke belang van zijn activiteit: zoals ik reeds in mijn inleidende opmerkingen heb vastgesteld, wordt de door het internet verleende toegang tot informatie vandaag de dag beschouwd als een wezenlijk kenmerk van een democratische samenleving. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna:

58 — Arrest van 20 april 2010, *Federutility e.a.* (C-265/08, Jurispr. blz. I-3377, punt 36).

59 — Arrest van 29 oktober 1998, *Zaninotto* (C-375/96, Jurispr. blz. I-6629, punt 63).

60 — Arrest *Zaninotto* (aangehaald in voetnoot 59, punt 63).

61 — Arresten *SABAM* (aangehaald in voetnoot 2, punt 46) en *Scarlet Extended* (aangehaald in voetnoot 2, punt 48).

„EHRM”) is uit een rechtsvergelijkend onderzoek in tien lidstaten van de Raad van Europa gebleken dat het recht op internettoegang theoretisch wordt bestreken door de grondwettelijke garantie van de vrijheid van meningsuiting en van informatie.⁶² Het internet speelt in de visie van het EHRM een wezenlijke rol bij de toegang tot en de verspreiding van informatie.⁶³

109. In het licht van het voorgaande moet op de vierde prejudiciële vraag worden geantwoord dat een specifieke blokkeringsmaatregel betreffende een concrete website die uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 wordt opgelegd aan een internetprovider, in beginsel niet onevenredig is louter vanwege het feit dat hij aanzienlijke kosten met zich brengt, maar zonder bijzondere technische kennis gemakkelijk kan worden omzeild. Het staat aan de nationale rechters om in het concrete geval met inaanmerkingneming van alle relevante omstandigheden een afweging te maken tussen de grondrechten van de betrokkenen en aldus een juist evenwicht tussen die grondrechten te verzekeren.

V – Conclusie

110. In het licht van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de door het Oberste Gerichtshof gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

- „1) Artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG dient aldus te worden uitgelegd dat een persoon die zonder toestemming van de rechthebbende beschermde werken op internet beschikbaar stelt en daardoor inbreuk maakt op de in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29 neergelegde rechten, gebruikmaakt van de diensten van de internetproviders van de personen die zich toegang verschaffen tot deze beschermde werken.
- 2) De in het kader van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 vereiste afweging tussen de grondrechten van de betrokkenen verzet zich ertegen dat een internetprovider in algemene zin en zonder dat concrete maatregelen worden gelasten, wordt verboden zijn klanten toegang te verschaffen tot een bepaalde website die inbreuk maakt op het auteursrecht. Dit geldt ook wanneer de internetprovider dwangmaatregelen wegens overtreding van dat verbod kan verhinderen door aan te tonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen om aan het verbod te voldoen.
- 3) Een specifieke blokkeringsmaatregel betreffende een concrete website die uit hoofde van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 wordt opgelegd aan een internetprovider, is in beginsel niet onevenredig louter vanwege het feit dat hij aanzienlijke kosten met zich brengt, maar zonder bijzondere technische kennis gemakkelijk kan worden omzeild. Het staat aan de nationale rechters om in het concrete geval met inaanmerkingneming van alle relevante omstandigheden een afweging te maken tussen de grondrechten van de betrokkenen en aldus een juist evenwicht tussen die grondrechten te verzekeren.”

62 — EHRM, arrest Yildirim/Turkije van 18 december 2012, zaak nr. 3111/10, § 31.

63 — EHRM, arrest Yildirim/Turkije van 18 december 2012, zaak nr. 3111/10, § 48; EHRM, arrest Times Newspapers Ltd./Verenigd Koninkrijk van 10 maart 2009, zaken nr. 3002/03 en nr. 23676/03, § 27.