



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 16 maart 2016¹

Zaak C-484/14

Tobias Mc Fadden
tegen
Sony Music Entertainment Germany GmbH

[verzoek van het Landgericht München I (regionale rechtbank te München, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Vrij verkeer van diensten van de informatiemaatschappij — Richtlijn 2000/31/EG — Artikel 2, onder a) en b) — Begrip ‚dienst van de informatiemaatschappij’ — Begrip ‚dienstverlener’ — Dienst van economische aard — Artikel 12 — Beperking van de aansprakelijkheid van een dienstverlener die slechts informatie doorgeeft of toegang tot een communicatienetwerk verleent (‚mere conduit’) — Artikel 15 — Geen algemene toezichtverplichting — Ondernemer die in het kader van zijn bedrijf een draadloos lokaal netwerk met internettoegang gratis openstelt voor het publiek — Inbreuk op een auteursrecht en op naburige rechten door een derde gebruiker — Bevel dat verplicht tot beveiliging van de internetaansluiting met een wachtwoord”

I – Inleiding

1. Levert een ondernemer die in het kader van zijn bedrijf een voor het publiek gratis toegankelijk draadloos netwerk met internettoegang (hierna: „wifinetwerk”²) exploiteert een dienst van de informatiemaatschappij in de zin van richtlijn 2000/31/EG³? In hoeverre is zijn aansprakelijkheid voor door derde gebruikers gepleegde inbreuken op het auteursrecht beperkt? Kan een dergelijke exploitant van een openbaar wifinetwerk met een bevel worden verplicht de toegang tot zijn netwerk met een wachtwoord te beveiligen?

2. Deze vragen schetsen de problematiek van het geding tussen Mc Fadden en Sony Music Entertainment Germany GmbH (hierna: „Sony Music”), dat een schade- en een verbodsvordering betreft wegens het voor downloaden ter beschikking stellen van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk via het openbare wifinetwerk van Mc Fadden.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — De term „wifi”, thans een gangbare term voor draadloze netwerken, is een merknaam (Wi-Fi) die verwijst naar de meest wijdverbreide standaard voor draadloze netwerken. De generieke term voor elk type draadloos netwerk is „WLAN” (Wireless local area network).

3 — Richtlijn 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 elektronische handel”) (PB L 178, blz. 1).

II – Toepasselijke bepalingen

A – Unierecht

1. Bepalingen betreffende de diensten van de informatiemaatschappij

3. Volgens overweging 40 van richtlijn 2000/31 heeft die richtlijn onder meer tot doel de nationale bepalingen inzake de aansprakelijkheid van als tussenpersoon optredende dienstverleners te harmoniseren teneinde de goede werking van een interne markt voor diensten van de informatiemaatschappij mogelijk te maken.

4. Artikel 2 van richtlijn 2000/31, „Definities”, bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

- a) ‚diensten van de informatiemaatschappij’: diensten zoals omschreven in artikel 1, lid 2, van richtlijn 98/34/EG^[4], zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG^[5];
- b) ‚dienstverlener’: iedere natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert;

[...]”

5. De artikelen 12, 13 en 14 van richtlijn 2000/31 betreffen drie categorieën intermediaire diensten, namelijk „mere conduit” (het enkel doorgeven van informatie), „caching” (opslag) en „hosting” (herberging).

6. Artikel 12 van richtlijn 2000/31, „Mere conduit’ (doorgeefluik)”, bepaalt:

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

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

[...]

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

4 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB L 204, blz. 37).

5 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 juli 1998 tot wijziging van richtlijn 98/34 (PB L 217, blz. 18).

7. Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, „Geen algemene toezichtverplichting”, luidt:

„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. Bepalingen betreffende de bescherming van de intellectuele eigendom

8. Artikel 8 van richtlijn 2001/29/EG⁶, „Sancties en rechtsmiddelen”, bepaalt in lid 3:

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

9. Een vrijwel identieke bepaling voor inbreuken op een intellectuele-eigendomsrecht in het algemeen bevindt zich in de derde zin van artikel 11, „Rechterlijk bevel”, van richtlijn 2004/48/EG⁷. Deze richtlijn doet volgens overweging 23 ervan geen afbreuk aan artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29, die reeds een hoog niveau van harmonisatie heeft bewerkstelligd voor inbreuken op het auteursrecht en op de naburige rechten.

10. Artikel 3 van richtlijn 2004/48, „Algemene verplichting”, 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.”

B – *Duits recht*

1. Duitse omzettingbepalingen van richtlijn 2000/31

11. De artikelen 12 tot en met 15 van richtlijn 2000/31 zijn in Duits recht omgezet door de §§ 7 tot en met 10 van het Telemediengesetz (wet op de elektronische media)⁸.

6 — 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).

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

8 — Wet van 26 februari 2007 (BGBl. I, blz. 179), zoals gewijzigd bij wet van 31 maart 2010 (BGBl. I, blz. 692).

2. Wettelijke bepalingen betreffende de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten

12. § 97 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (wet op het auteursrecht en de naburige rechten⁹) luidt:

„1) Wanneer onrechtmatig inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht of een ander door deze wet beschermd recht kan de benadeelde vorderen dat de inbreuk wordt beëindigd; bij herhalingsgevaar kan hij een verbod vorderen. Een verbod kan ook worden gevorderd wanneer voor het eerst een inbreuk dreigt.

2) Hij die de inbreuk opzettelijk of uit nalatigheid begaat, moet de daaruit voor de benadeelde voortvloeiende schade vergoeden. [...]”

13. § 97bis van die wet, in de redactie geldend op het moment van de ingebrekestelling in 2010, bepaalde:

„1) Alvorens een gerechtelijke verbodsprocedure in te leiden dient de benadeelde de inbreukmaker in gebreke te stellen en hem de gelegenheid te bieden het geschil te beslechten door zich ertoe te verbinden zich van een inbreuk te onthouden op straffe van betaling van een overeengekomen adequate boete, Voor zover de ingebrekestelling gerechtvaardigd is, kan vergoeding van de noodzakelijke kosten worden gevorderd.

2) De vergoeding van de noodzakelijke advocaatkosten voor de eerste ingebrekestelling bedraagt in eenvoudige gevallen waarin sprake is van een lichte inbreuk buiten het handelsverkeer, ten hoogste 100 EUR.”

14. § 97bis van die wet bepaalt in de huidige redactie:

„1) Alvorens een gerechtelijke verbodsprocedure in te leiden dient de benadeelde de inbreukmaker in gebreke te stellen en hem de gelegenheid te bieden het geschil te beslechten door zich ertoe te verbinden zich van de inbreuk te onthouden op straffe van betaling van een overeengekomen adequate boete.

[...]

3) Voor zover de ingebrekestelling gerechtvaardigd is, [...] kan vergoeding van de noodzakelijke kosten worden gevorderd. [...]

[...]”

3. Rechtspraak

15. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het Duitse recht voor inbreuken op het auteursrecht of van naburige rechten zowel een directe aansprakelijkheid („Täterhaftung”) als een indirecte aansprakelijkheid („Störerhaftung”) kent.

16. § 97 van de wet op het auteursrecht en de naburige rechten is door de Duitse rechter aldus uitgelegd dat een persoon die, zonder dat hij de inbreuk zelf begaat of daaraan medeplichtig is, op enigerlei wijze bewust aan die inbreuk bijdraagt („Störer”) aansprakelijk kan worden gesteld, mits een voldoende causaal verband kan worden aangetoond.

⁹ — Wet van 9 september 1965 (BGBl. I, blz. 1273), zoals gewijzigd bij wet van 1 oktober 2013 (BGBl. I, blz. 3728).

17. Het Bundesgerichtshof (federaal gerechtshof) heeft in een arrest van 12 mei 2010, Sommer unseres Lebens (I ZR 121/08), geoordeeld dat een particulier die een wifinetwerk met internettoegang exploiteert als „Störer” moet worden aangemerkt wanneer hij zijn netwerk niet heeft beveiligd met een wachtwoord en aldus derden de mogelijkheid biedt inbreuk te maken op een auteursrecht of op naburige rechten. Volgens deze uitspraak kan van een dergelijke netwerkexploitant worden verlangd zijn netwerk te beveiligen, bijvoorbeeld middel van identificatiesysteem met een wachtwoord.

III – Hoofdgeding

18. Verzoeker in het hoofdgeding heeft een bedrijf voor de verkoop en verhuur van licht- en geluidstechniek voor diverse soorten evenementen.

19. Hij is eigenaar van een internetaansluiting die hij exploiteert door middel van een wifinetwerk. Via deze aansluiting werd op 4 september 2010 een muziekwerk illegaal voor het downloaden aangeboden.

20. Sony Music produceert fonogrammen en bezit de rechten op dit werk. Sony Music heeft Mc Fadden bij schrijven van 29 oktober 2010 in gebreke gesteld wegens inbreuk op haar rechten.

21. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Mc Fadden in dit verband heeft aangevoerd dat hij in het kader van zijn bedrijf een wifinetwerk exploiteerde dat voor een ieder toegankelijk was en waarop hij geen enkele controle uitoefende. Hij heeft dit netwerk bewust niet met een wachtwoord beveiligd om het publiek toegang tot het internet te bieden. Mc Fadden stelt de vermeende inbreuk niet te hebben begaan, maar sluit niet uit dat deze is begaan door een van de gebruikers van zijn netwerk.

22. Na de ingebrekestelling stelde Mc Fadden bij de verwijzende rechter een vordering in tot verkrijging van een negatieve verklaring voor recht („negative Feststellungsklage”). Sony Music vorderde in reconventie een verbod en schadevergoeding.

23. Bij verstekvonnis van 16 januari 2014 verwierp de verwijzende rechter de vordering van Mc Fadden en wees de reconventionele vordering toe: hij stelde de directe aansprakelijkheid van Mc Fadden voor de betrokken inbreuk vast en veroordeelde hem tot betaling van schadevergoeding en van de ingebrekestellings- en proceskosten.

24. Mc Fadden heeft tegen dit verstekvonnis verzet gedaan. Hij stelt met name dat zijn aansprakelijkheid wordt uitgesloten door de Duitse omzettingbepalingen van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31.

25. In de verzetprocedure vordert Sony Music bekrachtiging van het verstekvonnis, subsidiair, oplegging van een verbod en veroordeling van Mc Fadden tot betaling van schadevergoeding en van de kosten van ingebrekestelling op grond van indirecte aansprakelijkheid („Störerhaftung”).

26. De verwijzende rechter geeft aan dat hij Mc Fadden in dit stadium niet direct aansprakelijk acht, maar dat hij overweegt hem indirect aansprakelijk te houden omdat zijn wifinetwerk niet beveiligd was.

27. De verwijzende rechter verklaart in dit verband geneigd te zijn het arrest van het Bundesgerichtshof van 12 mei 2010, Sommer unseres Lebens (I ZR 121/08), naar analogie toe te passen omdat dit arrest, hoewel het particulieren betreft, des te meer geldt voor een ondernemer die in het kader van zijn bedrijf een openbaar toegankelijk wifinetwerk exploiteert. Volgens de verwijzende rechter is aansprakelijkheid uit dien hoofde evenwel uitgesloten indien de feiten van het hoofdgeding zouden vallen onder artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, dat in Duits recht is omgezet door § 8, lid 1, van de wet op de elektronische media van 26 februari 2007, zoals gewijzigd bij de wet van 31 maart 2010.

IV – Prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof

28. In die context heeft het Landgericht München I (regionale rechtbank te München) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31] junctis artikel 2, onder a), van [deze richtlijn] en artikel 1, punt 2, van richtlijn [98/34], zoals gewijzigd bij richtlijn [98/48], aldus te worden uitgelegd dat de zinsnede ‚gewoonlijk tegen vergoeding’ betekent dat de nationale rechter moet vaststellen
- a) of de concreet betrokken persoon die zich op de hoedanigheid van dienstverlener beroept de concrete dienst gewoonlijk tegen vergoeding levert,
 - b) of er überhaupt aanbieders op de markt zijn die de betrokken dienst of vergelijkbare diensten tegen vergoeding leveren, dan wel
 - c) of het merendeel van de betrokken of vergelijkbare diensten tegen vergoeding wordt geleverd?
- 2) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31] aldus te worden uitgelegd dat de zinsnede ‚het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk’ impliceert dat in de zin van die richtlijn uitsluitend relevant is dat het resultaat intreedt, te weten dat toegang tot een communicatienetwerk (bijvoorbeeld het internet) wordt verschaft?
- 3) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31] juncto artikel 2, onder b), van [deze richtlijn] aldus te worden uitgelegd dat het voor het ‚leveren’ in de zin van [dat artikel 2, onder b)], volstaat dat de dienst van de informatiemaatschappij zuiver feitelijk ter beschikking wordt gesteld, in casu dus dat een open wifverbinding ter beschikking wordt gesteld, of moet er daarnaast bijvoorbeeld ook ‚reclame’ voor worden gemaakt?
- 4) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31] aldus te worden uitgelegd dat de zinsnede ‚niet aansprakelijk [...] voor de doorgegeven informatie’ inhoudt dat de gelaedeerde van een auteursrechtinbreuk in beginsel, of althans met betrekking tot de eerste vastgestelde auteursrechtinbreuk, geen verbodsvordering, schadevordering of vordering tot betaling van de kosten van ingebrekestelling en de gerechtelijke kosten kan instellen tegen de toegangverschaffer?
- 5) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31] juncto artikel 12, lid 3, van die richtlijn aldus te worden uitgelegd dat de lidstaten de nationale rechter niet mogen toestaan een toegangverschaffer in een bodemprocedure te verbieden derden in de toekomst nog de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk op internetsites voor file-sharing online toegankelijk te maken?
- 6) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31] aldus te worden uitgelegd dat in de omstandigheden van het hoofdgeding de regeling van artikel 14, lid 1, onder b), van [die richtlijn] naar analogie moet worden toegepast op het recht om een verbod te vorderen?
- 7) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31] juncto artikel 2, onder b), van [deze richtlijn] aldus te worden uitgelegd dat de met betrekking tot een dienstverlener te stellen eisen niet verder kunnen gaan dan dat dienstverlener is elke natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert?
- 8) Indien de [zevende] vraag ontkennend wordt beantwoord, welke bijkomende eisen dienen dan in het kader van de uitlegging van artikel 2, sub b), van richtlijn [2000/31] aan een dienstverlener te worden gesteld?

- 9) a) Dient artikel 12, lid 1, [...] van richtlijn [2000/31], gelet op de bestaande grondrechtelijke bescherming van de uit het recht op eigendom voortvloeiende intellectuele eigendom (artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [hierna: ‚Handvest’]), op de [in de richtlijnen 2001/29 en 2004/48] neergelegde regels alsmede op de vrijheid van informatie en het Uniegrondrecht van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het [Handvest]), aldus te worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een nationale rechter de toegangverschaffer, op straffe van een dwangsom, verbiedt derden in de toekomst nog de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk of delen daarvan via een internetsite voor file-sharing online toegankelijk te maken, en het aan de toegangverschaffer overlaat te bepalen welke concrete technische maatregelen hij neemt om aan dit bevel te voldoen?
- b) Is dat ook dan het geval indien de toegangverschaffer feitelijk alleen maar gevolg kan geven aan het rechterlijk verbod indien hij de internetaansluiting blokkeert of met een wachtwoord beveiligd of alle via die aansluiting doorgegeven communicatie controleert om na te gaan of het betrokken auteursrechtelijk beschermde werk niet opnieuw op illegale wijze wordt doorgegeven, wanneer dit al van meet af aan vaststaat en niet pas blijkt in het kader van de procedure tot gedwongen tenuitvoerlegging of de sanctieprocedure?”

29. De verwijzingsbeslissing van 18 september 2014 is op 3 november 2014 ingekomen ter griffie van het Hof. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de partijen in het hoofdgeding, de Poolse regering en de Europese Commissie.

30. Partijen in het hoofdgeding en de Commissie hebben eveneens deelgenomen aan de terechtzitting, die op 9 december 2015 heeft plaatsgevonden.

V – Analyse

31. De prejudiciële vragen kunnen, naargelang de problematiek die zij opwerpen, in twee groepen worden ingedeeld.

32. Enerzijds wenst de verwijzende rechter met zijn eerste tot en met derde vraag vast te stellen of een ondernemer, zoals verzoeker in het hoofdgeding, die in het kader van zijn bedrijf een openbaar en gratis wifinetwerk exploiteert onder de werkingssfeer van artikel 12 van richtlijn 2000/31 valt.

33. Anderzijds, indien artikel 12 van richtlijn 2000/31 van toepassing is, vraagt de verwijzende rechter het Hof met zijn vierde tot en met negende vraag om uitlegging van de in die bepaling opgenomen beperking van de aansprakelijkheid van de als tussenpersoon optredende dienstverlener.

A – De werkingssfeer van artikel 12 van richtlijn 2000/31

34. Met zijn eerste drie vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een ondernemer die in het kader van zijn bedrijf een openbaar en gratis wifinetwerk exploiteert, moet worden beschouwd als aanbieder van een dienst, bestaande in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31.

35. De verwijzende rechter stelt in dit verband twee vragen die enerzijds verband houden met de economische aard van deze dienst en anderzijds met het feit dat de exploitant van een wifinetwerk dit netwerk simpelweg kan openstellen voor het publiek zonder aan de potentiële gebruikers uitdrukkelijk bekend te maken dat hij als dienstverlener optreedt.

1. De „economische aard” van de dienst (eerste vraag)

36. Voor het begrip „dienst” verwijst artikel 2, onder a), van richtlijn 2000/31 naar artikel 1, lid 2, van richtlijn 98/34¹⁰, waarin daaronder wordt verstaan „elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt”.

37. De voorwaarde dat de betrokken dienst „gewoonlijk tegen vergoeding” wordt verricht is overgenomen uit artikel 57 VWEU en weerspiegelt de vaste rechtspraak dat alleen diensten van economische aard onder de bepalingen van het VWEU inzake de interne markt vallen.¹¹

38. De begrippen economische activiteit en dienstverrichting dienen in de context van de interne markt volgens vaste rechtspraak ruim te worden uitgelegd.¹²

39. De verwijzende rechter twijfelt aan de economische aard van de betrokken dienst, maar geeft aan dat naar zijn oordeel het ter beschikking stellen van een internettoegang, zelfs gratis, een economische activiteit is, omdat die dienst gewoonlijk tegen vergoeding wordt verricht.

40. Ik ben het eens met de verwijzende rechter en de meeste partijen en belanghebbenden, uitgezonderd Sony Music, dat het verschaffen van toegang tot het internet gewoonlijk een economische activiteit is, ook wanneer die toegang via een wifinetwerk wordt verschaft.

41. Wanneer een marktdeelnemer een dergelijke toegang aan het publiek aanbiedt in het kader van zijn bedrijf, ook al doet hij dat gratis, levert hij mijns inziens, weliswaar als nevenactiviteit van zijn hoofdactiviteit, een dienst van economische aard.

42. De exploitatie van een voor het publiek toegankelijk wifinetwerk in samenhang met een andere economische activiteit heeft noodzakelijkerwijs plaats binnen een economische context.

43. De internettoegang kan in dit verband een vorm van marketing zijn die het mogelijk maakt klanten te trekken en aan zich te binden. Aangezien deze activiteit bijdraagt aan de uitoefening van de hoofdactiviteit is het feit dat de dienstverlener geen rechtstreekse vergoeding ontvangt van de afnemers van de dienst niet doorslaggevend. De voorwaarde van een economische tegenprestatie als bedoeld in artikel 57 VWEU vereist volgens vaste rechtspraak niet dat de dienst rechtstreeks wordt betaald door degene voor wie hij wordt verricht.¹³

44. Het argument waarmee Sony Music bestrijdt dat het een dienst betreft die „gewoonlijk” tegen vergoeding wordt aangeboden overtuigt mij niet.

45. Een internetaansluiting wordt weliswaar vaak gratis aangeboden door hotels of cafés, maar dat sluit geenszins uit dat de economische tegenprestatie van de betrokken dienst is verwerkt in de prijs van andere diensten.

10 — Zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48. Deze definitie is overgenomen in artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (PB L 241, blz. 1), waarbij richtlijn 98/34 is ingetrokken.

11 — Arresten Smits en Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, punt 58) en Humbel en Edel (263/86, EU:C:1988:451, punt 17).

12 — Zie arrest Deliège (C-51/96 en C-191/97, EU:C:2000:199, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

13 — Zie in die zin, met betrekking tot gratis online-informatiediensten die werden gefinancierd door inkomsten uit reclame op een website, arrest Papasavvas (C-291/13, EU:C:2014:2209, punten 29 en 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van richtlijn 2000/31 blijkt dat deze richtlijn eveneens diensten betreft waarvoor de afnemers niet betalen, wanneer die diensten worden verricht in het kader van een economische activiteit [zie het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt [COM(1998) 586 def. (PB C 30, blz. 4, in het bijzonder blz. 15)].

46. Ik zie derhalve niet in waarom het verschaffen van internettoegang zou moeten worden onderscheiden van andere economische activiteiten.

47. In casu stelt Mc Fadden dat hij het wifinetwerk aanvankelijk exploiteerde onder de naam „mcfadden.de” om de aandacht van klanten van de naastgelegen winkels en van voorbijgangers te vestigen op zijn in licht- en geluidstechniek gespecialiseerde bedrijf en hen uit te nodigen zijn winkel of zijn website te bezoeken.

48. Het verschaffen van internettoegang in deze omstandigheden vindt mijns inziens plaats binnen een economische context, zelfs als die toegang gratis wordt aangeboden.

49. Hoewel uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Mc Fadden rond het tijdstip van de feiten van het hoofdgeding de naam van zijn wifinetwerk waarschijnlijk heeft gewijzigd in „Freiheitstattangst.de” („vrijheid in plaats van angst”), om zijn steun te betuigen aan de strijd tegen het overheidstoezicht op het internet, heeft die enkele omstandigheid geen invloed op de kwalificatie van die activiteit als „economisch”. De naamsverandering van het wifinetwerk lijkt mij niet doorslaggevend omdat het hoe dan ook een netwerk betreft dat werd geëxploiteerd binnen het bedrijf van Mc Fadden.

50. Aangezien Mc Fadden zijn voor het publiek toegankelijk wifinetwerk exploiteerde in het kader van zijn bedrijf, behoeft bovendien niet te worden onderzocht of een dergelijke netwerkexploitatie ook onder de werkingssfeer van richtlijn 2000/31 zou vallen wanneer elke andere economische context ontbreekt.¹⁴

2. Het „verschaffen” van toegang tot een netwerk (tweede en derde vraag)

51. Het begrip „dienst van de informatiemaatschappij” bestrijkt volgens artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 iedere economische activiteit die bestaat in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk. Daaronder valt ook de exploitatie van een openbaar wifinetwerk met internettoegang.¹⁵

52. Het werkwoord „verschaffen” houdt mijns inziens slechts in dat de betrokken activiteit het publiek toegang biedt tot een netwerk, en wel in een economische context.

53. De kwalificatie van een bepaalde activiteit als „dienst” heeft een objectief karakter. Derhalve is het mijns inziens niet nodig dat de betrokken persoon zich als aanbieder van de dienst aan het publiek bekendmaakt of dat hij zijn activiteit uitdrukkelijk bij zijn potentiële klanten promoot.

54. Volgens de rechtspraak op artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 moet de levering van diensten door tussenpersonen in brede zin worden begrepen en is een contractuele band tussen de aanbieder en de afnemers van de dienst niet vereist.¹⁶ Ik merk op dat de vraag of er een contractuele relatie bestaat uitsluitend onder het nationale recht valt.

14 — Het begrip „economische activiteit” in de zin van de bepalingen van het VWEU inzake de interne markt houdt een beoordeling van geval tot geval in, die rekening houdt met de context van de betrokken economische activiteit. Zie in die zin arresten *Factortame e.a.* (C-221/89, EU:C:1991:320, punten 20-22) en *International Transport Workers’ Federation en Finnish Seamen’s Union* (C-438/05, EU:C:2007:772, punt 70).

15 — De Commissie merkt op dat een wifinetwerk met een internetaansluiting een „elektronisch communicatienetwerk” is in de zin van artikel 2, eerste alinea, onder a), van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 (PB L 337, blz. 37).

16 — Zie in die zin arrest *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2014:192, punten 34 en 35).

55. Uit de zevende prejudiciële vraag blijkt evenwel dat de verwijzende rechter op dit laatste punt twijfels heeft, omdat de Duitse taalversie van artikel 2, onder b), van richtlijn 2000/31, waarin het begrip „Diensteanbieter” („dienstverlener”) wordt gedefinieerd als een persoon die een dienst „aanbietet” („aanbiedt”), een term die aldus kan worden begrepen hij de dienst actief bij de klanten promoot.

56. Een dergelijke lezing van „[een dienst] leveren” lijkt mij, afgezien van het feit dat zij niet door andere taalversies¹⁷ wordt gesteund, niet te worden gerechtvaardigd door de rechtspraak op artikel 56 VWEU, die berust op een ruime uitlegging van het begrip „dienst” waarin deze voorwaarde van actieve promotie niet is begrepen.¹⁸

3. Tussenresultaat

57. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de artikelen 2, onder a) en b), en 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 aldus moeten worden uitgelegd dat zij van toepassing zijn op een persoon die, als nevenactiviteit van zijn economische hoofdactiviteit, een wifinetwerk met internettoegang exploiteert, dat hij gratis ter beschikking stelt van het publiek.

B – Uitlegging van artikel 12 van richtlijn 2000/31

1. Inleidende opmerkingen

58. Ik zou de relatief complexe problematiek die de vierde tot en met negende vraag aan de orde stellen op schematische wijze willen analyseren.

59. De vierde en de vijfde vraag, die ik gezamenlijk zal onderzoeken, betreffen de contouren van de aansprakelijkheid van een dienstverlener die mere-conduitdiensten verleent, zoals die naar voren komen uit artikel 12, leden 1 en 3, van richtlijn 2000/31.

60. De verwijzende rechter vraagt zich met name af of het in het geval van een door een derde begane inbreuk op het auteursrecht mogelijk is de als tussenpersoon optredende dienstverlener een verbod op te leggen, met veroordeling tot betaling van schadevergoeding en van de buitengerechtelijke kosten en de proceskosten, indien dit gevorderd is. Hij wenst ook te vernemen of een nationale rechter de als tussenpersoon optredende dienstverlener kan gelasten zich te onthouden van handelingen die derden de mogelijkheid bieden de betrokken inbreuk te begaan.

61. Indien tegen de als tussenpersoon optredende dienstverlener geen enkele daadwerkelijke actie kan worden ondernomen, vraagt de verwijzende rechter zich af of het mogelijk is de reikwijdte van artikel 12 van richtlijn 2000/31 in te perken door overeenkomstige toepassing van de voorwaarde die in artikel 14, lid 1, onder b), van die richtlijn wordt gesteld (zesde vraag) of van andere, ongeschreven voorwaarden (zevende en achtste vraag).

62. De negende vraag betreft de grenzen van een eventueel aan een als tussenpersoon optredende dienstverlener op te leggen bevel. Om hierop een bruikbaar antwoord te kunnen geven moet niet slechts worden gerefereerd aan de artikelen 12 en 15 van richtlijn 2000/31, maar ook aan de bepalingen over rechterlijke bevelen in richtlijn 2001/29 en richtlijn 2004/48 op het gebied van de bescherming van de intellectuele eigendom, en aan de grondrechten waarop het door al deze bepalingen tot stand gebrachte evenwicht rust.

17 — Zie met name de Spaanse („suministre [un servicio]”), de Engelse („providing [service]”), de Litouwse („teikiantis [paslauga]”) en de Poolse („świadczy [usługę]”) taalversie.

18 — Zie punt 38 van deze conclusie.

2. Omvang van de aansprakelijkheid van de als tussenpersoon optredende dienstverlener (vierde en vijfde vraag)

63. Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 beperkt de aansprakelijkheid van de verlener van mere-conduitdiensten voor een door een derde geïnitieerde onrechtmatige activiteit met betrekking tot de doorgegeven informatie.

64. Zoals blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze wetgevingshandeling, bestrijkt deze beperking, in horizontaal opzicht, iedere vorm van aansprakelijkheid voor om het even welke onrechtmatige activiteit. Het betreft dus zowel de straf-, bestuurs-, en civielrechtelijke aansprakelijkheid, als de directe en secundaire aansprakelijkheid voor handelingen van derden.¹⁹

65. Volgens artikel 12, lid 1, onder a) tot en met c), van richtlijn 2000/31 gelden voor deze beperking drie cumulatieve voorwaarden, te weten dat het initiatief tot de doorgifte niet bij de verlener van de mere-conduitdienst ligt, dat de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd, en dat de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd.

66. Volgens overweging 42 van richtlijn 2000/31 betreffen de aansprakelijkheidsvrijstellingen uitsluitend puur technische, automatische en passieve activiteiten, waarbij de dienstverlener noch kennis draagt van, noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen.

67. De vragen van de verwijzende rechter berusten op de hypothese dat die voorwaarden in casu zijn vervuld.

68. Uit gezamenlijke lezing van de leden 1 en 3 van artikel 12 van richtlijn 2000/31 blijkt dat de betrokken bepalingen de aansprakelijkheid van de als tussenpersoon optredende dienstverlener voor de verstrekte informatie beperken, maar hem niet beschermen tegen rechterlijke bevelen.

69. Evenzo doen, volgens overweging 45 van richtlijn 2000/31, de beperkingen van de aansprakelijkheid van de als tussenpersoon optredende dienstverlener geen afbreuk aan de mogelijkheid om verbodsmaatregelen te treffen; deze kunnen met name bestaan in rechterlijke of administratieve beslissingen waarin de beëindiging of voorkoming van een inbreuk wordt bevolen.

70. In zijn geheel gelezen maakt artikel 12 van richtlijn 2000/31 dus een onderscheid tussen aansprakelijkheidsvorderingen en verzoeken om oplegging van een verbod of bevel, waarmee rekening moet worden gehouden bij de bepaling van de grenzen die dit artikel aan de aansprakelijkheid stelt.

71. De verwijzende rechter vraagt zich in casu af of het mogelijk is de als tussenpersoon optredende dienstverlener uit hoofde van zijn indirecte aansprakelijkheid („Störerhaftung”) te veroordelen op basis van de volgende vorderingen:

- uitvaardiging van een rechterlijk verbod, op straffe van een dwangsom, bedoeld om derden te verhinderen inbreuk te maken op het specifieke beschermde werk;
- vergoeding van de geleden schade;
- vergoeding van de ingebrekestellingskosten, te weten de buitengerechtelijke kosten voor de ingebrekestelling die aan de instelling van een verbodsvordering vooraf dient te gaan, en

19 — Zie richtlijnvoorstel COM(1998) 586 def., blz. 27.

— veroordeling in de proceskosten die in het kader van een verbods- en schadevordering zijn gemaakt.

72. De verwijzende rechter meent zelf dat, gelet op artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, Mc Fadden niet wat al die vorderingen betreft jegens Sony Music aansprakelijk kan worden gehouden, omdat hij niet aansprakelijk is voor door derden verstrekte informatie. In dit verband zal ik in de eerste plaats bezien of het mogelijk is om een geldvordering in te stellen, in casu betaling van schadevergoeding, van de buitengerechtelijke kosten en van de proceskosten, en in de tweede plaats of het mogelijk is de oplegging van een verbod of bevel met dwangsom te vorderen.

a) Schadevergoeding en andere geldvorderingen

73. Ik herinner eraan dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 de civiele aansprakelijkheid van een als tussenpersoon optredende dienstverlener beperkt door elke schadevordering op grond van elke vorm van civiele aansprakelijkheid uit te sluiten.²⁰

74. Deze beperking omvat volgens mij niet slechts de schadevordering, maar ook elke andere geldvordering die aansprakelijkheid uit hoofde van een inbreuk op het auteursrecht veronderstelt, zoals vorderingen tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten of proceskosten.

75. Ik ben in dit verband niet overtuigd van de relevantie van het argument van Sony Music dat het billijk zou zijn de uit de inbreuk voortvloeiende kosten te laten dragen door „degene die de inbreuk heeft gepleegd”.

76. Volgens artikel 12 van richtlijn 2000/31 kan de verlener van mere-conduitsdiensten niet aansprakelijk worden gehouden voor een inbreuk op het auteursrecht die het gevolg is van de doorgegeven informatie. Hij kan derhalve noch worden veroordeeld in de buitengerechtelijke kosten, noch in de proceskosten die in verband met die inbreuk, die hem niet kan worden toegerekend, zijn gemaakt.

77. Een veroordeling in de buitengerechtelijke en de proceskosten wegens een dergelijke inbreuk zou bovendien de doelstelling van artikel 12 van richtlijn 2000/31 om de uitoefening van de betrokken activiteit niet nodeloos te beperken, kunnen doorkruisen. De veroordeling in de ingebrekestellings- en de proceskosten heeft potentieel hetzelfde punitieve effect als een veroordeling tot schadevergoeding en kan de ontwikkeling van de betrokken door tussenpersonen verleende diensten evenzeer belemmeren.

78. Artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31 voorziet weliswaar in de mogelijkheid dat een rechter of administratieve autoriteit de als tussenpersoon optredende dienstverlener naar aanleiding van de inbreuk bepaalde verplichtingen oplegt, met name door middel van een bevel.

79. Maar gelet op artikel 12, lid 1, van die richtlijn kan een rechterlijke of administratieve beslissing die de dienstverlener bepaalde verplichtingen oplegt niet worden gegrond op de vaststelling van diens aansprakelijkheid. De als tussenpersoon optredende dienstverlener kan niet aansprakelijk worden gehouden voor het niet op eigen initiatief voorkomen van een eventuele inbreuk of voor het schenden van de verplichting om als bonus pater familias te handelen. Hij kan niet aansprakelijk zijn voordat hem een specifieke verplichting als bedoeld in artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31 is opgelegd.

20 — Zie richtlijnvoorstel COM(1998) 586 def., blz. 28.

80. Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 verzet zich er mijns inziens in casu niet slechts tegen dat de als tussenpersoon optredende dienstverlener wordt veroordeeld tot vergoeding van de geleden schade, maar ook dat hij wordt veroordeeld in de ingebrekestellings- en de proceskosten die zijn gemaakt in verband met een door een derde gepleegde auteursrechtinbreuk met betrekking tot de doorgegeven informatie.

b) Verbod of bevel

81. De verplichting van de lidstaten om ervoor te zorgen dat aan de als tussenpersoon optredende dienstverlener een verbod of bevel kan worden opgelegd, is neergelegd in artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en het in wezen identieke artikel 11, derde zin, van richtlijn 2004/48.

82. De mogelijkheid om een verbod of bevel op te leggen aan een tussenpersoon die toegang tot het internet verschaft en wiens diensten door een derde zijn gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht of op naburige rechten, blijkt ook uit de rechtspraak op die twee richtlijnen.²¹

83. Volgens overweging 16 van richtlijn 2001/29 doet die richtlijn geen afbreuk aan richtlijn 2000/31. Volgens artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31 doet de beperking van de aansprakelijkheid van de als tussenpersoon optredende dienstverlener op haar beurt echter geen afbreuk aan de mogelijkheid om te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt.²²

84. Daaruit volgt dat artikel 12, leden 1 en 3, van richtlijn 2000/31 zich niet verzet tegen het opleggen van een verbod of bevel aan de verlener van mere-conduitdiensten.

85. De voorwaarden en de wijze van uitvoering van dergelijke voorzieningen vallen overigens onder het nationale recht.²³

86. Ik herinner er evenwel aan dat volgens artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 de oplegging van een verbod of bevel niet de vaststelling van enigerlei civielrechtelijke aansprakelijkheid van de als tussenpersoon optredende dienstverlener mag inhouden voor een inbreuk op het auteursrecht die het gevolg is van de doorgegeven informatie.

87. Artikel 12 van die richtlijn, gelezen in samenhang met andere relevante bepalingen van Unierecht, schetst bovendien bepaalde contouren van dat verbod of bevel, die ik in het kader van de bespreking van de negende prejudiciële vraag zal onderzoeken.

c) Aan een verbod of bevel verbonden sanctie

88. Om een bruikbaar antwoord te kunnen geven op de gestelde vragen moet nog worden vastgesteld of artikel 12 van richtlijn 2000/31 de aansprakelijkheid van een als tussenpersoon optredende dienstverlener uit hoofde van een sanctie voor het niet naleven van een verbod of bevel beperkt.

89. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat het in het hoofdgeding eventueel op te leggen verbod kan worden voorzien van een dwangsom tot 250 000 EUR, die in een vrijheidsstraf kan worden omgezet. Een veroordeling ter zake kan slechts bij overtreding van dit verbod plaatsvinden.

21 — Arresten *Scarlet Extended* (C-70/10, EU:C:2011:771, punt 31), *SABAM* (C-360/10, EU:C:2012:85, punt 29) en *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2014:192, punt 26).

22 — Zie eveneens richtlijnvoorstel COM(1998) 586 def., blz. 28.

23 — Zie overweging 46 van richtlijn 2000/31, overweging 59 van richtlijn 2001/29, en arrest *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2014:192, punten 43 en 44).

90. Ik ben in dit verband van mening dat artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 weliswaar iedere veroordeling van een als tussenpersoon optredende dienstverlener wegens een auteursrechtinbreuk uitsluit die het gevolg is van de doorgegeven informatie, maar niet diens aansprakelijkheid beperkt voor niet-naleving van een in verband met die inbreuk gegeven voorziening.

91. Aangezien het een aan de verbodsvordering accessoire aansprakelijkheid betreft die slechts ertoe dient de doeltreffendheid van het verbod of bevel te waarborgen, valt zij onder artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31, dat bepaalt dat een rechter de als tussenpersoon optredende dienstverlener kan verplichten de inbreuk te beëindigen of te voorkomen.

d) Tussenresultaat

92. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat artikel 12, leden 1 en 3, van richtlijn 2000/31 zich ertegen verzet dat op grond van welke vordering ook een beslissing wordt gegeven tegen een verlener van mere-conduitdiensten die de vaststelling van zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid inhoudt. Dit artikel verzet zich derhalve niet slechts tegen een veroordeling van de als tussenpersoon optredende dienstverlener tot betaling van schadevergoeding, maar ook tegen een veroordeling in de ingebrekestellings- en de proceskosten in verband met een door een derde gepleegde auteursrechtinbreuk met betrekking tot de doorgegeven informatie. Dit artikel verzet zich er niet tegen dat een van een dwangsom voorzien verbod of bevel wordt opgelegd.

3. Eventuele aanvullende voorwaarden voor de aansprakelijkheidsbeperking (zesde tot en met achtste vraag)

93. Met de zesde, de zevende en de achtste vraag lijkt de verwijzende rechter af te wijken van de aanname dat artikel 12 van richtlijn 2000/31 iedere vordering tegen een als tussenpersoon optredende dienstverlener uitsluit. Hij vraagt zich bijgevolg af of een dergelijke situatie verenigbaar is met het in overweging 41 van richtlijn 2000/31 vermelde juiste evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen.

94. Dat lijkt de reden te zijn waarom de verwijzende rechter van het Hof wenst te vernemen of het mogelijk is de draagwijdte van artikel 12 van richtlijn 2000/31 te beperken door overeenkomstige toepassing van de voorwaarde van artikel 14, lid 1, onder b), van richtlijn 2000/31 (zesde vraag) of van een andere, niet in die richtlijn opgenomen voorwaarde (zevende en achtste vraag).

95. Ik vraag me af of die vragen relevant blijven indien het Hof, zoals ik voorstel, beslist dat artikel 12 van richtlijn 2000/31 de oplegging van een verbod of bevel aan een als tussenpersoon optredende dienstverlener in beginsel toestaat.

96. Hoe dan ook, ik ben van mening dat deze vragen, voor zover zij betrekking hebben op de mogelijkheid om de toepassing van artikel 12 van richtlijn 2000/31 door bepaalde aanvullende voorwaarden te beperken, meteen ontkennend moeten worden beantwoord.

97. Artikel 12, lid 1, onder a) tot en met c), van richtlijn 2000/31 onderwerpt de beperking van de aansprakelijkheid van een verlener van mere-conduitdiensten aan een aantal cumulatieve, maar limitatieve voorwaarden.²⁴ De toevoeging van andere voorwaarden voor de toepassing van deze bepaling lijkt mij door de uitdrukkelijke bewoordingen ervan uitgesloten.

24 — Zie richtlijnvoorstel COM(1998) 586 def., blz. 28.

98. Wat de zesde vraag betreft, die de mogelijkheid oppert van overeenkomstige toepassing van de voorwaarde van artikel 14, lid 1, onder b), van richtlijn 2000/31, merk ik op dat volgens die bepaling een verlener van opslagdiensten („hosting”) niet aansprakelijk is voor de opgeslagen informatie mits hij, zodra hij kennis krijgt van een onrechtmatige activiteit, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.

99. Ik herinner er in dit verband aan dat de artikelen 12 tot en met 14 van richtlijn 2000/31 drie onderscheiden categorieën activiteiten betreffen en de beperking van de aansprakelijkheid van de dienstverlener, naargelang de aard van de betrokken activiteit, aan verschillende voorwaarden onderwerpen. Een overeenkomstige toepassing zou de aansprakelijkheid voor deze door de wetgever duidelijk van elkaar onderscheiden activiteiten gelijkstellen en dus in strijd zijn met de systematiek van deze bepalingen.

100. Dat geldt te meer in het hoofdgeding omdat, zoals de Commissie opmerkt, de mere-conduitactiviteit bedoeld in artikel 12 van richtlijn 2000/31, die enkel het doorgeven van informatie omvat, zich naar haar aard onderscheidt van de activiteit bedoeld in artikel 14 van die richtlijn, die bestaat in het opslaan van door afnemers van de dienst aangeleverde informatie. Laatstgenoemde activiteit impliceert een zekere mate van betrokkenheid bij de opslag van de informatie en bijgevolg een zekere mate van controle. Dit komt tot uiting de in artikel 14, lid 1, onder b), van richtlijn 2000/31 beschreven situatie dat het mogelijk is dat de persoon die de opslagdienst verleent kennis krijgt van omstandigheden die op onrechtmatige activiteiten duiden, in welk geval hij vervolgens op eigen initiatief dient op te treden.

101. De verwijzende rechter vraagt zich in zijn zevende en achtste vraag af of de in artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 neergelegde voorwaarden en de voorwaarden die voortvloeien uit de in artikel 2, onder a), b), en d), van die richtlijn vervatte definities kunnen worden aangevuld met andere, ongeschreven voorwaarden.

102. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat een aanvullende voorwaarde bijvoorbeeld zou kunnen zijn dat er een nauwe band bestaat tussen de economische hoofdactiviteit en het verschaffen van gratis internettoegang in het kader van die activiteit.

103. Ik herinner eraan dat uit de bewoordingen van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 blijkt dat de drie voorwaarden voor de toepassing van die bepaling limitatief zijn. Voor zover de onderhavige vragen de uitlegging van de begrippen „dienst” en „economische activiteit” betreffen, ben ik zo vrij te verwijzen naar mijn bespreking van de eerste drie vragen.²⁵

104. In het licht van het voorgaande ben ik van mening dat de voorwaarden genoemd in artikel 12, lid 1, onder a) tot en met c), van richtlijn 2000/31 limitatief zijn en geen ruimte laten voor overeenkomstige toepassing van de in artikel 14, lid 1, onder b), van die richtlijn neergelegde voorwaarde, noch voor toepassing van andere aanvullende voorwaarden.

4. Draagwijdte van het verbod of bevel (negende vraag)

105. Met zijn negende vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31, gelet op andere bepalingen van Unierecht die de toepassing ervan omgeven, zich verzet tegen een rechterlijk bevel waarbij de als tussenpersoon optredende dienstverlener wordt gelast zich in de toekomst ervan te onthouden derden de mogelijkheid te bieden om via zijn internetaansluiting inbreuk te maken op een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk, waarbij de keuze van de te nemen technische maatregelen wordt overgelaten aan de dienstverlener [negende vraag onder a)]. Hij

25 — Zie punt 55 van deze conclusie.

vraagt zich voorts af of een dergelijke voorziening met die bepaling strookt, indien al van meet af aan vaststaat dat de adreessaat feitelijk alleen aan het verbod kan voldoen door de internetaansluiting te blokkeren of met een wachtwoord te beveiligen of door alle via die aansluiting lopende communicatie te controleren [negende vraag onder b)].

a) Grenzen van het verbod of bevel

106. Zoals uit mijn analyse van de vierde en de vijfde vraag blijkt verzet artikel 12 van richtlijn 2000/31 zich in beginsel niet tegen de oplegging van voorzieningen als bedoeld in artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 11, derde zin, van richtlijn 2004/48 aan de verlener van mere-conduitdiensten.

107. Bij het nemen van een dergelijke maatregel moet de nationale rechter evenwel rekening houden met de uit die bepalingen voortvloeiende beperkingen.

108. De maatregelen waarin artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 en artikel 11, derde zin, van richtlijn 2004/48 voorzien moeten, gelet op artikel 3 van laatstgenoemde richtlijn, eerlijk en billijk zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen of nodeloze vertragingen inhouden. Zij moeten voorts doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en zodanig worden toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor rechtmatig handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik ervan.²⁶ De oplegging van een rechterlijk verbod of bevel vereist bovendien dat de belangen van de betrokken partijen in evenwicht worden gebracht.²⁷

109. Aangezien de toepassing van richtlijn 2001/29 voorts geen afbreuk mag doen aan de toepassing van richtlijn 2000/31, moet de nationale rechter, wanneer hij een verbod of bevel oplegt aan een verlener van mere-conduitdiensten, rekening houden met de beperkingen die uit die richtlijn voortvloeien.²⁸

110. Uit de artikelen 12, lid 3, en 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 blijkt in dit verband dat de verplichtingen die deze dienstverlener in het kader van een verbodsvordering worden opgelegd moeten zijn gericht op beëindiging of voorkoming van een specifieke inbreuk en geen algemene toezichtverplichting mogen inhouden.

111. Bij de toepassing van deze bepalingen moet tevens rekening worden gehouden met de door het Unierecht beschermde beginselen en grondrechten, en in het bijzonder met de respectievelijk in de artikelen 11 en 16 van het Handvest neergelegde vrijheden van meningsuiting en informatie en van ondernemerschap.²⁹

112. Voor zover beperkingen van deze grondrechten ertoe strekken uitvoering te geven aan het in artikel 17, lid 2, van het Handvest neergelegde recht op bescherming van de intellectuele eigendom, impliceert de beoordeling ervan het zoeken naar een juist evenwicht tussen de betrokken grondrechten.³⁰

26 — Zie in die zin arresten L'Oréal e.a. (C-324/09, EU:C:2011:474, punt 139) en Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, punt 36).

27 — Zie over dit beginsel Jakubecki, A., „Dochodzenie roszczeń z zakresu prawa własności przemysłowej”, in *System prawa prywatnego* (Het systeem van het privaatrecht), t. 14b, Prawo własności przemysłowej (Het industriële-eigendomsrecht), Warschau, CH Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, 2012, blz. 1651.

28 — Arrest Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, punt 34).

29 — Zie in dit verband de overwegingen 1 en 9 van richtlijn 2000/31.

30 — Arrest UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punt 47).

113. De mechanismen die het mogelijk maken dit evenwicht te vinden zijn enerzijds opgenomen in de richtlijnen 2001/29 en 2000/31 zelf, in zoverre zij bepaalde grenzen stellen aan de aan een tussenpersoon op te leggen maatregelen. Anderzijds moeten deze mechanismen voortvloeien uit de toepassing van het nationale recht³¹, omdat het met name dit recht is dat de specifieke regels voor verbodsvorderingen bepaalt.

114. Het staat in dit verband niet slechts aan de autoriteiten en de rechters van de lidstaten om het nationale recht overeenkomstig de betrokken richtlijnen uit te leggen, maar ook om ervoor te zorgen dat die uitlegging niet in strijd is met de toepasselijke grondrechten.³²

115. Gelet op het voorgaande moet een nationale rechter, wanneer hij een verbod of bevel oplegt aan een als tussenpersoon optredende dienstverlener, zich ervan te verzekeren:

- dat de betrokken maatregelen in overeenstemming zijn met artikel 3 van richtlijn 2004/48, met name dat zij doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn,
- dat zij overeenkomstig de artikelen 12, lid 3, en 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 erop zijn gericht een specifieke inbreuk te beëindigen of te voorkomen en geen algemene toezichtverplichting inhouden,
- dat de toepassing van deze bepalingen en van andere, nationale regels een juist evenwicht bewaart tussen de betrokken grondrechten, met name die welke worden beschermd door de artikelen 11 en 16 van het Handvest enerzijds, en artikel 17, lid 2, van het Handvest anderzijds.

b) Verenigbaarheid van een in algemene termen geformuleerd verbod of bevel

116. De verwijzende rechter vraagt of artikel 12 van richtlijn 2000/31 zich niet verzet tegen een voorziening die een in algemene termen geformuleerd verbod bevat, dat de keuze van de concreet te nemen maatregelen overlaat aan de adressaat.

117. De in het hoofdgeding overwogen maatregel bestaat erin de als tussenpersoon optredende dienstverlener te verbieden derden in de toekomst de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk op internetsites voor file-sharing online toegankelijk te maken. Welke technische maatregelen daartoe moeten worden genomen wordt daarbij opengelaten.

118. Ik merk op dat een in algemene termen geformuleerd verbod waarbij geen concrete maatregelen worden voorgeschreven, voor de adressaat een bron van aanzienlijke rechtsonzekerheid kan vormen. De mogelijkheid om in een procedure wegens vermeende schending van het verbod aan te tonen dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen, kan die onzekerheid niet geheel wegnemen.

119. Aangezien de keuze van de te nemen passende maatregelen bovendien een onderzoek vergt naar een juist evenwicht tussen de verschillende grondrechten, is dit een taak die de rechter voor zijn rekening zou moeten nemen en die niet geheel mag worden overgelaten aan de adressaat van de voorziening.³³

31 — Zie in die zin arrest *Promusicae* (C-275/06, EU:C:2008:54, punt 66).

32 — Arresten *Promusicae* (C-275/06, EU:C:2008:54, punt 68) en *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2014:192, punt 46).

33 — Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2013:781, punten 87-90).

120. Het Hof heeft weliswaar reeds geoordeeld dat een aan een internetprovider opgelegd bevel dat het aan die provider overlaat te bepalen welke concrete maatregelen er worden genomen, in beginsel verenigbaar is met het Unierecht.³⁴

121. Aan deze oplossing ligt met name ten grondslag dat een in algemene bewoordingen geformuleerde voorziening het voordeel heeft dat zij de adressaat de mogelijkheid biedt te bepalen welke maatregelen het best aansluiten bij zijn middelen en capaciteiten en verenigbaar zijn met zijn andere wettelijke verplichtingen.³⁵

122. Deze redenering lijkt mij echter niet van toepassing wanneer, zoals in het hoofdgeding, omstreden is of er wel passende maatregelen bestaan.

123. De mogelijkheid om de meest passende maatregelen te kiezen kan in bepaalde situaties in overeenstemming zijn met de belangen van de adressaat van de voorziening, maar dat is niet het geval wanneer die keuze een bron van rechtsonzekerheid is. In dat geval doet het volledig bij de adressaat neerleggen van de verantwoordelijkheid voor het nemen van passende maatregelen afbreuk aan het evenwicht tussen de betrokken rechten en belangen.

124. Ik ben derhalve van mening dat hoewel artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31 en artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29 zich in beginsel niet verzetten tegen een bevel dat de keuze van de te nemen concrete maatregelen overlaat aan de adressaat, de nationale rechter die om een desbetreffende voorziening wordt verzocht zich nochtans moet verzekeren van het bestaan van passende maatregelen die overeenstemmen met de uit het Unierecht voortvloeiende beperkingen.

c) Verenigbaarheid van de in casu overwogen maatregelen met het Unierecht

125. De verwijzende rechter vraagt zich vervolgens af of de drie in de negende vraag, onder b, genoemde maatregelen, te weten het blokkeren van de internetaansluiting, het met een wachtwoord beveiligen ervan of het controleren van alle via die aansluiting doorgegeven communicatie, verenigbaar met richtlijn 2000/31 kunnen worden geacht.

126. Hoewel de toepassing van de uit de richtlijnen 2001/29 en 2000/31 voortvloeiende beperkingen en van het vereiste van een juist evenwicht tussen de grondrechten in het concrete geval een taak van de nationale rechter is, kan het Hof niettemin nuttige aanwijzingen geven.

127. Zo heeft het Hof in het arrest *Scarlet Extended*³⁶ geoordeeld dat de relevante bepalingen van de richtlijnen 2001/29 en 2000/31 zich, gelet op de toepasselijke grondrechten, verzetten tegen een bevel aan een internetprovider om een filtersysteem in te voeren voor alle elektronische communicatie en voor al zijn klanten, en wel preventief, geheel op eigen kosten en zonder beperking in de tijd.

128. In het arrest *SABAM*³⁷ verklaarde het Hof dat die bepalingen van Unierecht zich verzetten tegen een gelijksoortig, tot een aanbieder van een hostingdienst gericht bevel.

129. In het arrest *UPC Telekabel Wien*³⁸ besliste het Hof dat die bepalingen zich onder bepaalde voorwaarden niet verzetten tegen een maatregel die een internetprovider verplicht de toegang tot een specifieke website te blokkeren.

34 — Arrest *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2014:192, punt 64).

35 — Arrest *UPC Telekabel Wien* (C-314/12, EU:C:2014:192, punt 52).

36 — C-70/10, EU:C:2011:771.

37 — C-360/10, EU:C:2012:85.

38 — C-314/12, EU:C:2014:192.

130. In casu meen ik dat de onverenigbaarheid met het Unierecht van de eerste en de derde door de verwijzende rechter geschetste hypothesen zich meteen opdringt.

131. Een maatregel die verplicht tot blokkering van de internetaansluiting is kennelijk onverenigbaar met het vereiste van een juist evenwicht tussen de grondrechten, aangezien die maatregel inbreuk maakt op de wezenlijke inhoud van de vrijheid van ondernemerschap van de persoon die, al is het maar als nevenactiviteit, een economische activiteit uitoefent die bestaat in het verschaffen van toegang tot het internet.³⁹ Een dergelijke maatregel zou bovendien in strijd zijn met artikel 3 van richtlijn 2004/48, dat bepaalt dat de rechter die het bevel oplegt ervoor moet zorgen dat de daarin omschreven maatregelen geen belemmeringen voor het legitiem handelsverkeer scheppen.⁴⁰

132. Een maatregel die de eigenaar van de internetaansluiting verplicht alle via die aansluiting doorgegeven communicatie te controleren is kennelijk in strijd met het verbod van een algemene toezichtverplichting als bepaald in artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31. Om een volgens die bepaling geoorloofde toezichtverplichting „in een speciaal geval”⁴¹ te vormen behoort de betrokken maatregel namelijk wat het voorwerp en de duur van het toezicht betreft begrensd te zijn, hetgeen niet het geval is bij een maatregel die bestaat in het controleren van alle communicatie die het netwerk passeert.⁴²

133. De onderhavige discussie concentreert zich derhalve op de tweede hypothese, namelijk of de exploitant van een openbaar wifinetwerk bij rechterlijk bevel kan worden verplicht de toegang tot zijn netwerk te beveiligen.

d) Verenigbaarheid van de verplichting om het wifinetwerk te beveiligen

134. Deze vraag sluit aan bij de discussie die in een aantal lidstaten wordt gevoerd over de vraag of de verplichting om wifinetwerken te beveiligen een geschikt middel is om de intellectuele eigendom te beschermen.⁴³ Deze discussie betreft in het bijzonder personen met een internetabonnement die derden via een openbaar wifinetwerk toegang tot het internet bieden.

135. Het betreft voorts een aspect van een door de Duitse regering in het kader van de „Digitale Agenda”⁴⁴ geïnitieerd wetgevingsproces, waarover momenteel in Duitsland wordt gedebatteerd, dat de aansprakelijkheidsregeling voor exploitanten van openbare wifinetwerken beoogt te verhelderen teneinde die activiteit aantrekkelijker te maken.⁴⁵

39 — Zie, a contrario, arrest UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punten 50 en 51).

40 — Zie in die zin arrest L’Oréal e.a. (C-324/09, EU:C:2011:474, punt 140).

41 — Zie overweging 47 van richtlijn 2000/31.

42 — In de voorbereidende werkzaamheden noemt de Commissie als voorbeeld van een specifieke verplichting een maatregel die bestaat in het gedurende een bepaalde tijd controleren van een specifieke website, om een specifieke onwettige activiteit te voorkomen of te beëindigen. [richtlijnvoorstel COM(1998) 586 def., blz. 30]. Zie in dit verband ook de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak L’Oréal e.a. (C-324/09, EU:C:2010:757, punt 182).

43 — Naast het wetgevingsproces dat momenteel in Duitsland plaatsvindt, en dat ik hierna zal bespreken, wijs ik op de discussie rond de vaststelling van de Digital Economy Act in het Verenigd Koninkrijk en op de door het Ofcom (toezichthoudende autoriteit op het gebied van telecommunicatie) in 2012 geïnitieerde openbare raadpleging inzake aan internetproviders en, mogelijk ook, aan exploitanten van openbare wifinetwerken op te leggen verplichtingen (zie „Consultation related to the draft Online Infringement of Copyright Order”, punt 5.52, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/infringement-notice/>). In Frankrijk zijn internetabonnees, met inbegrip van exploitanten van wifinetwerken, sinds de vaststelling van de – hevig bediscussieerde – wetten nrs. 2009-669 van 12 juni 2009 tot bevordering van de verspreiding en bescherming van werken op het internet (JORF van 13 juni 2009, blz. 9666) en 2009-1311 van 28 oktober 2009 betreffende de strafrechtelijke bescherming van de literaire en artistieke eigendom op het internet (JORF van 29 oktober 2009, blz. 18290) gehouden hun wifinetwerk te beveiligen om te voorkomen dat zij aansprakelijk worden gesteld voor door derden gepleegde inbreuken op beschermde werken en voorwerpen.

44 — Een van de doelstellingen van de „Digitale Agenda” van de Duitse regering is de beschikbaarheid van de internettoegang via wifinetwerken te verbeteren (zie <http://www.bmwi.de/EN/Topics/Technology/digital-agenda.html>).

45 — Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes (voorstel voor een tweede wet tot wijziging van de wet op de elektronische media) (BT-Drs 18/6745). In zijn advies over dit voorstel (BR-Drs 440/15) heeft de Bundesrat voorgesteld de bepaling die de exploitanten van wifinetwerken verplicht beveiligingsmaatregelen te treffen te laten vervallen.

136. Hoewel dat debat zich beweegt rond het Duitse concept van indirecte aansprakelijkheid (Störerhaftung), kunnen de opgeworpen vragen potentieel van breder belang zijn aangezien in het nationale recht van een aantal andere lidstaten ook instrumenten bestaan om een eigenaar van een internetaansluiting aansprakelijk te stellen voor het niet treffen van passende beveiligingsmaatregelen ter voorkoming van eventuele inbreuken door derden.⁴⁶

137. Ik merk op dat de verplichting om de toegang tot een dergelijk netwerk te beveiligen op een aantal juridische bezwaren kan stuiten.

138. In de eerste plaats kan de invoering van een beveiligingsverplichting het bedrijfsmodel aantasten van ondernemingen die naast hun andere diensten toegang tot het internet aanbieden.

139. Immers, enerzijds zou een aantal van die ondernemingen niet meer geneigd zijn deze bijkomende dienst aan te bieden indien dat investeringen en dwingende regels voor de beveiliging van het netwerk en voor het gebruikersbeheer met zich zou brengen. Anderzijds zou een aantal afnemers van die dienst, bijvoorbeeld de klanten van een fastfoodrestaurant of van een winkel, afzien van het gebruik ervan als zij systematisch worden verplicht zich te identificeren en een wachtwoord in te geven.

140. In de tweede plaats betekent het opleggen van een verplichting om het wifinetwerk te beveiligen, dat de persoon die dit netwerk exploiteert om zijn klanten en andere gebruikers een openbare internetverbinding te bieden, die gebruikers moet identificeren en hun gegevens moet bewaren.

141. Sony Music stelt in dit verband in haar schriftelijke opmerkingen dat de exploitant van het wifinetwerk, om een inbreuk aan een „geregistreerde gebruiker” te kunnen toerekenen, de IP-adressen en externe poorten waarmee een geregistreerde gebruiker verbindingen met het internet tot stand heeft gebracht moet opslaan. De identificatie van een gebruiker van een wifinetwerk is in essentie vergelijkbaar met de toekenning van een IP-adres door een internetprovider. De exploitant van een wifinetwerk zou derhalve gebruik kunnen maken van een, volgens Sony Music niet erg duur, informaticasysteem dat gebruikers kan registreren en identificeren.

142. Ik merk op dat de verplichting om gebruikers te registreren en persoonsgegevens te bewaren valt onder de regelingen voor de activiteiten van telecomoperators en andere internetproviders. Het lijkt mij daarentegen duidelijk dat het opleggen van dergelijke administratieve verplichtingen buiten proporties is wanneer het personen betreft die hun klanten of potentiële klanten als nevenactiviteit van hun economische hoofdactiviteit toegang tot het internet via een wifinetwerk aanbieden.

143. In de derde plaats staat de beveiligingsverplichting in het kader van een specifiek verbod of bevel op zichzelf weliswaar niet gelijk aan een volgens artikel 15 van richtlijn 2000/31 verboden algemene verplichting om informatie te controleren of actief op zoek te gaan naar feiten of omstandigheden die op onrechtmatige activiteiten duiden, maar een veralgemening van de verplichting om gebruikers te identificeren en registreren kan uitmonden in een aansprakelijkheidsstelsel voor intermediaire dienstverleners dat niet meer met deze bepaling in overeenstemming is.

144. In het kader van de vervolging van inbreuken op het auteursrecht is de beveiliging van het netwerk immers geen doel op zich, maar slechts een eerste maatregel die het de exploitant mogelijk maakt enige controle uit te oefenen op de activiteit op het netwerk. Het toekennen van een actieve en preventieve rol aan de intermediaire dienstverleners zou echter indruisen tegen hun bijzondere, door richtlijn 2000/31 beschermde rechtspositie.⁴⁷

46 — Zie in het Franse recht artikel L. 336-3 van de wet op de intellectuele eigendom, dat de eigenaar van een internetaansluiting verplicht ervoor te zorgen dat die aansluiting niet wordt gebruikt voor een inbreuk op beschermde werken en voorwerpen.

47 — Zie Van Eecke, P., „Online service providers and liability: A plea for a balanced approach”, *Common Market Law Review*, 2011, deel. 48, blz. 1455-1502 en, in het bijzonder, blz. 1501.

145. In de vierde en laatste plaats is de betrokken maatregel op zichzelf niet doeltreffend, zodat het passende karakter en bijgevolg de evenredigheid ervan twijfelachtig blijven.

146. Opgemerkt moet worden dat beveiligingsmaatregelen, omdat zij gemakkelijk te omzeilen zijn, niet doeltreffend zijn om een specifieke inbreuk op een beschermd werk te voorkomen. Zoals de Commissie opmerkt, kan het gebruik van een wachtwoord de kring van gebruikers beperken, maar dat sluit inbreuken op een beschermd werk niet noodzakelijkerwijs uit. Bovendien hebben, zoals de Poolse regering opmerkt, verlener van mere-conduitdiensten slechts beperkte mogelijkheden om het peer-to-peergegevensverkeer te controleren, want die controle vergt de toepassing van geavanceerde en kostbare technische oplossingen die serieuze vragen kunnen oproepen over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het vertrouwelijke karakter van de communicatie.

147. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het opleggen van een verplichting tot beveiliging van de toegang tot een wifinetwerk, als methode om het auteursrecht op het internet te beschermen, niet zou voldoen aan het vereiste van een juist evenwicht tussen enerzijds de intellectuele-eigendomsbescherming die alle houders van auteursrechten genieten, en anderzijds de vrijheid van ondernemerschap van de aanbieders van de betrokken diensten.⁴⁸ Doordat die maatregel de toegang tot geoorloofde communicatie bemoeilijkt, beperkt deze maatregel bovendien de vrijheid van meningsuiting en informatie.⁴⁹

148. Meer in het algemeen merk ik op dat de eventuele veralgemening van de verplichting tot beveiliging van wifinetwerken, als methode om het auteursrecht op het internet te beschermen, een nadeel voor de samenleving als geheel kan betekenen dat het potentiële voordeel ervan voor de houders van deze rechten kan overtreffen.

149. Enerzijds hebben de openbare wifinetwerken die veelal worden gebruikt een relatief smalle bandbreedte en staan daarom niet erg bloot aan inbreuken op auteursrechtelijk beschermde werken en voorwerpen.⁵⁰ Anderzijds bieden wifispots ontegenzeggelijk een belangrijk innovatiepotentieel. Het eventuele nut van een maatregel die de ontwikkeling van deze activiteit dreigt af te remmen moet derhalve zorgvuldig worden onderzocht.

150. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat de artikelen 12, lid 3, en 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, uitgelegd in het licht van de uit de bescherming van de betrokken grondrechten voortvloeiende vereisten, zich verzetten tegen een bevel dat een persoon die als nevenactiviteit van zijn economische hoofdactiviteit een openbaar wifinetwerk exploiteert ertoe verplicht de toegang tot dat netwerk te beveiligen.

VI – Conclusie

151. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Landgericht München I (regionale rechtbank te München) als volgt te beantwoorden:

„1) De artikelen 2, onder a) en b), en 12, lid 1, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn elektronische handel”), moeten aldus worden uitgelegd dat zij van toepassing zijn op een persoon die, als nevenactiviteit van zijn economische hoofdactiviteit, een wifinetwerk met internettoegang exploiteert dat hij gratis ter beschikking stelt van het publiek.

48 — Zie in die zin arresten *Scarlet Extended* (C-70/10, EU:C:2011:771, punt 49) en *SABAM* (C-360/10, EU:C:2012:85, punt 47).

49 — Zie in die zin arresten *Scarlet Extended* (C-70/10, EU:C:2011:771, punt 52) en *SABAM* (C-360/10, EU:C:2012:85, punt 50).

50 — Zie in dit verband het advies van de Bundesrat (BR-Drs 440/15, blz. 18) en de raadpleging van het Ofcom, punten 3.94-3.97 (zie de voetnoten 43 en 45 van deze conclusie).

- 2) Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2000/31 verzet zich ertegen dat op grond van welke vordering ook een beslissing wordt gegeven tegen een verlener van mere-conduitsdiensten die de vaststelling van zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid inhoudt. Dit artikel verzet zich derhalve niet slechts tegen een veroordeling van de aanbieder van dergelijke diensten tot betaling van schadevergoeding, maar ook tegen een veroordeling in de ingebrekestellings- en de proceskosten in verband met een door een derde gepleegde inbreuk op een auteursrecht of op naburige rechten met betrekking tot de doorgegeven informatie.
- 3) Artikel 12, leden 1 en 3, van richtlijn 2000/31 verzet zich er niet tegen dat een van een dwangsom voorzien rechterlijk verbod of bevel wordt opgelegd.

Wanneer de nationale rechter een dergelijk verbod of bevel oplegt, moet hij zich ervan verzekeren:

- dat de betrokken maatregelen in overeenstemming zijn met artikel 3 van richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, met name dat zij doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn;
 - dat zij overeenkomstig de artikelen 12, lid 3, en 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 erop zijn gericht een specifieke inbreuk te beëindigen of te voorkomen en geen algemene toezichtverplichting inhouden, en
 - dat de toepassing van deze bepalingen en van andere, nationale regels een juist evenwicht bewaart tussen de betrokken grondrechten, met name die welke worden beschermd door de artikelen 11 en 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie enerzijds, en artikel 17, lid 2, van dat Handvest anderzijds.
- 4) De artikelen 12, lid 3, en 15, lid 1, van richtlijn 2000/31, uitgelegd in het licht van de uit de bescherming van de betrokken grondrechten voortvloeiende vereisten, verzetten zich in beginsel niet tegen de oplegging van een bevel dat de keuze van de te nemen concrete maatregelen overlaat aan de adressaat. De nationale rechter die om een desbetreffende voorziening wordt verzocht, moet zich nochtans verzekeren van het bestaan van passende maatregelen die overeenstemmen met de uit het Unierecht voortvloeiende beperkingen.

Die bepalingen verzetten zich ertegen een bevel op te leggen aan een persoon die als nevenactiviteit van zijn economische hoofdactiviteit een wifinetwerk met internettoegang exploiteert, dat hij ter beschikking stelt van het publiek, wanneer de adressaat van dit bevel daar slechts aan kan voldoen door:

- de internetaansluiting te blokkeren, of
- de internetaansluiting met een wachtwoord te beveiligen, of
- alle via die aansluiting doorgegeven communicatie te controleren om na te gaan of het betrokken auteursrechtelijk beschermde werk niet opnieuw op illegale wijze wordt doorgegeven.”