

De zaak Scarlet/Sabam

Naar een horizontale integratie van het auteursrecht

In deze bijdrage bespreek ik de Scarlet/Sabam-uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEG 24 november 2011, C-70-10; zie elders in dit nummer) en de Conclusie van de Advocaat-Generaal in deze zaak. Het artikel onderzoekt de consequenties van de beslissing dat de uitoefening van het in het Europese Handvest verankerde auteursrecht moet worden getoetst aan andere fundamentele rechten in het Handvest (vrijheid van meningsuiting, privacy, vrijheid van ondernemen en de rule of law).

E.J. Dommering
Prof. mr. E.J. Dommering is emeritus hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.*

De zaak Scarlet/Sabam en de gestelde prejudiciële vragen over filteren

De hier gepubliceerde beslissing heeft vergaande consequenties voor het (vrijwillig of juridisch afgedwongen) implementeren van filtersystemen bij de toegang tot het internet die wordt aangeboden door Internet Service Providers (ISP). Zij heeft mijns inziens ook vergaande consequenties voor de rechtsvinding in het auteursrecht. In februari 2012 volgde een identieke beslissing in een soortgelijke Belgische zaak, zij het dat het een ander soort dienst betrof.¹ In deze zaak gaat het om een algemene toegangsdienst van een ISP, in de Netlogzaak betrof het de positie van de organisator van een sociaal netwerk à la Facebook. Ook tegen Netlog had Sabam een soortgelijke voorziening gevraagd als waar het in deze zaak om gaat.

Deze zaak vindt zijn oorsprong in de Belgische jurisdictie. De Belgische Buma, SABAM, had verschillende vorderingen ingesteld tegen Scarlet Extended, een Belgische ISP. Allereerst had zij aan de rechter verzocht om vast te stellen dat de auteursrechtinbreuken die door het peer-to-peer systeem dat via Scarlet toegankelijk was, gepleegd werden met behulp van Scarlets (toegangs)diensten (overweging 19 in het arrest). Vervolgens had zij gevorderd dat Scarlet de auteursrechtinbreuken moest beëindigen door elke niet door een auteursrechthebbende toegestane uitzending of ontvangst door haar klanten via een peer-to-peer systeem van bestanden die muziekwerken bevatten te blokkeren of onmogelijk te maken (overweging 20 van het arrest). De verwijzende rechter had, alvorens op deze vorderingen te beslissen, twee prejudiciële vragen gesteld. De eerste knoopte allereerst aan bij artikel 8 lid 3 van de Auteursrechtlijn (2001/29) en de artikelen 9 en 11 van de IE-handhavingsrichtlijn (2004/48) die beide, kort gezegd, de lidstaten de verplichting opleggen dat auteursrechtin-

breuken door middel van een rechterlijk bevel of verbod kunnen worden beëindigd, welke maatregel zich ook kan uitstrekken tot een verbod voor de toekomst (met name artikel 11 van richtlijn 2004/48). Het tweede aanknopingspunt vormden de artikelen 12 tot en met 15 van de E-commerce richtlijn (2000/31), een verzameling bepalingen die diverse doorgeefluik/toegang tot het internet situaties bestrijken en in artikel 15 (dat in deze zaak een grote rol speelt) een algemeen monitorverbod in die situaties aan de toegangverschaffers oplegt. Het derde aanknopingspunt vormden de artikelen 5 en 15 van de Elektronische communicatie privacyrichtlijn (2002/58) die respectievelijk de vertrouwelijke communicatie garanderen en de beperkingen op dit elektronische communicatiegeheim slechts toestaan als aan de rechtstatelijke eisen die voor de beperkingen van grondrechten gelden is voldaan. De verwijzende rechter plaatste deze richtlijnen 'tegen de achtergrond' van de artikelen 8 (privacybescherming) en 10 (vrijheid van meningsuiting) van het EVRM. Op grond van dit gehele juridische kader wil de verwijzende rechter weten of deze een bevel aan de ISP kan opleggen dat inhoudt dat hij 'ten aanzien van al zijn klanten, in abstracto en als preventieve maatregel, op zijn kosten en zonder beperking in de tijd een systeem toepast van filteren voor alle onder andere via "peer-to-peer" programma's in- en uitgaande communicatie, ten einde te kunnen vaststellen of op zijn netwerk elektronische bestanden in omloop zijn die een werk bevatten waarvan de verzoeker beweert de auteursrechthebbende te zijn, en vervolgens de uitwisseling ervan te blokkeren, hetzij bij de opvraging, hetzij bij de verzending ervan?' Verder wil de verwijzende rechter weten of, in geval de eerste vraag bevestigend beantwoord wordt, de rechter toepassing kan geven aan het beginsel van evenredigheid door te treden in de beoordeling van de doeltreffendheid en afschrikkende werking (in de Engelse versie: 'effectiveness and dissuasive effect') van de verzochte maatregel.

* De auteur dankt Christiaan van Veen voor waardevolle aanvullingen.

1 HvJEG 16 februari 2012, C-360/10 (Sabam/Netlog).

De A-G constateert in zijn conclusie dat de vraag weinig concrete details geeft over de techniek van het toe te passen filter en de aard van het peer-to-peer systeem (paragraaf 50 en noot 30 van de conclusie). De aard van de vordering bracht met zich mee dat iedere vorm van peer-to-peer zonder onderscheid naar de klant of de aard van de maatregel gefilterd zou moeten worden, of, zoals de prejudiciële vraag het noemt, 'in abstracto en als preventieve maatregel op kosten van Scarlet en zonder beperking in de tijd.' Dit algemene karakter benadrukt de A-G in zijn conclusie (paragraaf 53 e.v.). Dit algemene karakter neemt ook het Hof tot uitgangspunt (overweging 38).

Het is dus denkbaar dat concretere en beperktere maatregelen Europeesrechtelijk wel mogelijk zouden zijn. Ik kom daar nog op terug.

De verschillende benadering van de Advocaat-Generaal en het Hof; de Europese rechtsstaat

De Advocaat-Generaal (A-G) kiest een benadering vanuit de Europese rechtsorde, zoals deze na het van kracht worden van het Europese Handvest eruitziet. Hij begint met de eerste prejudiciële vraag te herformuleren in termen van het Handvest (paragraaf 34 e.v.). De door de Belgische rechter aangehaalde artikelen 8 en 10 EVRM, moeten na het van kracht worden van het Handvest 'vertaald' worden naar de artikelen 7 (privacy), 8 (dataprotectie) en 11 (vrijheid van meningsuiting en van informatie) van het Handvest. De betekenis van de verwijzing in artikel 52 lid 3 van het Handvest naar het EVRM, is dat de rechten van het Handvest conform het EVRM (en de rechtspraak van het EHRM) moeten worden uitgelegd, maar dat dit niet uitsluit dat het Handvest meer bescherming geeft dan het EVRM (paragraaf 31 en uitspraken van het HvJEG geciteerd in noot 19: HvJEG 5 oktober 2010, C-400/10). De artikelen 8 en 10 lid 2 toetsing van het EVRM ('noodzakelijk in een democratische samenleving') gaat daarbij op in de algemene toetsingsclausule van artikel 52, lid 1 van het Handvest; inhoudelijk is die niet verschillend van die van het EVRM, waarop de A-G in het vervolg van zijn conclusie uitvoerig ingaat. Hij knoopt bij de invulling van die bepaling aan bij de 'rule of law' (rechtsstaatbeginsel) die in de beperkingsclausules van het EVRM terugkeert (paragraaf 67 van de conclusie). Hij oordeelt (paragrafen 95 e.v.) dat de bepalingen van de aangehaalde richtlijnen niet op een voldoende toegankelijke en voorspelbare manier (de materiële criteria die het EHRM aan het begrip 'law' toekent) een grondslag bieden voor de beperkingen van de fundamentele rechten die in het geding zijn, namelijk het recht van vrije meningsuiting

(filtering vergelijkbaar met censuur), het recht van privacy (monitoring is een inbreuk op het communicatiegeheim) en dataprotectie (monitoring is een vorm van verwerking van persoonsgegevens). In deze benadering schuiven de fundamentele rechten die in de prejudiciële vraag 'de achtergrond' vormen naar de 'voorground'.

De A-G stelt in zijn conclusie een benadering vanuit de beginselen van de Europese rechtsorde voorop. Deze rechtsorde die sinds het beroemde *Van Gend & Loos*-arrest van het HvJEG een eigen en autonoom karakter heeft, is uitgegroeid tot een volledige Europese rechtsstaat.² De politiek mag haar pijlen richten op het gebrek aan het democratisch gehalte van die rechtsstaat, zij staat niettemin als een huis. De politiek mag zich ook druk maken om de expanderende rechtsmacht van het EHRM, het HvJEG bouwt er zonder last te hebben van politieke kritiek op voort.³

Het Hof kiest een minder grondrechtelijke en rechtsstaatljke benadering door zich te beperken tot de uitleg van de richtlijnen. De grondrechten spelen echter op de achtergrond mee, aangezien zij de werking van het secundaire gemeenschapsrecht (de in dit geval aangehaalde richtlijnen) kunnen bepalen.

Het verschil in benadering leidt tot verschillende beantwoording van de prejudiciële vragen. De A-G antwoordt op de eerste prejudiciële vraag ontkennend: een zo algemeen filtersysteem verdraagt zich niet met de Europese rechtsstaat omdat het een deugdelijke wettelijke (toegankelijk en voorzienbaar) grondslag ontbeert. Hij interpreteert de richtlijnen daarbij in 'het licht van de artikelen 7, 8, 11 en 52, lid 1 van het Handvest en neemt de artikelen 8 en 10 van het EVRM in aanmerking.' Beantwoording van de tweede vraag over de proportionaliteit is daarom niet meer nodig. Het Hof trekt in zijn benadering de beide vragen samen en zegt dat een zo algemeen filtersysteem als door SABAM gevraagd zich niet verdraagt met de verschillende richtlijnen 'samen gelezen en uitgelegd tegen de achtergrond van de vereisten die voortvloeien uit de bescherming van de toepasselijke grondrechten'. De A-G vindt de wettelijke grondslag dus te onduidelijk. Het Hof geeft een uitleg aan die richtlijnen maar verdisconteert ook de proportionaliteitstoetsing in relatie tot de algemeenheid van het filtersysteem dat was verzocht op te leggen, in zijn antwoord. Het Hof noemt op enkele plaatsen de artikelen van het Handvest expliciet, maar verwijst bij het antwoord op de eerste prejudiciële vraag naar de 'door de Belgische rechter genoemde grondrechten'. Dit past in een trend in de jurisprudentie om alleen nog naar de Handvest-artikelen te verwijzen.⁴

2 Over de communautaire rechtsorde en de constitutionalisering van de Unie, zie de beschouwingen, R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006 (12^e druk), par. 1.5, 1.7, 2.1, 2.2. Zie voorts par. 2.7 over de grondrechtelijke bescherming. In tal van arresten heeft het HvJEG deze rechtsorde benoemd; zie noot 40 van de conclusie van de A-G.

3 T.P. Spijkerboer, 'Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJB* 2012/4, p. 260, verbaast zich ook over het feit dat het HvJEG onge-

moeid wordt gelaten. Misschien hebben politici nog niet in de gaten dat de Unie met het Handvest is uitgegroeid tot een echte rechtsstaat.

4 In een recente opinie in *Actualiteiten Mededingingsrecht* wijst Wessel Geursen op deze trend en noemt daarbij ook dit SABAM-arrest als voorbeeld van de trend: W. Geursen, 'Tendens om alleen te toetsen aan het EU-Grondrechtenhandvest: opmaat voor een ruimere bescherming dan EVRM?', *AM* (december 2011), p. 167-169, voetnoot 18.

De beslissing van het HvJEG; het auteursrecht is niet alleen verticaal, maar ook horizontaal geharmoniseerd

Het Hof stelt de bevoegdheid om rechterlijke bevelen te geven tot staking en het gestaakt houden van de inbreuken op het auteursrecht, zoals die voortvloeien uit de genoemde auteursrechtlijn en het Handvest (dat in artikel 17 het recht van intellectuele eigendom als fundamenteel recht noemt) voorop, maar vervolgt dan dat bij de uitleg van deze richtlijnen (overweging 33) 'de nationale rechterlijke instanties de beperkingen die uit de privacy en de E-commerce richtlijn voortvloeien moeten eerbiedigen, evenals de rechtsbronnen waarnaar deze richtlijnen verwijzen.' Het Hof staat daartoe eerst stil bij het preventieve karakter van een rechterlijk bevel (voor de toekomst). Het toetst dus eerst de *rechterlijke maatregel*.

In de overwegingen 38-41 stelt het vast dat het zeer algemene filtersysteem dat voorlag zou dwingen tot een te vergaande preventieve vorm van monitoring van de communicatiebewegingen van alle klanten. Dat kan in strijd zijn met het verbod op de algemene toezichtsverplichting van artikel 15 van de E-Commerce richtlijn. En daaraan voegt het in overweging 41 toe dat bij de toepassing van dit verbod ook moet worden gekeken naar de vereisten die voortvloeien uit de 'ten deze toepasselijke grondrechten.'

Vervolgens gaat het Hof in op het conflict dat bij de *uitoefening* van het intellectuele eigendomsrecht kan optreden met andere grondrechten. Onder verwijzing naar overwegingen 62-68 van het *Promusicae*-arrest van 28 januari 2008 (C-275/06, *Jur.* 2008-I-271) stelt het dat de bescherming van een recht van intellectuele eigendom moet worden afgewogen tegen andere rechten. In de bewoordingen van overweging 45: 'de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties moeten bij het vast stellen van maatregelen ter bescherming van auteursrechten een juist evenwicht verzekeren tussen de bescherming van deze rechten en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden geraakt.' Het Hof focust dan eerst op artikel 16 van het Handvest: de vrijheid van onderneming, een recht dat in het EVRM ontbreekt. Dit is dus een voorbeeld van de meerwaarde van het Handvest ten opzichte van het EVRM. Het acht de oplegging van een zo vergaand filtersysteem op kosten van de ISP en niet beperkt in de tijd een (te) vergaande inbreuk op de ondernemersvrijheid (overwegingen 46-49). Vervolgens kijkt het Hof naar de klanten van de ISP. Het Hof pakt hier artikel 8 en 11 van het Handvest bij de kop, omdat 'het vaststaat (overweging 50 e.v.) dat het rechterlijk bevel tot invoering van het litigieuze filtersysteem een systematische analyse van alle inhoud veronderstelt en de verzameling van de IP-adressen van de gebruikers die illegale inhoud via het netwerk willen versturen. Aangezien die IP-adressen de precieze identificatie van die gebruikers mogelijk maken, vormen zij bescherm-

de persoonsgegevens.'⁵ Ook de vrijheid om informatie te ontvangen en te verstrekken is in het geding, 'aangezien het filtersysteem onvoldoende onderscheid maakt tussen legale en illegale inhoud, zodat de toepassing ervan zou kunnen leiden tot de blokkering van communicatie met legale inhoud.' In het Amerikaanse recht heeft het Hoogerechtshof filtersystemen ook al eens veroordeeld omdat ze 'overbroad' maatregelen zijn, die zowel legale als illegale inhoud kunnen treffen.

Al met al is er niet een voldoende evenwicht verzekerd tussen de uitoefening van het eigendomsrecht enerzijds, en de vrijheid van onderneming, het recht op bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid om informatie te ontvangen en te verstrekken anderzijds.

Het auteursrecht is door de verschillende richtlijnen op het gebied van het auteursrecht al in vergaande mate verticaal geharmoniseerd, in die zin dat de lidstaten telkens hun Auteurswetten vergaand hebben moeten aanpassen aan een Europese harmonisatie. Dikwijls zijn daardoor allerlei producentenbelangen via Brussel het auteursrecht binnen gelobbyd. Maar er is ook een ander, horizontaal effect. Het auteursrecht moet op gelijk niveau concurreren met andere fundamentele rechten binnen een autonome communautaire rechtsorde. Met dit arrest (en het daaraan voorafgaande *Promusicae*-arrest) zet de reeds in de horizontaal werkende artikelen 10-15 van de E-Commerce richtlijn ingezette trend door, dat auteursrechtelijke dwangmaatregelen moeten worden getoetst aan het verbod op preventief toezicht op informatie en de uitoefening van een auteursrecht moet voldoen aan de eis dat er een evenwicht moet bestaan met andere fundamentele rechten: die van de onderneming die de kosten en de organisatie van de controle last op zijn dak geschoven krijgt en de gebruiker die (niet geobserveerd) vrij informatie moet kunnen ontvangen en verstrekken.

De verbindende lijn tussen het secundaire EU-recht (in dit geval de richtlijnen waarover uitleg was gevraagd) vormt het primaire Unierecht (en dus met name ook het Handvest). Daarbij staat niet bij voorbaat vast dat een van de fundamentele rechten voorrang heeft. Overeenkomstig de leer van de conflicterende fundamentele rechten zal dat conflict moeten worden beslecht aan de hand van de omvang van de rechten zoals deze in de concrete omstandigheden van het geval moeten worden vastgesteld. Hoever die werking gaat is niet onomstreden. De artikelen 10 tot en met 15 van de E-Commerce richtlijn, regelen specifieke technische situaties, en zijn daardoor minder passend voor bijvoorbeeld de bescherming van de neutraliteit van zoekmachines.⁶ Anderzijds is er wel een verbod op actief toezicht uit af te leiden, zoals het Hof al in de *l'Oréal*- en *Promusicae*-arresten had benadrukt. Dat strekt zich niet alleen uit tot de toegangsdiensten van een ISP, maar ook tot de diensten – zo leert de *Netlog*-zaak⁷ – die een organisator van

5 Ik laat de discussie daar of IP-adressen (altijd) een persoonsgegeven zijn. Zie daarvoor de bijdrage van Nicole Wolters Ruckert, 'Het begrip "persoonsgegeven", een schaaap in wolfskieren?', *Mediaforum* 2012-1, p. 1.

6 De zaken C-324/09, HvJEG 12 juli 2011 (*l'Oréal/eBay*) en C-236/08 en C-238/08, HvJEG 23 maart 2010, *Jur* 2010- I, 2417 (*Google AdWords*).

7 HvJEG 16 februari 2012, C-360/10 (*Sabam/Netlog*), geciteerd in noot 1.

een sociaal netwerk levert en het verbod om de door deze opgeslagen persoonsprofielen van de gebruikers te monitoren. Het primaire Unierecht, of de uitdrukking van een algemene regel op een verwant gebied van het secundaire Unierecht,⁸ bieden daarbij houvast om algemene lijnen te trekken, al zal het Hof zich gebonden blijven achten aan het door prejudiciële vragen getrokken kader van uitleg van specifieke richtlijnen.

Het (onbedoelde) effect van de auteursrechtlobby is dus dat van het auteursrecht een 'informatierecht' is gemaakt, dat moet worden beoordeeld als onderdeel van een communautaire informatierechtsorde, waarin andere rechten een gelijk gewicht hebben. Volgens het informatierecht is het goed 'informatie' altijd, maar met name in een elektronische omgeving, onderhevig aan een drievoudige claim: de eigendomsvraag, de free flow of information vraag en de privacyvraag. De onderlinge rangorde van die claims zal altijd in de concrete omstandigheden van het geval moeten worden vastgesteld. Dit arrest is een fraai voorbeeld van die samenloop.

Overgebleven vragen: Ziggo/Brein

Het arrest moet gelezen worden in het licht van het algemene filtersysteem zoals SABAM dat van de Belgische rechter had gevraagd. Het Hof somt de elementen op die het systeem preventief exorbitant en niet in evenwicht met de andere fundamentele rechten maken: het verlangde een toezicht op alle communicatie, in het bijzonder alle peer-to-peer communicatie die via het platform van de ISP loopt, het gold zonder onderscheid voor alle klanten, het werkte preventief, het moest uitsluitend door de ISP worden bekostigd en het was niet beperkt in de tijd.

Het is dus denkbaar dat een verfijnder systeem dat is beperkt in de tijd, niet ziet op alle klanten en alle communicatie (en daardoor niet preventief werkt), alleen illegale inhoud treft, en waarvan de kosten niet uitsluitend door de ISP worden gedragen, binnen de bandbreedte van de door het Hof aangegeven noodzakelijke beperking en afweging blijft. Ook is een voldoende geconcretiseerd verbod voor de toekomst denkbaar.⁹ Er woedt op het moment van het schrijven van deze analyse een juridische oorlog tussen Stichting Brein en de grote ISP's in Nederland over het afsluiten van een peer-to-peer systeem 'Pirate Bay'.¹⁰ Daar zullen deze nadere afwegingen aan de orde moeten komen.

Ik zou drie aanvullende afwegingsfactoren willen noemen die in het hoger beroep in de Ziggo/Brein-zaak van belang kunnen zijn, omdat zij mijns inziens in eerste instantie onvoldoende uit de verf zijn gekomen.

Artikel 8 lid 3 van richtlijn 2001/29 (ons artikel 26d Aw) vergt dat beoordeeld moet worden welke dienst van de ISP 'wordt gebruikt voor de auteursrechtelijke inbreuk'. Mijns inziens is het verband tussen een algemene toegangsdienst en de auteursrechtinbreuk te algemeen om te kunnen zeggen dat de dienst wordt gebruikt om auteursrechtinbreuk te maken. De eigenlijke inbreuk wordt immers gepleegd door diensten die de ISP niet levert. Reeds aansprakelijkheid op grond van de algemene toegangsdienst zou te vergelijken zijn met een wegbeheerder die, krachtens het feit dat hij toegang verschaft tot de openbare weg, aansprakelijk is voor alle onrechtmatige daden die er op de openbare weg worden gepleegd.

Voorts moet worden vastgesteld welk deel van de communicatiehandelingen illegaal is. Daarbij zal een onderscheid moeten worden gemaakt tussen downloaden en uploaden. Het arrest gaat niet op deze vragen in, en dat kon ook moeilijk op basis van de gestelde prejudiciële vragen. Uit het Ziggo/Brein-vonnissen (overweging 4.28) leid ik af dat de rechtbank ervan uitgaat dat de vrijheid van informatie niet zou inhouden dat ik mag kennismaken (downloaden) van illegale informatie. Dat lijkt mij onjuist. De vrijheid van informatie floreert bij het kennismaken van clandestiene informatie.

Ten slotte zal moeten worden gekeken of de maatregel wel doeltreffend en afschrikwekkend is. De Belgische rechter had dat wel in zijn tweede vraag opgenomen, maar het Hof fietst daar nogal gemakkelijk doorheen. Bij de doeltreffendheid moet je denken aan wat in het Amerikaanse recht bij de filterbeslissingen de vraag wordt genoemd of het systeem 'under inclusive' is: laat het niet te veel illegale inhoud ongemoeid en/of is het gemakkelijk te omzeilen?¹¹ De doeltreffendheid lijkt mij ook technisch een probleem: internet is nu eenmaal een veelkoppige draak: voor iedere kop die je afhakt, krijg je er drie terug.

Minder duidelijk is wat de Belgische rechter met de 'afschrikkende werking' op het oog had. Redeneer je intellectueel eigendomsrechtelijk dan zou je kunnen denken aan het afschrikkende effect op potentiële inbreukmakers en/of 'law abiding' gebruikers. Maar waarom zouden die worden afgeschrikt? Er wordt in dit verband geschermd met cijfers die zouden moeten aantonen dat optreden tegen piratensites en gebruikers van piraten sites een heilzaam effect zou hebben op de groei van het legale aanbod (overweging 4.35 in het Brein-vonnissen). Maar erg overtuigend zijn die cijfers niet, omdat het gaat om multicausale effecten. Vanuit het perspectief van de vrije informatiestroom zou je kunnen kijken naar het 'chilling effect' dat dit soort filterverplichtingen op ISP's kunnen hebben. Deze afweging tref ik in het Brein-vonnissen niet aan.

8 De opneming van de toegangsbescherming van de gebruiker in de Kaderrichtlijn (richtlijn 2009/140).

9 Overweging 32 in de Scarlet-zaak en overweging 29 in de Netlog-zaak (zie noot 2).

10 Rb. Den Haag 11 januari 2012, Brein/Ziggo en XS4ALL, LJN BV0549.

11 Zie mijn artikel 'Filteren is gewoon censuur en daarmee basta', Tijdschrift voor Internetrecht 2008, 5.

Overgebleven vragen: ACTA

ACTA is een verdrag op grond van artikel 207 lid 4 en 218 lid 5 VWEU. Volgens artikel 218 lid 11 VWEU kan een opinie aan het HvJEG worden gevraagd over verenigbaarheid van voorgenomen verdragen met bestaande verdragen. De Commissie heeft op 22 februari 2012 besloten de ratificatieprocedure op te schorten en advies aan het Hof te vragen.

Artikel 27 van het ACTA verdrag (volgens de tekst van de bijlage bij het onderhandelingsbesluit COM(2011), 379), heeft het over 'handhaving IE-rechten in digitale omgeving.' Het bevat een vage algemene instructie dat tussenpersonen kunnen worden aangepakt en een vage waarschuwing dat de grondrechten daarbij moeten worden gerespecteerd. Zal het Hof in zijn advies nu wel de benadering van de A-G volgen dat het gehele wettelijke kader van het secundaire Unierecht niet voldoet aan de eis dat het toegankelijk en voorzienbaar moet zijn? Denkbaar is dat het accent komt te liggen bij de nationale rechter. De vaagheid van de verdragsbepalingen die instructies aan de Unie/lidstaten geven, leggen het zwaartepunt van de toetsing bij de omzetting in Unierecht/nationaal recht. Het is mogelijk dat de nationale rechter t.z.t. in het kader van artikel 51 lid 1 van het Handvest tot een toetsing geroepen zal zijn, omdat er uitvoering van Unierecht in het geding kan zijn. Voorts zal er toetsing door de nationale rechter van het ACTA verdrag uitvoerende bepalingen aan artikelen 6, 8 en 10 EVRM moeten plaatsvinden.

Een nieuwe wending in de auteursrechtelijke rechtsvinding in Nederland

Hoe staat het in Nederland met de inkapseling van het auteursrecht in de economie en in systemen van informatie vrijheidsrechten?

De economische discussie woedde op de achtergrond bij de Amstelveense arresten, omdat daarin onder meer gesteld werd dat er voor de Nederlandse uitzendingen niet een nieuw publiek werd bereikt. Dat punt werd afgevoerd in de Amstelveense arresten door het geschil terug te brengen tot een technisch criterium, namelijk of het om een ander organisme dan het primair uitzendende ging. De vraag of er bij een nieuwe technische openbaarmaking ook een nieuw publiek is, sluipt geleidelijk het auteursrecht weer binnen, onder invloed van de jurisprudentie van het HvJEG.

In Nederland bestaat er een lange discussie over de verhouding tussen de vrijheid van meningsuiting en auteursrecht, maar deze spitst zich toe op de vraag hoe ruim en

algemeen ('fair use') het vrije gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken moet zijn. Het is dus vooral een discussie *binnen* het auteursrecht. Een schaarse uitzondering vormt de *Scientology*-zaak over het *oneigenlijk* gebruik van auteursrecht.¹²

De vraag van de conflicterende rechten die op gelijk niveau om de voorrang strijden doet zich vooral voor bij de vraag of intermediairs kunnen worden aangepakt voor auteursrechtelijke inbreuken. We hebben nog steeds dat oude Piratenarrest *KTA/Bioscoopbond*, waarbij de toenmalige kabelexploitant in Amsterdam verplicht werd zijn kabelsysteem te monitoren om de doorgifte van gepirateerde films te beletten.¹³ In dit arrest stelde de Hoge Raad vast dat KTA een (gedwongen) secundaire openbaarmaking pleegde en daarom zelfstandig auteursrechtelijk aansprakelijk was. Ik heb in 1998 in de *Bremer-bundel* bepleit dat in een dergelijk geval een afweging met andere belangen en rechten moet worden gemaakt, onder meer de informatievrijheid en de kosten van de maatregelen.¹⁴ Deze horizontale benadering lijkt nu ook in Nederland onontkoombaar.

Van recenter datum is het *Lycos/Pessers*-arrest¹⁵ waarin een ISP ertoe werd verplicht om persoonsgegevens te verstrekken aan een rechthebbende om een klant te achterhalen die anoniem onrechtmatige informatie openbaar maakte. Dat arrest, waarin evenmin een afweging is te vinden, lijkt mij ingehaald door de *Promusicae*- en *Scarlet*-uitspraken, omdat een nauwkeuriger onderzoek had moeten plaatsvinden naar de wettelijke grondslag van de beperking van het privacyrecht.

Door het internet en de individualisering van de communicatiepatronen die steeds gemakkelijker kunnen worden getraceerd is de ISP (als toegangsverschaffer van legale en illegale informatie inhouden) in het brandpunt van de juridische belangstelling gekomen van degenen die de verspreiding van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke verboden informatie willen tegenhouden. Dat betekent voor het auteursrecht dat het steeds vaker in conflictsituaties zal worden uitgeoefend zoals die in dit arrest aan de orde waren. Handhaving loopt daardoor telkens samen met een eventueel verboden preventief toezicht, privacy-inbreuk en belemmering van informatievrijheid. Dat zal een andere vorm van rechtsvinding versterken, waarin het auteursrecht als een van de rechten een rol speelt. Vroeger was de rechtsvraag beperkt tot: is er een nieuwe openbaarmaking of niet? Nu zullen achter het gordijn van formele juridische begrippen steeds vaker de economische en sociale legitimaties benoemd moeten worden en een rol moeten gaan spelen in de argumentatie van de rechter. We krijgen nog Amerikaanse toestanden.

12 Ik verwijs naar de Conclusie van A-G Verke, paragraaf 6, AMI 2006/6, p. 214.

13 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 696, m.nt. vNH; AA 32 (1983), 604-611, m.nt. H. Cohen Jehoram.

14 'De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs. Het Kabelpira-

tenarrest revisited in de tijd van internet', in: D.W.F. Verke (red.), *Intellectuele eigenaardigheden*, Deventer: Kluwer 1998, p. 75-82.

15 HR 25 november 2005, NJ 2009, 550.