

# Een principiële resultaatsverplichting bij websiteblokkades door internetproviders

Hanneke van Lith en Menno Weij\*

## Annotatie bij uitspraak Hof van Justitie EU 27 maart 2014 C-314/12 (UPC Telekabel Wien v. Constantin Film Verleih GmbH en Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH)

### Inleiding

Nieuwe technologieën zorgen ervoor dat informatie steeds sneller, vaker en in grotere getale digitaal wordt uitgewisseld. Communication is key! Een keerzijde van de medaille is dat deze technologieën ook zorgen voor meer misbruik. Hierbij gaat het met name om de schending van auteursrechten op internet, bijvoorbeeld via P2P-websites of zogenoemde torrentwebsites. Rechthebbenden voeren al geruime tijd een voortdurende strijd tegen dit soort websites die hun werken zonder toestemming ter beschikking stellen aan internetgebruikers. De aanbieders zijn echter vaak onvindbaar en daarom proberen rechthebbenden hun doel te bereiken door ISPs te dwingen de toegang tot deze websites te blokkeren. Dat het blokkeren van websites leidt tot ingewikkelde technische vraagstukken moge duidelijk zijn, maar het leidt ook tot principiële kwesties. In dit opzicht heeft de blokkade van The Pirate Bay in Nederland al veel stof doen opwaaien.<sup>1</sup> Niet alleen in Nederland, maar ook in andere lidstaten zijn websiteblokkades onderwerp van een felle discussie. Er is daarom met smart gewacht op een ‘verlossend’ antwoord van het Europese Hof van Justitie.

### Feiten en procesverloop

Constantin Film Verleih is een Duitse filmproductie- en distributieonderneming en staat bekend om haar filmsuccessen als ‘Der Untergang’, ‘Resident Evil’, en de verfilming van ‘Das Parfum’. Wega Filmproduktionsgesellschaft is een filmproductiehuis van Oostenrijkse origine en is houder van de rechten op films en documentaires waaronder ‘Das Weisse Band’. De website met de domeinnaam kino.to biedt gebruikers de mogelijkheid om auteursrechtelijke films te bekijken en te downloaden. Nadat de beide filmproductiehuizen hadden geconstateerd dat door hen geproduceerde films zonder hun toestemming op deze website beschikbaar werden gesteld, hebben zij de kortgedingrechter op grond van de Urheberrechtsgesetz-Novelle (de Oostenrijkse Auteurswet) verzocht om de Oostenrijkse internetprovider UPC Telekabel Wien te verplichten de litigieuze website te blokkeren. Via kino.to, die volgens verzoeksters iedere dag op piekmomenten door zo’n vier miljoen internetgebruikers werd bezocht, konden ruim 13.000 films worden gedownload en/of gestreamd.<sup>2</sup> Er was aldus sprake van een grootschalige inbreuk van auteursrechten, waarmee de

exploitanten jaarlijks miljoenen euro’s aan reclame-inkomsten binnen haalden.<sup>3</sup> Bij beschikking van 13 mei 2011 heeft het Handelsgericht Wien UPC Telekabel verboden haar gebruikers toegang te bieden tot de inbreukmakende website. Dit zou bewerkstelligd moeten worden door middel van een blokkering van de domeinnaam (DNS-blokkering) en het IP-adres van de website ‘alsook elk ander IP-adres van deze website waarvan die onderneming kennis kan hebben’. IP-adressen zijn numerieke adresformaten waarmee toestellen die toegang hebben tot internet worden geïdentificeerd. Bij een blokkade worden de aanvragen voor het betreffende IP-adres door de diensten van een ISP niet meer doorgegeven.<sup>4</sup> DNS (domain name system)-servers hebben daarentegen betrekking op domeinnamen en ‘vertalen’ als het ware domeinnamen in IP-adressen. Bij een DNS-blokkering wordt deze vertaling verhinderd.<sup>5</sup> Deze methoden zijn niet waterdicht. De verwijzende rechter wijst op het feit dat gebruikers de inbreukmakende website ook zonder bijzondere technische kennis makkelijk kunnen bereiken.<sup>6</sup> In hoger beroep werd geoordeeld dat het bevel aan UPC Telekabel ten onrechte was gespecificeerd met betrekking tot de nemen maatregelen bij een verplichting tot een websiteblokkade. Het Oberlandesgericht verbood het bieden van toegang tot de inbreukmakende website, zonder daarbij concrete maatregelen ter zake te noemen. ISPs mochten dus zelf bepalen welke middelen zij zouden inzetten om internetgebruikers de toegang tot kino.to te ontzeggen. Het blokkeren van een website leidt niet alleen tot technische, maar ook principiële vraagstukken waarbij de informatievrijheid van de internetgebruiker een rol speelt. Reden genoeg voor

\* Menno Weij is advocaat, partner bij SOLV Advocaten te Amsterdam, Hanneke van Lith is student-stagiaire bij SOLV Advocaten.

1. Vزر. Rechtbank 's-Gravenhage 19 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1414 (*BREIN/Ziggo c.s.*); Rechtbank 's-Gravenhage 11 januari 2012, Vزر. Rechtbank 's-Gravenhage 10 mei 2012 (*BREIN/Ziggo en XS4ALL*); Hof 's-Gravenhage 28 januari.2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*BREIN/UPC c.s.*).
2. HvJ EU 26 november 2013, conclusie A-G Cruz Villalón 26 november 2013, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel GmbH v. Constantin Film Verleih GmbH en Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*), r.o. 22.
3. Conclusie A-G Cruz Villalón, r.o. 22.
4. Ofcom, ‘Site Blocking’ to reduce online copyright infringement, 27 mei 2010, p. 3.
5. Ofcom, ‘Site Blocking’ to reduce online copyright infringement, 27 mei 2010, p. 3.

het Oberste Gerichtshof om als hoogste Oostenrijkse rechter prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof van Justitie. De vier prejudiciële vragen die zijn voorgelegd kunnen als volgt worden samengevat: is het toegestaan om een ISP te verplichten een website met inbreukmakende informatie te blokkeren en indien dat is toegestaan wat dient deze verplichting voor de betrokken ISP dan precies in te houden? Is dat een maatregel van algemene strekking, zoals een resultaatsverplichting, of moet het gaan om concrete maatregelen?<sup>7</sup>

### Internetprovider aangemerkt als aanspreekbare 'tussenpersoon'

Het Hof begint de beantwoording met de beoordeling van de reikwijdte van artikel 8, lid 3 van richtlijn 2001/29. Wanneer een ISP namelijk niet als 'tussenpersoon wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op auteursrecht of naburige rechten' kan worden aangemerkt, kan haar ook geen verplichting tot het blokkeren van een inbreukmakende website worden opgelegd. Het artikel biedt rechthebbenden namelijk de mogelijkheid te verzoeken om een rechterlijk bevel jegens ISPs die toegang bieden aan inbreukmakers, om gepleegde inbreuken te beëindigen en om nieuwe inbreuken te voorkomen.<sup>8</sup> De vraag die in het kader van de Oostenrijkse zaak beantwoord dient te worden is of dit ook geldt voor ISPs die geen toegang bieden aan de inbreukmaker, maar enkel aan internetgebruikers die toegang zoeken tot het illegale aanbod.<sup>9</sup> Het antwoord luidt bevestigend. De uitleg van artikel 8, lid 3 van richtlijn 2001/29 moet volgens het Hof ruim worden uitgelegd<sup>10</sup>:

'Aangezien de internetprovider noodzakelijkerwijs betrokken is bij elke doorgifte op internet van een inbreuk tussen een van zijn klanten en een derde doordat hij deze doorgifte mogelijk maakt door internettoegang te verschaffen (...), een internetprovider als die van het hoofdgeding – die zijn klanten toegang verschaft tot door een derde op internet voor het publiek beschikbaar gestelde beschermde werken – kan worden aangemerkt als een tussenpersoon wier diensten worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten in de zin van artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29.'

Hier begint de schoen al te wringen. De preventieve werking van het artikel vereist immers dat rechthebbenden kunnen optreden zonder dat hoeft te worden aangetoond dat klanten van een ISP zich effectief toegang verschaffen tot informatie die zonder toestemming voor het publiek beschikbaar is gesteld.<sup>11</sup> Een inbreuk op auteursrechten weegt zwaar genoeg om een blokkade af te dwingen, ook wanneer het gaat om inbreuken die (grotendeels) buiten het eigen netwerk plaatsvinden. Het maakt namelijk niet uit of gebruikers daadwerkelijk toegang hebben gehad tot de betreffende website of dat de provider een handelsrelatie heeft met de exploitanten van de betrokken website.<sup>12</sup>

### Afweging grondrechten bij invulling websiteblokkade

Naast de beslissing dat een blokkeringsverplichting is toegestaan gaat het in deze zaak met name om de afweging van grondrechten bij het opleggen van zo'n verplichting. Het opgelegde verbod tot toegang tot een inbreukmakende website wordt als het zogenoemde 'Erfolgsverbot' gekwalificeerd.

Hiermee wordt bedoeld dat de ISP verplicht is te voorkomen dat een bepaald resultaat - toegang tot de website - intreedt zonder dat hierbij wordt aangegeven welke maatregelen in dat verband genomen moeten worden. Het Hof stelt voorop dat bij een bevel tot blokkering rekening moet worden gehouden met verschillende grondrechten van betrokkenen. Meer in het bijzonder met artikel 17 lid 2 van het Handvest waarmee het recht op intellectuele eigendom wordt beschermd, de vrijheid van ondernemerschap die marktdeelnemers zoals ISPs genieten op grond van artikel 16 van het Handvest, en de vrijheid van informatie van internetgebruikers zoals beschermd door artikel 11 van het Handvest.<sup>13</sup> Het Hof heeft bij haar beslissing de conclusie van Advocaat-Generaal Cruz Villalón niet gevolgd. De A-G had geconcludeerd dat het opleggen van een resultaatsverplichting niet mogelijk was. Er zou geen eerlijk evenwicht tussen de belangen van de ISP en de belangen van de rechthebbenden worden gecreëerd, wanneer niet wordt aangegeven welke maatregelen een ISP concreet moet nemen.<sup>14</sup> Het Hof heeft ondanks de uitgebreid beargumenteerde conclusie van de A-G toch besloten dat het opleggen van een resultaatsverplichting niet de essentie van de belangen van een ISP raakt en noemt geen concrete maatregelen ter invulling van het blokkeringbevel. De ISP kan zelf bepalen welke concrete maatregelen moeten worden genomen om het beoogde resultaat te bereiken. Dit is positief geformuleerd. Anders geformuleerd komt het erop neer dat de betrokken provider zelf maar moet uitzoeken hoe hij hiermee omgaat. Verder overweegt het Hof dat een provider aan eventuele aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat hij alle redelijke maatregelen genomen heeft.<sup>15</sup> In dat geval zal een opgelegde verplichting tot blokkering van een inbreukmakende website in de praktijk weinig effect hebben.

De adressaat van een blokkeringsbevel bij de keuze van de betreffende maatregelen moet verzekeren dat het grondrecht van internetgebruikers, de vrijheid van informatie, in acht wordt genomen.<sup>16</sup> Die maatregelen moeten volgens het Hof dermate doelgericht zijn zodat zij bijdragen tot een beëindiging van de inbreuken, zonder dat zij nadelige gevolgen hebben voor de internetgebruikers die gebruik maken van de diensten van de betrokken ISP om zich rechtmatig toegang te verschaffen tot de informatie.<sup>17</sup> De maatregelen moeten evenwel voldoende doeltreffend zijn om een effectieve bescherming van intellectuele eigendomsrechten te verzekeren, waarbij wordt benadrukt dat een volledige blokkade lastig te bewerkstelligen is en dus niet is vereist dat de maatregel de inbreuk ook volledig beëindigt.<sup>18</sup> Zij moeten

6. Conclusie A-G Cruz Villalón, r.o. 25.
7. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 17.
8. Zie HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet Extended*), r.o. 30-36.
9. Conclusie A-G Cruz Villalón, r.o. 42.
10. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 32.
11. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 38.
12. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 34 en 39.
13. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 47.
14. Conclusie A-G Cruz Villalón, r.o. 84-86; zie ook HvJ EU 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae*), r.o. 65-70.
15. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 50-53.
16. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 55.
17. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 56.
18. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 58.

tot gevolg hebben 'dat niet toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruik maken van de diensten van de [ISP] ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze (...) werken'.<sup>19</sup>

De beslissing van het Hof van Justitie kan op grond van het voorgaande als volgt worden samengevat: het opleggen van een blokkeringsverplichting is toegestaan, mits deze geen nadelige gevolgen heeft voor internetgebruikers die rechtmatig toegang willen tot informatie via internet. De wijze waarop de resultaatsverplichting wordt ingevuld wordt hierbij overgelaten aan de ISPs zelf, maar de maatregelen die daartoe worden genomen moeten voldoende effectief zijn om IE-rechten te beschermen en zij moeten gebruikers ernstig ontmoedigen om zich toegang te verschaffen tot de inbreukmakende werken. Het gevolg is derhalve dat de concrete beoordeling van een blokkeringsverplichting wordt overgelaten aan de nationale gerechtelijke instanties.

### Kritische kanttekeningen

Al met al is de uitspraak van het Hof van Justitie een principiële, die de verantwoordelijkheid voor een websiteblokkade bij de ISPs zelf neerlegt. De reacties op de uitspraak lopen gezien dit principiële karakter sterk uiteen, maar alsnog claimen de kampen voor en tegen beide een overwinning. Zo wordt aan de ene kant gesteld dat het arrest de verplichting oplegt om over te gaan tot het blokkeren van een website, *no matter what*. Dus ook wanneer deze niet 100% effectief blijkt te zijn. Daartegenover wordt het argument aangevoerd dat het alsnog moet gaan om effectieve maatregelen ter invulling van een opgelegde verplichting tot blokkeren en dat de rechtmatige belangen van de gebruiker ook een rol spelen. Voor beide meningen valt wat te zeggen, maar zelf denken we dat het Hof principieel heeft geoordeeld in een kwestie die met name fundamenteel van aard is. De fundamentele kwestie omtrent de aansprakelijkheid van ISPs wordt met een open einde beantwoord, waarbij gebruik wordt gemaakt van bewoordingen die op meerdere wijzen te interpreteren zijn.

Het opleggen van een resultaatsverplichting is toegestaan, maar de invulling van deze verplichting wordt overgelaten aan de providers zelf. Hierbij is het niet noodzakelijk dat de inbreuk ook daadwerkelijk wordt beëindigd en maakt het niet uit of gebruikers überhaupt toegang hebben tot de inbreukmakende website. Van een onmiskenbare resultaatsverplichting is dus eigenlijk geen sprake. Het feit dat een website technisch te omzeilen is, doet niet af aan de opgelegde resultaatsverplichting. Het beoogde resultaat, namelijk het bemoeilijken van toegang, wordt hiermee (te) ver genceerd. ISPs worden door de beslissing van het Hof op de stoel van de rechter geplaatst om te beoordelen of zij 'redelijke maatregelen' hebben genomen, dit kan niet de bedoeling zijn geweest.

### Gevolgen voor Nederland

Te verwachten valt dat BREIN in cassatie gaat tegen het arrest van het Hof Den Haag, maar wat de uitkomst hiervan zal zijn kan aan de hand van de hier besproken uitspraak van het Europese Hof niet direct worden voorspeld. De vorderingen van Stichting BREIN inhoudende dat ISPs de website en daaraan gekoppelde domeinnamen moesten blokkeren werden eerder door het Hof Den Haag onderuit gehaald. De blokkade van de torrentsite was niet effectief, waardoor de blokkeringsverplichting tevens als niet-evenredig werd

gekwalificeerd.<sup>20</sup> BREIN zal aanvoeren dat de blokkade niet daadwerkelijk 100% effectief hoeft te zijn en de ISPs zullen aanvoeren dat effectieve bescherming een vereiste is voor een rechtvaardige blokkeringsverplichting. In dit opzicht speelt de overweging van het Hof Den Haag dat het effect van de blokkade van The Pirate Bay door Ziggo en XS4ALL te verwaarlozen was een belangrijke rol.<sup>21</sup> Een blokkade die nauwelijks effect heeft is van geheel andere orde dan een blokkade die niet 100% effectief blijkt te zijn. Er moet wel een zekere effectiviteit worden bereikt. We voorspellen daarom dat in cassatie het opheffen van de blokkade uiteindelijk overeind zal blijven. Over dit twistpunt zal echter door de Hoge Raad moeten worden beslist. Wij wensen de rechters veel succes met het beslechten van deze principiële kwestie.

### Conclusie

De uitspraak van het Hof van Justitie zou duidelijkheid moeten scheppen in een ingewikkelde kwestie, maar is vervolgens niet helder en bevat een open einde. Het Hof scheidt enerzijds een duidelijk en correct beeld van de belangen die in deze kwestie relevant zijn, maar beslist vervolgens dat ISPs zelf maar moeten uitzoeken hoe zij met deze belangen omgaan. Zij worden hierdoor op de stoel van de rechter geplaatst. Het ligt voor de hand dat het laatste woord hierover nog niet is gezegd en dat de uitspraak zal leiden tot nieuwe interessante procedures. Hoe de uitspraak van het Hof in de praktijk zal worden uitgewerkt, zal dus moeten worden afgewacht. Met name aan de kant van ISPs, nu zij door de Europese uitspraak worden gemanoeuvreed in de positie van probleemeigenaar. We zijn daarom zeer benieuwd welke nuances en/of dimensies er in de aankomende maanden (of jaren) aan dit vraagstuk worden toegevoegd.

19. UPC Telekabel v. Constantin Film en Wega, r.o. 62.

20. Hof 's-Gravenhage 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo en XS4ALL/BREIN*), r.o. 5.24-5.26.

21. Hof 's-Gravenhage 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (*Ziggo en XS4ALL/BREIN*), r.o. 5.19.