

25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel

25 jaar rechtspraak media- en communicatierecht

Redactie:

mr. M.J. Geus
prof. mr. A.W. Hins
mr. Q.R. Kroes
mr. A.J. Nieuwenhuis
mr. E.C. Pietermaat
mr. C.J. Turner
dr. D. Voorhoof

2013 Otto Cramwinckel Uitgever te Amsterdam

Belangenafweging in het informatierecht

Het arrest Scarlet/SABAM en de botsing tussen auteursrecht en ondernemingsvrijheid, uitingsvrijheid en privacy

Remy Chavannes*

INLEIDING

Kan een aanbieder van internettoegang verplicht worden om op eigen kosten een filter te installeren dat alle dataverkeer van zijn klanten doorzoekt en inbreukmakend verkeer automatisch herkent en blokkeert? Nee, oordeelde het Hof van Justitie, in een arrest¹ dat door internetaanbieders en voorvechters van ‘digitale burgerrechten’ met triomfantelijk gejuich werd ontvangen.² Toen de slingers waren opgeborgen rees bij nuchtere nalezing de vraag of het arrest wel zo principieel was: of het wel meer was dan een voor de hand liggende afwijzing van een extreem en evident onbestaanbaar filtersysteem, zonder veel relevantie voor andere gevallen. Die beperkte lezing werd van harte aanbevolen door belangenbehartigers van de contentindustrie, die bang was om het in de loop van jaren opgebouwde handhavingsmomentum te verliezen.³ In deze bijdrage analyseer ik de reikwijdte en dus bredere relevantie van het arrest, waarin de afweging tussen botsende informatiegrondrechten centraal staat.

ACHTERGROND

Het arrest is een tussentijds hoogtepunt in de jarenlange strijd van IE-rechthebbers tegen inbreuk makende bestandsuitwisseling op het internet via onder meer *peer-to-peer*-platforms. De industrie heeft talloze procedures gevoerd tegen partijen die op commerciële schaal de bestandsuitwisseling faciliteren. Daarbij kwam het regelmatig voor dat een klinkende juridische overwinning in de praktijk weinig effect sorteerde, omdat de gedaagde een veroordeling aan zijn laars lapte of omdat het verkeer zich onmiddellijk verplaatste naar andere platforms. Procedures tegen individuele, inbreuk makende consumenten zijn bij voorbaat bewerkelijk en bleken in de praktijk bovendien te leiden tot slechte PR. Zodoende rees vanzelf de vraag in hoeverre internetaanbieders in staat en bereid waren – of verplicht konden worden – behulpzaam te zijn in de strijd tegen piraterij. Daarbij ging het aanvankelijk vooral om verstrekking van informatie over mogelijk

* Mr R.D. Chavannes is advocaat te Amsterdam (Brinkhof) en oud-redacteur van *Mediaforum*. Hij is aan de zijde van twee internetaanbieders betrokken bij lopende procedures over blokkering van toegang tot The Pirate Bay.

inbreuk makende klanten en verwijdering van illegale sites door hosting providers. Toen het verkeer zich steeds meer verplaatste naar buitenlandse platforms die zich vestigden in ‘moeizame’ jurisdicties, werd ook access providers verzocht maatregelen te treffen, door sites te blokkeren of inbreuk makend dataverkeer uit te filteren.

Het groeiende verlangen van de contentindustrie naar medewerking door internet tussenpersonen heeft tot veel rechtszaken geleid.⁴ Een daarvan werd al in 2004 in Brussel aangespannen door de Belgische auteursrechtenorganisatie SABAM. Zij stelde dat internettoegangs-aanbieder Scarlet profiteerde van auteursrechtinbreuk door haar klanten (omdat die leidde naar een stijgende verkeersvolumes en dus vraag naar haar diensten) en in een ideale positie was om die te beëindigen. Zij vorderde dat Scarlet op straffe van verbeurte van dwangsommen zou worden veroordeeld om verdere inbreuken te doen staken door het onmogelijk maken of het verlammen van elke vorm van verzending of ontvangst van muziekbestanden door haar klanten door middel van peer-to-peer-software door haar klanten. De door de rechtbank geraadpleegde deskundige adviseerde na ruim twee jaar studie dat de toenemende toepassing van encryptie veel technische oplossingen onmogelijk zou maken, maar sloot niet uit dat Scarlet vooralsnog inbreuk makend verkeer zou kunnen opsporen en blokkeren.⁵ Daarop sprak de rechtbank de gevraagde veroordeling uit.⁶

Scarlet stelde hoger beroep in en bewoog het Hof van Beroep tot het stellen van prejudiciële vragen over de verenigbaarheid van de opgelegde maatregel met de EU-richtlijnen over auteursrecht, e-commerce en privacy, zoals die in het licht van de artikelen 8 en 10 EVRM moesten worden gelezen.⁷ De vraag was toegespitst op de tweede volzin van artikel 87 lid 1 van de Belgische Auteurswet, die bepaalt dat rechter een bevel tot staking kan uitvaardigen tegenover tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk te plegen. Deze bepaling is, net als artikel 26d van de Nederlandse Auteurswet, een vrijwel letterlijke implementatie is van artikel 8 lid 3 van de Auteursrecht-richtlijn en artikel 11 van de IE-Handhavingsrichtlijn.

CONCLUSIE A-G

Zoals hierna zal blijken is het arrest van het Hof betrekkelijk kort, zodat het voor het uitdiepen van de betrokken rechtsvragen én voor het beter begrijpen van het arrest nuttig is te kijken naar de uitgebreide conclusie van advocaat-generaal P. Cruz Villalón.

In zijn conclusie presenteert Villalón de zaak als een gelegenheid voor het Hof om zich uit te spreken ‘over de – tot nu toe niet behandelde – vraag van de levensvatbaarheid – uit het oogpunt van het recht van de Unie – van sommige technische

maatregelen ter bestrijding van piraterij die, hoewel de betrouwbaarheid ervan nog niet helemaal vaststaat en hoewel ze voortdurend te maken hebben met de technologische vooruitgang en de groeiende praktische ervaring, gepresenteerd worden als een mogelijk adequaat antwoord op de aantastingen van de intellectuele-eigendomsrechten die elke dag op “het web” plaatsvinden.’ Hij wijst er al in zijn inleiding op dat hoewel de vraag is geformuleerd vanuit het perspectief van de rechten van internetgebruikers, de opgelegde maatregel ook vanuit het perspectief van de internetaanbieder vergaande gevolgen heeft.

Villalón herformuleert (§§ 29-34) de prejudiciële vraag door de verwijzing naar de artikelen 8 en 10 EVRM te vervangen door de corresponderende bepalingen uit het Handvest, die tenminste dezelfde bescherming bieden.⁸ Hij gaat vervolgens in op de interventie van de Commissie, die had bepleit dat de verschillende EU-richtlijnen een filter als gevorderd op zich niet verbieden, maar dat de Belgische rechter onvoldoende acht had geslagen op de eisen die voortvloeien uit het evenredigheidsbeginsel. De nationale wet trof dus geen blaam in de ogen van de Commissie. De A-G stelt voorop dat ook de wet zelf aan een evenredigheidstoetsing moet worden onderworpen en dat dit bovendien pas kan als is vastgesteld dat die ‘bestaat’, dat wil zeggen voldoet aan de rechtsstatelijke kwaliteitseisen die artikel 52 lid 1 Handvest stelt, in navolging van de het *prescribed by law*-vereiste in de artikelen 8 lid 2 en 10 lid 2 EVRM.

Analyse van de technische werkwijze, effectiviteit, kosten en andere concrete impact van het door SABAM geëiste filter was onmogelijk, omdat SABAM het systeem alleen technisch neutraal wilde definiëren, aan de hand van de doelstelling ervan – te weten de geschiktheid om elke inbreuk te voorkomen. Daarmee draaide de zaak om een theoretisch, per-definitie-100%-effectief filter, zonder enige technische omschrijving. Desondanks doet de A-G een moedige poging (§ 46-52) het filter te ontleden. Hij maakt onderscheid tussen de verschillende opeenvolgende functies van het te installeren filtersysteem: het filteren en onderzoeken van alle verkeer, het identificeren van verkeer dat inbreuk maakt en vervolgens het blokkeren van dat verkeer.

Door van Scarlet een filtersysteem te verlangen dat abstract gedefinieerd werd door absolute effectiviteit, poogde SABAM, in de woorden van de A-G (§ 54), ‘om de juridische en economische aansprakelijkheid voor de strijd tegen het illegaal downloaden van illegaal gekopieerde werken op internet te delegeren aan de internetproviders.’ Gezien deze kenschetsing is niet verrassend dat de A-G deze eigenlijk al meteen afserveert op grond van rechtstatelijke overwegingen van rechtszekerheid en legaliteit (zie § 66-68).

De daarop volgende grondrechtelijke analyse begint met de op zich weinig controversiële vaststelling (§ 69-87) dat de opgelegde maatregel kwalificeert als een

beperking van rechten en vrijheden in de zin van artikel 52 lid 1 Handvest, specifiek de bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 Handvest), de vertrouwelijkheid van elektronische communicatie (artikel 7) en de vrijheid informatie te verstrekken en te ontvangen (artikel 11). De vervolgvraag is dan (§ 72, 87) of de maatregel voldoet aan de voorwaarden die deze artikelen aan beperkingen stellen (ik volg nu de tekst van artikel 52 lid 1 Handvest):

- i) beperkingen moeten bij wet worden gesteld;
- ii) zij moeten de wezenlijke inhoud van de beschermde rechten en vrijheden eerbiedigen; en
- iii) met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

De A-G concludeert na een uitvoerige analyse van de eerste voorwaarde (§ 88-112) dat daaraan niet is voldaan. Eigen aan de aard van het vereiste (*prescribed by law* in EVRM-taal) is dat de A-G, tegen de achtergrond van de opgelegde *maatregel*, kijkt naar de onderliggende wettelijke *grondslag*. Uit de door de A-G behandelde EHRM-jurisprudentie (§ 94-100) volgt dat, wil sprake zijn van een ‘wet’ in de hier bedoelde zin, deze niet alleen een voldoende basis in het nationale recht moet hebben, maar ook aan kwalitatieve eisen moet voldoen: de regeling moet zodanig nauwkeurig zijn omschreven dat de beperking voor burgers voorzienbaar is, en adequate waarborgen bevatten tegen misbruik en willekeur.

Naar zijn oordeel is de opgelegde verplichting ‘enerzijds zo typisch en zelfs uniek, en anderzijds “nieuw” en zelfs onverwacht, dat deze verplichting slechts toelaatbaar kan zijn op voorwaarde dat deze uitdrukkelijk, vooraf, duidelijk en precies is voorzien in een “wet” in de zin van het Handvest.’ Wat betreft de rechten van gebruikers wijst hij op het ontbreken van waarborgen, met name voor de bescherming van persoonsgegevens en voor de vertrouwelijkheid van de communicatie, en het ontbreken van de mogelijkheid om zich te verzetten tegen de blokkering van een bepaald bestand of om de rechtmatigheid daarvan te betwisten. Naast het feit dat de Belgische wet over dit alles niets zegt, bestaat er ook geen omvangrijke nationale jurisprudentie waarin de wet wordt herhaald en verfijnd in de richting van zo’n maatregel. De conclusie luidt dat de Belgische wet niet beschouwd kan worden als voldoende wettelijke basis voor het uitvaardigen van een rechterlijk bevel waarbij de installatie van het opgelegde filter- en blokkeringsysteem wordt opgelegd.

In zijn slotbeschouwing (§ 113) verbindt de A-G de voorafgaande bespreking van het eerste vereiste van artikel 52 lid 1 Handvest met de overige twee vereisten. Hij

onderkent dat de betreffende materie buitengewoon gevoelig ligt – en juist daarom niet kan worden overgelaten aan een rechterlijke belangenweging:

Wat al deze voorwaarden betreft, is het nogmaals juist die ‘wet’ die mijns inziens ontbreekt, waarbij onder ‘wet’ wordt verstaan recht ‘waarover is beraadslaagd’, dat wil zeggen recht dat democratisch gelegitimeerd is. Alleen een wet in de parlementaire betekenis van het woord zou het immers mogelijk hebben gemaakt om voort te gaan met de bestudering van de andere voorwaarden die artikel 52, lid 1, van het Handvest stelt.

Hij zal niet de eerste magistraat zijn die zich verzucht over het vermogen van Europese en nationale wetgevers om inhoudelijke keuzes ten aanzien van botsende informatiegrondrechten uit de weg te gaan.

ARREST

Het Hof beantwoordt de gestelde prejudiciële vraag conform de conclusie van de A-G, maar pakt het anders aan. Het komt op drie zelfstandige gronden tot de conclusie dat het SABAM-filter niet aan Scarlet kan worden opgelegd. Het betreft achtereenvolgens artikel 15 van de E-Commerce richtlijn, de rechten van Scarlet (vrijheid van ondernemerschap) en de rechten van gebruikers (bescherming van persoonsgegevens en vrijheid om informatie te verzenden en te ontvangen).

Ten eerste stelt het Hof vast dat het rechterlijke bevel Scarlet verplicht tot actief preventief toezicht op het verkeer van haar klanten, in strijd met artikel 15 lid 1 van de E-commerce richtlijn (§ 35-40). Daar valt weinig op af te dingen. Vervolgens komt het toe aan de eisen die voortvloeien uit de verschillende grondrechten. Het Hof herhaalt de regel uit het arrest *Promusicae*, dat de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties in het kader van de ter bescherming van de houders van auteursrechten vastgestelde maatregelen een juist evenwicht moeten verzekeren tussen de bescherming van deze rechten en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden geraakt.⁹ Waar die regel toen nog iets weg had van een Luxemburgse bezweringsformule waar de nationale instanties het verder maar mee moesten uitzoeken, blijkt nu dat deze volgens het Hof vergaande gevolgen kan hebben.

Vrijheid van ondernemerschap

In zijn grondrechtelijke analyse stelt het Hof de vrijheid van ondernemerschap voorop. Dit door artikel 16 Handvest beschermde grondrecht komt niet voor in de prejudiciële vraagstelling, noch in de conclusie van de A-G. Het dekt echter wel dezelfde argumenten als laatstgenoemde aanvoerde onder de noemer ‘rechtszekerheid en legaliteit’: een vergaande en onverwachte verplichting aan internetaanbieders om op eigen kosten een ‘permanent, duur en ingewikkeld informa-

ticsysteem in te voeren' dat alle verkeer op hun netwerk te controleert en alle toekomstige inbreuk te voorkomt. Het rechterlijke bevel is daarmee in strijd met het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de bescherming van het intellectuele-eigendomsrecht, dat houders van auteursrechten ten goede komt, en de vrijheid van ondernemerschap, die operatoren zoals internetproviders genieten.

Door de argumenten van de A-G over te nemen maar te rubriceren als inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap, draagt het Hof bij aan de verdere bekendwording van dit onderbelichte grondrecht. Het biedt een concrete illustratie van de aanvullende functie van het Handvest ten opzichte van het EVRM – en zet technische ingrijpendheid, geldingsduur en kosten(verdeling) nadrukkelijk op de kaart als afwegingsfactoren in toekomstige zaken.

Bescherming van persoonsgegevens en communicatievrijheid

Ten derde analyseert het Hof het evenwicht tussen de bescherming van IE-rechten en de rechten van de klanten van Scarlet. Het Hof concludeert dat het Belgische bevel niet voldoet aan 'het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd' tussen de betrokken grondrechten, en doet dat louter op grond van de constatering dat het bevolen filter een 'aantasting kan vormen' van de privacy- en communicatierechten van gebruikers. Van enige vaststelling van de omvang van de *in concreto* beschermde belangen is geen sprake, evenmin als een afweging. Het Hof beperkt zich niet tot een instructie over het kader waarbinnen de nationale feitenrechter zijn afweging moet verrichten, maar schrijft de uitkomst ervan voor.

Dit gebrek aan materiële afweging wordt in mijn optiek verklaard door het gebrek aan ruw materiaal (in de vorm van concrete informatie over de technische werkwijze van het opgelegde filtersysteem), en door de focus van de A-G op de kwaliteit van de wettelijke grondslag (waardoor hij niet of nauwelijks toekomt aan daadwerkelijke afweging van de grondrechtelijk beschermde belangen).

Ik doel hiermee overigens niet op een keuzemogelijkheid tussen een 'rechtstatelijke benadering' en een 'grondrechtelijke benadering', noch op een mogelijke doctrinaire frictie tussen A-G en Hof op dit punt. Het zijn opeenvolgende stappen in de analyse die nodig is om vast te stellen of een beperking van grondrechten voldoet aan de drie eisen van artikel 52 lid 1 Handvest: de A-G concentreert zich op de eerste voorwaarde (dat de beperking is voorzien bij wet); het arrest van het Hof komt er op neer dat de beperking van de grondrechten van Scarlet en haar gebruikers niet voldoet aan de derde voorwaarde (inachtneming van het evenredigheidsbeginsel). Kennelijk had het Hof om (rechts)politieke redenen geen behoefte om een beslissing te nemen over de kwaliteit van de Belgische wettelijke grondslag voor een filterverplichting, wellicht omdat het daarmee indirect een oordeel

zou vellen over de verbindendheid van de achterliggende richtlijnbevestigingen, die de Belgische wetgever als gezegd vrijwel letterlijk had overgeschreven. Het Hof zegt daar dus niks over maar beperkt zich tot een (vernietigend) oordeel over de evenredigheid van de opgelegde maatregel. Dat is in dit geval voldoende om te concluderen dat de maatregel niet mag worden opgelegd en dus de prejudiciële vraag te beantwoorden. Het zal voor het Hof lastiger zijn de rechtstatelijke argumenten (de eerste voorwaarde) te ontwijken als hem een concreter filtersysteem wordt voorgelegd.¹⁰

Op het eerste gezicht vormt de beknoptheid van 's Hof's analyse tegelijkertijd de kracht en de zwakte van het arrest. De kracht is dat het Hof de uitkomst van de afweging kennelijk zo evident vindt, dat meer woorden niet nodig zijn en ruimte voor nadere afweging door de nationale rechter ontbreekt. De zwakte is dan dat het arrest is toegespitst op een tamelijk extreme filtervariant en daardoor minder houvast biedt voor moeilijkere gevallen. In deze lezing biedt het arrest aanknopingspunten voor zowel voor- als tegenstanders van 'mildere' varianten, die niet abstract worden gedefinieerd aan de hand van gegarandeerde effectiviteit maar aan de hand van concrete technische maatregelen, zoals het blokkeren van een bepaald IP-adres of domeinnaam. Voorstanders van zo'n filtersysteem kunnen erop wijzen dat het goedkoper te implementeren is en minder privacybeperkend is dan het SABAM-filter, omdat de inhoud van individuele datapakketten niet gecontroleerd hoeft te worden. Tegenstanders kunnen erop wijzen dat de eventuele kosten- en privacywinst van zo'n grover filter rechtstreeks ten koste gaat van de effectiviteit en (dus) de communicatievrijheid: hoe 'dommer' het filter, hoe meer rechtmatige content erdoor wordt tegengehouden en hoe minder het bijdraagt aan de bestrijding van IE-inbreuk. Als SABAM's op *deep packet inspection*-gebaseerde content filter al niet voldoet aan 'het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd' tussen auteursrecht en recht om informatie te verzenden en te ontvangen omdat het ook legale inhoud kan blokkeren (r.o. 52-53), geldt dat *a fortiori* voor een filter dat *alle* communicatie van en naar een bepaald IP-adres of domeinnaam tegenhoudt.

Nadere lezing van de overwegingen over persoonsgegevens (r.o. 51) en communicatievrijheid (r.o. 52) doet echter vermoeden dat ook bij een *lite*-filter in de ogen van het Hof niet snel sprake zal zijn van het vereiste 'juiste evenwicht'. Als IP-adressen vanuit het perspectief van de internetaanbieder persoonsgegevens zijn en hun verwerking van die IP-adressen in het kader van het filter al voldoende is voor de conclusie dat het filter 'een aantasting kan vormen' van hun privacy en dus niet het juiste evenwicht verzekert, is de ruimte voor een wel toelaatbaar filter uiterst beperkt.

Ten aanzien van de communicatievrijheid blijkt bovendien dat de conclusie in r.o. 53, dat het filter niet het vereiste eerbiedigt dat een juist evenwicht moet worden

gevonden tussen het intellectuele-eigendomsrecht en de vrijheid om informatie te ontvangen en te verstrekken, uitsluitend steunt op de constatering in r.o. 52 dat ‘de toepassing [van het SABAM-filter] zou kunnen leiden tot de blokkering van communicatie met legale inhoud’. Als de soep zo gegeten wordt, zal geen enkel filter de toets der kritiek doorstaan. Er bestaat immers geen filter dat voor elke bestandsuitwisseling foutloos kan vaststellen (a) naar welk auteursrecht deze moet worden beoordeeld, (b) of naar toepasselijk recht sprake is van een beschermd werk, (c) of een eventuele rechthebbende daarvoor toestemming heeft gegeven dan wel (d) of een beperking van toepassing is. Als zo’n filter ontwikkeld zou kunnen worden, zou het nog ingewikkelder, ingrijpender en dus kostbaarder en meer privacy-aantastend zijn dan het SABAM-filter volgens het Hof al was.

Zelfs als er een filter denkbaar zou zijn dat naar de maatstaven van het Hof de privacy voldoende respecteert en zelfs als er een filter denkbaar zou zijn dat naar de maatstaven van het Hof de communicatievrijheid voldoende respecteert, is vanuit het perspectief van gebruikersrechten dus sprake van een *zero sum game*: betere bescherming van de communicatievrijheid leidt automatisch tot een verdergaande aantasting van de privacy, en andersom.

Vanuit het perspectief van de rechthebbenden is dat een dilemma waarop een eenvoudig antwoord bestaat: zoek de optimale balans tussen bescherming van communicatievrijheid en privacy, bijvoorbeeld door een minder ingrijpend filter; het compromis ligt in het midden. Die redenering gaat echter alleen op als wordt aangenomen het auteursrechtbelang voorrang heeft. De door EVRM en HvJ bevolen benadering is evenwel juist om een evenwicht te vinden tussen *alle* belangen. Dat betekent dat men ook een alternatieve conclusie onder ogen moet zien: als het niet mogelijk is een filter te implementeren op een manier die de kern van privacy, communicatievrijheid en ondernemingsvrijheid in stand laat, is een filter geen werkbare optie en moet gezocht worden naar een andere manier om het auteursrechtbelang na te streven.

Dergelijke bespiegelingen illustreren hoe ingewikkeld het in de praktijk is om belangen af te wegen in situaties zoals deze, waarin vier concurrerende grondrechten van drie groepen belanghebbenden op elkaar inspelen. Klassieke, tweedimensionale botsingssituaties, zoals in perszaken tussen privacy en vrijheid van meningsuiting, zijn al lastig om objectief te normeren en beslechten. Als proportionaliteit en evenredigheid echter tegelijkertijd in vier gelijkwaardige dimensies moeten worden vastgesteld, terwijl iedere steun of sturing van de wetgever ontbreekt, is de heuristische belasting voor de rechter enorm.

RECEPTIE

Het arrest heeft zich kunnen verheugen in veel aandacht van gespecialiseerde wetenschappers, praktijkjuristen en lobbyisten. In de wetenschappelijke commentaren valt regelmatig instemming te lezen met de conclusies die het Hof bereikt, maar ook teleurstelling over de beknopte – volgens sommigen: oppervlakkige – motivering.¹¹ Inderdaad ontbreekt aandacht voor artikel 7 Handvest, dat het privéleven en de privécommunicatie beschermt, en voor artikel 5 van de e-Privacyrichtlijn, dat lidstaten verplicht het vertrouwelijke karakter van communicatie te garanderen. Inderdaad is de analyse van de kwalificatie van IP-adressen als persoonsgegevens kort door de bocht.

Vanuit breder rechtspoliteïk perspectief is de analyse van Daly en Farrand interessant. Laatstgenoemden zien het arrest als onderdeel van een tegenbeweging tegen de *corporate copyright lobby* en een afwijzing van *copyright absolutism* ten gunste van internetaanbieders en gebruikers.¹² De laatste jaren kenmerken zich in de analyse van Daly en Farrand door een stijgende belangstelling in media en politiek voor de gebruiks- en privacyrechten van consumenten, waardoor de IE-handhavingslobby minder makkelijk zijn standpunten kan doordrukken. Dommering analyseert hoe het (onbedoelde) effect van de auteursrechtlobby is geweest 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.¹³

CONCLUSIE

De problematiek die de aanleiding vormt voor het arrest *Scarlet/SABAM*, kenmerkt zich door complexe, multidimensionale botsingen van grondrechten en bijbehorende politiek-maatschappelijke gevoeligheid. Zeker zo lang de Europese en nationale wetgevers niet in staat of bereid zijn keuzes te maken of prioriteiten te stellen, zullen nationale rechters met nauwelijks genormeerde belangenafwegingen worstelen en zullen prejudiciële vragen elkaar opvolgen. Het valt nu nog niet te zeggen of, als wij over 25 jaar terugblikken op 50 jaar VMC, dit arrest weer een eigen hoofdstuk krijgt, onderdeel blijkt te zijn van een lange jurisprudentiereeks of wordt weggemoffeld in een historische voetnoot.

Het arrest bevat een aantal verstrekkende maar weinig diepgravende belangenafwegingen. Dat het geen eendagsvlieg is, blijkt uit het drie maanden later gewezen arrest *SABAM/Netlog*,¹⁴ maar overigens moeten de gevolgen van het arrest zich nog uitkristalliseren. De casus gaat uit van een theoretisch, gegarandeerd-effectief en dus per-definitie-onevenredig filter, maar de overwegingen waarmee het Hof het afserveert hebben ook gevolgen voor andere gevallen. Het arrest maakt *en passant* duidelijk dat de regel dat het intellectuele eigendomsrecht geen voorrang heeft op

andere (grond)rechten maar in botsingsituaties op gelijke voet moet worden afgewogen, meer is dan de zoveelste Luxemburgse toverformule. De nationale rechters zijn echter nog lang niet klaar met de receptie van het arrest, dat bovendien voldoende vragen openlaat voor een heel lustrumboek vol toekomstige arresten, over de belangenafweging in het informatierecht in het algemeen en de handhavingsmedewerkingsplichten van internettussenpersonen in het bijzonder.

- 1 HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet Extended/SABAM*).
- 2 Zie bijvoorbeeld EDRI (European Digital Rights): ‘Scarlet/SABAM Ruling a vital victory for Internet freedoms’, http://www.edri.org/scarlet__sabam__win; en Belgacom (dat inmiddels eigenaar van Scarlet Extended was): ‘Positieve uitkomst in de zaak Scarlet /SABAM: het Hof van Justitie verzet zich tegen het filteren van netwerken’, <http://bit.ly/sWqbbx>.
- 3 Zie bijvoorbeeld Stichting Brein: ‘Europees Hof bevestigt dat ISP’s geen algemene toezichtsverplichting mag worden opgelegd’, <http://www.anti-piracy.nl/nieuws.php?id=238>.
- 4 Voor een overzicht van recentere Nederlandse jurisprudentie, zie N. van der Laan & R.D. Chavannes, ‘Kroniek Technologie en recht’, *NJB* 2012, 2022.
- 5 De conclusies van de deskundige worden geciteerd in § 21 van de conclusie van A-G Villalón.
- 6 Vzr. Rb. Brussel 29 juni 2007, *Computerrecht* 2007, 280 m.nt. F. Petillion.
- 7 Hof van Beroep Brussel 28 januari 2010, *Computerrecht* 2010, 108 m.nt. B. Bruyndonckx.
- 8 Zie artikel 6 lid 1 VEU, artikel 52 lid 3 Handvest en HvJ 5 oktober 2010, zaak C-400/10 (*McB*), r.o. 53.
- 9 HvJ 29 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*).
- 10 De prejudiciële vragen van de Oostenrijkse rechter in zaak C-314/12 bieden hiervoor een uitgelezen kans.
- 11 Het arrest is geannoteerd door P.B. Hugenoltz in *NJ* 2012, 480; door S. Kulk en F.J. Zuiderveen Borgesius in *Mediaforum* 2012-3, nr. 3; en door M.J.C. van der Heijden en S. Kulk in *IER* 2012, 34. Zie verder: N. Helberger & J. van Hoboken, ‘(Fast)food for thoughts: de uitspraak van het Hof van Justitie in de Scarlet/SABAM-zaak’, *NTER* 2012 p. 75-82. Buitenlandse vindplaatsen zijn te vinden onder het kopje ‘Rechtsleer’ in het lemma over het arrest in de EurLex database: <http://bit.ly/17zHQRq>.
- 12 A. Daly & B. Farrand, ‘Scarlet v SABAM: evidence of an emerging backlash against corporate copyrights lobbies in Europe?’, mei 2012, <http://ssrn.com/abstract=2095295>.
- 13 E.J. Dommering, ‘De zaak Scarlet/SABAM. Naar een horizontale integratie van het auteursrecht’, *AMI* 2012/2, p. 49-53.
- 14 HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10 (*SABAM/Netlog*).