

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/210181>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-21 and may be subject to change.

# Freiheit statt Angst – Het arrest *McFadden* en de harmoniserende kracht van het Handvest

Peter Teunissen

## 1 INLEIDING

Menig IE-jurist is er inmiddels van doordrongen dat grondrechten een factor van belang zijn in de verschillende gebieden van de intellectuele eigendom. Met name het EVRM, waarvan de grondrechten tevens als algemene rechtsbeginselen doorwerken in het Unierecht, speelde in dat verband een rol.<sup>1</sup> Sinds 2009 is die rol grotendeels overgenomen door het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest).<sup>2</sup> In de vorige editie van deze bundel signaleerde Sieburgh de gevolgen van de bindende status van het Handvest voor het IE-recht:

De eerste signalen van de invloed die bepalingen van het Handvest op rechtsverhoudingen tussen particulieren kunnen hebben, zijn aan te treffen in een aantal bijzondere delen van het vermogensrecht, zoals het arbeidsrecht en het intellectuele-eigendomsrecht.<sup>3</sup>

Het bleek de start van een revolutie. In het afgelopen decennium is het aantal verwijzingen naar het Handvest sterk gegroeid in de verschillende gebieden

- 
- 1 Zie HvJ EG 12 september 2006, zaak C-479/04, ECLI:EU:C:2006:549 (*Laserdisken*), NJ 2007/558, par. 61-62 en 65; EHRM 10 januari 2013, zaaknr. 36769/08, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (*Ashby Donald/Frankrijk*), EHRC 2013/95; *Mediaforum* 2013, p. 56-57, m.nt. Voorhoof, AMI 2014, p. 57-59, m.nt. Dommering; NJ 2015/121, m.nt. Hugenholtz; EHRM 19 februari 2013, zaaknr. 40397/12, ECLI:NL:XX:2013:BZ9842 (*Neij & Sundel/Zweden*; 'The Pirate Bay'), EHRC 2013/180, m.nt. Psychogiopoulou.
  - 2 *Pb.* EU 2000, C 364, p. 1 (versie 2000) en *Pb.* EU 2010, C 83, p. 2 (versie 2009). Zie artikel 6 EUV. Zie ook: T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011, p. 3-34. Zie, ten aanzien van het privaatrecht: T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het privaatrecht' (Deel 1 en 2), *NTBR* 2011, p. 479 e.v. en *NTBR* 2011, p. 547 e.v.
  - 3 C.H. Sieburgh, 'Het Handvest en het algemene vermogensrecht', in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 506.

van de intellectuele eigendom.<sup>4</sup> Deze trend is evident in het auteursrecht, waar het Hof van Justitie onder meer refereert aan grondrechten bij de uitleg van het uitsluitend recht en de beperkingen daarop.<sup>5</sup> Veelal verwijst het Hof naar de 31<sup>e</sup> considerans van de preambule van Auteursrechtlijn, die bepaalt dat “een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen [moet] worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal.”<sup>6</sup> Een vergelijkbare ontwikkeling voltrekt zich op in het merkenrecht.<sup>7</sup> Noemenswaardig in dat verband is dat in de recent vernieuwde

- 
- 4 Zie C. Geiger (red.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015; P. Oliver & C. Stothers, ‘Intellectual property under the Charter: are the Court’s scales properly calibrated?’, *Common Market Law Review* 2017, p. 549-550; C.A. Alberdingk Thijm & C. de Vries, ‘De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom’, *BIE* 2015, p. 174-183.
- 5 Zie C. Geiger & E. Izyumenko, ‘Copyright on the Human Rights’ Trial’, *IIC* 2014 (2), p. 317-342; J. Griffiths, ‘Taking power tools to the acquis – The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law’, in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 144-174; P. Teunissen, ‘Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht’, *IER* 2018/40, p. 179-195.
- 6 HvJ EU 1 december 2011, zaak C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*), *AMI* 2012/6, m.nt. Van Eechoud, *IER* 2012/16, m.nt. Geerts, *Mediaforum* 2012/8, m.nt. Rörsch, *NJ* 2013/66, m.nt. De Boer en Hugenholtz, par. 132-135; HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620 (*Padawan*), *AMI* 2012/20, m.nt. Spoor, *IER* 2011/26, m.nt. Koelman, *NJ* 2011/509, m.nt. Hugenholtz, par. 38-50; HvJ EU 3 september 2014, zaak C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (*Deckmyn*), *AMI* 2014/16, m.nt. Koelman, *NJ* 2016/351, m.nt. Hugenholtz, par. 26-35; HvJ EU 8 september 2016, zaak C-160/15 (*GS Media*), *AA* 2016, p. 877-881, m.nt. Visser, *AMI* 2016/7, m.nt. Koelman, *EHRC* 2016/222, m.nt. Krommendijk, *IER* 2016/47, m.nt. Seignette, *NJ* 2018/112, m.nt. Hugenholtz, *NtEr* 2017, p. 24-28, m.nt. Haak en Truijens, par. 31 en 44; HvJ EU 8 september 2016, zaak C-160/15 (*GS Media*), par. 31 en 44; HvJ EU 7 augustus 2018, zaak C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 (*Renckhoff*), *AMI* 2018/12, m.nt. Visser, *Mediaforum* 2018/13, m.nt. Kingma, *IER* 2019/11, m.nt. Seignette, par. 41.
- 7 Zie W. Sakulin, *Trademark Protection and Freedom of Expression. An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011; L.P. Ramsey & J. Schovsbo, ‘Mechanisms for Limiting Trade Mark Rights to Further Competition and Free Speech’, *IIC* 2013, p. 671-700; M.R.F. Senftleben e.a., ‘The Recommendation on Measures to Safeguard Freedom of Expression and Undistorted Competition: Guiding Principles for the Further Development of EU Trade Mark Law’, *EIPR* 2015, p. 337-343; M.R.L. Senftleben, ‘Free Signs and Free Use – How to Offer Room for Freedom of Expression Within the Trademark System’, in: C. Geiger (red.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, p. 354-376; Ł. Żelechowski, ‘Invoking Freedom of Expression and Freedom of Competition in Trade Mark Infringement Disputes: Legal Mechanisms for Striking a Balance’, *ERA Forum* 2018, p. 115-135.

Uniemerkenverordening en Merkenrichtlijn is opgenomen dat deze instrumenten “[moeten] worden toegepast op een wijze die de volledige inachtneming van fundamentele rechten en vrijheden, en in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting, waarborgt”.<sup>8</sup> In het octrooirecht verwijst het Hof sporadisch naar de grondrechten uit het Handvest.<sup>9</sup> Te verwachten valt dat in dat rechtsgebied in de toekomst een grotere rol zal zijn weggelegd voor grondrechten.<sup>10</sup> Het krachtigst is de werking van het Handvest op het gebied van de handhaving van IE-rechten.<sup>11</sup> Illustratief is in dat verband de rechtspraak van het Hof over het rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon. Grondrechten nemen een centrale plaats in bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van dit bevel.

De vorige editie van deze bundel kende als ondertitel ‘Doorwerking, consequenties en perspectieven’. Deze bijdrage is om deze onderwerpen heen gebouwd. De doorwerking van het Handvest komt aan de orde in paragraaf 2. Daarin komt het rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon aan bod, alsook de belangrijkste arresten van het Hof van Justitie op dat vlak. In paragraaf 3 worden de consequenties van deze rechtspraak besproken aan de hand van het arrest *McFadden*, dat het hart van deze behandeling vormt. De opvolgende paragraaf besteedt aandacht aan de potentiële invloed van het Handvest op andere gebieden van handhaving.

- 
- 8 Richtlijn (EU) 2015/2436 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *Pb.* EU 2015, L336, p. 1, overweging 27 preambule; Verordening (EU) 2017/1001 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 inzake het Uniemerken, *Pb.* EU 2017, L154, p. 1, overweging 21 preambule.
- 9 HvJ EU 18 oktober 2011, zaak C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 (*Oliver Brüstle/Greenpeace*), *BIE* 2012, p. 63, m.nt. Van Gardingen, *IER* 2012/11, par. 32-38; HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 (*Huawei/ZTE*), *BIE* 2016/22, *SEW* 2015/209, par. 57, 59 en 69; HvJ EU 5 mei 2015, C-147/13, ECLI:EU:C:2015:299 (*Spanje/Raad*), *NJ* 2016/193, par. 42.
- 10 D. Matthews, ‘Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health’, in: F.W. Grosheide (red.), *Intellectual Property Rights and Human Rights: A Paradox*, Cheltenham: Edward Elgar, 2009, p. 118-139; D. Matthews, *Intellectual Property, Human Rights and Development, The Role of NGOs and Social Movements*, Cheltenham: Edward Elgar 2011; J. Pila, ‘A Constitutionalized Doctrine of Precedent and the Marleasing Principle as Bases for a European Legal Methodology’, in: J. Pila & A. Ohly, *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*, Oxford: OUP 2013, p. 227-253.
- 11 Zie ook overweging 32 preambule Hrl: “De richtlijn eerbiedigt de grondrechten eerbiedigt en neemt de beginselen in acht die zijn erkend in het Handvest. Meer bepaald beoogt de richtlijn te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig artikel 17 lid 2 Handvest.”

## 2 DOORWERKING: HET BEVEL TEGEN EEN TUSSENPERSOON

Het bevel tegen een tussenpersoon vloeit voort uit art. 11, derde volzin van de Handhavingsrichtlijn (hierna ook: Hrl) en, specifiek voor het auteursrecht, art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn (hierna ook: Arl). Uit deze bepalingen volgt dat lidstaten dienen te verzekeren dat de rechthebbende kan verzoeken om een rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht te maken.<sup>12</sup> De Nederlandse wetgever heeft art. 11 Hrl in verschillende wetten geïmplementeerd.<sup>13</sup> Omdat het om een nagenoeg letterlijke implementatie gaat, en overigens omwille van de leesbaarheid, zal in deze bijdrage gerefereerd worden aan de richtlijnbeveling.

### 2.1 Toepassingsbereik

Art. 11 Hrl heeft een ruim toepassingsbereik. Zo bepaalt het derde artikellid dat de rechthebbende het bevel kan vorderen ongeacht de (eventuele) aansprakelijkheid van de tussenpersoon.<sup>14</sup> De bepaling vereist immers slechts dat een derde inbreuk maakt op een IE-recht. Daarnaast geeft het Hof een ruime uitleg aan het begrip 'tussenpersoon'. Daaronder valt iedere marktdeelnemer die 'een dienst levert die door één of meerdere andere personen kan worden gebruikt om inbreuk te maken op één of meerdere intellectuele-eigendomsrechten, zonder dat er een bijzondere verhouding is vereist met deze persoon of personen'.<sup>15</sup>

De belangrijkste tussenpersonen vormen de online intermediairs. Onder dat begrip vallen onder meer internetserviceproviders (ISP's), maar ook zoekmachines, online marktplaatsen, nieuwsportalen, sociale media en platforms voor *user generated content*.<sup>16</sup> Echter, ook een 'fysieke' intermediair, zoals de

---

12 Zie ook: HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), BIE 2011/107, m.nt. Koelman, IER 2011/58, m.nt. Gielen, NJ 2012/525, m.nt. Spoor, par. 127.

13 Zie o.m. art. 26d Aw: art. 3.18 lid 6 BVIE; art. 70 lid 9 ROW.

14 Art. 11 lid 3 Hrl. Aldus ook: HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), par. 125.

15 HvJ EU 7 juli 2016, zaak C-494/16, IER 2016/66 (*Tommy Hilfiger*), m.nt. Verschuur, par. 23; HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), AMI 2015/3, m.nt. Chavannes, EHRC 2013/138, m.nt. Mak, IER 2014/45, m.nt. Kulk, NJ 2018/109, m.nt. Hugenholtz, par. 32 en 35.

16 C.J. Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright. A Tort-Based Analysis*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2016, p. 11; K. Perset, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, OESO Rapport, OECD Digital Economy Papers 171, Paris: OECD 2010, p. 9. Zie ook: Mededeling van de Commissie, *Online platforms en de digitale eengemaakte markt Kansen en uitdagingen voor Europa*, COM(2016) 288, p. 2. De Commissie noemt als voorbeelden Google's AdSense, DoubleClick, eBay en Amazon

uitbater van een markthal, kwalificeert volgens het Hof als tussenpersoon in de zin van art. 11 Hrl.<sup>17</sup> Naar het oordeel van de Europese Commissie kunnen daarnaast ook verleners van post- en pakketdiensten, transport- en logistiekmaatschappijen alsmede detailhandelaren binnen de reikwijdte van de bepaling vallen.<sup>18</sup> Ten slotte bepaalt art. 11 Hrl niet welke specifieke maatregelen onderwerp kunnen zijn van het bevel. Het bevel kan aldus vele vormen aannemen. Onderwerp van rechtspraak vormden onder andere een bevel tot verstrekking van persoonsgegevens van een inbreukmaker,<sup>19</sup> afsluiting van een internetverbinding,<sup>20</sup> blokkering van een website,<sup>21</sup> installatie van een gegevensfilter<sup>22</sup> en beveiliging van een open internetverbinding door middel van een wachtwoord.<sup>23</sup>

## 2.2 Grenzen van het bevel

De Handhavingsrichtlijn laat de modaliteiten van het bevel, inhoudende de materiële en formele voorwaarden die daaraan worden gesteld, aan het nationale recht over.<sup>24</sup> Dat is in overeenstemming met de beoogde minimumharmonisatie die de richtlijn tot stand brengt.<sup>25</sup> Niettemin beperkt het Unierecht de processuele autonomie van lidstaten in belangrijke mate.

---

Marketplace, Google en Bing Search, Facebook en YouTube, Google Play en App Store, Facebook Messenger, PayPal, Zalando en Uber.

17 HvJ EU 7 juli 2016, zaak C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166 (*Tommy Hilfiger e.a./Delta Center*), IER 2016/66 m.nt. Verschuur, par. 29.

18 Mededeling van de Commissie, *Richtsnoeren inzake bepaalde aspecten van Richtlijn 2004/48 EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten*, COM 2017(708), p. 17.

19 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), AMI 2008/5, m.nt. Ekker, IER 2008/44, m.nt. Grosheide, NJ 2009/551, m.nt. P.B. Hugenholtz; HvJ EU 19 april 2012, zaak C-461/10, ECLI:EU:C:2012:219 (*Bonnier Audio*).

20 HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany/Stadtparkasse*), NJ 2016/369, m.nt. Verkade.

21 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel Wien*).

22 HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*).

23 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*).

24 Overweging 23 preambule Handhavingsrichtlijn.

25 Zie art. 2 lid 1 Hrl: "Onverminderd de middelen die in de communautaire of nationale wetgeving zijn of kunnen worden vastgelegd, voor zover [sic] deze middelen gunstiger zijn voor de rechthebbenden, zijn de bij deze richtlijn vastgestelde maatregelen, procedures en rechtsmiddelen overeenkomstig artikel 3 van toepassing op elke inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten, zoals bepaald in het communautaire recht en/of het nationale recht van de betrokken lidstaat."

In de eerste plaats blijft het nationale recht onderworpen aan het effectiviteitsbeginsel. In dat verband spelen onder andere de voorwaarden van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid een rol.<sup>26</sup> Het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist enerzijds dat een regel van nationaal recht op het Unierecht gebaseerde vorderingen niet ongunstiger behandelt dan vorderingen die zijn gebaseerd op het nationale recht.<sup>27</sup> Het doeltreffendheidsbeginsel verbiedt dat nationale regels de uitoefening van aan het Unierecht ontleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.<sup>28</sup> Beide voorwaarden hebben betrekking op nationale regels van zowel materieelrechtelijke als procesrechtelijke aard. Met het rechterlijk bevel voorziet de richtlijn bovendien een actie in rechte, hetgeen met zich brengt dat ook belang toekomt aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>29</sup> Een door het Unierecht verleend recht kan immers slechts effectief zijn voor zover daaraan een doeltreffend rechtsmiddel gekoppeld is (*ubi ius, ubi remedium*).<sup>30</sup> Toetsing aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat tevens is belichaamd in art. 47 Handvest, kan met zich brengen dat een nationale regel buiten toepassing wordt gelaten. Uit het beginsel kan echter ook een positieve verplichting voortvloeien.<sup>31</sup>

In de tweede plaats bevat art. 3 Hrl normen die nationale autoriteiten en rechters in acht moeten nemen bij de implementatie en uitleg van hun nationale recht.<sup>32</sup> Het eerste lid van de bepaling vereist dat maatregelen, procedures en rechtsmiddelen die nodig zijn om de handhaving van een IE-recht te waarborgen 'eerlijk en billijk' en 'niet onnodig ingewikkeld of kostbaar' zijn en daarnaast 'geen onredelijke termijnen of nodeloze vertragingen' opleveren. Ingevolge het tweede artikellid moeten maatregelen, procedures en rechtsmiddelen 'doeltreffend, evenredig en voldoende afschrikkend' zijn, mogen zij geen belemmeringen voor legitiem handelsverkeer scheppen en moeten zij voorzien in waarborgen tegen misbruik.<sup>33</sup>

26 HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), par. 135.

27 HvJ EG 16 december 1976, zaak C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), *SEW* 1977, p. 469-473, m.nt. Van Dijk, par. 5; HvJ EG 16 december 1976, zaak C-45/76, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*), *SEW* 1977, p. 469-473, m.nt. Van Dijk, par. 13-15.

28 HvJ EG 16 december 1976, zaak C-45/76 (*Comet*), par. 16; HvJ EG 9 november 1983, zaak C-199/82, EU:C:1983:318 (*San Giorgio*), par. 12-14.

29 Zie HvJ EG 15 mei 1986, zaak C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206 (*Johnston*), par. 19.

30 W. van Gerven, 'Of Rights, Remedies and Procedures', *CMLR* 2000, p. 502-504.

31 HvJ EG 3 december 1992, zaak C-97/91, ECLI:EU:C:1992:491 (*Borelli*), par. 13; HvJ EU 19 juni 1990, zaak C-213/89, ECLI:EU:C:1990:257 (*Factortame*), par. 21. Zie ook het hierna te behandelen arrest HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*).

32 Vgl. art. 41 lid 2 van het TRIPs-verdrag, *Trb.* 1995, 130.

33 HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), par. 136 en 144.

In de derde plaats spelen de grondrechten uit het Handvest een belangrijke rol.<sup>34</sup> Bij een rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon kunnen meerdere grondrechten in het geding zijn. In het algemeen kan de rechthebbende een beroep doen op het recht op bescherming van de intellectuele eigendom (art. 17 lid 2 Handvest) en het recht op effectieve rechtsbescherming (art. 47 Handvest). Daartegenover kunnen staan het recht op vrijheid van informatie en het recht op vrijheid van ondernemerschap (art. 11 en 16 Handvest) van de tussenpersoon, maar ook het recht op privacy, het recht op bescherming van persoonsgegevens (art. 7 en 8 Handvest) en, wederom, het recht op vrijheid van informatie van derden. In de volgende paragraaf komen de voorwaarden aan de orde die in acht moeten worden genomen bij de afweging van deze rechten.

## 2.3 Grondrechten

### 2.3.1 Rechtvaardig evenwicht

Wanneer grondrechten met elkaar botsen, moeten zij op gelijke voet tegen elkaar worden afgewogen in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel in strikte zin (*stricto sensu*). Dat beginsel houdt in dat een rechtvaardig evenwicht (*fair balance*) moet worden gezocht tussen de betrokken grondrechten.<sup>35</sup> Dit uitgangspunt vindt men terug in het arrest *Promusicae*. In deze zaak waren de Spaanse rechthebbendenorganisatie Promusicae en accessprovider Telefónica betrokken. Centraal stond de vraag of de rechthebbende een rechterlijk bevel kon vorderen dat een tussenpersoon zou verplichten de identiteit en het woonadres te verstrekken van gebruikers die via het *peer-to-peer* netwerk KaZaA inbreuk maakten op auteursrechten.

Verscheidene grondrechten waren in het geding. Daarbij besteedde het Hof aandacht aan de grondrechten uit het Handvest, hoewel dat ten tijde van deze uitspraak nog niet bindend was. Aan de zijde van de rechthebbende natuurlijk het recht op bescherming van de intellectuele eigendom (art. 17 lid 2

---

34 Zie ook overweging 32 preambule Hrl: "Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name worden erkend door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Deze richtlijn beoogt meer bepaald te waarborgen dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig artikel 17, lid 2, van genoemd Handvest."

35 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*); HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*); HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*Netlog*); HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 46. Zie ook: overweging 31 preambule Auteursrechtlijn: "Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal."



Handvest), maar ook het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Handvest). Daartegenover stonden het recht op privacy en bescherming van persoonsgegevens (art. 7 en 8 Handvest) van de gebruikers van Telefónica. Daarnaast voorzag een aantal richtlijnen, waaronder de e-Privacyrichtlijn, de E-Commercerichtlijn, de Auteursrecht richtlijn en de Handhavingsrichtlijn, in specifieke regels. Deze grondrechten, en de regels vastgelegd in voornoemde richtlijnen, moesten met elkaar verzoend worden.<sup>36</sup>

Het Hof trad niet in een nadere beoordeling van de voorgelegde maatregel, maar liet het bij de algemene opmerking dat lidstaten er bij de omzetting van richtlijnen op moeten toezien dat zij zich baseren op een uitlegging daarvan die het mogelijk maakt een rechtvaardig evenwicht tussen de verschillende door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten te verzekeren. Nationale autoriteiten en rechters moeten vervolgens, bij de tenuitvoerlegging van de maatregelen ter omzetting van deze richtlijnen, hun nationale recht conform deze richtlijnen uitleggen. Tevens moeten zij erop toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met voornoemde grondrechten of de andere algemene beginselen van Gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel. Het Hof verwees in zijn overwegingen naar de algemene beginselen van Unierecht (met inbegrip van grondrechten), de grondrechten uit het EVRM, en de grondrechten die voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities.<sup>37</sup> Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon verwijst het Hof steevast naar de grondrechten uit het Handvest.<sup>38</sup>

### 2.3.2 *Fair balance als 'vaag adagium'?*<sup>39</sup>

Het Hof liet in *Promusicae* de ruimte aan nationale wetgevers en rechters om een rechtvaardig evenwicht tussen de in het geding zijnde grondrechten tot stand te brengen. In latere uitspraken herhaalde het Hof deze bewoordingen, maar bood het geen nadere richtsnoeren voor de vraag hoe dat evenwicht

36 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), par. 61-67.

37 HvJ EG 29 januari 2008, zaak C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), par. 68-70.

38 Zie o.a. HvJ EG 19 februari 2009, zaak C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 (*LSG/Tele2*); HvJ 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*); HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*Netlog*); HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*); HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany*); HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*). De verschuiving naar Handvestbepalingen is het gevolg van de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, op grond waarvan het Handvest bindende status verkreeg. Het nieuwe art. 6 lid 1 VEU bepaalt dat de Unie de rechten, vrijheden en beginselen erkent die zijn vastgesteld in het Handvest.

39 J. Griffiths, 'Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law', *ELR* 2013, p. 65.

moest worden bereikt.<sup>40</sup> Deze gebrekkige uitwerking leidde tot scherpe kritiek. Verschillende auteurs wezen erop dat de *fair balance*-methode van het Hof door zijn vaagheid vooral rechtsonzekerheid teweeg bracht.<sup>41</sup> In praktijk bleek deze kritiek bepaald niet ongegrond: de beoordeling van de toelaatbaarheid van een maatregel leidde in de EU-lidstaten tot verschillende uitkomsten.<sup>42</sup>

### 2.3.3 Uitwerking van de evenredigheidstoets

Concretere richtsnoeren kwamen er in het arrest *UPC Telekabel*. In die zaak gaf het Hof enkele criteria aan de hand waarvan de rechter kan onderzoeken of een rechterlijk bevel *in concreto* toelaatbaar is.<sup>43</sup> De zaak draaide om twee filmproducenten, Constantin Film Verleih GmbH en Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH, die via een rechterlijk bevel blokkering van de website *kino.to* vorderden. Op deze website bevond zich een grote hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde werken. Naar Oostenrijks recht kon de rechter aan UPC Telekabel slechts een resultaatsverbintenis (*Erfolgsverbot*) opleggen om haar klan-

---

40 Zie: HvJ EG 19 februari 2009, zaak C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 (*LSG/Tele2*), par. 28-29; HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*); HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*Netlog*); HvJ EU 19 april 2012, zaak C-461/10, ECLI:EU:C:2012:219 (*Bonnier Audio*), par. 56. Zie ook: R.D. Chavannes, 'Belangenafweging in het informatierecht: het arrest Scarlet/SABAM en de botsing tussen auteursrecht en ondernemingsvrijheid, uitingsvrijheid en privacy', in: M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum. Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2013, p. 188-197; S.A. de Vries, 'Zo ontkomt de "Scarlet Pimpernel" toch nog...', in: A. Pahladsingh & M. van Roosmalen (red.), *JHG – EU-Handvest Selecties*, Den Haag: Sdu 2013, p. 115-129.

41 A. Peukert, 'The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature', in: C. Geiger (red.), *Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, p. 135; C.J. Angelopoulos & S. Smet, 'Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability', *JML* 2016, p. 266-301; J. Griffiths, 'Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law', *ELR* 2013, p. 69.

42 C.J. Angelopoulos & S. Smet, 'Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability', *JML* 2016 (2), p. 275.

43 Zie ook: P. Teunissen, 'The Balance Puzzle: The ECJ's Method of Proportionality Review for Copyright Injunctions', *EIPR* 2018 (9), p. 579-593.

ten de toegang tot de litigieuze website te ontzeggen (een zgn. *Unterlassungsanspruch* ofwel stakingsvordering).<sup>44</sup> Daarin stond het UPC vrij om zelf de geëigende maatregel te kiezen.<sup>45</sup> Centraal stond de vraag of het onderhavige *Erfolgsverbot* verenigbaar was met het Unierecht en (in het bijzonder) met de grondrechten uit het Handvest. Het Hof voorzag twee mogelijke botsingen. In de eerste plaats was daar de collisie tussen het recht op bescherming van de intellectuele eigendom (art. 17 lid 2 Handvest) en de vrijheid van ondernemerschap van UPC Telekabel (art. 16).<sup>46</sup> In de tweede plaats kon het voornoemde recht op bescherming van de intellectuele eigendom botsen met de vrijheid van informatie van internetgebruikers (art. 11).<sup>47</sup>

*Recht op bescherming van intellectuele eigendom – vrijheid van ondernemerschap*

De eerste afweging viel uit in het voordeel van de rechthebbenden. Het Hof oordeelde dat het voorgelegde bevel de vrijheid van ondernemerschap niet in de kern raakte. De internetserviceprovider kon immers nog steeds zelf bepalen welke concrete maatregelen moesten worden genomen om het beoogde resultaat te bereiken en (dus) welke maatregel het beste zou passen bij zijn bedrijfsuitoefening. Daarnaast vereiste de vrijheid van ondernemerschap volgens het Hof dat de tussenpersoon onder het bevel uit kan komen indien hij aantoont dat hij alle redelijke maatregelen heeft genomen en dit te laten toetsen door een rechter.<sup>48</sup> Deze overweging grijpt terug op art. 52 lid 1 Handvest, dat bepaalt dat “beperkingen op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden bij wet [moeten] worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden [moeten] eerbiedigen”.<sup>49</sup>

44 Par. 81, lid 1a Urheberrechtsgesetz. Of het resultaat daadwerkelijk kan worden voorkomen en of het verbod in overeenstemming is met in het geding zijnde grondrechten, wordt bij het uitvaardigen van dit verbod niet onderzocht. Deze zaken komen pas aan de orde indien een overtreding van het verbod is vastgesteld en in het kader van een executieprocedure wordt verzocht tot oplegging van een dwangmaatregel. De tussenpersoon kan dan aanvoeren dat hij alle redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen heeft genomen om het intreden van het verboden resultaat te voorkomen en aldus aan de dwangmaatregel te ontkomen. Zie concl. A-G Cruz Villalón, ECLI:EU:C:2013:781, bij HvJ 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), par. 69.

45 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 13-16.

46 Zie over de omvang van dit recht: concl. A-G P. Cruz Villalón, ECLI:EU:C:2013:781, bij HvJ 18 juli 2013, zaak C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 (*Alemo-Herron*), par. 48-58. Zie ook: P. Oliver, ‘What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve’, in: U. Bernitz, X. Groussot & F. Schulyok (red.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013, p. 281.

47 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 47.

48 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 51-53.

49 Vgl. HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany*). Zie ook: Alberdingk Thijm & De Vries, *BIE* 2015, p. 182.

*Recht op bescherming van intellectuele eigendom – recht op vrijheid van informatie*  
Het Hof overwoog ten aanzien van de tweede afweging – het recht op intellectuele eigendom tegenover de vrijheid van informatie – dat het aan de *tussenpersoon* is om bij de keuze van te nemen maatregelen een rechtvaardig evenwicht tot stand te brengen.<sup>50</sup> Dat is opmerkelijk, omdat het afwegen van grondrechten normaal gesproken het prerogatief is van de wetgever of de rechter.<sup>51</sup> Deze verschuiving is vooral het gevolg van het open geformuleerde *Erfolgsverbod*, dat de uitvoeringsmaatregelen overlaat aan de tussenpersoon.<sup>52</sup> In de meeste gevallen blijft de rechter de aangewezen partij om te oordelen over de toelaatbaarheid van een maatregel.<sup>53</sup>

Het Hof stelde vervolgens twee voorwaarden die de tussenpersoon in acht moet nemen bij het vaststellen van een rechtvaardig evenwicht tussen het recht op intellectuele eigendom en het recht op vrijheid van informatie.<sup>54</sup> In de eerste plaats moet een blokkeringsmaatregel strikt *doelgericht* zijn, hetgeen inhoudt dat hij bijdraagt tot de beëindiging van de inbreuk, zonder dat daaruit nadelige gevolgen voortkomen voor de internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de internetprovider om zich rechtmatig toegang te verschaffen tot de informatie.<sup>55</sup> In de tweede plaats moet de gekozen maatregel *voldoende doeltreffend* zijn om een effectieve bescherming van het grondrecht op bescherming van intellectuele eigendom te verzekeren.<sup>56</sup> Daarvan is sprake

---

50 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 55. Zie kritisch: C.J. Angelopoulos, 'Are Blocking Injunctions against ISPs Allowed in Europe? Copyright Enforcement in the Post-Telekabel EU Legal Landscape', *JIPLP* 2014, p. 819; Concl. A-G Cruz Villalón bij HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), par. 88. Vgl. C. Mak, annotatie bij: HvJ 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), *EHRC* 2014, nr. 138; C. Geiger & E. Izyumenko, 'The Role of Human Rights in Copyright Enforcement Online: Elaborating a Legal Framework for Website Blocking', *Am. U. Int'l L. Rev.* 2016, p. 93.

51 Angelopoulos & Smet, *JML* 2016 (2), p. 277. Vgl. D.J. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2014, p. 23.

52 In gelijke zin: S. Kulk, annotatie bij: HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), *IER* 2014/45, "De overige overwegingen van het Hof met betrekking tot het gevonden evenwicht moeten vooral in het licht worden gezien van de bijzondere Oostenrijkse figuur van het Erfolgsverbod, en de feiten en omstandigheden van de zaak die de vragen aan het Hof kleuren. Dat maakt deze overwegingen minder relevant voor de Nederlandse rechtspraktijk."

53 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*).

54 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 63.

55 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 55-56. De Nederlandse vertaling ("dermate doelgericht") is ongelukkig, gelet op de originele taalversies ("strictly targeted" en "strictement cibles").

56 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 62-63.

wanneer de maatregel tot gevolg heeft dat ongeautoriseerde toegang tot beschermd materiaal wordt verhinderd of 'minstens bemoeilijkt', dan wel dat de maatregel gebruikers van de internetdiensten ernstig ontmoedigt<sup>57</sup> om zich zonder toestemming van de rechthebbende toegang te verschaffen.<sup>58</sup>

#### 2.3.4 Artikel 52 lid 1 Handvest

Het Hof bevestigde in *UPC Telekabel* dat het evenwicht tussen het recht op intellectuele eigendom en daartegenover staande rechten moet worden vastgesteld overeenkomstig art. 52 lid 1 Handvest, waarin het evenredigheidsbeginsel is gecodificeerd.<sup>59</sup> Het artikel bevat een algemene beperkingsclausule voor de in het Handvest opgenomen rechten en vrijheden. De bepaling luidt als volgt:

Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. 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.

Het voorschrift behelst een klassieke evenredigheidstoets. De bepaling bevat de initiële voorwaarde van een legitiem doel, gevolgd door een driestappentoets die stelt dat beperkingen geschikt, noodzakelijk en evenredig *stricto sensu* moeten zijn. In alle gevallen moeten deze beperkingen de wezenlijke inhoud van het betrokken grondrecht eerbiedigen.<sup>60</sup>

De voorwaarden uit art. 52 lid 1 Handvest zijn te herleiden uit de rechtspraak van het Hof over het blokkeringsbevel.<sup>61</sup> Allereerst moet een dergelijk bevel een *legitiem doel* moet nastreven, namelijk de bescherming van een intellectueel-eigendomsrecht.<sup>62</sup> Het bevel moet bovendien *geschikt* zijn, hetgeen in-

---

57 Zie S. Kulk, annotatie bij: HvJ 27 maart 2014, zaak C-314/12 (*UPC Telekabel*), IER 2014/45. De auteur wijst er terecht op dat het om een onzuivere vertaling gaat van de originele bewoordingen ("*seriously discourage*").

58 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 62-63.

59 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 63.

60 Zie ook: HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany*).

61 P. Teunissen, 'The Balance Puzzle: The ECJ's Method of Proportionality Review for Copyright Injunctions', *EIPR* 2018 (9), p. 579-593.

62 Zie Savola, *JIPITEC* 2014, p. 129.

houdt dat de daarin vervatte maatregel voldoende doeltreffend is om een effectieve bescherming van het betrokken grondrecht te verzekeren.<sup>63</sup> Voorts moet het bevel *noodzakelijk* zijn, in die zin dat het niet (nodeloos) informatie blokkeert waarop geen auteursrecht rust.<sup>64</sup> Ten slotte moet het bevel *evenredig* zijn. Die vaststelling vergt een belangenafweging die een rechtvaardig evenwicht tot stand moet brengen tussen de in het geding zijnde grondrechten. Een dergelijk evenwicht is niet bereikt wanneer de maatregel de wezenlijke inhoud van een van de betrokken grondrechten aantast.<sup>65</sup> Voor de vrijheid van ondernemerschap is dat het geval wanneer het bevel ondraaglijke offers van de tussenpersoon vraagt.<sup>66</sup> Een maatregel die leidt tot blokkering van grote hoeveelheden legale informatie, zal op zijn beurt de vrijheid van informatie van gebruikers in de kern raken.<sup>67</sup>

De volgorde waarin de evenredigheidscriteria aan de orde komen is niet vastomlijnd. Het Hof behandelt vaak als voorvraag of de wezenlijke inhoud van een betrokken grondrecht is aangetast.<sup>68</sup> Bovendien zijn de voorwaarden van art. 52 lid 1 Handvest communicerende vaten. De uiteindelijke belangenafweging heeft bijvoorbeeld vaak al (ten dele) plaatsgevonden door de doel-middel-analyse die ten grondslag ligt aan de vereisten van geschiktheid en noodzakelijkheid.<sup>69</sup> Daar komt bij dat het Hof de voorwaarden van art. 52 lid 1 Handvest niet altijd consequent naloopt.<sup>70</sup>

### 2.3.5 Nationale rechtspraak

De nationale rechtspraak over het blokkeringsbevel is in overeenstemming met de hierboven weergegeven evenredigheidstoets. De nationale rechter besteedt niet alleen aandacht aan de vraag of de kern van het recht is aangetast, maar behandelt eveneens de geschiktheid ('effectiviteit'), noodzakelijkheid

---

63 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 62-63. J. Christoffersen, 'Human rights and balancing: The principle of proportionality', in: C. Geiger (red.), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, p. 28.

64 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 63.

65 A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: CUP 2012, p. 131.

66 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 53.

67 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 63.

68 Zie ook: HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*); HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*).

69 Teunissen, *IER* 2018/40 (5), p. 18.

70 Zie ook: M. Bulterman, 'Ontwikkelingen in Luxemburgse rechtspraak', in: J.H. Gerards, H.C.F.J.A. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend Grondrechtenhandvest. Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 73.

(‘subsidiariteit’) en evenredigheid in strikte zin (‘proportionaliteit’) van de betrokken maatregel. In sommige gevallen hanteert hij zelfs een uitgebreidere toets.<sup>71</sup> In het oog springt de zaak tussen de rechthebbendenorganisatie Brein en internetproviders Ziggo en XS4ALL. Brein vorderde blokkering van de nootore torrentsite *The Pirate Bay*. In 2015 oordeelde de Hoge Raad in zijn tussenarrest (onder verwijzing naar *UPC Telekabel*) dat het Hof Den Haag een rechte onjuiste effectiviteits- en evenredigheidstoets had aangelegd. Hij stelde vervolgens prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, waarvan de tweede luidde of de rechthebbende een bevel kan vorderen tegen een tussenpersoon die inbreukmakende handelingen van derden faciliteert.<sup>72</sup> Het Hof achtte het in zijn prejudiciële arrest niet nodig deze vraag te beantwoorden.<sup>73</sup> In zijn eindarrest volgde de Hoge Raad advocaat-generaal Van Peursesem. Hij vernietigde het arrest van het hof op grond van een verkeerde effectiviteitsmaatstaf en verwees de zaak terug naar het Hof Amsterdam.<sup>74</sup> Hoewel die procedure nog aanhangig is, vaardigde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag in de tussentijd een voorlopig bevel uit tot blokkering van de betrokken website.<sup>75</sup>

### 3 CONSEQUENTIES: VERDERE HARMONISATIE

In het arrest *McFadden* bevestigt het Hof dat de voorwaarden die gelden voor het blokkeringsbevel *mutatis mutandis* van toepassing zijn op andersoortige bevelen.<sup>76</sup> Het Hof zet daarnaast een stap verder ten opzichte van zijn eerdere rechtspraak. In de eerste plaats onderzoekt het Hof zelf de evenredigheid van de voorgelegde bevelen. In de tweede plaats lijkt het Hof te oordelen dat het Unierecht, in bepaalde omstandigheden, ertoe verplicht dat justitiabelen aanspraak kunnen maken op een specifieke maatregel.

71 Zie Rb. Den Haag 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:615 (*Premier League/Ecatel*), par. 4.12-4.19.

72 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3307 (*Brein/ Ziggo & XS4ALL*), BIE 2017/29, m.nt. Quaedvlieg.

73 HvJ EU 14 juni 2017, zaak C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (*Brein/Ziggo & XS4ALL*), AMI 2017/14, m.nt. Koelman, BIE 2017/29, m.nt. Quaedvlieg, GRUR 2017, p. 755-60, m.nt. Leistner, NJ 2018/110, m.nt. Hugenholtz, par. 49.

74 HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1046 (*Brein/Ziggo & XS4ALL*) (concl. A-G G.R.B. van Peursesem), NJ 2018/293 (vervolg op: Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88, JHG 2014/48).

75 Rb. Den Haag (vzr.) 22 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10789 (*Brein/Ziggo & XS4ALL*); Rb. Midden-Nederland (vzr.) 12 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:114 (*Stichting Brein/KPN e.a.*); Rb. Midden-Nederland (vzr.) 8 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:423 (*Dutch FilmWorks/Ziggo*), AMI 2019/7, m.nt. Bierens en Zwenne, IR 2019/0304, m.nt. Linders en Vermeij.

76 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 96.

### 3.1 Feiten

Tobias McFadden is ondernemer en tevens fervent aanhanger van de Duitse vleugel van de Piratenpartij. McFadden is manager van een Duitse onderneming die handelt in licht- en geluidsapparatuur. Hij exploiteerde in die hoedanigheid een vrij toegankelijk wifi-netwerk. In 2010 veranderde McFadden de naam van dit netwerk in het tot de verbeelding sprekende *freiheitstatt-angst.de*. Met deze naamsverandering wilde McFadden steun verlenen aan een op handen zijnde privacydemonstratie. Precies in die periode downloadde een onbekende gebruiker van het wifi-netwerk op illegale wijze een muziekwerk.

Sony, houder van de naburige rechten op het werk, stelde vervolgens McFadden in gebreke. McFadden vorderde daarop een negatieve verklaring voor recht (*negatieve Feststellungsklage*) bij het Landgericht München. Sony vorderde in reconventie van McFadden vergoeding van de geleden schade uit hoofde van zijn directe aansprakelijkheid voor schending van haar rechten op het fonogram, beëindiging van de inbreuk en vergoeding van de kosten verbonden aan de ingebrekestelling en de proceskosten. Het Landgericht wees in eerste aanleg de reconventionele vorderingen van Sony toe, waarna McFadden verzet aantekende bij datzelfde gerecht. Daarbij voerde hij aan dat hij op grond van de Duitse omzettingbepalingen van de *mere conduit*-vrijstelling uit artikel 12, lid 1 Richtlijn Elektronische Handel (hierna: REH) niet aansprakelijk kan worden gesteld. Onder deze vrijstelling zijn tussenpersonen niet aansprakelijk zolang zij in een gegeven geval slechts als doorgeefluik van informatie fungeren. Het Landgericht gaf aan dat het geneigd was McFadden te veroordelen op grond van zijn indirecte aansprakelijkheid (*Störerhaftung*), maar vroeg zich af of art. 12 lid 1 REH niet aan aansprakelijkheid in de weg staat. Daarnaast vroeg het aan het Hof van Justitie of, en onder welke voorwaarden, een rechterlijk bevel tot het nemen van maatregelen in zulke gevallen mogelijk is. Het Landgericht zag in dat verband ruimte voor drie mogelijke maatregelen die McFadden zou kunnen nemen, namelijk 1) het onderzoeken van alle doorgegeven informatie, 2) blokkering van de aansluiting en 3) versleuteling van de verbinding door middel van een wachtwoord. Het Hof van Justitie achtte zich door de vraag van de rechter aan dit uitgangspunt gebonden.<sup>77</sup>

### 3.2 Het oordeel van het Hof

Het Hof achtte de *mere conduit*-vrijstelling inderdaad van toepassing. Het overwoog niettemin dat die toepasselijkheid onverlet laat dat de rechthebbende

---

<sup>77</sup> HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 85-86.



een rechterlijk bevel tegen de wifi-provider kan vorderen om inbreuk op zijn rechten te beëindigen of om nieuwe inbreuken te voorkomen.<sup>78</sup>

### 3.2.1 *Botsende grondrechten*

Voor het Hof in een beoordeling van de voorgelegde maatregelen trad, overwoog het dat bij een bevel als hier aan de orde verschillende grondrechten in het geding waren. Enerzijds behartigt het bevel zelf een grondrechtelijk belang, namelijk de bescherming van de intellectuele eigendom (art. 17 lid 2 Handvest). Anderzijds kan het bevel negatieve gevolgen hebben voor de vrijheid van ondernemerschap van de wifiprovider (art. 16 Handvest) en de vrijheid van informatie van de gebruikers van de verbinding (art. 11 Handvest). Tussen deze rechten moest een rechtvaardig evenwicht worden gevonden.<sup>79</sup>

### 3.2.2 *Toelaatbaarheid van maatregelen*

Opvallend is dat het Hof zich (in tegenstelling tot eerdere rechtspraak) niet beperkte tot het formuleren van voorwaarden voor een bevel, maar zelf de toelaatbaarheid van de aangedragen maatregelen onderzocht.

Het Hof veegde het eerste bevel, inhoudende een verplichting om alle doorgegeven informatie te onderzoeken, in korte bewoordingen van tafel. Het algemeen toezichtverbod van art. 15 lid 1 REH stond immers in de weg aan het opleggen van een dergelijke verplichting. Het Hof achtte ook het tweede bevel, dat McFadden zou verplichten zijn internetverbinding uit de lucht te halen, ontoelaatbaar. Dat bevel zou immers een ernstige aantasting van de vrijheid van ondernemerschap van de aanbieder met zich brengen.<sup>80</sup> Over bleef de derde maatregel, die de wifi-aanbieder zou verplichten zijn netwerk te beveiligen met een wachtwoord. Achtereenvolgens behandelde het Hof of de voorgestelde maatregel de wezenlijke inhoud van het grondrecht intact liet, of de maatregel geschikt en noodzakelijk was om het gestelde doel te bereiken en of de maatregel een rechtvaardig evenwicht tot stand bracht tussen de in het geding zijnde grondrechten.

#### *Stap 1: Laat het bevel de wezenlijke inhoud van betrokken grondrechten intact?*

In lijn met eerdere rechtspraak behandelde het Hof als voorvraag of de voorgestelde maatregel de toepasselijke grondrechten in de kern aantastte. Daarbij plaatste het Hof het grondrecht op bescherming van intellectuele eigendom tegenover het recht op vrijheid van ondernemerschap en het recht op vrijheid

---

78 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 40-41, 73-75, 79. Zie ook: HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (*L'Oréal/eBay*), par. 127.

79 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 80-83.

80 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 85-88.

van informatie. In de eerste plaats nam het Hof aan dat het bevel geen wezenlijke beperking van de vrijheid van ondernemerschap opleverde, omdat de daaruit voortvloeiende verplichting slechts een technische modaliteit (het beveiligen van de internetconnectie) met zich bracht. In de tweede plaats achtte het Hof ook de vrijheid van informatie niet in de kern aangetast, omdat gebruikers van de connectie slechts een kleine extra stap zouden hoeven nemen om zich toegang tot de verbinding te verschaffen.<sup>81</sup>

*Stap 2: Is het bevel geschikt en noodzakelijk?*

Het Hof overwoog in overeenstemming met eerder rechtspraak dat een bevel voldoende doeltreffend is om een effectieve bescherming van het grondrecht op intellectuele eigendom te verzekeren wanneer de maatregel toegang tot beschermde werken verhindert of minstens bemoeilijkt, dan wel de gebruiker van de diensten van de tussenpersoon serieus ontmoedigt zich toegang te verschaffen tot deze werken.<sup>82</sup> Het Hof achtte een maatregel inhoudende wachtwoordbeveiliging voldoende ontmoedigend voor zover hij de wifigebruiker tevens zou verplichten zijn identiteit prijs te geven.<sup>83</sup> Deze overweging is enigszins verrassend, nu de verwijzende rechter de mogelijkheid tot identificatie niet had betrokken in zijn prejudiciële vraag. Deze toevoeging kan vergaande gevolgen hebben voor de beschikbaarheid van gratis wifi in de EU.<sup>84</sup>

Het Hof overwoog vervolgens dat een maatregel toelaatbaar voldoende doelgericht moet zijn, in die zin dat het inbreuken tot een eind kan brengen en geen negatieve gevolgen heeft voor de rechtmatige toegang tot informatie. Omdat een wachtwoord slechts een regulering van internettoegang inhoudt, achtte het Hof aan deze voorwaarde voldaan.<sup>85</sup>

Het Hof voegde aan deze overwegingen toe dat, volgens de verwijzende rechter, naast de drie aangehaalde maatregelen geen andere maatregelen bestonden die een wifi-aanbieder zou kunnen nemen. Afwijzing van de derde maatregel zou er daarom leiden dat de rechthebbende geen effectief rechtsmiddel zou hebben, hetgeen het Hof noopte tot de conclusie dat de maatregel noodzakelijk was om een effectieve bescherming aan het grondrecht op bescherming van de intellectuele eigendom te bieden.<sup>86</sup> Dit duidt erop dat het

---

81 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 91-92.

82 HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*), par. 62.

83 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 96.

84 Zie M. Husovec, 'Holey Cap! CJEU Drills (Yet) Another Hole in the E-Commerce Directive's Safe Harbours', *JIPLP* 2017 (2), p. 120; C.E. Drion, 'Freiheit Statt Angst', *NJB* 2016, p. 3103.

85 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 93-94.

86 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 97-99.

ontbreken van andere (even geschikte of minder bezwarende) maatregelen de noodzakelijkheidsvoorwaarde in principe vervult.<sup>87</sup>

*Stap 3: Brengt het bevel een rechtvaardig evenwicht tot stand tussen de betrokken grondrechten?*

Op grond van de eerder behandelde overwegingen achtte het Hof een rechtvaardig evenwicht bereikt tussen het grondrecht op bescherming van intellectuele eigendom en de grondrechten op vrijheid van ondernemerschap en vrijheid van informatie.<sup>88</sup> Deze summiere motivering verbaast niet, nu aan dit oordeel een uitgebreide doel-middel-analyse was voorafgegaan. Bovendien had het Hof reeds vastgesteld dat de voorgestelde maatregel geen aantasting van de wezenlijke inhoud van de betrokken grondrechten met zich bracht.<sup>89</sup>

### 3.3 De rol van het Hof van Justitie en de ruimte voor lidstaten

In eerdere rechtspraak volstond Hof veelal met de vaststelling dat nationale autoriteiten en rechters zelf een rechtvaardig evenwicht moesten verzekeren.<sup>90</sup> In de arresten *Scarlet Extended* en *Netlog* liet het Hof zich voor het eerst, zij het in algemene zin, uit over de toelaatbaarheid van een maatregel.<sup>91</sup> Een concrete afweging tussen de belangen die door de verschillende grondrechten werden beschermd ontbrak echter.<sup>92</sup> In *UPC Telekabel* gaf het Hof nadere richtsnoeren voor het afwegen van belangen, maar liet het wederom ruimte voor nationale rechters om te oordelen of de maatregel *in concreto* geoorloofd was. Dat was gezien het onderliggende feitencomplex overigens niet verwonderlijk: het in

87 Het blijft natuurlijk discutabel of er ook daadwerkelijk geen andere handhavingsmaatregelen denkbaar waren in deze zaak. Denkbaar is dat de rechtsgrond voor de maatregel wegvalt wanneer de adressant aantoont dat er ook andere acceptabele maatregelen denkbaar zijn. Zie in dat verband ook: Husovec, *JILPL* 2017, p. 123.

88 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 100.

89 HvJ EU 15 september 2016, zaak C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 (*McFadden*), par. 92.

90 Zie HvJ EG 19 februari 2009, zaak C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 (*LSG/Tele2*), par. 28-29; HvJ EU 19 april 2012, zaak C-461/10, ECLI:EU:C:2012:219 (*Bonnier Audio*), par. 56.

91 HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*); HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 (*Netlog*). Zie ook: R.D. Chavannes, 'Belangenafweging in het informatierecht: het arrest *Scarlet/SABAM* en de botsing tussen auteursrecht en ondernemingsvrijheid, uitingsvrijheid en privacy', in: M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum. Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2013, p. 188-197; S.A. de Vries, 'Zo ontkomt de "Scarlet Pimpernel" toch nog...', in: A. Pahladsingh & M. van Roosmalen (red.), *JHG – EU-Handvest Selecties*, Den Haag: Sdu 2013, p. 115-129.

92 Aldus ook: R.D. Chavannes, 'Juist evenwicht' in de praktijk. De toelaatbaarheid van internetblokkades volgens het Hof van Justitie in *UPC Telekabel Wien*', *AMI* 2015, p. 43.

het geding zijnde *Erfolgsverbot* bevatte immers slechts een zeer algemene verplichting.

In *McFadden* onderzoekt het Hof zoals gezegd zelf de toelaatbaarheid van de aangedragen maatregelen. Die houding is eveneens te verklaren door het feitensubstraat. De verwijzende rechter had immers expliciet gevraagd naar de toelaatbaarheid van drie specifieke maatregelen. Het Hof had echter ook kunnen volstaan met het uiteenzetten van de voorwaarden die aan dergelijke maatregelen moeten worden gesteld en de feitelijke beoordeling over kunnen laten aan de nationale rechter. Dat het Hof zelf in een beoordeling treedt is ongebruikelijk, maar niet onbegrijpelijk gelet op de gewenste harmonisatie van handhavingsregels en het voorkomen van rechtsonzekerheid.

Het blijft echter niet bij een enkele toetsing van de voorgelegde maatregelen. Zo laat het Hof het antwoord op de vraag of een rechtvaardig evenwicht is bereikt mede afhangen van de vraag of de rechthebbende bij afwijzing van het bevel nog een doeltreffend middel kan aanwenden om zijn recht te handhaven. Luidt het antwoord op de laatste vraag ontkennend, dan is dit evenwicht niet bereikt:

Aangezien de twee andere maatregelen zijn afgewezen door het Hof, zou de vaststelling dat een aanbieder van toegang tot een communicatienetwerk zijn internetaansluiting niet hoeft te beveiligen, dus erop neerkomen dat het grondrecht op intellectuele eigendom elke bescherming wordt ontnomen, hetgeen zou indruisen tegen de gedachte van een rechtvaardig evenwicht (zie naar analogie arrest van 16 juli 2015, *Coty Germany*, zaak C-580/13, EU:C:2015:485, punten 37 en 38).

De verwijzing naar *Coty Germany* is opmerkelijk. In dat arrest kwam aan de orde of een nationale regeling, welke eraan in de weg stond dat de rechthebbende van een bank kon vorderen dat zij persoonsgegevens verstrekt van zijn (inbreukmakende) klanten, verenigbaar was met art. 8 lid 1 Hrl. Dat artikel bepaalt dat lidstaten moeten verzekeren dat rechthebbenden in een procedure een verzoek tot verstrekking van informatie over de herkomst en distributie van inbreukmakende goederen kunnen doen. Het Hof wees er in zijn oordeel op dat het recht op informatie van art. 8 lid 1 Hrl een invulling vormt van het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Handvest), dat op zijn beurt een 'noodzakelijk instrument' vormt om de bescherming die art. 17 lid 2 Handvest biedt te waarborgen. Een nationale regeling die het recht op informatie frustreert, is volgens het Hof dan ook onverenigbaar met art. 47 Handvest.<sup>93</sup> Het Hof lijkt daar in *McFadden* aan toe te voegen dat het grondrecht ook positieve verplichtingen met zich kan brengen.<sup>94</sup> Art. 47 Handvest

93 HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485 (*Coty Germany*), par. 29 en 38.

94 M. Husovec, *Injunctions against Intermediaries in the European Union – Accountable but Not Liable?*, Cambridge: CUP 2018, p. 130; Husovec, *JILPLP* 2017, p. 123-124.

*verbiedt* dus niet alleen regels die in de weg staan aan een doeltreffend rechtsmiddel, maar kan lidstaten er ook toe *verplichten* te verzekeren dat de recht-hebbende een specifiek rechtsmiddel ten dienste staat.

#### 4 PERSPECTIEVEN: INVLOED OP ANDERE RECHTSMIDDELEN

De invloed van het Handvest op de handhaving van het auteursrecht beperkt zich niet tot het specifieke terrein van het rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon. Het beginsel van een rechtvaardig evenwicht speelt een rol bij de uitleg en toetsing van alle materiële en processuele regels die onder het bereik van de Handhavingsrichtlijn vallen.<sup>95</sup> Daaruit volgt dat ook andere rechtsmid-delen het Handvest moeten respecteren.<sup>96</sup>

##### 4.1 *Grondrechten, verbod en schadevergoeding*

Met name interessant is welke gevolgen het invoeren van een grondrecht door de gedaagde kan hebben voor de toewijzing en/of de omvang van een verbod of schadevergoeding.<sup>97</sup> Hoewel het Hof van Justitie zich over deze vraag nog niet heeft hoeven uitspreken, is deze vraag in Nederland reeds beantwoord door de Hoge Raad. Hij oordeelde in het arrest *GS Media*:

(...) dat de rechter, indien een daarop gericht verweer wordt gevoerd, dient te onderzoeken of in het concrete geval de handhaving van een intellectueel ei-gendomsrecht afstuit op een ander grondrecht. Weliswaar dient reeds bij de totstandbrenging van regelgeving betreffende intellectuele eigendom een juist evenwicht tussen de diverse grondrechten te worden verzekerd, maar dat laat onverlet dat ook de rechter in een hem voorgelegd geschil, indien de stellingen van de aangesproken partij daartoe aanleiding geven, dient te onderzoeken of

---

95 Overweging 32 preambule Hrl: “De richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht zoals die zijn erkend door het Handvest en daarnaast beoogt dat de intellectuele eigendom volledig wordt geëerbiedigd overeenkomstig art. 17 lid 2 Hand-vest; zie ook: HvJ EU 18 oktober 2018, zaak C-149/17, ECLI:EU:C: 2018:841 (*Bastei Lübbe*), AMI 2019/2 en EHRC 2019/40, m.nt. Teunissen, par. 53.

96 Asser/Hartkamp 3-I 2018/12.

97 P. Teunissen, ‘Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het au-teursrecht’, *IER* 2018 p. 384-386.

in de omstandigheden van het geval bij toewijzing van de gevraagde maatregel, gelet op het beginsel van proportionaliteit, niet te zeer afbreuk wordt gedaan aan het grondrecht waarop de aangesproken partij zich beroept.<sup>98</sup>

De Hoge Raad maakt met deze bewoordingen een uitzondering op het in art. 3:296 BW verwoorde uitgangspunt dat de bodemrechter bij gebleken onrechtmatigheid (in casu inbreuk op het auteursrecht) het verbod toewijst zonder nadere belangenafweging.<sup>99</sup>

#### 4.2 Toepassingen in lagere rechtspraak

Sinds het arrest van de Hoge Raad kwam het in enkele zaken tot een concrete afweging tussen het belang van de rechthebbende bij toewijzing van diens vordering en het grondrecht waarop een beroep was gedaan door diens wederpartij.<sup>100</sup> Daaronder bevinden zich twee zaken, die beide betrekking hebben op de nalatenschap van Anne Frank, die het nodige stof hebben doen opwaaien.<sup>101</sup>

De eerste zaak, *Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting*, draaide om tentoonstelling van enkele brieven die zijn geschreven door Otto Frank. Het auteursrecht op de brieven ligt krachtens testamentaire aanwijzing bij het Anne Frank Fonds ('Fonds'). De Anne Frank Stichting ('Stichting') heeft de eigendomsrechten van een groot aantal brieven weten te verkrijgen. Drie van deze brieven hebben betrekking hebben op het toneelstuk "*The Diary of Anne Frank*" uit

---

98 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media/Sanoma*), NJ 2015/183, SEW 2015/108, par. 5.2.5, onder verwijzing naar: HvJ EU 24 november 2011, zaak C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 (*Scarlet Extended*); HvJ EU 27 maart 2014, zaak C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 (*UPC Telekabel*); EHRM 10 januari 2013, zaaknr. 36769/08, ECLI:NL:XX:2013:BZ9845 (*Ashby Donald/ Frankrijk*).

99 Art. 3:296 BW: "Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld." Zie ook HR 28 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8976 (*Claas/Van Tongeren*), BR 1986, p. 121, m.nt. Koeman, NJ 1986/356, m.nt. Scheltema, par. 3.4.

100 Rb. Amsterdam 16 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3517 en Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:395 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting*), AMI 2018/14, m.nt. Kabel; Rb. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3590, AMI 2015/7, M.M.M. van Eechoud, en Hof Amsterdam 21 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:523, (*Pictoright/Stadsarchief Rotterdam*); Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting & KNAW*), IER 2017/5, m.nt. De Vries

101 Zie ook C.P.L. van Woensel. 'Anne Frank is van mij', AA 2013/0372, p. 372-377; D. Barnouw, 'Anne Frank Fonds schaadt Annes idealen', NRC *Handelsblad* 5 januari 2016, p. 18; C.P.L. van Woensel, 'De auteursrecht-claim van het Anne Frank Fonds is immoreel', NJB 2016/261 (5), p. 342-345.

1955. De Stichting besloot om deze brieven ter inzage te leggen in het Anne Frank Huis ter ondersteuning van een tentoonstelling waarin het eerder genoemde toneelstuk aan bod kwam.<sup>102</sup> Nadat een eerdere sommatie geen doel trof, vorderde het Fonds een algemeen inbreukverbod. De rechtbank overwoog dat de Stichting zich ter onderbouwing van het aan art. 10 EVRM en art. 11 Handvest verbonden belang slechts had beperkt tot vermelding van het algemene, (historische, culturele en educatieve) publieke belang bij het tentoonstellen van origineel historisch materiaal. Omdat de Stichting niet eerst om toestemming had gevraagd, achtte de rechtbank onvoldoende bewezen dat toewijzing van het verbod inderdaad te zeer afbreuk zou doen aan de grondrechten waarop de Stichting zich beriep. De rechtbank wees de gevorderde verklaring voor recht op die gronden toe. Zij wees de gevorderde verboden echter af, omdat volgens haar de uit *GS Media* voortvloeiende evenredigheidstoets “zich niet [leent] voor een afweging in abstracto, maar deze slechts gebaseerd [kan] zijn op de concrete omstandigheden van het individuele geval”. Volgens de rechtbank kon om die reden geen algemeen verbod worden toegewezen.<sup>103</sup>

Het Hof Amsterdam liet het oordeel van de rechtbank grotendeels in stand. Het Hof overwoog dat een algemeen verbod in de gegeven omstandigheden disproportioneel was. Daartoe achtte het van belang dat het ging om een uitzonderlijke situatie, te weten het geval waarin de auteursrechthebbende en de eigenaar van het fysieke stuk twee verschillende rechtspersonen zijn. Daarnaast waren ook de aard en inhoud van de stukken en het daarvan te maken gebruik in de ogen van het Hof uitzonderlijk. Ten slotte was in de ogen van het Hof onvoldoende vast te komen staan dat de Stichting zich schuldig had gemaakt aan eerdere inbreuken waarvan de ernst en omvang een algemeen verbod zouden rechtvaardigen. Het hof zag niettemin ruimte voor toewijzing van een minder verstrekkende voorziening, te weten een verbod (zonder dwangsom) om de brieven opnieuw tentoon te stellen.<sup>104</sup>

De tweede zaak betreft wederom een zaak tussen het Fonds en de Stichting, de laatste ditmaal vergezeld door het KNAW. Onderwerp van geding was de vraag of de Stichting en het KNAW delen van het dagboek van Anne Frank te gebruiken. De Stichting en het KNAW beschikten al over kopieën het werk van Anne Frank, maar wilden zogenaamde ‘XML-TEI’ bestanden maken van het werk om tekstanalyse te kunnen toepassen. De Stichting en het KNAW

---

102 Over de geschiedenis van dit conflict en andere botsingen tussen het Fonds en de Stichting is het nodige geschreven; zie J.J.C. Kabel, annotatie bij deze zaak, p. 203; C.P.L. van Woensel, ‘Anne Frank is van mij’, *AA* 2013/0372, p. 372-277. Vgl. Rb Amsterdam 25 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3928; *NJF* 2012/521; Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312.

103 Rb. Amsterdam 16 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:3517 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting*), par. 4.11-4.15.

104 Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:395 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting*), *AMI* 2018/14, m.nt. Kabel, par. 3.11.

hadden ter zake een verweer gevoerd wat erop neerkwam dat de vrijheid van wetenschappelijk onderzoek (art. 13 Handvest) in de weg zou staan aan het toewijzing van het verbod. De rechtbank stelde allereerst vast dat gedaagden inbreuk maakten op het auteursrecht van het Fonds nu er geen excepties van toepassing konden zijn. Zij achtte het verweer van de Stichting en het KNAW niettemin gegrond. Daartoe achtte de rechtbank enerzijds redengevend dat de teksten noodzakelijk waren voor gedegen wetenschappelijk onderzoek, terwijl anderzijds slechts een klein aantal reproducties aan een al even beperkt aantal wetenschappers beschikbaar was gesteld. Zij oordeelde daarom dat de handhaving van het auteursrecht 'afstuitte' op de vrijheid van wetenschap en wees de vorderingen van het Fonds af.<sup>105</sup>

### 4.3 De Nederlandse rechtspraak in het licht van het Unierecht

Men kan afvragen of de hierboven weergegeven rechtspraak in overeenstemming is met het Unierecht. Aanleiding voor gerede twijfel geven de arresten *Funke Medien*, *Pelham* en *Spiegel Online* van het Hof van Justitie. Het Hof oordeelde daarin dat, buiten de in art. 5 Arl geregelde excepties, art. 11 Handvest geen rechtvaardiging kan bieden voor een beperking van of inbreuk op de uitsluitende rechten van de auteursrechthebbende. De Auteursrechtlijn brengt volgens het Hof immers zelf al een rechtvaardig evenwicht tot stand tussen de verschillende rechten en belangen. Aanvaarding van een 'externe' exceptie zou volgens het Hof bovendien de effectiviteit van de tot stand gebrachte harmonisatie in gevaar brengen, omdat het Lidstaten zou toestaan om naar eigen inzicht excepties toe te passen die niet onder de limitatieve opsomming van art. 5 Arl vallen.<sup>106</sup>

In het licht van deze arresten geldt mijns inziens ook in de verbodsfase het uitgangspunt dat een 'extern' beroep op een grondrecht niet mogelijk is wanneer op EU-niveau een geharmoniseerd stelsel van rechten en uitzonderingen bestaat. Het verbod vormt immers in wezen een extensie van de uitsluitende rechten van de rechthebbende. Deze rechten worden dan ook niet zelden omschreven als 'verbodsrechten'.<sup>107</sup> Afwijzing van een verbod op grond van een 'extern' beroep op een grondrecht zou op vergelijkbare wijze de effectiviteit

---

105 Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting & KNAW*), par. 4.8-4.9.

106 HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-469/19, ECLI:EU:C:2018:623 (*Funke Medien*), par. 57-64; HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham*), par. 59-65; HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), par. 42-49.

107 Zie o.m. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 2.



van de tot stand gebrachte harmonisatie en de rechtszekerheid kunnen ondermijnen.

Dat betekent niet dat de rechter de (grondrechtelijke) belangen die in het gegeven geval spelen moet negeren. In de eerste plaats zijn grote delen van het materiële IE-recht zijn geharmoniseerd. Dientengevolge is de rechter verplicht om zijn nationale recht zo veel mogelijk conform het Handvest uitleggen.<sup>108</sup> Een ruime uitleg van een wettelijke exceptie kan in veel gevallen uitkomst bieden.<sup>109</sup> In de tweede plaats schrijft de Handhavingsrichtlijn voor dat de rechter om bij het vaststellen van de geëigende sanctie rekening houdt met de concrete omstandigheden van het geval.<sup>110</sup> De rechter kan aan deze verplichting onder meer invulling geven door de omvang van een gevorderd verbod te beperken.<sup>111</sup> Ook afwijzing van nevenvorderingen behoort tot de mogelijkheden, omdat dat een discretionaire beslissing van de rechter betreft.<sup>112</sup>

## 5 CONCLUSIE

Het Handvest heeft in het afgelopen decennium een belangrijke invloed gehad op het auteursrecht. De rechtspraak van het Hof van Justitie over het rechterlijk bevel tegen een tussenpersoon is wat dat betreft exemplarisch. Het arrest *McFadden* illustreert de harmoniserende werking die van het Handvest uitgaat.<sup>113</sup> Enerzijds volgt uit het arrest dat de evenredigheidstoets uit *UPC Telekabel* van algemene toepassing is op maatregelen die onderwerp vormen van een rechterlijk bevel. Deze toets moet door nationale rechters in de gehele EU uniform worden toegepast. Anderzijds brengt het arrest met zich dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte lidstaten kan verplichten tot het

<sup>108</sup> Zie noot 5-9.

<sup>109</sup> HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-469/19, ECLI:EU:C:2018:623 (*Funke Medien*), par. 72-76; HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), par. 56-59. Aldus ook: A.A. Quaedvlieg, 'Een modern citaatrecht belemmert niet de uitingsvrijheid. Scientology, het openbaarmakingsbegrip en de noden van de democratische samenleving', *AMI* 2006, p. 197-200.

<sup>110</sup> Zie overweging 17 preambule Hrl: "De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen waarin deze richtlijn voorziet, moeten in elk afzonderlijk geval zodanig worden vastgesteld dat naar behoren rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van dat geval, waaronder de specifieke kenmerken van elk intellectuele-eigendomsrecht en in voorkomend geval de opzettelijke of onopzettelijke aard van de inbreuk."

<sup>111</sup> Zie Hof Amsterdam 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:395 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting*), par. 3.11.

<sup>112</sup> Zie Rb. Amsterdam 23 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9312 (*Anne Frank Fonds/Anne Frank Stichting & KNAW*), par. 4.8-4.9 en 5.1.

<sup>113</sup> Zie ook: Griffiths, *ELR* 2013 (1), p. 65-72; M. Husovec, 'Intellectual Property Rights and Integration by Conflict: The Past, Present and Future', *CYELS* 2016, p. 239-269.

bieden van een specifiek rechtsmiddel. Het Handvest is de motor achter beide ontwikkelingen.

De tentakels van het Handvest omspannen ook de andere regels op het gebied van handhaving van IE-rechten. Het vereiste evenwicht tussen de betrokken grondrechten speelt aldus ook een rol bij de uitleg van regels die betrekking hebben op vorderingen als het verbod en de schadevergoeding. Het lijkt een kwestie van tijd voor het Hof van Justitie zich over deze materie zal buigen.

Samengevat kan gezegd worden dat de grondrechten uit het Handvest een krachtig instrument zijn gebleken voor *judge-made harmonisation*.<sup>114</sup> Deze aanpak van het Hof van Justitie heeft ook in het auteursrecht zijn vruchten afgeworpen. Op dat gebied zijn hervormingen noodzakelijk, mede door snelle technologische en maatschappelijke ontwikkelingen. Aanpassingen van regelgeving verlopen op EU-niveau echter stroperig.<sup>115</sup> Het Handvest kan in deze gevallen uitkomst bieden.<sup>116</sup> Recente rechtspraak maakt echter ook duidelijk dat deze pragmatische aanpak zijn grenzen kent. De wetgever blijft de aangegeven partij om de reikwijdte en grenzen van het auteursrecht vast te stellen en de afwegingen te maken die daarmee gepaard gaan.<sup>117</sup>

---

114 Zie E. Rosati, *Judge-made EU Copyright Harmonisation: The Case of Originality*, Florence: European University Institute 2012; J. Griffiths, 'Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law', *ELR* 2013, p. 114; HvJ 29 juli 2019, zaak C-469/19, ECLI:EU:C:2018:623 (*Funke Medien*), par. 72-76; HvJ EU 29 juli 2019, zaak C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*), par. 56-59. Aldus ook: A.A. Quaadvlieg, 'Een modern citaatrecht belemmert niet de uitingsvrijheid. Scientology, het openbaarmakingsbegrip en de noden van de democratische samenleving', *AMI* 2006, p. 197-200, p. 65-72; P. Teunissen, 'Van interpretatie tot harmonisatie: grondrechtenafwegingen in het auteursrecht', *IER* 2018, p. 394-395; J. Griffiths, 'Taking Power Tools to the Acquis – The Court of Justice, the Charter of Fundamental Rights and European Union Copyright Law', in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 144-174; V. Cassiers & A. Strowel, 'Intellectual Property Law Made by the Court of Justice of the European Union', in: C. Geiger (red.), *Intellectual Property and the Judiciary*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 175-206.

115 Zie M.M.M. van Eechoud e.a., *Harmonizing European Copyright Law – The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2009, p. 298; A. Vetulani-Cegiel, 'EU Copyright Law, Lobbying and Transparency of Policy-Making: The Cases of Sound Recordings Term Extension and Orphan Works Provisions', *JIPITEC* 2015, p. 146-162.

116 Zie ook: S. Kulk & P. Teunissen, 'Naar een nieuw fundament – hoe het Handvest het auteursrecht hervormt', *AMI* 2019, p. 121-132.

117 In gelijke zin: A. Peukert, 'The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature', in: C. Geiger (red.), *Human Rights and Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, p. 141-148.