

14/02399
16 maart 2018

mr. G.R.B. van Peurseem
Conclusie inzake:

**Stichting Brein, voorheen genaamd
Stichting Bescherming Rechten
Entertainment Industrie Nederland, Brein,
(hierna: Brein),
eiser tot cassatie, verweerster in de (deels
voorwaardelijke) incidentele
cassatieberoepen,
adv. mr. W.A. Hoyng**

tegen

**1. Ziggo B.V.
(hierna: Ziggo),
verweerster in cassatie, eiseres in het
voorwaardelijk incidenteel
cassatieberoep,
adv.: mr. F.E. Vermeulen**

**2. XS4ALL Internet B.V.
(hierna: XS4ALL),
verweerster in cassatie, eiseres in het
deels voorwaardelijk incidenteel
cassatieberoep,
adv.: mrs. S.M. Kingma en C.A. Alberdingk
Thijm,
(hierna gezamenlijk: Ziggo c.s.)**

1. Inleiding

1.1 Deze zaak over *website-blocking* komt terug uit Luxemburg na prejudiciële verwijzing¹ over de vraag of bit-torrent indexeerder The Pirate Bay (TPB) zelf ook auteursrechtinbreuk

¹ Het verwijzingsarrest: HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3307, RvdW 2015/1230, BIE 2017/29 m.nt. A.A. Quaadvlieg (*Brein/Ziggo*), na een uitvoerige conclusie van mij van 29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:729, waarop is gevolgd HvJEU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, RvdW 2017/852, AMI 2017/4 m.nt. K.J. Koelman, BIE 2017/29 m.nt. A.A. Quaadvlieg.

pleegt. Antwoord: ja, het handelen van TPB kwalificeert als het doen van “een mededeling aan het publiek” in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn (ARI)².

Daarmee is de angel uit deze zaak, omdat met dit oordeel de tweede hoofdkwestie uit het geschil wordt beantwoord (pleegt een torrentwebsite zelf auteursrechtinbreuk; rechtsklacht principaal onderdeel Ia en incidentele onderdelen 1 van Ziggo en I van XS4ALL). Na dit rondje Luxemburg dient de rechtsklacht uit principaal onderdeel Ia te slagen, terwijl incidentele onderdelen 1 van Ziggo en I van XS4ALL daar op afketsen.

De andere hoofdkwestie betreft de effectiviteitstoets van het hof, aangevallen in principaal onderdeel III (en de materie van onderdelen 2, 3 en 4 van het incidentele middel van Ziggo en II en III van XS4ALL). Dat tweede aspect is door Uw Raad in het verwijzingsarrest al beoordeeld: die toets van het hof is daarin onjuist en onbegrijpelijk³ geoordeeld.

1.2 Er resteren nog een paar andere klachten en een dubbele portie IE-proceskostenveroordelingsproblematiek.

Bij nadere repliek in cassatie onder 21 heeft Brein principaal onderdeel IIa ingetrokken, zodat dat geen verdere bespreking behoeft⁴.

Principaal onderdeel IIb moet nog worden beoordeeld. Daar concludeerde ik vóór verwijzing over in 2.2.10-2.2.13 (tot verwerping).

Ook principaal onderdeel V staat nog open en ook daarover concludeerde ik al in 2.5.1-2.5.2 van mijn eerste conclusie in deze zaak (ook tot verwerping).

Ik heb aan die passages uit mijn eerdere conclusie nu niets toe te voegen.

Over incidenteel onderdeel IV van XS4ALL (een art. 1019h Rv-kwestie) concludeerde ik om proceseconomische redenen nog niet in mei 2015. Dat dat gegeven de uitkomst van deze cassatieprocedure na prejudiciële verwijzing bij gebrek aan belang ook nu niet zou hoeven, zoals Brein betoogt (omdat XS4ALL in de kosten van de appelinstantie moet worden veroordeeld), lijkt mij niet juist, zodat hierover nog wel moet worden geconcludeerd nu. Ook de niet tot stand gekomen nadere afspraak tussen partijen over de kosten in cassatie en verwijzing na het verwijzingsarrest zorgt nog voor hoofdbreken.

1.3 In wezen zou ik het hier bij kunnen laten: Vanwege het slagen van principale onderdelen Ia (en het falen van incidentele onderdelen 1 van Ziggo en I van XS4ALL) als gevolg van het prejudiciële oordeel en het slagen van de onderdelen III.3, III.4, III.10 en III.11 (en het niet opgaan van Ziggo's incidentele onderdelen 2, 3 en 4 en onderdelen II en III van XS4ALL) volgens het verwijzingsarrest, dient te worden vernietigd en verwezen (met zo meteen dan

² Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, Pb EG L 167 van 22 juni 2001, p. 10-19.

³ De principale onderdelen III.3, III.4, III.10 en III.11 zijn in rov. 4.4.1-4.4.3 & 4.5 en 4.6.1 en 4.6.2 gegrond bevonden in het verwijzingsarrest, waarna met toepassing van art. 81 RO de incidentele onderdelen 2, 3 en 4 van Ziggo en II en III van XS4ALL zijn verworpen in rov. 4.6.4.

⁴ Ik concludeerde daar in mijn eerste conclusie in 2.2.1-2.2.9 over.

een vervolg-staartje over incidenteel onderdeel IV van XS4ALL en de kostenkwestie na verwijzing).

1.4 Bij nadere s.t. hebben Ziggo en XS4ALL aangegeven dat we er met het oordeel over het zelf inbreuk maken door torrensites (HvJEU prejudicieel) en een fout beoordeelde effectiviteitstoets van het hof (HR verwijzingsarrest) nog niet zijn voor een groen licht voor *website blocking*. Er zou een “brede, integrale proportionaliteitstoetsing” ontbreken; nu is wel duidelijk hoe het *niet* moet, maar nog niet hoe het dan *wel* moet. Er wordt verzocht bij eindarrest richting te geven voor de wel uit te voeren juiste evenredigheidstoetsing (in deze zin nadere s.t. Ziggo 2.b, 2.c en 3, waar XS4ALL zich blijkens haar nadere s.t. onder 6 en 7 bij aansluit).

1.5 Tot een ander oordeel in cassatie lijkt mij dat niet te kunnen leiden. Het is op de keper beschouwd materie die in de procedure na vernietiging en verwijzing aan de orde zal dienen te komen. Ik denk namelijk niet dat Breins pleidooi voor het zelf afdoen door Uw Raad door het rechtbankvonnis te bekrachtigen navolging kan vinden.

Voor nadere richtinggeving als verzocht zie ik eigenlijk ook geen aanleiding in onze zaak. Dat behelst grotendeels feitelijke materie die na vernietiging en verwijzing aan de orde dient te komen. De zaak leest na de verkregen prejudiciële verduidelijking naadloos op *Telekabel Wien*⁵ en de daarin geformuleerde dubbele voorwaarde in punten 62 en 63, zoals ik in mijn eerdere conclusie in deze zaak heb uiteengezet (in 2.1.33, 2.2.3⁶, waarbij ik in 2.2.4 er op heb gewezen dat het te verwachten resultaat van blokkademaatregelen een aspect is dat de feitenrechter bij zijn beoordeling of een maatregel redelijk is, moet betrekken, onder

⁵ HvJEU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, RvdW 2014/744, IER 2014/45 m.nt. S. Kulk, EHRC 2014/138 m.nt. C. Mak, JHG 2015/41 m.nt. S.A. de Vries (*UPC Telekabel Wien*).

⁶ Ik roep punten 62 en 63 van dit arrest (als geciteerd in mijn eerste conclusie in 2.2.4) nog even in herinnering hier:

“62 De maatregelen die de adressaat van een bevel als dat van het hoofdgeding ter uitvoering van dit bevel neemt, moeten voldoende doeltreffend zijn om een effectieve bescherming van het betrokken grondrecht te verzekeren, wat inhoudt dat zij tot gevolg moeten hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adressaat van dat bevel ernstig ontraden [vtnt. 64: in de authentieke uitspraak (in het Duits): “davon abgehalten werden” en in de Engelse tekst: “seriously discouraging”. Ik houd het op een wat ongelukkige Nederlandse vertaling en begrijp “ontraden” als “ontmoedigen”.] om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met genoemd grondrecht voor hen beschikbaar gestelde werken.

“63 Bijgevolg kan echter niet worden aangenomen dat de maatregelen die zijn genomen ter uitvoering van een bevel als dat van het hoofdgeding, ofschoon zij in voorkomend geval niet kunnen leiden tot een volledige beëindiging van de op the intellectuele-eigendomsrecht gemaakte inbreuken, onverenigbaar zijn met het overeenkomstig artikel 52, lid 1, in fine, van het Handvest na te streven rechtvaardige evenwicht tussen alle toepasselijke grondrechten, evenwel op de dubbele voorwaarde dat zij de internetgebruikers niet nodeloos de mogelijkheid ontzeggen om zich rechtmatig toegang tot de beschikbare informatie te verschaffen en dat zij tot gevolg hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en zij internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adressaat van dat bevel ernstig ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met het intellectuele-eigendomsrecht voor hen beschikbaar gestelde werken.”

verwijzing naar de conclusie van A-G Cruz Villalón voor *Telekabel Wien*⁷, vgl. eveneens uit die eerdere conclusie 2.3.4-2.3.8 en 3.1.3 variant 1)). Het kader is in mijn optiek dan ook al duidelijk geschetst in de vorige conclusie. Voor het geval Uw Raad niettemin ruimte ziet voor nadere richting-geving in deze zaak, doe ik in deze conclusie een poging tot nadere uitwerking.

2. Feiten en procesverloop

2.1 Voor de uitgangspunten in deze procedure verwijs ik naar rov. 3.1 van het verwijzingsarrest. In staccato-samenvatting:

Brein behartigt de belangen van verschillende auteursrechthebbenden. Ziggo c.s. zijn internet-accessproviders (internet service providers, ISPs). Abonnees van Ziggo c.s. maken/maakten gebruik van TBP, een BitTorrent index. BitTorrent is een protocol waarmee gebruikers ("peers") bestanden kunnen uitwisselen ("filesharing"). De essentie van BitTorrent is dat de uit te wisselen bestanden in kleine stukjes worden opgeknipt, zodat het niet nodig is om een centrale server voor de opslag van die bestanden aan te houden. Om te kunnen "filesharen" moeten gebruikers eerst specifieke software (een BitTorrent-client) downloaden, die niet door TBP wordt aangeboden. De zogenoemde "initial seeders", die een op hun computer staand mediabestand aan hun gebruikers ter beschikking willen stellen, maken met behulp van hun BitTorrent-client een torrent-bestand aan. Vervolgens uploaden zij deze torrents naar een site als TPB, die de torrents indexeert. Als gevolg van de door TBP aangebrachte indexering kunnen de torrents worden gevonden door de gebruikers. Zij kunnen deze bestanden vervolgens met behulp van een BitTorrent-client in verschillende stukjes downloaden. Het is de BitTorrent-client die de download start, TBP speelt daarbij geen rol. Een deel van de op TPB aangeboden torrents verwijst naar auteursrechtelijk en/of nabuurrechtelijk beschermd materiaal.

2.2 De rechtbank heeft het blokkadebevel aan de ISPs toegewezen, het hof heeft dat afgewezen (vgl. voor een samenvatting van de relevante overwegingen van het bestreden hofarrest rov. 3.2.2 van het verwijzingsarrest).

2.3 Voor de vraag gesteld of TPB ook zelf, dus naast de abonnees van Ziggo c.s., auteursrechtinbreuk pleegt, formuleerde Uw Raad in het verwijzingsarrest twee prejudiciële vragen, waarvan de eerste positief is beantwoord, zodat aan de tweede vraag niet behoefde te worden toegekomen:

"1. Is sprake van een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrichtlijn door de beheerder van een website, indien op die website geen beschermde werken aanwezig zijn, maar een systeem bestaat (als omschreven hiervoor in 3.1 en 5.5) waarbij voor gebruikers meta-informatie over beschermde werken die op de computers van gebruikers staat, wordt

⁷ ECLI:EU:C:2013:781, punten 99-102 (geciteerd in mijn eerdere conclusie in 2.3.5) en Leistner/Grisse, Sperrverfügungen gegen Acces-Provider im Rahmen der Störerhaftung (Teil 2)(GRUR 2015, 105).

geïndexeerd en gecategoriseerd, zodanig dat de gebruikers de beschermde werken aan de hand daarvan kunnen traceren en kunnen up- en downloaden?⁸

2. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt:

Bieden art. 8 lid 3 Auteursrichtlijn en art. 11 Handhavingsrichtlijn ruimte voor een bevel aan een tussenpersoon als in die bepalingen bedoeld, indien deze tussenpersoon inbreukmakende handelingen van derden faciliteert op de wijze als bedoeld in vraag 1?”

2.4 In een inmiddels bekende vier-stappentoets komt het Luxemburgse hof tot een positieve beantwoording van de eerste vraag.

Na een rechtspraak recapitulerende aanloop (punten 20-33) oordeelt het HvJEU in punt 34 dat uit eerdere rechtspraak kan worden afgeleid dat in beginsel iedere handeling waarbij een gebruiker zijn klanten weloverwogen toegang biedt tot beschermd werk een “handeling bestaande in een mededeling” volgens art. 3 lid 1 Arl vormt. In punten 35-37 komt het Hof tot het oordeel dat torrentsites kunnen worden beschouwd als onontkoombare actoren bij het ter beschikking stellen van de betrokken werken en in punt 38 dat hier geen sprake is van louter ter beschikking stellen van fysieke faciliteiten die een mededeling mogelijk maken in de zin van overweging 29 van de considerans van de richtlijn.

Als eerste stap formuleert het Hof dan in punt 39 dat de beschikbaarstelling en het beheer van een online platform voor de uitwisseling van bestanden als van TPB moet worden beschouwd als een *handeling bestaande uit een mededeling* in de zin van art. 3 lid 1 Arl.

De volgende stap in punten 40-43 is dat hier ook sprake is van mededeling van beschermde werken aan een *publiek*.

Gebaseerd op eerdere rechtspraak volgt in punten 44-45 als derde stap dat hier sprake is van mededeling aan een *nieuw publiek*.

Volgens punt 46 is onmiskenbaar sprake van een *winstoogmerk* (vierde stap), met als slotsom in punt 47 dat hier sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Arl (en dus van auteursrechtelijk openbaar maken door TPB, vertaald naar “traditioneel” Nederlands auteursrechtelijk jargon).

Daarmee kwam het hof niet toe aan de beantwoording van vraag 2 (punt 49).

Ik geef de kernoverwegingen hier weer:

“24. Uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 komt naar voren dat het begrip mededeling aan het publiek twee cumulatieve elementen met elkaar verbindt, namelijk een „handeling bestaande in een mededeling” van een werk en de mededeling ervan aan een „publiek” (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25. Bij de beoordeling of een gebruiker een handeling, bestaande in een „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 verricht, moet rekening worden gehouden met meerdere niet-autonomie en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria. Bijgevolg moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast, aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende intensiteit

³ Beantwoord in punten 18-48 van het prejudiciële arrest.

een rol kunnen spelen (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26. Van deze criteria heeft het Hof in de eerste plaats de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens interventie benadrukt. Die gebruiker verricht namelijk een mededelingshandeling wanneer hij, met volledige kennis van de gevolgen van zijn handelwijze, intervenueert om zijn klanten toegang te verlenen tot beschermd werk, met name wanneer deze klanten zonder een dergelijke interventie geen, of slechts moeilijk, toegang zouden hebben tot het verspreide werk (zie in die zin arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

27. Vervolgens heeft het Hof gepreciseerd dat het begrip „publiek” ziet op een onbepaald aantal potentiële ontvangers, en bovendien een vrij groot aantal personen impliceert (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

28. Ook heeft het Hof eraan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, om te kunnen spreken van een „mededeling aan het publiek”, een beschermd werk moet worden meegedeeld volgens een specifieke technische werkwijze, die verschilt van de werkwijzen die tot dan toe werden gebruikt, of, bij gebreke daarvan, gericht moet zijn tot een „nieuw publiek”, dat wil zeggen een publiek dat door de houders van het auteursrecht nog niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling van hun werk aan het publiek (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29. Tot slot heeft het Hof herhaaldelijk benadrukt dat het niet zonder belang is te weten of met een mededeling in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, winst wordt beoogd (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30. Met betrekking tot, in de eerste plaats, de vraag of de beschikbaarstelling en het beheer van een online platform voor de uitwisseling van bestanden, zoals dat in het hoofdgeding, een „handeling, bestaande in een mededeling” vormt in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, moet worden opgemerkt dat, zoals naar voren komt in overweging 23 van richtlijn 2001/29, het auteursrecht van mededeling aan het publiek, bedoeld in artikel 3, lid 1, zich uitstrekt tot elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending.

31. Daarenboven volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, dat er met name reeds sprake is van een „handeling, bestaande in een mededeling” wanneer een werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is, op de individueel door hen gekozen plaats en tijd, zonder dat van beslissend belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid (zie in die zin arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32. Het Hof heeft in dat verband reeds geoordeeld dat het plaatsen op een website van hyperlinks naar beschermde werken die vrij beschikbaar zijn gesteld op een andere website, de gebruikers van de eerste website rechtstreeks toegang tot die werken verleent (arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, punt 18; zie ook in die zin beschikking van 21 oktober 2014, BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 15, en arrest van 8 september 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, punt 43).

33. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat dat ook het geval is bij de verkoop van een mediaspeler waarop vooraf add-ons zijn geïnstalleerd die op internet beschikbaar zijn en hyperlinks bevatten naar voor het publiek vrij toegankelijke websites waarop auteursrechtelijk beschermde werken zonder toestemming van de rechthebbenden beschikbaar zijn gesteld (zie in die zin arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punten 38 en 53)

34. Aldus kan uit deze rechtspraak worden afgeleid dat, in beginsel, iedere handeling waarbij een gebruiker zijn klanten weloverwogen toegang biedt tot beschermde werken, een „handeling bestaande in een mededeling” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 kan vormen.

35. In casu moet allereerst worden vastgesteld dat, zoals door de advocaat-generaal in wezen is opgemerkt in punt 45 van zijn conclusie, vaststaat dat via het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB auteursrechtelijk beschermde werken voor de gebruikers van dat platform beschikbaar worden gesteld, zodat deze voor hen op de door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn.

36. Zoals de verwijzende rechter heeft benadrukt, worden de werken die aldus beschikbaar zijn gesteld voor de gebruikers van het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB inderdaad niet door de beheerders van dit platform, maar door de gebruikers ervan online gezet. Dat neemt niet weg dat deze beheerders, door het beschikbaar stellen en het beheer van een online platform voor de uitwisseling van bestanden zoals in het hoofdgeding aan de orde, zich welbewust van de gevolgen van hun gedrag, handelen om toegang te verschaffen tot de beschermde werken door het op dat platform indexeren en inventariseren van de torrent-bestanden, waarmee de gebruikers van het platform deze werken kunnen lokaliseren en delen in het kader van een peer-to-peernetwerk. In dat verband zouden deze werken, zoals de advocaat-generaal in wezen in punt 50 van zijn conclusie heeft aangegeven, niet of moeilijker door gebruikers kunnen worden gedeeld op internet, indien deze beheerders geen dergelijk platform beschikbaar stelden en beheerden.

37. Derhalve moet worden overwogen dat de beheerders van het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB door dit beschikbaar te stellen en te beheren, hun gebruikers toegang tot de betrokken werken bieden. Zij kunnen dus worden beschouwd als onontkoombare actoren bij het beschikbaar stellen van de betrokken werken.

38. Tot slot kunnen de beheerders van het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB niet worden geacht louter te zorgen voor de „beschikbaarstelling” van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten, in de zin van overweging 27 van richtlijn 2001/29. Uit het verwijzingsarrest komt immers naar voren dat dit platform torrent-bestanden indexeert, zodat de werken waarnaar door deze torrent-bestanden wordt verwezen, eenvoudig kunnen worden gevonden en gedownload door de gebruikers van dat uitwisselingsplatform. Bovendien komt uit de opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend naar voren, dat het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB niet alleen een zoekmotor, maar ook een index aanbiedt, waarin de beschikbaar gestelde werken in categorieën zijn ingedeeld op basis van de aard, het genre of de populariteit van de werken, waarbij de beheerders van dit platform nagaan of een werk wel in de passende categorie is geplaatst. Voorts verwijderen deze beheerders achterhaalde of onjuiste torrent-bestanden en filteren zij actief bepaalde content.

39. Gelet op het bovenstaande moeten de beschikbaarstelling en het beheer van een online platform voor de uitwisseling van bestanden als dat aan de orde in het hoofdgeding worden beschouwd als een handeling, bestaande in een mededeling, in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

40. In de tweede plaats kunnen de beschermde werken slechts onder het begrip „mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 vallen wanneer zij daadwerkelijk aan een „publiek” worden medegedeeld (arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41. In dat verband heeft het Hof ten eerste benadrukt dat het begrip „publiek” een zekere de-minimisdrempel inhoudt, waardoor een te kleine of zelfs onbeduidende groep van betrokken personen niet onder dit begrip valt. Ten tweede dient rekening te worden gehouden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van de beschermde werken aan de potentiële ontvangers. Derhalve is niet alleen noodzakelijk te weten hoeveel personen tegelijk toegang hebben tot hetzelfde werk, maar ook hoeveel hiertoe achtereenvolgens toegang hebben (zie in die zin arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42. In casu komt uit het verwijzingsarrest naar voren dat een aanzienlijk deel van de abonnees van Ziggo en XS4ALL mediabestanden heeft gedownload via het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB. Uit de opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend komt tevens naar voren dat dit platform door een aanzienlijk aantal personen wordt gebruikt, aangezien de beheerders van TPB op hun online platform voor de uitwisseling van bestanden hebben gesproken van enkele tientallen miljoenen „peer”. In dat verband ziet de mededeling die in het hoofdgeding aan de orde is, ten minste op alle gebruikers van dit platform. Deze gebruikers hebben, op ieder tijdstip en gelijktijdig, toegang tot de beschermde werken die via dit platform worden uitgewisseld. Derhalve ziet deze mededeling op een onbepaald aantal potentiële ontvangers en betreft zij een groot aantal personen (zie in die zin arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

43. Hieruit volgt dat door een in het hoofdgeding aan de orde zijnde mededeling daadwerkelijk beschermde werken aan een „publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 worden medegedeeld.

44. Daarenboven moet, wat de vraag betreft of deze werken zijn medegedeeld aan een „nieuw” publiek in de zin van de in punt 28 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, worden opgemerkt dat het Hof in zijn arrest van 13 februari 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punten 24 en 31) en in zijn beschikking van 21 oktober 2014 (BestWater International, C-348/13, EU:C:2014:2315, punt 14), heeft geoordeeld dat een dergelijk publiek een publiek is dat door de houders van het auteursrecht niet in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling.

45. In het onderhavige geval blijkt uit de opmerkingen die bij het Hof zijn ingediend dat, ten eerste, de beheerders van het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB ervan in kennis zijn gesteld dat dit platform, dat zij voor gebruikers beschikbaar stellen en beheren, toegang biedt tot werken die zonder toestemming van de rechthebbenden zijn gepubliceerd en, ten tweede, deze beheerders uitdrukkelijk, op de blogs en fora die op dat platform beschikbaar zijn, hun doelstelling kenbaar maken om beschermde werken ter beschikking te stellen van gebruikers en laatstgenoemden aansporen kopieën van deze werken te maken. In ieder geval komt uit het verwijzingsarrest naar voren dat de beheerders van het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB wel moesten weten dat dit platform toegang

biedt tot werken die zonder toestemming van de rechthebbenden zijn gepubliceerd, gelet op de uitdrukkelijk door de verwijzende rechter benadrukte omstandigheid dat een zeer groot deel van de torrent-bestanden op het online platform voor de uitwisseling van bestanden TPB verwijst naar werken die zonder toestemming van de rechthebbenden zijn gepubliceerd. In die omstandigheden moet worden overwogen dat sprake is van mededeling aan een „nieuw publiek” (zie in die zin arrest van 26 april 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punt 50).

46. Overigens kan niet worden betwist dat het beschikbaar stellen en het beheer van een online platform voor de uitwisseling van bestanden, zoals in het hoofdgeding aan de orde, plaatsvindt met het doel hieruit winst te behalen, daar dit platform, zoals naar voren komt uit de bij het Hof ingediende opmerkingen, aanzienlijke reclameopbrengsten genereert.

47. Derhalve moet het beschikbaar stellen en het beheer van een online platform voor de uitwisseling van bestanden, zoals in het hoofdgeding aan de orde, worden beschouwd als een “mededeling aan het publiek” in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29.

48. Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het begrip “mededeling aan het publiek”, in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29, aldus moet worden uitgelegd dat, in omstandigheden als die van het hoofdgeding, het beschikbaar stellen en het beheer, op internet, van een platform voor de uitwisseling van bestanden dat, door de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekmotor, de gebruikers van dit platform in staat stelt deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen, hieronder valt.”

2.5 Brein heeft geen nadere schriftelijke toelichting gegeven na verwijzing, Ziggo en XS4ALL hebben dat wel gedaan. Daarop is door Brein nader gerepliceerd. Zowel namens Ziggo als namens XS4ALL is tot slot (afzonderlijk) nader gedupliceerd (over de proceskostenkwestie).

2.6 Inmiddels hebben twee voorzieningenrechtters naar aanleiding van het prejudiciële arrest Ziggo c.s. een blokkadebevel opgelegd in afwachting van de uitspraak in deze bodemzaak⁹.

3. Verdere bespreking van het principale cassatiemiddel

Onderdeel I – Mededeling aan het publiek/openbaarmaking

3.1 *Onderdeel Ia* bevat onder meer de rechtsklacht tegen het oordeel in rov. 4.6 dat van “mededeling van die werken aan het publiek in de zin van art. 3 ArI” door de beheerders van TPB geen sprake is. Die klacht slaagt gelet op het prejudiciële oordeel (zo ook de nadere s.t. van Ziggo onder 1).

Dat betekent dat de motiveringsklachten uit dit onderdeel kunnen blijven rusten¹⁰.

⁹ Vzv. Rb. Den Haag 22 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10789 en Vzv. Rb. Midden Nederland 12 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:114.

¹⁰ In 2.1.10-2.1.14 van mijn eerdere conclusie is toegelicht waarom deze klachten in mijn optiek inhoudelijk niet opgaan.

3.2 Bij *onderdeel Ib*, behandeld in mijn eerdere conclusie in 2.1.26-2.1.35, heeft Brein naar eigen zeggen in haar nadere repliek onder 21 nu geen belang meer. Dat lijkt mij ook in het licht van het slagen van onderdeel Ia, zodat deze klachten falen.

Onderdeel II – grenzen art. 26d Aw, grondrechtenafweging, bewijslast

3.3 *Onderdeel IIa*, in mijn eerdere conclusie verwerpend behandeld in 2.2.1-2.2.9, wordt bij nadere repliek van Brein onder 21 ingetrokken. Daar hoeft zodoende nu niet nader op te worden ingegaan.

3.4 *Onderdeel IIb* richt zich tegen het bewijslastverdelingsoordeel bij art. 26d Aw uit rov. 5.6 (en rov. 5.15, 5.19 en 5.20). In de eerdere conclusie heb ik in 2.2.10-2.2.13 aangegeven waarom deze klachten niet opgaan en daar heeft het rondje Luxemburg evenmin nieuwe gezichtspunten opgeleverd, zodat deze klachten niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel III – De effectiviteitstoets/ het evenredigheidsbeginsel

3.5 De *onderdelen III.1-10* klagen dat het hof een foute, althans onbegrijpelijke, evenredigheids- en effectiviteitstoets heeft aangelegd door geen genoegen te nemen met het effect van de gevorderde maatregel zelf, maar in plaats daarvan maatgevend te vinden of het totale aantal inbreuken met BitTorrent-verkeer van de abonnees van de providers is teruggelopen. *Onderdeel III.11* bestrijdt daarnaast het oordeel over het “art work” uit rov. 5.25 als te beperkt (zie onder 2.3.2, slot, van de conclusie van 29 mei 2015).

3.6 In het verwijzingsarrest heeft Uw Raad geoordeeld dat het hof een rechtens onjuiste effectiviteits- en evenredigheidstoets heeft aangelegd en dat daarmee de *onderdelen III.3, III.4 en III.10* slagen (rov. 4.4.2, 4.4.3 en 4.5). Samengevat overwoog Uw Raad daartoe dat (i) het hof heeft miskend dat ook als bepaalde maatregelen niet tot een volledige beëindiging van alle auteursrechtinbreuken kunnen leiden, zij nog wel verenigbaar kunnen zijn met het evenredigheidsvereiste van art. 52 lid 1 Handvest en (ii) dat voldoende is dat de blokkade, voor zover zij de inbreuken niet kan verhinderen, de inbreuken bemoeilijkt en internetgebruikers het maken van die inbreuken ernstig ontraadt (rov. 4.4.2). Daarnaast heeft Uw Raad geoordeeld dat ook *onderdeel III.11* slaagt, nu onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat de blokkade door Brein niet is gevorderd met het oog op de bescherming van de auteursrechten op het “art work” (rov. 4.6.1-4.6.2)¹¹.

¹¹ De op voornoemde oordelen betrekking hebbende klachten uit de onderdelen 1, 3 en 4 van het middel van Ziggo, alsmede in de middelen II en III van XS4ALL heeft Uw Raad afgedaan met art. 81 RO (rov. 4.6.4). Voor zover nog nodig komen deze klachten aan de orde bij de bespreking van de incidentele cassatiemiddelen.

3.7 De kern van de klachten uit het omvangrijke onderdeel III is daarmee gehonoreerd. Bij verdere beoordeling van deelklachten uit dat onderdeel heeft Brein volgens mij geen belang. Zij bepleit bij nadere repliek ook niet het tegendeel, zodat inhoudelijke beoordeling van de overige deelklachten naar ik meen kan blijven rusten. Aan de bespreking van dit onderdeel in mijn eerdere conclusie in 2.3.1-2.3.14 heb ik na de prejudiciële procedure niets toe te voegen.

Onderdeel IV – subsidiaire grondslag: onrechtmatige daad

3.8 Nu de primaire grondslag – auteursrechtinbreuk door TPB zelf – blijktens het Luxemburgse arrest het *website blocking* bevel (mogelijk) zelfstandig kan dragen, ontbeert Brein belang bij haar klachten tegen het hofoordeel over de subsidiaire onrechtmatige daadsgrondslag. Deze klachten kunnen verder buiten behandeling blijven (in mijn eerdere conclusie heb ik deze in 2.4.1-2.4.4 behandeld).

Over deze belang-toets nog even: zelfs voor het geval het hof waar de zaak naar verwezen wordt tot het oordeel zou komen dat de primaire grondslag niet houdt voor het opleggen van een blokkadebevel, ontkom je bij een toets binnen de dan opkomende subsidiaire onrechtmatige daads-grondslag evenmin aan een grondrechtenafweging. Ook dan zijn de in het geding zijnde grondrechten van de providers en hun abonnees immers in het geding. Ik zie niet hoe die afweging in dat geval vervolgens binnen die subsidiaire grondslag wel ten gunste van een blokkadebevel zou kunnen uitvallen als die op de primaire grondslag ten gunste van de providers was uitgekapt (dat zou dan ook, of zelfs a fortiori, binnen de subsidiaire grondslag gelden, zo wil mij voorkomen). Vandaar dat mijn conclusie is dat geen belang in cassatie bestaat bij de klachten over het hofoordeel in de subsidiaire sleutel. Mocht ik dit niet goed zien, dan heeft te gelden wat ik in 2.4.4 van mijn eerdere conclusie inhoudelijk over dit onderdeel heb opgemerkt, waaraan ik nu niets heb toe te voegen.

Onderdeel V – Buitenlandse rechtspraak, vragen van uitleg

3.9 *Onderdeel V* uit het principale beroep faalt ten slotte op de in mijn eerdere conclusie in 2.5.1-2.5.2 aangegeven gronden en ook daar heb ik na de Luxemburgse ronde niets aan toe te voegen.

4. Verdere beoordeling van het (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep van Ziggo (en voor zover parallel van XS4ALL)

Incidenteel onderdeel 1 – Geen grondslag voor door Brein gevorderd bevel

4.1 *Onderdeel 1* van Ziggo richt zich tegen rov. 4.3-4.4 en 4.8 en klaagt in de kern dat het hof heeft miskend dat in de gegevensuitwisseling tussen de abonnees van Ziggo en TPB geen auteursrechtelijk beschermd materiaal wordt openbaar gemaakt of verveelvoudigd. De corresponderende klachten uit *incidenteel onderdeel I* van XS4ALL zijn van gelijke strekking

(vgl. mijn vorige conclusie in 3.1.1). In wezen betreft dit dezelfde materie die aan de orde was bij onderdeel I van het principale cassatieberoep. In 3.1.3 van mijn vorige conclusie heb ik uitgewerkt – in variant 1) – dat de providers geen belang hebben bij hun incidentele cassatieberoep op dit punt als vast komt te staan dat TPB zelf mededeelt aan het publiek en dat laatste volgt inmiddels uit het Luxemburgse arrest. Dat betekent dat het arrest *Telekabel Wien* rechtstreeks toepasbaar is op de onderhavige zaak, zodat blokkade in beginsel mogelijk is onder de dubbele voorwaarden uit de punten 62 en 63 van dat arrest, zoals we hiervoor al zagen in 1.5 van de onderhavige conclusie. In de vorige conclusie werd in 3.1.2 al gezien dat en waarom de klacht ook faalt voor zover die ziet op het “art work”.

Daarmee valt het doek voor deze incidentele onderdelen van de providers, die ik in mijn vorige conclusie inhoudelijk heb behandeld in 3.1.4-3.1.16.

Overige voorwaardelijke incidentele klachten

4.2 Incidentele onderdelen 2, 3 en 4 van Ziggo en II en III van XS4ALL zijn verworpen in rov. 4.6.4 van het verwijzingsarrest met toepassing van art. 81 RO – zoals ik het begrijp: vanwege het slagen van principaal onderdeel III¹². Voor zover hieruit nog klachten zouden resteren die niet zijn behandeld, zoals de providers aangeven, waar de providers belang bij zouden hebben (wat ik niet geloof), verwijs ik naar de inhoudelijke verwerping van die klachten in mijn vorige conclusie in 3.2.1-4.1. Dat noopt na de prejudiciële procedure niet tot aanvullende opmerkingen.

5. Bespreking van onvoorwaardelijk incidenteel onderdeel IV van XS4ALL (proceskosten)

5.1 *Onvoorwaardelijk incidenteel IV van XS4ALL*, waarvan bespreking in mijn vorige conclusie om proces-economische redenen achterwege is gelaten, richt zich tegen rov. 7.5 over *late filing*:

“XS4ALL heeft als productie 75 een kostenstaat voor het hoger beroep opgestuurd, uitkomende op – met de correctie vermeld in punt 71 van haar PA - € 67.500,— voor de reeds ‘verrichte uren’ en € 14.500,— voor de nog ‘verwachte’ uren voor het pleidooi. Dit stuk is bij het hof ingekomen op 10 september 2013, dat is na de in artikel 2.17 van het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2011 (hierna: het procesreglement) vermelde uiterste datum voor indiening van stukken, te weten uiterlijk twee weken voor het pleidooi (vergelijk Hof Den Haag 24-02-2009, ‘*Carmo/Reich*’, IEPT20090224). Het door Brein tegen overlegging van productie 75 gemaakte bezwaar treft daarom doel ten aanzien van de post ‘reeds verrichte uren’ in de periode voor 5 september 2013, zodat dit stuk in zoverre buiten beschouwing zal worden gelaten. De artikel 1019h Rv-vordering ter zake van het bedrag van € 67.550,— mist als gevolg hiervan een specificatie en zal om die reden worden

¹² Het “kopje” 4 in het arrest rept over beoordeling van middel III principaal en onderdelen 2-4 Ziggo en II en III vw. incidentele beroepen. Na inhoudelijke behandeling van principaal onderdeel III in 4.1.1-4.4.3, uitmondend in gegrondbevinding van principale onderdelen III.3, III.4 en III.10 en in 4.6.1-4.6.2 van principaal onderdeel III.11, worden met de verkorte motivering van art. 81 RO in 4.6.4 de voorwaardelijke incidentele onderdelen 2, 3 en 4 van Ziggo en II en III van XS4ALL vervolgens afgedaan.

afgewezen. Voor de kosten gemaakt in de laatste twee weken voor het pleidooi geldt voornoemde regel van het procesreglement echter niet. De specificatie daarvan acht het hof, gelet ook op de kostenspecificaties van de andere partijen, toereikend. De daarop betrekking hebbende artikel 1019h Rv-vordering ten bedrag van € 14.500,— is dan ook toewijsbaar. Voor het overige zullen de kosten van XS4ALL in hoger beroep worden begroot aan de hand van het liquidatietarief (1 punt voor de MvGX).”

Volgens het onderdeel is het oordeel ten aanzien van de termijnoverschrijding rechtens onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

5.2 Brein heeft in cassatie bij nadere repliek onder 23 betoogd dat XS4ALL geen belang heeft bij dit onderdeel, omdat zij (na cassatie en verwijzing) in hoger beroep als de in het ongelijk gestelde partij zal hebben te gelden. Dat lijkt mij niet opgaan. Nu verwijzing dient te volgen, zijn nadere feitelijke beoordelingen met inachtneming van Uw arrest (en dat van het Luxemburgse hof) aan de orde in de appelinstantie die dan wordt voortgezet. Dat noopt tot een inhoudelijke bespreking van de klachten van dit onderdeel.

5.3 Het onderdeel klaagt *onder 4.1* dat is miskend dat de enkele termijnoverschrijding van de uiterste termijn voor stukken uit een procesreglement nog niet meebrengt dat een art. 1019h Rv-specificatie buiten beschouwing moet worden gelaten. Dit omdat aan een vordering ex art. 1019h Rv in beginsel geen andere eis wordt gesteld dan dat de gevorderde kosten zo tijdig worden opgegeven en gespecificeerd dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren.

Het onderdeel vervolgt *onder 4.2* met de motiveringsklacht dat althans zonder nadere toelichting onbegrijpelijk is dat de enkele omstandigheid dat XS4ALL de kostenspecificatie 9 dagen voor het pleidooi in hoger beroep heeft ingediend in plaats van de voorgeschreven 14 dagen, kan hebben meegebracht dat Brein zich daartegen niet meer naar behoren heeft weten te verweren. Onbegrijpelijk is dat de indiening van het stuk 9 dagen voor het pleidooi in strijd komt met de goede procesorde. Dit geldt te meer nu Brein ook niet heeft aangevoerd dat zij de specificatie zodanig laat heeft ontvangen dat zij zich daartegen niet meer heeft kunnen verweren. Het enige dat door Brein is gesteld is dat XS4ALL geen werkelijke proceskosten heeft gevorderd “en daar nu te laat mee is”. Het bezwaar van Brein tegen de kostenstaat is uitsluitend geweest dat Brein die niet (tijdig) heeft ontvangen. Dat Brein zich niet deugdelijk heeft kunnen verweren valt ook niet in te zien, nu de kostenstaat niet meer dan een kostenspecificatie bevat. Bovendien is het oordeel van het hof temeer onbegrijpelijk nu het hof het bedrag van € 14.000,- voor de nog te verwachten uren in de periode ná indiening van de kostenstaat, wél heeft aanvaard en wel op de grond dat de regel uit het procesreglement voor die periode niet geldt.

5.5 Art. 2.17 van het procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2011 (hierna: Prl 2011) luidt zo¹³:

¹³ Stcrt. 2 december 2010, nr. 19241. (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2010-19241.html>)

“Een partij die bij gelegenheid van een getuigenverhoor, comparitie, descente of pleidooi nog een proceshandeling wenst te verrichten of producties in het geding wenst te brengen, zorgt ervoor dat het hof en de wederpartij uiterlijk twee weken voor de dag van de zitting een afschrift van het te nemen processtuk of de in het geding te brengen producties hebben ontvangen. (...)”

Verder is in art. 1.6 van het Prl 2011 opgenomen dat het hof aan de niet-naleving van een in het reglement gegeven voorschrift het gevolg zal verbinden dat het hof met het oog op de aard van het voorschrift en de ernst van het verzuim passend voorkomt¹⁴.

5.6 Een vordering tot vergoeding van volledige proceskostenveroordeling op de voet van art. 1019h Rv dient zo tijdig opgegeven en gespecificeerd te worden dat de wederpartij zich daartegen naar behoren kan verweren¹⁵. Naar moet worden aangenomen is dit een op IE-zaken toegespitste uitwerking van de fundamentele regel dat een rechter in een civiele procedure slechts mag beslissen aan de hand van stukken tot kennisneming waarvan en uitlating waarover aan partijen voldoende gelegenheid is gegeven. Uw Raad overwoog hierover als volgt¹⁶:

“Deze fundamentele regel van hoor en wederhoor heeft uiteraard ook betrekking op het kennis kunnen nemen van en adequaat kunnen reageren op bescheiden die (kort) vóór of bij gelegenheid van een terechtzitting waarop zij aan de orde komen, worden overgelegd. Zolang het gaat om stukken waarvan de aard en omvang klaarblijkelijk geen beletsel vormen om daarvan binnen de beschikbare tijd kennis te nemen en daarop adequaat te reageren, mag de rechter, zeker als tegen de overlegging van deze bescheiden geen bezwaar is gemaakt, zonder meer aannemen dat aan deze eis is voldaan. Als het echter gaat om bescheiden waarvan reeds de aard en omvang, gelet op het tijdstip waarop zij zijn overgelegd, het vermoeden wettigen dat tot de betrokken terechtzitting, de tijd en gelegenheid voor een behoorlijke kennisneming ervan en een deugdelijke voorbereiding van verweer ertegen hebben ontbroken, dient de rechter - ook ambtshalve - erop te letten dat aan hiervoor bedoelde eis is voldaan en een daarmee in overeenstemming zijnde beslissing te geven waarvan, met het oog op de controle door de hogere rechter van de naleving van dit fundamentele beginsel, uit het vonnis of arrest of uit het proces-verbaal van de zitting dient te blijken. In het bijzonder zal moeten worden vermeld hetzij dat de rechter een bepaalde maatregel te dezer zake heeft genomen op grond waarvan kan worden aangenomen dat voormelde kennisneming en voorbereiding alsnog hebben kunnen plaatsvinden, hetzij dat de wederpartij ermee heeft ingestemd dat de rechter zonder een zodanige maatregel met het stuk rekening zou kunnen houden (vgl. HR 29 juni 1990, nr. 7745, NJ 1990, 732).”

¹⁴ Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in het huidige procesreglement (onder 1.6 en 2.15). Zie Stcrt. 8 december 2017, nr. 70369 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2017-70369.html>)

¹⁵ HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556 m.nt. E.J. Dommering, IER 2008/58 m.nt. J.M.B. Seignette (*Endstra*), rov. 5.4.1.

¹⁶ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF1210, NJ 2004/172 m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2003/22 m.nt. M.A.J.G. Janssen, rov. 3.5.1 en 3.5.2.

5.7 Met betrekking tot de termijnen voor het indienen van stukken zoals genoemd in procesreglementen, heeft Uw Raad het volgende vooropgesteld¹⁷. De procesreglementen geven aanwijzingen voor het tijdig indienen van stukken, maar dat wil niet zeggen dat indien de aanwijzingen zijn gevolgd per definitie is voldaan aan het beginsel van hoor en wederhoor waarop die regels zijn gebaseerd. Inachtneming van de in het procesreglement gestelde termijn voor indiening van nadere stukken staat derhalve niet eraan in de weg dat toch op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval geoordeeld wordt dat de stukken niet voldoende tijdig zijn overgelegd. Uw Raad overwoog vervolgens¹⁸:

“Wel kan aan de in een procesreglement gestelde termijn voor indiening van nadere stukken het uitgangspunt worden ontleend dat in het algemeen indiening van nadere stukken (ruimschoots) voor het in het procesreglement bedoelde tijdstip heeft te gelden als zodanig tijdig dat de wederpartij er voldoende van kennis zal kunnen nemen om er adequaat op te kunnen reageren, zo nodig met een gemotiveerd verzoek om aanhouding van de behandeling van de zaak, dan wel om bij nadere akte op de ingediende stukken te mogen reageren. Dit brengt mee dat de rechter op binnen de geldende termijn overgelegde nadere stukken bij de beoordeling acht dient te slaan, tenzij de rechter - naar aanleiding van het door de wederpartij daartegen gemaakt bezwaar of ambtshalve - gemotiveerd anders beslist op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, waarvan uit de uitspraak of het proces-verbaal van de zitting dient te blijken. Daarbij zal de rechter hebben te beoordelen of het gaat om stukken waarvan de aard en omvang een beletsel vormen om daarvan binnen de beschikbare tijd kennis te nemen en daarop adequaat te reageren, en, zo dat niet van de wederpartij kon worden gevergd, of aanleiding bestaat een maatregel te treffen teneinde een voldoende kennisneming en voorbereiding van een reactie alsnog mogelijk te maken. Hierbij kan van belang zijn of met het oog op het belang van de wederpartij verwacht had mogen worden dat de stukken bij een eerdere gelegenheid in de procedure werden overgelegd, en dat, zeker in de procedure in hoger beroep, de pleitzitting in het algemeen de laatste gelegenheid zal zijn tot nadere feitelijke onderbouwing van een vordering of verweer.”

5.9 Indien de redenering van het hiervoor geciteerde arrest zou worden doorgetrokken, zou dat betekenen dat het *niet* in acht nemen van de in een procesreglement gestelde termijn wel een indicatie kan vormen voor het oordeel dat in strijd is gehandeld met het beginsel van hoor en wederhoor, maar hiertoe niet steeds dwingt; waarbij ik mij realiseer dat dit een a contrario redenering is.

5.10 Dat het *niet* in acht nemen van een in een procesreglement gestelde termijn niet steeds dwingt tot het buiten beschouwing laten van de betreffende stukken, volgt echter ook uit Uw rechtspraak¹⁹. Daar ging het weliswaar over een andersluidende (meer uitgebreide) bepaling van een ander procesreglement, maar de ratio achter die bepaling is vergelijkbaar met de bepaling uit onze zaak. Uw Raad overwoog:

¹⁷ HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0197, NJ 2010/650, JBPR 2011/16 m.nt. K. Teuben, rov. 3.3.1.

¹⁸ Idem, rov. 3.3.2.

¹⁹ HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB9613, NJ 2008/554 m.nt. H.J. Sniijders, FJR 2008/29 m.nt. I.J. Pieters. In zijn noot onder 5 merkt Sniijders ook op dat deze beslissing zich ook laat toepassen op andere procesreglementen dan die voor familiezaken en ook in dagvaardingszaken toepasselijk lijkt.

“3.5 Art. 5 lid 5 van het Uniform reglement van de gerechtshoven voor rekestprocedures bepaalt, voor zover hier van belang, dat uiterlijk op de zesde werkdag voor de zitting nog stukken mogen worden overgelegd, dat het hof niet zal letten op later aan de partijen en het hof overgelegde stukken, tenzij deze kort en eenvoudig te doorgronden zijn en dat als de wederpartij geen bezwaar heeft, het hof desgewenst toch op latere stukken kan letten. In aanmerking genomen dat het hier een in hoger beroep (de laatste feitelijke instantie) toe te passen bepaling betreft en gelet op wat mede met het oog daarop uit de eisen van een goede procesorde voortvloeit, brengt deze bepaling het volgende mee. Ten aanzien van stukken die na het genoemde tijdstip zijn overgelegd, dient het hof te beoordelen of zij kort en eenvoudig te doorgronden zijn, zonedig na toelichting ter zitting door de partij die ze heeft overgelegd, in welk geval het hof de stukken toelaat, en dient het ten aanzien van de overige stukken – eventueel op de zitting – te onderzoeken of de wederpartij tegen de te late overlegging daarvan geen bezwaar heeft, in welk geval de stukken eveneens toelaat of, indien sprake is van omvangrijke stukken, kan toelaten.”

5.11 Ook de hoven Amsterdam en Leeuwarden hanteren in reglementen opgenomen uiterste termijnen niet per se als dwingend. Zo bekrachtigde het Amsterdamse hof het oordeel van de rechtbank die een conclusie van antwoord en producties die niet tijdig waren ingediend had toegestaan. Daarbij overwoog het hof dat het landelijk rolreglement richtlijnen bevat die zijn gericht op het ordentelijk verloop van de procedure en het bewaken van de goede procesorde, maar waarvan in voorkomende gevallen kan worden afgeweken indien naar het oordeel van de rechter de bij een goede procesorde betrokken belangen van partijen voldoende gewaarborgd zijn, eventueel nadat een gelegenheid wordt geboden tot nadere reactie²⁰. Het hof in Leeuwarden overwoog ten aanzien van stukken die niet binnen de in art. 2.17 van het procesreglement genoemde termijn waren ingediend dat deze stukken in beginsel buiten beschouwing moesten worden gelaten, maar dat de regels van een goede procesorde zich niet verzetten tegen het alsnog aanvaarden van die producties die eenvoudig te doorgronden zijn en ten aanzien waarvan de wederpartij in de gelegenheid is gesteld kennis te nemen²¹. Vgl. tot slot ook K. Teuben, die schrijft dat een (inherente) bevoegdheid tot afwijking in bijzondere gevallen ten aanzien van rechtersregeling bestaat, ongeacht de vraag of de mogelijkheid expliciet in de regeling is opgenomen²².

5.12 De beslissing van het hof in de onderhavige zaak komt er op neer dat de kostenstaat later is ingediend dan in het procesreglement is voorgeschreven en dús (deels) buiten beschouwing moet worden gelaten. In mijn optiek had het hof moeten nagaan of Brein door de laattijdige overlegging van de kostenstaat was geschaad in haar mogelijkheid om verweer tegen die kostenstaat te voeren en dat valt niet aanstonds in te zien bij het 9 dagen voor pleidooi overleggen van een kostenstaat. Inderdaad komt dit te meer artificieel over, nu het hof ten aanzien van de kosten gemaakt in de laatste twee weken voor het pleidooi heeft geoordeeld dat de kostenstaat wel toelaatbaar is (omdat het procesreglement daar niet voor geldt). Ik meen dat de motiveringsklacht hier opgaat.

²⁰ Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2893, rov. 3.4.

²¹ Hof Leeuwarden 10 januari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV0720, rov. 1.2.

²² K. Teuben, Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht, diss Leiden 2005, p. 106.

5.13 Ter nadere inkleding daarvan: in de pas nadien van kracht geworden eerste versie van de Indicatietarieven voor IE-zaken van de hoven (geldend per 1 januari 2015, terwijl onze hofuitspraak dateert van 28 januari 2014) is ook een minder starre regeling opgenomen in 5:

“Tenzij het hof anders heeft bepaald, moet de proceskostenopgave worden ingediend binnen dezelfde termijn die geldt voor het indienen van de laatste producties. Tot uiterlijk 24 uur voor de zitting kan deze proceskostenopgave worden aangevuld met een gedetailleerd overzicht van de sindsdien gemaakte kosten.”

Deze regeling geldt ook in de nu van toepassing zijnde Indicatietarieven voor de hoven²³. Zonder te willen bepleiten dat aan deze rechtersregeling terugwerkende kracht moet worden toegekend, is het wel een aanwijzing dat het gegeven oordeel van het hof in onze zaak mogelijk te strikt moet worden geoordeeld. Overigens is ook onder deze rechtersregelingen vereist dat in beginsel tijdig wordt gespecificeerd op de uiterste termijn voor het indienen van de laatste producties (waarna tot 24 uur voor de zitting op kan worden aangevuld) en die tijdigheid heeft XS4ALL in onze zaak niet in acht genomen. Het is om redenen van hanteerbaarheid in de praktijk wel voorstelbaar dat het hof hier termijnen strikt wil hanteren, om niet in elke IE-zaak *late filing*-discussies te krijgen over proceskostenspecificaties, maar dit lijkt in onze zaak voor de wederpartijen niet erg bezwaarlijk te zijn geweest. Zeker als dit in het licht wordt geplaatst van de huidige praktijk sinds 2015, waarbij tot 24 uur tevoren kan worden aangevuld. Ik realiseer mij natuurlijk dat je over dit aspect van rechterlijk beleid geredelijk anders kunt denken.

5.14 Ten overvloede nog over incidenteel onderdeel 4.3, waarin XS4ALL aandraagt dat het voor haar ook nog mogelijk is om in deze cassatieprocedure alsnog op de voet van art. 1019h Rv vergoeding te vorderen van de kosten die in de kostenstaat zijn opgenomen en door het hof zijn afgewezen. Het enkele feit dat de kosten worden gevorderd in een andere instantie dan de kosten waarin ze zijn gemaakt, staat volgens XS4ALL niet aan toewijzing van de kosten op grond van art. 1019h Rv in de weg. Dat gaat denk ik niet op. Het hof heeft immers al afwijzend beslist op de vordering van XS4ALL tot vergoeding van de proceskosten in hoger beroep voor € 67.550,-, op de grond dat dit bedrag onvoldoende is gespecificeerd. Ervan uitgaande dat dit oordeel rechtens niet onjuist en voldoende gemotiveerd is, kan dit oordeel van het hof in cassatie niet succesvol worden aangevochten met het alsnog indienen van die specificatie. De Hoge Raad is immers niet een derde feitelijke instantie, waarbij partijen de gelegenheid krijgen eerdere fouten te herstellen. Indien het oordeel van het hof over de kosten stand zou houden, kan de Hoge Raad evenmin een opdracht geven aan het hof waarnaar verwezen wordt om de kosten alsnog mee te nemen.

²³ Zie voor de versie van 1 januari 2015:

<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Indicatietarieven-in-IE-zaken-gerechtshoven-1-1-2015.pdf>

Zie voor de versie van 1 april 2017:

<https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Indicatietarieven-in-IE-zaken-gerechtshoven-2017.pdf>

6. Proceskostenveroordeling in cassatie

6.1 Partijen hebben overeenstemming bereikt over de proceskosten in cassatie tot en met het verwijzingsarrest van 13 november 2015. De hoofdlijnen van die afspraken zijn als volgt (bijlage bij brief mr. Kingma 12 november 2014).

- Indien het principaal cassatieberoep leidt tot vernietiging van het arrest, betalen Ziggo c.s. samen € 60.000,- aan Brein.
- Indien het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep van een provider wordt verworpen, betaalt die provider Brein € 15.000,-.
- Indien het onvoorwaardelijke deel van het incidentele cassatieberoep leidt tot vernietiging, betaalt Brein XS4ALL € 2.500,-.
- Indien de Hoge Raad verwijst naar het HvJEU blijft deze afspraak staan, met dien verstande dat daaronder zijn begrepen de proceskosten tot en met het verwijzingsarrest van de Hoge Raad.
- Met betrekking tot de verder gemaakte kosten (m.a.w. de kosten vanaf het moment van verwijzing naar het HvJEU) zullen partijen wederom trachten overeenstemming te bereiken.
- Lukt dat niet, dan zal de Hoge Raad gevraagd worden de verdere kosten vast te stellen.

6.2 Partijen hebben geen nadere overeenstemming bereikt over de kosten vanaf het verwijzingsarrest. Dat betekent dat nog dient te worden beslist op (i) de kosten gemaakt in de procedure bij het HvJEU en (ii) de kosten gemaakt in cassatie ná het verwijzingsarrest.

6.3 Door XS4ALL is betoogd dat op de onder (i) genoemde kosten door het hof na verwijzing beslist moet worden en dat de onder (ii) genoemde kosten (voor zover daarvoor al apart proceskosten moeten worden berekend) niet voor vergoeding op de voet van art. 1019h Rv in aanmerking komen, omdat het niet of nauwelijks meer gaat over IE-vragen (nadere s.t. onder 11 en 12). Brein heeft daarentegen bepleit dat de onder (i) genoemde kosten deel uitmaken van de cassatieprocedure en dat daarop dan ook door de Hoge Raad beslist dient te worden. Verder stelt Brein dat de onder (ii) genoemde kosten betrekking hebben op een IE-procedure. Brein heeft een kostenoverzicht in het geding gebracht voor een totaalbedrag van € 90.887,02 ten aanzien van de onder (i) en (ii) genoemde kosten (nadere repliek onder 24 en 25).

6.4 Vervolgens heeft XS4ALL bij nadere dupliek voorop gesteld dat in deze procedure nog niet kan worden vastgesteld welke partij uiteindelijk geheel of gedeeltelijk in het gelijk zal worden gesteld, zodat de beslissing over de kosten niet door de Hoge Raad genomen moet worden. XS4ALL heeft verder primair gesteld dat art. 1019h Rv niet van toepassing is op de onderhavige procedure, omdat de vordering van Brein niet gericht is tegen een mogelijk inbreukmakende partij, maar een ISP (onder 5). Subsidiair stelt XS4ALL dat als art. 1019h Rv hier wel van toepassing is, toepassing van dat artikel in het onderhavige geval niet tot een

volledige proceskostenveroordeling zou moeten leiden, omdat de kosten niet redelijk zijn en/of de billijkheid zich tegen een dergelijke veroordeling verzet (onder 6). Ten aanzien van de overgelegde kostenstaat heeft XS4ALL opgemerkt dat er ten onrechte voorschotten voor de cassatieprocedure worden opgevoerd die vallen onder de gemaakte kostenafspraken. Ziggo heeft zich hierbij aangesloten (nadere dupliek). Brein heeft hierop niet nader kunnen reageren, maar daartoe bestaat nog gelegenheid bij Borgersbrief.

6.5 Met betrekking tot hetgeen door XS4ALL voorop is gesteld geldt dat juist is dat nog niet kan worden vastgesteld welke partij *uiteindelijk* geheel of gedeeltelijk in het gelijk zal worden gesteld. Dat betekent volgens mij niet dat om die reden Uw Raad geen beslissing kan geven over de kosten in cassatie. Voor wat betreft de cassatie-instantie wordt – met het eindarrest van Uw Raad – immers wel duidelijk welke partij (in het principaal/(voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep) geheel of gedeeltelijk in het gelijk wordt gesteld.

6.6 Gelet op de aard van onze zaak – een bevel tot *website blocking* gericht aan niet-inbreukmakende ISPs – is de vraag of art. 1019h Rv hier toepassing dient te vinden een legitieme²⁴. Ziggo c.s. zélf maken immers geen inbreuk, hun abonnees gebruiken hun diensten (onder meer) om auteursrechtinbreuken te maken. De diensten van Ziggo c.s. zijn niet (specifiek) gericht op het faciliteren van dergelijke inbreuken. Zou art. 1019h Rv hier van toepassing zijn, dan zou dat betekenen dat niet inbreukmakende derden zoals ISPs het risico lopen om met een volledige proceskostenveroordeling te worden geconfronteerd, indien zij niet op het buitengerechtelijke verzoek van (bijvoorbeeld) Brein reageren om een – volgens Brein – inbreukmakende website te blokkeren. Dit terwijl er volgens XS4ALL ook andere belangen een rol spelen die maken dat rechterlijke toetsing van een blokkadeverzoek aangewezen is, zoals de informatievrijheid van de abonnees van de internetproviders, de vrijheid van meningsuiting van beheerders van een website en hun eigen vrijheid van onderneming (vgl. nadere dupliek XS4ALL onder 7). De omstandigheid dat een veroordeling in de volledige proceskosten boven hun hoofd hangt, zou voor de providers een afschrikwekkende werking kunnen hebben. Hierdoor zou het kunnen dat over een blokkade niet geprocedeerd wordt en dat die blokkade dus in feite tot stand komt zonder tussenkomst van de rechter. Dat lijkt een onwenselijke situatie.

6.7 Bij art. 1019h Rv kan worden onderscheiden tussen het *materiële toepassingsgebied* – de vraag op welke rechten de handhaving betrekking moet hebben om binnen het bereik van art. 1019h Rv te vallen – en het *formele toepassingsgebied* – de vraag wat (nog) onder *handhaving* valt²⁵. Dat het hier materieel om een zaak van auteursrechtinbreuk gaat, lijkt niet

²⁴ Het hof heeft weliswaar in rov. 7.3 van het arrest van 28 januari 2014 vastgesteld dat art. 1019h Rv op deze procedure van toepassing is en hierover is in cassatie niet geklaagd, maar Uw Raad dient ambtshalve vast te stellen of art. 1019h Rv van toepassing is (zie HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477, NJ 2016/16, rov. 6.2.1).

²⁵ C. Vrendenburg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken; regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht*, diss. 2018, § 5.3, m.n. nrs. 85-87.

het punt, alhoewel daar ook aarzeling mogelijk is (voor de hoogte van Thuiskopievergoedingen²⁶ klop je ook tevergeefs aan het loket van art. 1019h Rv, terwijl daarvan ook te betogen valt dat dit uiteindelijk een vorm van vergoeding voor gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken behelst) . Nu dit de vorm aanneemt van een bevel tot *website blocking* tegen ISPs, is naar ik meen meer, of in ieder geval ook, de vraag of dit nog als handhaving van IE-rechten valt aan te merken. Ik heb hier twee weken geleden over geconcludeerd in zaak 17/00570 (nog niet gepubliceerd; volgende week wel, zodat ik alvast het ECLI-nummer vermeld: ECLI:NL:PHR:2018:163) en daarin gedocumenteerd aangegeven (2.5-2.9) dat op dit terrein van het formele toepassingsgebied al wel enige contouren zijn aangebracht, maar dat het beeld nog verre van compleet is, zoals blijkt uit de casuïstische rechtspraak hierover. Die conclusie was toegesneden op de vraag of kosten gemoeid met puur commuun processuele niet IE-inhoudelijke verweren nog wel te begrijpen zijn onder het formele toepassingsbereik van art. 1019h Rv en dat brengt ons in onze huidige zaak niet veel verder, geloof ik.

6.8 Te betogen valt dat in onze zaak Brein primair aan haar vorderingen art. 26d Aw ten grondslag heeft gelegd en subsidiair onrechtmatige daad. Voor zover het gaat om de subsidiaire vordering is duidelijk dat dit buiten het toepassingsbereik van art. 1019h Rv valt. Bij de primaire vordering ligt dit anders. Art. 26d Aw bepaalt dat de rechter tussenpersonen van wie de diensten worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht te maken kan bevelen de diensten die worden gebruikt om die inbreuk te maken te staken. Deze bepaling strekt ter implementatie van art. 9 en 11 Handhavingsrichtlijn²⁷. Een procedure gegrond op art. 26d Aw kan zo bezien binnen de werkingssfeer van de Handhavingsrichtlijn vallen, zodat een denkrichting kan zijn dat art. 1019h Rv van toepassing is op onze zaak, voor zover de vordering is gegrond op art. 26d Aw²⁸. Vergelijk in dit verband ook art. 1019 Rv, dat onder meer bepaalt dat titel 15 Rv (waaronder art. 1019h Rv) van toepassing is op de handhaving van rechten van intellectuele eigendom ingevolge de Auteurswet²⁹.

²⁶ HvJEU 10 april 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, NJ 2016/185 m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2015/4 m.nt. A. Ringnalda (*ACI/Thuiskopie*), punten 59-65, vgl. ook HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:59, NJ 2017/63, JIN 2017/38 m.nt. E.J. Peerboom-Gerrits (*ACI/Thuiskopie*), rov. 5.1 en Hof Den Haag 29 maart 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP9443, IER 2011/45 m.nt. F.W.E. Eijsvogels (*Stg De Thuiskopie*), rov. 8.7.

²⁷ Kamerstukken II 2005-2006, 30392, nr. 6 (nota n.a.v. het verslag), p. 7. Uit de MvT lijkt te kunnen worden afgeleid dat art. 26d Aw met name strekt ter implementatie van art. 11, derde volzin, Handhavingsrichtlijn (Kamerstukken II 2005-2006, 30392, nr. 3 (MvT), p. 26).

²⁸ Terzijde wijs ik op *McFadden/Sony Music*, waarin het HvJEU in het kader van art. 12 lid 1 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ("Richtlijn inzake elektronische handel") overwoog dat genoemd artikel er niet aan in de weg staat dat een internetprovider wordt veroordeeld in de proceskosten van de eisende partij. (HvJEU 15 september 2016, ECLI:EU:C:2016:689, IER 2017/13 m.nt. J.M.B. Seignette (*McFadden/Sony Music*), punt 79).

²⁹ Uw Raad overwoog: "Het toepassingsbereik van art. 1019h Rv wordt bepaald door art. 1019 Rv, waarin titel 15 (waarvan art. 1019h Rv deel uitmaakt) van toepassing wordt verklaard op de handhaving van rechten van intellectuele eigendom ingevolge de daarin genoemde wetten en verordeningen en het daarin genoemde verdrag." (HR 4 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3477, NJ 2016/16, rov. 6.2.2).

Dit is niet erg overtuigend, omdat art. 26d Aw bijvoorbeeld ook als grondslag kan worden gebruikt indien een tussenpersoon een beroep kan doen op de vrijstelling van aansprakelijkheid uit art. 6:196c BW. Volgens mij schakelt art. 26d Aw dus niet in alle gevallen art. 1019h Rv automatisch in.

6.9 Hiertegen pleit mogelijk ook dat in de parlementaire geschiedenis bij art. 26d Aw is opgemerkt³⁰:

“De vordering blijft beperkt tot een bevel tot staking van de diensten die door de derde worden gebruikt om inbreuk te maken. Andere bijkomende vorderingen zijn niet mogelijk.”

Dat hiermee ook is bedoeld de proceskostenveroordeling (op grond van art. 1019h Rv³¹) in procedures gegrond op art. 26d Aw uit te sluiten, is niet evident. De term “bijkomende vorderingen” is niet nader gepreciseerd of toegelicht. Het is dus mogelijk dat hiermee is bedoeld op (bijvoorbeeld) vorderingen tot schadevergoeding of het opleggen van een dwangsom, maar niet op een vordering tot vergoeding van de proceskosten.

6.10 Een andere mogelijke denkrichting is dat een blokkadebevel tegen “neutrale” niet-inbreukmakende ISPs buiten het (mogelijke materiële, maar dan toch zeker het) formele toepassingsbereik van art. 1019h Rv valt. Het lijkt mij niet wenselijk en ook niet nodig om hierover opnieuw prejudiciële vragen te stellen, omdat een praktischere oplossing zich opdringt.

6.11 Als gezegd stelt XS4ALL subsidiair dat toepassing van art. 1019h Rv in het onderhavige geval niet tot een volledige proceskostenveroordeling zou moeten leiden omdat de kosten niet redelijk zijn en/of de billijkheid zich tegen een dergelijke veroordeling verzet. Zo hier al sprake zou zijn van het onder het materiële en formele toepassingsbereik vallen van art. 1019h Rv, valt volgens mij veel te zeggen voor het betoog dat de billijkheid hier het spreekwoordelijke stokje voor zou moeten steken: de aangesproken providers maken immers zélf geen inbreuk en er kon geredelijk worden getwijfeld of een blokkadebevel aan de ISPs hier juridisch wel kon worden opgelegd. Dit was de route van de rechtbank in rov. 4.63 van het vonnis in eerste aanleg.

6.12 Dat zou dan impliceren dat voor de kosten gemaakt in cassatie na het verwijzingsarrest (incl. de kosten gemaakt in de procedure bij het HvJEU) zal moeten worden teruggevallen op het liquidatietarief. Ik geef graag toe dat daar ook in tegengestelde zin over geoordeeld kan worden (als de lijn uiteengezet in 6.8 zou worden gevolgd).

³⁰ Kamerstukken II 2005-2006, 30392, nr. 3 (MvT), p. 26.

³¹ Ten aanzien van een “gewone” proceskostenveroordeling zou nog betoogd kunnen worden dat een daartoe strekkende vordering nu eenmaal niet nodig is.

7. Grondrechtelijke afweging

7.1 Ziggo c.s. hebben na het arrest van het HvJEU Uw Raad verzocht om richting te geven aan de door de feitenrechter te maken grondrechtelijke afweging bij de beoordeling van blokkeringsverzoeken (nadere s.t. Ziggo onder 2c en 3, nadere s.t. XS4ALL onder 6). Daartoe betogen Ziggo c.s. bij nadere s.t. onder 7 het volgende.

- Recht behoort te worden gedaan aan de door de providers gemotiveerd gestelde kosten en risico's van blokkadeverzoeken, waarbij tevens acht wordt geslagen op het cumulatieve effect van dergelijke verzoeken.
- Gewicht dient toe te komen aan de mate waarin gebruikers de toegang tot legale informatie wordt ontzegd en aan het generieke, preventieve en qua tijdsduur onbepaalde karakter van de gevorderde blokkade.
- De vrijheden van informatie en ondernemerschap zijn serieus te nemen grootheden in de evenredigheidsbeoordeling.
- De stelplicht en bewijslast van de evenredigheid / effectiviteit van de gevorderde maatregel rust op Brein.

7.2 Brein heeft hier bij nadere repliek onder 5, 10 en 14 tegenover gesteld dat Ziggo c.s. in feite vragen om een nieuwe beoordeling van de evenredigheid / effectiviteit van de gevorderde blokkade, wat buiten de orde is. De incidentele onderdelen 2-4 van Ziggo en de daarmee corresponderende incidentele onderdelen II en III van XS4ALL zijn door Uw Raad in het verwijzingsarrest verworpen. Daarmee staat vast dat door de in eerste aanleg opgelegde blokkades het bezoek aan TPB in aanzienlijke mate is afgenomen, dat de woordvoerder van XS4ALL deze afname als "nogal wiedes" bestempeld heeft, dat het aantal auteursrechtinbreuken via TPB is afgenomen door de blokkade, dat de gevorderde blokkade Ziggo c.s. vrijwel niets kost, zeer eenvoudig is en voor hen geen rompslomp oplevert en dat Ziggo c.s. verder op grote schaal hun abonnees blokkeren. Gelet op hetgeen het hof in rov. 5.12 en 5.25 heeft overwogen ten aanzien van het "art work" staat bovendien vast dat de gevorderde blokkade effectief is. Het hof heeft tot slot ook de informatievrijheid van de abonnees reeds uitgebreid bij de beoordeling betrokken. Voor enig nader richting geven is met het voorgaande dus ook geen plaats, aldus Brein bij nadere repliek onder 11.

7.3 Voor een (her)beoordeling van de vraag of de door Brein gevorderde blokkade in het onderhavige geval evenredig en voldoende effectief is, is in cassatie geen plaats. Evenmin kan Uw Raad hier zelf de benodigde grondrechtenafweging maken of beslissen of de blokkade al dan niet toewijsbaar is. Dat is voorbehouden aan de feitenrechter. Er doet zich hier ook niet een geval voor waar Uw Raad de zaak zelf kan afdoen, gelet op hetgeen na cassatie nog moet worden beslist (vgl. in dezelfde zin nadere s.t. Ziggo onder 9, maar anders de nadere repliek van Brein onder 2)³². Anders dan Brein meent, is een dergelijke herbeoordeling – als ik het

³² De rechtbank heeft wel in rov. 4.50 blijk gegeven van een (overigens summier) grondrechtenafweging, maar dat is inmiddels meer dan 6 jaar geleden.

goed zie – ook niet de strekking van het hiervoor in 7.1 weergegeven betoog van Ziggo c.s. (dat zou overigens ook niet stroken met haar verzoek om verwijzing bij nadere s.t.), maar vragen Ziggo c.s. in algemene zin om nadere richting ten aanzien van de grondrechtelijke afweging die plaats moet vinden bij *website blocking*.

7.4 In mijn eerdere conclusie in deze zaak ben ik hier al uitvoerig op ingegaan in 2.2.3-2.2.8 en 2.3.4-2.3.11. Voor zover Uw Raad aanleiding mocht vinden tot nadere richtinggeving over te gaan op dit terrein, kan ik daar de volgende voortbouwende beschouwingen aan toevoegen over de kwesties die op lijken te doemen bij de door de rechter te maken (grondrechtelijke) afwegingen bij bevelen tot *website blocking*.

7.5 Op basis van de Handhavingsrichtlijn kan een blokkade van een inbreukmakende website worden bevolen. Een dergelijk bevel moet echter voldoen aan het proportionaliteitsvereiste en de vereisten van art. 3 Handhavingsrichtlijn³³ en daarnaast de door het Handvest gewaarborgde grondrechten respecteren³⁴.

Ten aanzien van de grondrechtenafweging geldt dat bij een vordering tot blokkade van een website in beginsel drie door het Handvest gewaarborgde grondrechten in het geding zijn. Het recht op eigendom, waaronder ook uitdrukkelijk intellectuele eigendom valt (art. 17 Handvest), de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest) en de informatievrijheid (art. 11 Handvest). Deze grondrechten kunnen botsen. Het recht op eigendom beschermt immers het intellectuele eigendomsrecht waarop via de website (gesteld) inbreuk wordt gemaakt, terwijl de gevorderde blokkade ertoe kan leiden dat de vrijheid van ondernemerschap³⁵ wordt ingeperkt (de ISP mag op dit punt niet “doen wat zij wil”) en dat ook de informatievrijheid van de gebruikers van de diensten van de ISP wordt beperkt (de internetgebruikers kunnen immers de website niet (zomaar) bereiken).

7.6 De vraag is hoe deze botsende grondrechten met elkaar in evenwicht moeten worden gebracht. Volgens het HvJEU dienen de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties in het kader van de ter bescherming van (bijvoorbeeld) een intellectueel eigendomsrecht te treffen maatregelen een juist evenwicht te verzekeren tussen de bescherming van dat recht en de bescherming van de grondrechten van personen die door zulke maatregelen worden

³³ Lid 1: De maatregelen, procedures en rechtsmiddelen dienen eerlijk en billijk te zijn, mogen niet onnodig ingewikkeld of kostbaar zijn en mogen geen onredelijke termijnen inhouden of nodeloze vertragingen inhouden. Lid 2: Maatregelen, procedures en rechtsmiddelen moeten tevens doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; zij worden zodanig toegepast dat het scheppen van belemmeringen voor legitiem handelsverkeer wordt vermeden en dat wordt voorzien in waarborgen tegen misbruik van deze procedures.

³⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights, COM(2017) 708 final (29 november 2017), p. 18.

³⁵ De vrijheid van ondernemerschap omvat met name het recht voor elke onderneming om, binnen de grenzen van de aansprakelijkheid voor eigen handelingen, vrij te beschikken over de haar ter beschikking staande economische, technische en financiële middelen. Daarnaast bevat de vrijheid van ondernemerschap ook de vrijheid om een economische activiteit of een handelsactiviteit uit te oefenen, alsmede de contractsvrijheid en de vrije mededinging.

geraakt³⁶. De regels uit de Handhavingsrichtlijn moeten worden geïnterpreteerd en toegepast op een dusdanige wijze dat niet alleen het recht op eigendom wordt beschermd, maar ook de andere in het geding zijnde fundamentele rechten worden gerespecteerd³⁷. Voor de nadere invulling hiervan heeft het HvJEU, voortbouwend op *Promusicae*³⁸, in *Telekabel Wien* een belangrijke aanzet gegeven³⁹. In dat arrest is uiteengezet dat een blokkade verenigbaar is met de grondrechten indien is voldaan aan drie voorwaarden⁴⁰.

7.7 Ten eerste moet de dienstverrichter tot wie het verbod is gericht de technische middelen kunnen kiezen die worden gebruikt om aan dit verbod te voldoen en aan zijn verplichtingen moeten kunnen ontkomen door aan te tonen dat hij hiertoe alle redelijke maatregelen heeft genomen (punten 52-53). Met deze voorwaarde wordt tegemoet gekomen aan de beperking van de vrijheid van ondernemerschap, die – indien aan genoemde voorwaarde is voldaan – volgens het HvJEU niet in de kern lijkt te worden geraakt door een bevel tot blokkade van een website (punt 51). Het is aan de nationale rechter overgelaten om te toetsen of aan deze voorwaarde is voldaan⁴¹.

7.8 Als tweede voorwaarde is gesteld dat de genomen maatregelen de internetgebruikers niet nodeloos de mogelijkheid moeten ontzeggen om zich rechtmatig toegang tot de beschikbare informatie te verschaffen. Deze voorwaarde komt tegemoet aan de beperking van het recht op informatievrijheid.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde is door A-G Szpunar in zijn conclusie voor het arrest van het HvJEU in deze zaak opgemerkt dat het evident is dat een maatregel bestaande in de blokkade van een bepaalde website de internetgebruikers de toegang tot de op die website beschikbare informatie ontzegt, ongeacht of die informatie al dan niet rechtmatig is. Volgens Szpunar moet een dergelijke maatregel dan ook per geval op rechtmatigheid worden getoetst, door een beoordeling van de evenredigheid tussen enerzijds de maatregel en de hieruit voortvloeiende ontzegging van toegang tot informatie en anderzijds de omvang en de ernst

³⁶ HvJEU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, NJ 2012/479 m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2012/34 m.nt. M.J.C. van der Heijden e.a., Computerrecht 2012/11 m.nt. E. Werkers (*Scarlet*).

³⁷ COM(2017) 708, p. 10.

³⁸ HvJEU 29 januari 2008, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 (*Promusicae*), rov. 68.

³⁹ Hier wordt ook wel anders over gedacht, zie bijv. S.A. de Vries, die in zijn noot bij dit arrest schrijft: “*UPC Telekabel Wien* is een interessant, maar geen baanbrekend arrest. Het laat zien hoe het Hof van Justitie in een EU-rechtelijk kader botsende grondrechten afweegt maar biedt geen duidelijke richtsnoeren voor ISP’s welke maatregelen om een website te blokkeren nu wel en niet geoorloofd zijn in het licht van de grondrechten van internetgebruikers en auteursrechthebbenden. Er blijft een grijs gebied tussen enerzijds een duur en ingewikkeld filtersysteem dat een onevenredige inbreuk maakt op de grondrechten van ISP’s en niet dwingende, tamelijk zachte maatregelen die niet tegemoet komen aan de rechten van auteursrechthebbenden.” (JHG 2015/41). Ook M. de Cock Buning verwacht nog een nadere verheldering van het toetsingskader (M. de Cock Buning, *Ashby Donald*; commercial speech en uitingvrijheid in het auteursrecht, IER 2014/36). Zij lijkt het arrest *Telekabel Wien* echter niet bij haar stuk te hebben betrokken.

⁴⁰ Zie punt 70 van de conclusie van A-G Szpunar voor HvJEU 14 juni 2016, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, RvdW 2017/582 (*Brein/Ziggo c.s.*) en HvJEU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, RvdW 2014/744, IER 2014/45 m.nt. S. Kulk, EHRC 2014/138 m.nt. C. Mak, JHG 2015/41 m.nt. S.A. de Vries (*Telekabel Wien*), punt 64.

⁴¹ Zie de conclusie van A-G Szpunar punt 72.

van de inbreuken op auteursrechten die door middel van die website worden gemaakt⁴². Over onze zaak merkt A-G Szpunar op:

“75. Wat het geval van TPB betreft, bevat – volgens de door verzoekster in het hoofdgeding verstrekte gegevens, die uiteraard door de verwijzende rechter moeten worden geverifieerd – meer dan 90 % van de bestanden die vanaf deze website toegankelijk zijn geworden werken die zonder toestemming van de auteursrechthebbenden beschikbaar zijn gesteld voor het publiek. Daarenboven zijn de beheerders van TPB meermaals in kennis gesteld van de onrechtmatige aard van de content van hun website en gesommeerd deze te verwijderen, hetgeen zij uitdrukkelijk hebben geweigerd.

76. Volgens mij zou in die omstandigheden de ontzegging van de toegang tot informatie voor internetgebruikers die voortvloeit uit de blokkade van de website van TPB, evenredig zijn met de omvang en de ernst van de op deze website gepleegde inbreuken op de auteursrechten. Mijn beoordeling is gebaseerd op zowel de proportie van de onrechtmatige content als de houding van de beheerders van deze website. Dit geldt des te meer omdat, wanneer werken rechtmatig op een peer-to-peernetwerk worden uitgewisseld, het zeer waarschijnlijk is dat zij even gemakkelijk en gratis toegankelijk zijn via andere middelen of gemakkelijk beschikbaar kunnen worden gesteld. De situatie zou geheel anders zijn in het geval van een website waarop slechts marginaal onrechtmatige content aanwezig is en de beheerders loyaal handelen om deze te verwijderen.

77. Uiteraard staat het aan de nationale rechters om de evenredigheid van de voorgenomen maatregel definitief te beoordelen.”

7.9 De derde voorwaarde is dat de maatregel tot gevolg moet hebben dat niet-toegestane oproepingen van beschermde werken worden verhinderd of minstens bemoeilijkt en dat internetgebruikers die gebruikmaken van de diensten van de adreassaar van dat bevel ernstig wordt ontraden om zich toegang te verschaffen tot deze in strijd met auteursrechten voor hen beschikbaar gestelde werken. Anders gezegd, de maatregel moet tot doel hebben de inbreuk op auteursrechten te beëindigen en te voorkomen en moet redelijk doeltreffend zijn om dat doel na te streven. De derde voorwaarde betreft een uitwerking van de evenredigheidstoets uit art. 52 lid 1 Handvest (zo impliceert m.i. ook Uw Raad in het verwijzingsarrest, rov. 4.4.2).

7.10 Art. 52 lid 1 Handvest bepaalt onder meer dat beperkingen op de uitoefening van de erkende rechten en vrijheden de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden moeten eerbiedigen. Uit de rechtspraak van het HvJEU blijkt dat een maatregel die leidt tot een ernstige aantasting van een in het Handvest beschermd recht niet voldoet aan het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de met elkaar in overeenstemming te brengen grondrechten⁴³.

⁴² Idem punten 73-74.

⁴³ HvJEU 16 juli 2015, C-580/13, ECLI:EU:C:2015:485, NJ 2016/389 m.nt. D.W.F. Verkade, EHRC 2015/188 m.nt. B. van der Sloot (*Coty/Magdenburg*). Zie ook HvJEU 24 november 2011, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, NJ 2012/479 m.nt. P.B. Hugenholtz, IER 2012/34 m.nt. M.J.C. van der Heijden e.a., *Computerrecht* 2012/11 m.nt. E. Werkers (*Scarlet*), punten 48-49 en HvJEU 16 februari 2012, C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85, punten 46-47, NJ 2012/480 m.nt. P.B. Hugenholtz, *Computerrecht* 2012/120 m.nt. E. Wauters e.a. (*Sabam*).

7.11 Ten aanzien van deze voorwaarde heeft Uw Raad in het verwijzingsarrest duidelijk gemaakt dat ook als maatregelen niet tot een volledige beëindiging van alle auteursrechtinbreuken kunnen leiden, zij nog wel verenigbaar kunnen zijn met het evenredigheidsvereiste van art. 52 lid 1 Handvest. Volgens Uw Raad volgt uit het arrest *Telekabel Wien*⁴⁴ dat voldoende is dat de blokkade, voor zover zij inbreuken niet kan verhinderen, de inbreuken bemoeilijkt en internetgebruikers het maken van die inbreuken ernstig ontraadt.

A-G Szpunar merkt over dit vereiste, (deels) toegepast op onze zaak, het volgende op:

“80. Opgemerkt zij echter, in de eerste plaats, dat het volgens de rechtspraak van het Hof niet noodzakelijk is dat de intellectuele eigendom absolute bescherming geniet, dat wil zeggen dat de voorgenomen maatregel leidt tot een volledige beëindiging van de inbreuken op het auteursrecht. Het volstaat namelijk dat hij de internetgebruikers ernstig ontraadt om dergelijke inbreuken te plegen door deze te bemoeilijken. Gelet op de rol die websites als TPB spelen in het functioneren van de peer-to-peernetwerken, valt volgens mij niet te ontkennen dat de blokkade van de toegang tot een dergelijke website het voor het merendeel van de gebruikers zou verhinderen of bemoeilijken om de werken te vinden die op een dergelijk netwerk beschikbaar zijn gesteld en dus om deze in schending van de auteursrechten te downloaden.

81. In de tweede plaats doet het feit dat andere websites dan TPB dezelfde rol kunnen vervullen niet af aan de doeltreffendheid van de in het hoofdgeding gevorderde maatregel, omdat soortgelijke maatregelen kunnen worden gevorderd zodat ook zij de toegang tot deze websites blokkeren. Het volgen van de redenering van verweersters in het hoofdgeding zou neerkomen op de erkenning dat geen enkele preventieve maatregel tegen een schending van de wet doeltreffend is, omdat er altijd anderen zullen zijn die de wet ook schenden.

82. Tot slot, in de derde plaats, zij eraan herinnerd dat het Hof al een maatregel heeft beoordeeld die zeker doeltreffender was en bestond in een bevel tot het blokkeren van alle internetverkeer met betrekking tot de werken die illegaal werden uitgewisseld op de peer-to-peernetwerken. Het Hof heeft deze maatregel afgewezen omdat hij naar zijn oordeel te omslachtig was voor de internetaccessproviders en een te grote inmenging in de rechten van de gebruikers.

83. Als nu een maatregel werd verworpen die minder omslachtig is voor de dienstverrichters en een minder grote inmenging in de rechten van de gebruikers vormt, op grond dat hij niet voldoende doeltreffend is, zouden de internetaccessproviders uiteindelijk de facto ontkomen aan hun plicht tot samenwerking in de strijd tegen inbreuken op de auteursrechten. De afwijkingen op het gebied van aansprakelijkheid van tussenpersonen op grond van richtlijn 2000/31 vormen juist een van de elementen van het evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen dat, volgens overweging 41 van die richtlijn, door de richtlijn tot stand wordt gebracht. Als tegenprestatie voor deze afwijkingen moeten de tussenpersonen, in het kader van dit evenwicht, zich niet alleen onthouden van iedere medeplichtigheid bij de schendingen van de wet, maar tevens hun medewerking verlenen om deze schendingen te vermijden of te voorkomen. Zij kunnen zich niet aan deze verplichting onttrekken door, afhankelijk van de omstandigheden, aan te voeren dat deze maatregelen te omslachtig dan wel ondoeltreffend zijn.”

⁴⁴ HvJEU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, RvdW 2014/744, IER 2014/45 m.nt. S. Kulk, EHRC 2014/138 m.nt. C. Mak, JHG 2015/41 m.nt. S.A. de Vries (*Telekabel Wien*). Zie rov. 4.4.2 van het verwijzingsarrest.

7.12 Deze beschouwingen van A-G Szpunar zijn gegeven in het kader van de tweede prejudiciële vraag, waar het HvJEU niet aan is toegekomen, zodat het Hof zelf er niets over heeft overwogen.

7.13 Ik wijs verder op een aantal recente uitspraken over grondrechtenafweging, die concrete aanwijzingen geven voor de praktijk⁴⁵.

7.14 In de eerste plaats *McFadden/Sony Music*⁴⁶. McFadden maakte (bedrijfsmatig) gebruik van een open wifi netwerk. Dit netwerk was gebruikt om inbreuk te maken op intellectuele eigendomsrechten van Sony Music. McFadden stelt zelf deze inbreuk niet te hebben gemaakt en in dat kader komt de vraag op of McFadden kan worden bevolen te verhinderen dat derden via zijn internetverbinding een dergelijke inbreuk maken. Het HvJEU stelt vast dat het hier gevorderde bevel (ter bescherming van intellectueel eigendom) botst met het recht op vrijheid van ondernemerschap van de aanbieder en het recht op vrijheid van informatie van de afnemers (punt 82). Van belang is verder dat de verwijzende rechter ervan was uitgegaan dat McFadden in de praktijk maar drie maatregelen ter beschikking stonden om aan het gevorderde bevel te voldoen, namelijk (i) alle via de internetaansluiting doorgegeven informatie onderzoeken, (ii) de aansluiting blokkeren of (iii) deze beveiligen met een wachtwoord.

7.15 Het HvJEU acht maatregel (i) strijdig met art. 15 lid 1 van Richtlijn 2000/31 (punt 87) en maatregel (ii) strijdig met het vereiste dat een juist evenwicht wordt verzekerd tussen de met elkaar in overeenstemming te brengen grondrechten, waarbij het bij deze maatregel gaat om de vrijheid van ondernemerschap versus het recht op eigendom (punten 88-89). Dit laatste oordeel kan zo worden begrepen dat het geheel moeten blokkeren van de aansluiting een te vergaande inbreuk vormde op de vrijheid van ondernemerschap.

Voor wat betreft maatregel (iii) stelt het HvJEU voorop dat deze maatregel zowel het recht op vrijheid van ondernemerschap als het recht op vrijheid van informatie kan beperken. Deze maatregel doet echter niet af aan de wezenlijke inhoud van vrijheid van ondernemerschap, omdat slechts in beperkte mate één van de technische modaliteiten voor de uitoefening van de activiteit van de aanbieder wordt geregeld. Daarnaast tast dit de wezenlijke inhoud van het recht van vrijheid van informatie niet aan, omdat van de gebruikers van dit recht slechts wordt verlangd dat zij een wachtwoord aanvragen en de verbinding slechts een van de

⁴⁵ Zie over *website blocking* in diverse Europese landen verder:

Verenigd Koninkrijk: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/05/14/popcorn-time-a-website-blocking-order-decision-with-a-slightly-different-flavour/>,

Duitsland: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/12/22/isp-liability-finally-achieved-in-germany/>,

Zweden: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/03/01/blocking-injunctions-against-isps-in-sweden-the-swedish-court-doesnt-wait-for-the-cieu/>,

Denemarken: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2015/01/23/danish-court-issues-website-blocking-ruling-concerning-the-illegal-distribution-of-replica-products/>

⁴⁶ HvJEU 15 september 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, RvdW 2016/1122, IER 2017/13 m.nt. J.M.B. Seignette (*McFadden/Sony Music*).

mogelijkheden is om toegang tot internet te krijgen. Maatregel (iii) werd dan ook toelaatbaar geacht (punten 90-99).

7.16 In dit arrest werkt het HvJEU op zeer concrete wijze uit hoe – uiteraard: in dat geval – een evenwicht moest worden gevonden tussen de in het geding zijnde rechten van eigendom, vrijheid van ondernemerschap en vrijheid van informatie.

7.17 Een mooie illustratie van een concrete grondrechtenafweging is ook te vinden in een recente uitspraak van de Engelse High Court (Arnold J) van 8 maart 2017 in de zaak tussen de Football Association Premier League (FAPL) en diverse ISPs⁴⁷. In deze zaak werd de blokkade van inbreukmakende livestreams van de Premier League gevorderd. In citaten, waarin wordt gerefereerd aan de conclusie van A-G Szpunar in onze zaak (onderstrepingen A-G)⁴⁸:

“The correct approach to the question of whether, assuming that jurisdiction is established, the Court should exercise its discretion to make an order was considered by the Court of Appeal in *Cartier* at [103]-[129]. Although there are a number of factors to be considered, the overriding question is whether the Order is proportionate having regard to the competing rights of those affected by it.

The comparative importance of the rights engaged and the justifications for interfering with those rights

This requires the Court to consider the comparative importance of, and the justifications for interfering with, FAPL's copyrights on the one hand and the Defendants' freedom to carry on business and internet users' freedom to impart or receive information on the other hand.

So far as FAPL's copyrights are concerned, for the reasons given above, it is clear that users and operators of the Target Servers are infringing those copyrights. FAPL has a legitimate interest in curtailing such activity. So do FAPL's licensees such as BT and Sky. Moreover, as FAPL contends, given FAPL's role in supporting sport in the UK and given the substantial contributions made by FAPL and its licensees to the UK economy, there is a public interest in combatting infringements of its rights.

As to the Defendants' freedom to carry on business, the orders sought by FAPL would not impair the substance of this right. The orders would not interfere with the provision by the Defendants of their services to their customers. The orders would not require the Defendants to acquire new technology: they have (or are in process of acquiring) the requisite technology already. The main effect of the Orders would be to impose additional operating costs on the Defendants. There is a small risk of the Defendants being attacked either by hackers or by operators of the Target Servers, but in my judgment this risk is not a significant one. It is also true that there is a risk of reputational damage to the Defendants, particularly in the event of overblocking, but again I do not consider this risk a significant one. Overall, as counsel for FAPL submitted, the fact that five of the Defendants positively support the making of the Order is strong evidence that it will not impair their freedom to carry on business.

As for the freedom of internet users to impart or receive information, this plainly does not extend to a right to engage in copyright infringement. Since the Target Servers appear to be exclusively, or almost exclusively, engaged in infringing activity, at least during the periods in

⁴⁷ [2017] EWHC 480 (Ch).

⁴⁸ In dit citaat komen, naast de afweging van grondrechten en de evenredigheidstoets, ook de vereisten van art. 3 leden 1 en 2 Handhavingsrichtlijn aan de orde. (Vgl. voetnoot 43).

which the Order will take effect, the operators have no right which requires protection. Thus the only question is whether any lawful activity may be adversely affected. Given the targeted nature of the Order, and the safeguards built into it, that should not be the case. I shall return to this point below.

Effectiveness and dissuasiveness

FAPL contends that the Order will be effective and dissuasive in that it will substantially reduce infringements of FAPL's copyrights in the Works by UK consumers accessing the Target Servers. This contention is supported by a number of factors.

First, past experience suggests that blocking causes a material reduction in the number of UK users who access blocked websites: see for example the evidence reviewed in my judgment in *Cartier* at [220]-[236]. The same may be expected to be true of blocked streaming servers.

Secondly, recent academic literature supports this conclusion. For example, research by Brett Danaher, Michael Smith and Rahul Telang of the School of Information Systems, Heinz College, Carnegie Mellon University published in April 2016 (available via SSRN) concluded that blocking of 53 BitTorrent and online streaming websites as a result of orders of this Court in November 2014 reduced access to those sites by 90% from the UK, resulted in a decrease in overall piracy rates by 22% for users affected by the blocks, and increased consumption of legal content by between 6% (Netflix) and 10% (BBC and Channel 5).

Thirdly, as discussed above, blocking access to streaming servers is likely to be more effective than blocking websites which embed or link to streams from such servers both because streaming servers are the crucial link and because multiple websites typically embed or link to each server stream.

Fourthly, monitoring and blocking techniques employed by FAPL and the Defendants respectively have improved considerably since earlier blocking orders were made, in some instances because of improved automation and in other instances because of the investment of manual resources to carry out blocking at the relevant times. This makes it feasible to identify and block Target Servers much more rapidly than before, leading to the prevention of an even greater proportion of potential infringements.

Fifthly, there is reason to hope that blocking access to the Target Servers will help to educate UK consumers that accessing infringing streams is not a lawful or reliable way to access Premier League content.

While there is always the prospect that some users and/or operators will circumvent blocking, there is no evidence to suggest that the likelihood of this occurring will be any greater in the present case than in other cases.

Substitutability

In relation to the substitutability of other streaming servers for the Target Servers, counsel for FAPL pointed out that Advocate General Szpunar has recently concluded in Case C-610/15 *Stichting BREIN v Ziggo BV* [EU:C:2017:99] at [81] that the fact that websites other than the blocked website (in that case The Pirate Bay) could be used to infringe did not detract from the effectiveness of the blocking measure. While the judgment of the Court of Justice of the European Union is still awaited, this supports the approach to this question adopted by this Court and by the Court of Appeal in *Cartier*.

FAPL also relies upon the fact that the Order makes provision for the future detection and blocking of streaming servers which are used to stream Premier League content as well those comprising the initial list of Target Servers. This makes the prospect of consumers switching to other streaming servers less of a concern.

Arnold J gaat verder nog in op de vraag of voor FAPL alternatieve maatregelen beschikbaar zijn die net zo effectief maar minder bezwaarlijk zijn, of de blokkade onnodig ingewikkeld of kostbaar is en of er barrières worden opgeworpen voor rechtmatige handel. Hij beantwoordt deze vragen ontkennend. Verder wordt nagegaan of de blokkade met voldoende waarborgen is omkleed (zoals bijv. t.a.v. de duur van de blokkade) en of de blokkade proportioneel is. Ook deze vragen worden bevestigend beantwoord.

7.19 Het Bundesgerichtshof heeft in november 2015 twee uitspraken gedaan met vergelijkbare beschouwingen over grondrechtafwegingen bij *website blocking*⁴⁹.

7.20 Dit alles maakt duidelijk binnen welk kader de afweging van de bij *website blocking* betrokken grondrechten moet plaatsvinden. Hoe die afweging van de grondrechten in concreto uit zal pakken, is echter niet goed te voorspellen⁵⁰. Dit zal immers in belangrijke mate afhangen van de omstandigheden van het geval en hetgeen over en weer is gesteld. Hoe door Uw Raad in generieke zin meer richting zou kunnen worden gegeven aan de invulling van deze afweging, zie ik dan ook niet goed⁵¹. Hooguit lijkt te kunnen worden gezegd dat indien inbreuk wordt gemaakt op een IE-recht die schending doorgaans niet gerechtvaardigd zal kunnen worden met een beroep op de vrijheid van ondernemerschap of de vrijheid van informatie⁵². Die vrijheden vinden immers hun grens in hetgeen juridisch toelaatbaar is. Dat betekent niet dat een blokkade gericht op de bescherming van het recht op eigendom altijd “wint” van de vrijheden van ondernemerschap en informatie. Springend punt is hier immers dat door de ISPs zélf geen inbreuk wordt gemaakt. Dat betekent dat een blokkadeverzoek dient te worden afgewogen binnen de hiervoor geschetste kaders en dat bij een gevorderde blokkade doorgaans aandacht zal moeten worden besteed aan de inperking die een dergelijke blokkade betekent voor de vrijheid van ondernemerschap en de vrijheid van informatie. De gevorderde blokkade zal die rechten niet *in de kern* mogen aantasten. Wánn^{er} dat laatste gebeurt, is van de omstandigheden van het geval afhankelijk.

⁴⁹ BGH 26 november 2015, I ZR 174/14 (*Störerhaftung des Acces-Providers*), ECLI:DE:BGH:2015:261115UIZR174.14.0 en van dezelfde datum I ZR 3/14, ECLI:DE:BGH:2015:261115UIZR3.14.0.

⁵⁰ Aldus ook C. Alberdingk Thijm en C. de Vries, De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom, BIE 2015, p. 174 e.v.: “De uitkomst van het “juiste evenwicht” tussen twee, drie, of zelfs vier botsende grondrechten is op voorhand niet eenvoudig te voorspellen. Hetzelfde geldt voor het antwoord op de vraag of een grondrecht in “de kern” wordt geraakt.”. Vgl. ook COM(2017) 708, p. 19 (eerste alinea).

⁵¹ Ziggo c.s. doen zelf bij nadere s.t. evenmin suggesties hiervoor.

⁵² Een dergelijke rangorde zien we bijvoorbeeld nog duidelijker in het kader van het recht op eerbieding van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens, welke rechten in de regel zwaarder wegen dan, en dus voorrang hebben op, het economisch belang van de exploitant van de zoekmachine en het gerechtvaardigde belang van de internetgebruikers die mogelijk toegang willen krijgen tot de desbetreffende zoekresultaten (HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:316, RvdW 2017/300, JIN 2017/57 m.nt. E.J. Peerboom-Gerrits).

8. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized initials and a long horizontal stroke extending to the right.

Advocaat-Generaal