

5 april 2019

Eerste Kamer

17/01135

LZ/ABG

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

STICHTING BREIN,
gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie, verweerster in het
voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. A.M. van Aerde,

t e g e n

NEWS-SERVICE EUROPE B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het
voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. J. van der Beek.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Brein en NSE.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak 434569/HA ZA 09-2443 van de rechtbank Amsterdam van 12 mei 2010 en 28 september 2011;
- b. de arresten in de zaak 200.097.924/01 van het gerechtshof Amsterdam van 19 augustus 2014, 8 maart 2016 en 6 december 2016.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft Brein beroep in cassatie ingesteld. NSE heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De procesinleiding en het verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor Brein mede door mr. R.R. Oudijk.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursem is, dat de Hoge Raad het geding schorst en vragen van uitleg stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie als geformuleerd in 2.46 en 3.7.

De nadere conclusie strekt in het principale beroep primair tot schorsing en het (zekerheidshalve) stellen van de voorgestelde prejudiciële vragen geformuleerd in 1.59 van die conclusie, subsidiair tot vernietiging en verwijzing en in het voorwaardelijke incidentele beroep primair tot schorsing met prejudiciële verwijzing als voorgesteld in 2.2 van die conclusie, subsidiair tot verwerping.

De advocaten van partijen hebben ieder schriftelijk op de conclusie en de nadere conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Brein is een stichting die zich blijkens haar statuten ten doel stelt de onrechtmatige exploitatie van informatiedragers en informatie te bestrijden en met dat doel de belangen te behartigen van de rechthebbenden op die informatie en van de rechtmatige exploitanten daarvan.

(ii) NSE was een exploitant van een platform voor Usenetdiensten. Op haar website profileerde zij zich als de grootste Europese Usenet serviceprovider. Na het vonnis

van de rechtbank in deze procedure heeft NSE haar activiteiten als Usenetprovider beëindigd.

(iii) Het Usenet bestaat sinds 1979 en is onderdeel van het internet. Het is een wereldwijd platform voor het uitwisselen van berichten. Het Usenet bestaat uit een reeks discussiegroepen, ook wel nieuwsgroepen, met namen die hiërarchisch zijn geclassificeerd naar onderwerp. De meest bekende nieuwsgroepen, ook wel de 'Big-8', zijn comp (over computers), humanities (literatuur, filosofie), news (over het Usenet), rec (recreatie, spellen en dergelijke), sci (wetenschap), soc (sociale zaken), talk (geloof en politiek) en misc (diverse onderwerpen). Verder is er de alt-hiërarchie waarin Usenet gebruikers zelf nieuwe nieuwsgroepen kunnen aanmaken en die als gevolg daarvan in hoge mate ongestructureerd is. Gebruikers van het Usenet kunnen berichten plaatsen (uploaden of posten) in een door hen te bepalen nieuwsgroep. De kop (header) van het geplaatste bericht wordt opgenomen in het overzicht (overview) van de nieuwsgroep en aan de hand daarvan kunnen andere gebruikers het bericht in de nieuwsgroep terugvinden. De berichten, ook wel artikelen of posts genoemd, zijn tevens voorzien van een eigen unieke message-id die automatisch wordt gegenereerd bij het plaatsen van het bericht door een gebruiker. De berichten kunnen ook aan de hand van deze message-id worden

teruggevonden. Usenetgebruikers kunnen berichten dus opvragen door in het overzicht van de nieuwsgroep te kijken en daaruit een bericht te selecteren, of rechtstreeks aan de hand van de unieke message-id. Zij kunnen de door hen gevonden berichten desgewenst downloaden.

(iv) Het Usenet wordt ondersteund door een groot aantal providers. Indien een bericht wordt geplaatst door een gebruiker van een bepaalde Usenetprovider, dan wordt dit eenmalig uitgewisseld met alle andere Usenetproviders. Dit proces wordt synchronisatie of peering genoemd. De Usenetproviders slaan zowel de door henzelf van hun eigen gebruikers ontvangen berichten op hun servers op, als de berichten die zij door synchronisatie van andere Usenetproviders ontvangen. De oudste berichten worden automatisch verwijderd om ruimte te maken voor nieuwe berichten. De periode dat berichten blijven opgeslagen, wordt de retentietijd genoemd. Het aanbod aan artikelen van Usenetproviders is door de synchronisatie of peering in beginsel hetzelfde. Het aanbod kan slechts verschillen door het verschil in retentietijd (en eventueel door storingen of door verwijdering als gevolg van een zogeheten 'notice and takedown-procedure', hierna ook: NTD-procedure).

(v) Het Usenet wordt gebruikt voor verschillende doeleinden, zoals het met behulp van teksten discussiëren over onderwerpen, maar ook voor het verspreiden van

berichten die afbeeldingen, beelden, geluid en/of software bevatten. Films en muziek zijn via het Usenet op eenvoudige wijze te uploaden en te downloaden. Een binair bestand (waarin een speelfilm, muziektrack of bijvoorbeeld een game is vervat) op de computer van de gebruiker wordt met behulp van software opgesplitst en gecodeerd in een groot aantal alfanumerieke berichten, die vervolgens (door middel van uploaden) op het Usenet worden gezet. De berichten die tot stand komen door de codering en opsplitsing van een binair bestand worden binaries genoemd. De alfanumerieke artikelen (binaries) kunnen door een andere gebruiker worden verzameld en kunnen vervolgens softwarematig aan elkaar worden geplakt en gedecodeerd, om het oorspronkelijke binaire bestand te verkrijgen. De daarvoor benodigde software is gratis voorhanden op het internet. Deze software wordt niet door NSE ontwikkeld, aangeboden of geleverd. Er zijn diverse zoekmachines en softwareapplicaties die het de gebruiker (consument) gemakkelijk maken (aan de hand van de message-id's) de muziek of de speelfilm van hun keuze (ofwel de verzameling alfanumerieke artikelen die de muziek of speelfilm belichamen) op het Usenet te vinden. Binaire berichten worden doorgaans geplaatst in nieuwsgroepen die het woord binaries bevatten, bijvoorbeeld alt.binaries.pictures.gardens. Deze binaire nieuwsgroepen

zijn ontstaan naast de nieuwsgroepen bedoeld voor tekstberichten.

(vi) Klanten van NSE waren bijvoorbeeld internet-serviceproviders die de toegang tot het Usenet opnamen in het pakket van diensten dat de consument voor het reguliere internetabonnement kreeg dan wel de door NSE verzorgde Usenetdienst als aanvullend product tegen bijbetaling aanboden. De klant kon ook een zogenaamde reseller zijn, die de toegang als primair product aanbood. De reseller verkocht aan consumenten abonnementen die toegang gaven tot de berichten op de servers van NSE. In beide gevallen werd de consument in staat gesteld om met behulp van een zogenoemde newsreader (bijvoorbeeld de gratis beschikbare applicatie Grabit) content van de servers van NSE te downloaden. De consument die een abonnement afsloot bij een reseller van NSE, kreeg als gebruiker rechtstreeks toegang tot de servers van NSE. NSE deed niet rechtstreeks zaken met consumenten.

(vii) De artikelen die bij wege van uploaden en synchronisatie bij NSE werden aangeboden, kwamen binnen op zogenaamde feederservers en werden van daaruit direct overgezet naar de spoolservers. De artikelen kwamen op de spoolservers terecht in een soort wachtrij (de queue), waarbij de laatste artikelen, bij het vollopen van de queue, de oudste artikelen als het ware wegduwden. Op de

spoolservers stonden alle artikelen (zowel tekstberichten als binaire berichten) die NSE door middel van uploaden en synchronisatie binnenkreeg. De retentietijd op de spoolservers bedroeg bij NSE in mei 2011 400 dagen. Ongeveer 5% van de content die de gebruikers van NSE (de klanten van haar resellers) downloadden, was afkomstig van gebruikers van NSE zelf. Omstreeks 95% van de artikelen op haar servers heeft NSE door synchronisatie ontvangen van andere Usenetproviders.

(viii) NSE gebruikte een spamfilter dat binnenkomende tekstberichten controleerde op herhaalde patronen en dubbele berichten en dat bekende spammingssites en domeinen herkende aan de hand van de zogenoemde Breidbart index. Het spamfilter zorgde er op geautomatiseerde wijze voor dat tekstberichten die herkenbaar spam bevatten, niet terecht kwamen in de inhoudsopgave van de nieuwsgroepen.

(ix) NSE heeft op enig moment na 6 april 2009 een NTD-procedure ingevoerd. Op enig moment voor 24 mei 2011 heeft NSE ook een zogenoemde Fast Track-procedure geïntroduceerd. Deze procedure geeft bepaalde partijen het recht om direct - zonder tussenkomst van NSE - onrechtmatige artikelen van de servers van NSE te verwijderen.

3.2.1 Brein vordert in dit geding, kort gezegd, (i) verklaringen voor recht dat NSE inbreuk maakt op de

auteursrechten en naburige rechten van de rechthebbenden van wie Brein de belangen behartigt, (ii) een verklaring voor recht dat NSE aansprakelijk is voor de ten gevolge van de inbreukmakende handelingen geleden schade en (iii) een tot binaries beperkt bevel om de inbreuk te staken en gestaakt te houden. Brein heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat NSE zelf inbreuk maakt op de auteursrechten en naburige rechten van bij haar aangeslotenen en ook overigens onrechtmatig handelt, door voor commercieel gewin een download systeem in stand te houden waarbij grote hoeveelheden beschermde content worden vastgelegd en verspreid zonder dat daartoe toestemming is verkregen.

3.2.2 De rechtbank heeft de hiervoor in 3.2.1 onder (i) genoemde verklaringen voor recht toegewezen en het daar onder (iii) genoemde stakingsbevel gegeven. De onder (ii) genoemde verklaring voor recht heeft de rechtbank afgewezen, op de grond dat die vordering onvoldoende is onderbouwd.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd, en NSE bevolen om voor het geval zij haar activiteiten als Usenetprovider zou hervatten, een effectieve NTD-procedure

in te voeren, versterkt met een dwangsom. Daartoe heeft het, samengevat, als volgt overwogen.

Door artikelen vanaf haar servers aan gebruikers ter beschikking te stellen, verricht NSE een interventie die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt. (Eerste tussenarrest, rov. 3.3.3)

NSE komt een beroep toe op art. 6:196c lid 1 BW (mere conduit) waar het betreft het doorgeven van door haar eigen gebruikers geplaatste berichten aan andere Usenetproviders. (Eerste tussenarrest, rov. 3.4.5)

NSE komt voor wat betreft de opslag van artikelen op haar servers gedurende de retentietijd een beroep toe op de uitsluiting van haar aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:196c lid 4 BW (hosting). Het hof houdt het erop dat de diensten van NSE een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben. (Eerste tussenarrest, rov. 3.4.6-3.4.11)

Met de uitsluiting van aansprakelijkheid ingevolge art. 6:196c BW is mede bedoeld dat degene die een beroep op dit artikel toekomt niet aansprakelijk is als pleger van een onrechtmatige daad op de grond dat hij zelfstandig inbreuk maakt op de rechten van anderen alleen omdat hij door derden gemaakte inbreuken faciliteert. Het hof ziet daarom geen grond voor toewijzing van de door Brein gevorderde verklaringen voor recht. Deze gaan immers ervan

uit dat NSE mede aansprakelijk is als inbreukmaker. (Eerste tussenarrest, rov. 3.5.1-3.5.5)

Een op te leggen bevel kan niet gegrond zijn op de aansprakelijkheid van NSE als pleger van een onrechtmatige daad bestaande uit het maken van inbreuken op rechten van bij Brein aangeslotenen. Dat neemt niet weg dat, gelet op art. 6:196c lid 5 BW, een bevel of verbod kan worden uitgevaardigd. Het door de rechtbank gegeven stakingsbevel sluit echter niet aan bij de rol van NSE als verlener van de dienst met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd, welke situatie complexer is dan de rol van de inbreukmaker en zich leent voor andere soorten van bevel (HvJEU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (L'Oréal/eBay)). Het door de rechtbank gegeven bevel houdt een algemene verplichting van NSE in om toe te zien op de informatie die zij doorgeeft en opslaat. Dat is in strijd met art. 15 Richtlijn inzake elektronische handel. (Eerste tussenarrest, rov. 3.6.1-3.6.7)

Een in elk geval passende maatregel is een bevel tot het invoeren van een effectieve NTD-procedure. (Eerste tussenarrest, rov. 3.7.1-3.7.5)

Na het eerste tussenarrest heeft NSE aangevoerd dat zij haar activiteiten als Usenetprovider niet meer zal hervatten. Gelet hierop heeft Brein onvoldoende concreet belang om door te procederen omtrent aanvullend aan een

effectieve NTD-procedure op te leggen maatregelen.
(Eindarrest, rov. 2.7-2.10)

4. Beoordeling van onderdelen 1.2 en 2.4 in het
principale beroep en van onderdeel 1 in het voorwaardelijke
incidentele beroep

4.1.1 Onderdeel 1.2 van het middel in het principale beroep klaagt dat het hof in rov. 3.4.6 van het eerste tussenarrest heeft miskend dat NSE een actieve rol heeft gespeeld met betrekking tot de berichten die zij opsloeg, in die zin dat zij kennis had van of controle had over de door haar opgeslagen gegevens. Het onderdeel wijst er in dit verband op dat het oordeel van het hof dat de diensten van NSE een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben, onjuist is, dan wel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd in het licht van het oordeel van het hof in rov. 3.3.3 van het eerste tussenarrest dat NSE een interventie verrichtte die ertoe leidt dat een nieuw publiek wordt bereikt.

4.1.2 Onderdeel 2.4 van het middel in het principale beroep betoogt dat het hof heeft miskend dat als een dienstverlener, zoals NSE, een mededeling aan het publiek verricht als het hof in rov. 3.3.3 van het eerste tussenarrest heeft aangenomen, er sprake is van inbreuk en

dat een beroep op art. 6:196c BW dan niet in de weg staat aan toewijzing van de gevorderde verklaringen voor recht en een stakingsbevel.

4.1.3 Onderdeel 1 van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.3.3 van het eerste tussenarrest dat NSE een mededeling aan het publiek verrichtte, onjuist is dan wel onbegrijpelijk is gemotiveerd.

4.2.1 Bij de beoordeling van deze klachten is het volgende van belang.

4.2.2 Brein betoogt dat NSE inbreuk heeft gemaakt op het uitsluitende recht van auteurs van wie zij de belangen behartigt, door mededeling van hun werken aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 van 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 (PbEG 2001, L 167/10; hierna: Auteursrechtlijn).

NSE stelt dat zij ingevolge art. 6:196c lid 4 BW is gevrijwaard van iedere aansprakelijkheid. Deze bepaling vormt de implementatie van art. 14 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 (PbEG 2000, L 178/1; hierna: Richtlijn inzake elektronische handel).

4.2.3 In dit geval staat vast dat, door tussenkomst van NSE, beschermde werken ter beschikking zijn gesteld aan het publiek zonder toestemming van de rechthebbenden omdat in elk geval een substantieel deel van de binaries inbreukmakend materiaal bevat. Aan de orde is de vraag of NSE een mededeling aan het publiek heeft verricht in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn, door te handelen als hiervoor in 3.1 onder (ii)-(ix) beschreven en in het bijzonder door het faciliteren van een platform waardoor gebruikers van het Usenet aan de hand van een overzicht van nieuwsgroepen of een uniek message-id eenvoudig beschermde werken kunnen vinden en downloaden.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat NSE een zoekfunctie aanbiedt, nu NSE in cassatie niet is opgekomen tegen het desbetreffende oordeel van het hof (eerste tussenarrest, rov. 3.4.6).

In cassatie is verder uitgangspunt dat de reikwijdte van de vrijstelling van aansprakelijkheid als voorzien in art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel ziet op de civielrechtelijke aansprakelijkheid in volle omvang,

en niet alleen op vorderingen tot vergoeding van schade. In de overwegingen van het hof ligt immers besloten dat de vrijstelling deze ruime strekking heeft en dit oordeel is in cassatie niet bestreden. Beoordeeld dient te worden of het handelen van NSE aan toepasselijkheid van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel - en daarmee van art. 6:196c lid 4 BW - in de weg staat.

4.3.1 De Auteursrechtrichtlijn preciseert niet wat onder 'mededeling aan het publiek' dient te worden verstaan. Het is een autonoom Unierechtelijk begrip, waaraan volgens punt 23 van de considerans van de richtlijn een ruime betekenis toekomt. Een dergelijke ruime uitleg is onontbeerlijk om de belangrijkste doelstelling van de Auteursrechtrichtlijn te bereiken, die erin bestaat een hoog beschermingsniveau voor onder meer de auteurs te verwezenlijken, zodat zij met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen (HvJEU 7 december 2006, zaak C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 (SGAE), punten 33-36). Vaste rechtspraak van het HvJEU is dat bij de beoordeling of sprake is van een mededeling aan het publiek, het van belang is rekening te houden met meerdere niet-autonome en onderling afhankelijke, elkaar aanvullende criteria. Aangezien deze criteria in verschillende concrete situaties met een zeer wisselende

intensiteit een rol kunnen spelen, moeten zij zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast (zie onder meer HvJEU 31 mei 2016, zaak C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 (Reha Training/GEMA), punt 35). Criteria die blijkens het Reha Training/GEMA-arrest van belang kunnen zijn, zijn de onbepaaldheid van het publiek (punten 41-42), de omvang van het publiek (punten 43-44), de nieuwheid van het publiek (punt 45), de centrale rol van de gebruiker en het weloverwogen karakter van diens interventie (punten 46-48) en het winstoogmerk (punt 49), waarbij voor het winstoogmerk geldt dat dit geen bepalend, maar ook geen irrelevant criterium is.

4.3.2 De (loutere) beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten, is geen mededeling in de zin van de Auteursrechtlijn (punt 27 van de considerans; vgl. punten 45-47 van het hiervoor in 4.3.1 vermelde SGAE-arrest). Van een loutere beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling aan het publiek mogelijk te maken of te verrichten, is geen sprake in het geval van de verkoop van mediaspelers 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. In dat geval wordt een mededeling aan het publiek verricht (HvJEU 26 april 2017, zaak C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 (Brein/Wullems), punten 39-53). Ook de beheerders van het online platform voor de uitwisseling van bestanden The Pirate Bay kunnen 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 punt 27 van de considerans van de Auteursrechtlijn. Het HvJEU acht in dit verband onder meer van belang 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. De beheerder van het online platform The Pirate Bay verricht een mededeling aan het publiek, nu zij door de indexering van meta-informatie inzake beschermde werken en de verstrekking van een zoekfunctie, de gebruikers van dit platform in staat stelt deze werken te vinden en deze in het kader van een peer-to-peernetwerk te delen (HvJEU 14 juni 2017, zaak C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 (Brein/Ziggo en XS4ALL), punten 38-48).

4.4.1 NSE betoogt dat zij met haar platform voor Usenetdiensten louter fysieke faciliteiten beschikbaar

heeft gesteld om een mededeling aan het publiek mogelijk te maken, zoals bedoeld in punt 27 van de considerans van de Auteursrechtlijn, en dat zij dus zelf geen mededeling aan het publiek heeft verricht. Dit blijkt volgens haar ook uit de vaststelling van het hof, in het kader van de beoordeling van het beroep op art. 6:196c lid 4 BW, dat haar diensten een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben. Het hof heeft hiertoe (in zijn eerste tussenarrest) het volgende overwogen:

"3.4.6 (...) Brein heeft evenmin voldoende aangevoerd om te concluderen dat NSE een actieve rol heeft met betrekking tot de berichten in die zin dat zij daardoor kennis heeft van of controle heeft over de door haar opgeslagen gegevens. Daartoe is onvoldoende dat NSE zelf de retentietijd bepaalt en dat de gebruiker niet zelf de door hem geplaatste berichten kan verwijderen. Evenmin is voldoende dat NSE kennelijk onderscheid maakt in de retentietijd voor tekstniewsgroepen en nieuwsgroepen bestemd voor binaries of dat zij de overzichten van de nieuwsgroepen op aparte servers opslaat. Het verwijderen van de berichten na de retentietijd, ook al wordt kennelijk een onderscheid gemaakt naar de aard van de nieuwsgroep waarin de berichten zijn geplaatst, heeft immers naar uit de stellingen van partijen blijkt een technisch, automatisch en passief karakter. Hetzelfde geldt voor het plaatsen van de overzichten op aparte servers of, zoals reeds besproken, het controleren van de berichten op de aanwezigheid van spam. Voor een andere conclusie is evenmin afdoende dat NSE een zoekfunctie aanbiedt waarmee men (op namen van) nieuwsgroepen kan zoeken. Brein heeft niet aangevoerd dat en toegelicht waarom met betrekking tot enige van deze handelingen kan worden geconcludeerd dat NSE daardoor kennis heeft van of controle heeft over de door haar opgeslagen gegevens. Het hof houdt het ervoor dat - het voorgaande ook in samenhang bezien - de onderhavige door NSE verrichte diensten een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben."

4.4.2 Vaste rechtspraak van het HvJEU is dat de vrijstelling van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel uitsluitend geldt voor gevallen waarin de activiteit van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij een louter technisch, automatisch en passief karakter heeft, hetgeen inhoudt dat deze aanbieder noch kennis heeft van, noch controle heeft over de informatie die wordt opgeslagen door de ontvanger van zijn diensten. De vrijstelling van aansprakelijkheid geldt daarentegen niet ingeval een aanbieder van de informatiemaatschappij een actieve rol heeft gehad.

(Vgl. HvJEU 23 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08 tot en met C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 (Google France en Google), punten 112-120, HvJEU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (L'Oréal/eBay), punten 112-116 en HvJEU 7 augustus 2018, zaak C-521/17, ECLI:EU:C:2018:639 (SNB-REACT/Mehta), punten 47-50).

4.4.3 Het definitieve richtlijnvoorstel inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt bepaalt in art. 17 lid 1 en lid 3 (voorheen art. 13):

"1. Member States shall provide that an online content sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public for the purposes of this Directive when it gives the public access to copyright protected works or other protected subject matter uploaded by its users.

An online content sharing service provider shall therefore obtain an authorisation from the rightholders referred to in Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC (...)

3. When an online content sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public, under the conditions established under this Directive, the limitation of liability established in Article 14(1) of Directive 2000/31/EC shall not apply to the situations covered by this Article. The first subparagraph of this paragraph shall not affect the possible application of Article 14(1) of Directive 2000/31/EC to these service providers for purposes falling outside the scope of this Directive."

Art. 17 lid 4 bepaalt verder dat een online content sharing service provider die een mededeling aan het publiek verricht, onder bepaalde voorwaarden niet aansprakelijk is. Het betreft evenwel een voorstel voor een nieuwe regeling, zonder dat daarbij is aangeduid of en in hoeverre daarbij sprake is van nieuw recht. Onduidelijk is daarom hoe een en ander onder het huidige recht moet worden beoordeeld.

4.4.4 Naar het oordeel van de Hoge Raad bestaat gereede twijfel over het antwoord op de vraag of NSE een mededeling aan het publiek heeft verricht.

Eenzijds geldt dat het hof heeft geoordeeld dat de diensten van NSE een louter technisch, automatisch en passief karakter hebben. In zoverre is niet uit te sluiten dat geoordeeld moet worden dat NSE slechts faciliteiten ter beschikking heeft gesteld als bedoeld in punt 27 van de

considerans van de Auteursrechtlijn, mede gelet op de hiervoor in 4.4.2 bedoelde rechtspraak van het HvJEU met betrekking tot art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel.

Anderzijds geldt dat, door tussenkomst van NSE, beschermde werken ter beschikking zijn gesteld aan het publiek zonder toestemming van de rechthebbenden. NSE heeft gefaciliteerd dat deze werken met behulp van een door NSE aangeboden zoekfunctie en aan de hand van een overzicht van nieuwsgroepen en/of een uniek message-id eenvoudig konden worden gevonden en gedownload door de gebruikers van het platform.

Mede gelet op de doelstelling van de Auteursrechtlijn (het waarborgen van een hoog beschermingsniveau van auteursrechten zodat de rechthebbenden bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen) en de ruime betekenis die aan het begrip "mededeling aan het publiek" moet worden gegeven, kan niet worden uitgesloten dat het handelen van NSE moet worden aangemerkt als een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn.

4.4.5 Nu de onderhavige vraag van Unierecht zich niet zonder redelijke twijfel laat beantwoorden, zal de Hoge

Raad deze bij wijze van prejudiciële vraag aan het HvJEU voorleggen. Op het vorenstaande ziet prejudiciële vraag 1.

4.5 Bij een bevestigende beantwoording van de hiervoor in 4.4.4 bedoelde vraag, rijst de vraag of de vaststelling dat NSE een mededeling aan het publiek heeft verricht in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn, in de weg staat aan toepassing van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel. Daarop ziet prejudiciële vraag 2.

Denkbaar is dat met art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel is bedoeld de aansprakelijkheid voor 'hosting'-diensten te beperken, ongeacht de vraag of sprake is van een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn.

Denkbaar is ook dat wanneer vaststaat dat NSE een mededeling aan het publiek heeft verricht, reeds hierom moet worden aangenomen dat zij een actieve rol heeft gespeeld die in de weg staat aan een geslaagd beroep op art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel (zie hiervoor in 4.4.2).

4.6 In het geval dat de hiervoor in 4.4.4 bedoelde of de hiervoor in 4.5 bedoelde vraag ontkennend wordt beantwoord, rijst de vraag of NSE door het verlenen van de diensten zoals hiervoor in 3.1 en 4.2.3 beschreven, anderszins een

actieve rol heeft gehad die in de weg staat aan toepassing van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel (zie hiervoor in 4.4.2 en vgl. de tweede prejudiciële vraag in de bij het HvJEU aanhangige zaak C-682/18). Hierop ziet prejudiciële vraag 3.

4.7 In het geval dat wordt geoordeeld dat NSE een mededeling aan het publiek heeft verricht en aan NSE tevens een geslaagd beroep toekomt op de vrijstelling van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel, rijst nog de vraag welk soort bevel aan NSE kon worden opgelegd. In HvJEU 12 juli 2011, zaak C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 (L'Oréal/eBay), punt 129, is overwogen dat het bevel dat aan een inbreukmaker wordt gericht er logischerwijs in bestaat dat het hem wordt verboden om de inbreuk voort te zetten, terwijl de situatie van de verlener van de dienst met behulp waarvan de inbreuk is gepleegd, complexer is en zich leent voor andere soorten bevelen. Art. 14 lid 3 Richtlijn inzake elektronische handel bepaalt dat art. 14 geen afbreuk doet aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Op grond van art. 15 Richtlijn inzake elektronische handel mogen de lidstaten met betrekking tot de levering van de in art. 14

bedoelde diensten de dienstverleners geen algemene verplichting opleggen om toe te zien op de informatie die zij opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

Indien wordt geoordeeld dat NSE een mededeling aan het publiek heeft verricht en aan haar tevens een geslaagd beroep toekomt op de vrijstelling van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel, is het gelet op art. 15 Richtlijn inzake elektronische handel de vraag of het NSE - als inbreukmaker - kon worden verboden om de inbreuk voort te zetten (anders gezegd: haar een bevel kon worden opgelegd de inbreuk te staken en gestaakt te houden, zie hiervoor in 3.2.1) of anderszins een verbod kon worden opgelegd dat meer omvat dan hetgeen is vermeld in art. 14 lid 3 van de Richtlijn inzake elektronische handel. Op het vorenstaande ziet prejudiciële vraag 4.

4.8 De overige klachten in het principale en voorwaardelijke incidentele beroep behoeven in dit stadium geen behandeling.

5. Omschrijving van de feiten en uitgangspunten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 3.1 en 4.2.3 vermelde feiten en uitgangspunten, waarvan moet worden uitgegaan.

6. Vragen van uitleg

De vragen van uitleg van Unierecht waarvan de Hoge Raad beantwoording door het HvJEU nodig acht voor zijn beslissing op het cassatieberoep, zijn de volgende:

1. Verricht een exploitant van een platform voor Usenetdiensten (zoals NSE is geweest), onder de omstandigheden zoals hiervoor in 3.1 en 4.2.3 beschreven, een mededeling aan het publiek in de zin van art. 3 lid 1 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 (PbEG 2001, L 167/10; hierna: Auteursrechtrichtlijn)?

2. Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt (en dus sprake is van een mededeling aan het publiek):

Staat de vaststelling dat de exploitant van een platform voor Usenetdiensten een mededeling aan het publiek verricht in de zin van art. 3 lid 1 Auteursrechtrichtlijn in de weg aan toepassing van art. 14 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 (PbEG 2000, L 178/1; hierna: Richtlijn inzake elektronische handel)?

3. Indien het antwoord op vraag 1 of 2 ontkennend luidt (en een beroep op de vrijstelling van art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel dus in beginsel mogelijk is):

Speelt de exploitant van een platform voor Usenetdiensten, die diensten verleent zoals hiervoor in 3.1 en 4.2.3 omschreven, anderszins een actieve rol die in de weg staat aan een geslaagd beroep op art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel?

4. Kan aan de exploitant van een platform voor Usenetdiensten die een mededeling aan het publiek verricht en aan wie een geslaagd beroep toekomt op art. 14 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel, worden verboden om de inbreuk voort te zetten, dan wel kan hem een bevel worden opgelegd dat meer omvat dan hetgeen is vermeld in art. 14 lid 3 van de Richtlijn inzake elektronische handel, of levert dat strijd op met art. 15 lid 1 Richtlijn inzake elektronische handel?

7. Uittaling partijen

De Hoge Raad stelt partijen in de gelegenheid zich omtrent de hiervoor in 6 geformuleerde vragen uit te laten, en wel bij brief aan de voorzitter van de Kamer, binnen zes weken na heden.

8. Beslissing

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan totdat de hiervoor in 7 genoemde termijn is verstreken.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.V. Polak op 5 april 2019.

Ondertekening Arrest

Referentie

ECLI:NL:HR:2019:503

Handtekeningen

Versteeg, E.E.J.

Polak, mr. M.V.

The image shows two handwritten signatures in black ink. The top signature is a stylized, cursive signature, likely belonging to E.E.J. Versteeg. The bottom signature is also a stylized, cursive signature, likely belonging to M.V. Polak. Both signatures are written in a fluid, connected style.