

Zaak C-484/14

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

3 november 2014

Verwijzende rechter:

Landgericht München I (Deutschland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

18 september 2014

Verzoekende partij:

Tobias Mc Fadden

Verwerende partij:

Sony Music Entertainment Germany GmbH

Landgericht München I

IN NAAM VAN HET VOLK

In de zaak van

Mc Fadden Tobias, [OMISSIS] Gauting

verzoeker, tevens verweerder in reconventie,

[OMISSIS]

tegen

Sony Music Entertainment Germany GmbH, [OMISSIS] München

verweerster, tevens verzoekster in reconventie,

[OMISSIS]

betreffende een vordering tot verkrijging van een declaratoire uitspraak

geeft het Landgericht München I [OMISSIS] op 18 september 2014 de volgende

[Or. 2]

Beslissing

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst [OMISSIS].
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt met het oog op de uitlegging van artikel 12, leden 1 en 3, artikel 14, lid 1, sub b, artikel 15, lid 1, en artikel 2, sub b, van 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 elektronische handel”), overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om beantwoording van de volgende prejudiciële vragen:

1 Eerste vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, junctis de artikelen 2, sub a, van 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 elektronische handel”) en 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG in de redactie van richtlijn 98/48/EG aldus te worden uitgelegd dat de zinsnede „gewoonlijk tegen vergoeding” betekent dat de nationale rechter moet vaststellen

- a. of de concreet betrokken persoon, die zich beroept op de hoedanigheid van dienstverlener, de concrete dienst gewoonlijk tegen vergoeding levert,
- b. of er überhaupt aanbieders op de markt zijn die de betrokken dienst of vergelijkbare diensten tegen vergoeding leveren, of

[Or. 3]

- c. het merendeel van de betrokken of vergelijkbare diensten tegen vergoeding wordt geleverd?

2 Tweede vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat „het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk” impliceert dat in de zin van de richtlijn uitsluitend relevant is dat het resultaat

intreedt, te weten dat toegang tot een communicatienetwerk (bijvoorbeeld het internet) wordt verschaft?

3 Derde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, juncto artikel 2, sub b, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat het voor het „leveren” van een dienst in de zin van laatstgenoemde bepaling voldoende is dat de dienst van de informatiemaatschappij feitelijk wordt geleverd, in het concrete geval dus een open WLAN beschikbaar wordt gesteld, of moet er daarnaast bijvoorbeeld ook sprake zijn van het „promoten” van de betrokken dienst?

[Or. 4]

4 Vierde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat de uitdrukking „niet aansprakelijk [...] voor de doorgegeven informatie” impliceert dat tegen de toegangsprovider in beginsel of althans met betrekking tot een eerste vastgestelde auteursrechtinbreuk geen vorderingen tot staking, schadevergoeding of vergoeding van de aanmaningskosten en de gerechtelijke kosten kunnen worden ingesteld door een benadeelde partij?

5 Vijfde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, juncto artikel 12, lid 3, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat de lidstaten de nationale rechter niet mogen toestaan, in een bodemprocedure aan een toegangsprovider te gelasten derden in de toekomst niet meer de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk op internetsites voor file-sharing langs elektronische weg toegankelijk te maken?

6 Zesde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van 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 elektronische handel”) aldus te worden

uitgelegd dat in de omstandigheden van het hoofdgeding de regeling van artikel 14, lid 1, sub b, van die richtlijn van overeenkomstige toepassing is op een **[Or. 5]** stakingsvordering?

7 Zevende vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, juncto artikel 2, sub b, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat de aan een dienstverlener te stellen eisen uitsluitend inhouden dat het moet gaan om een natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert?

8 Achtste vraag:

Indien de zevende vraag ontkennend wordt beantwoord, welke bijkomende eisen dienen aan een dienstverlener te worden gesteld in het kader van de uitlegging van artikel 2, sub b, van 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 elektronische handel”)?

9 Negende vraag:

a)

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van 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 elektronische handel”) gelet op de bestaande grondrechtelijke bescherming van de intellectuele eigendom **[Or. 6]** als onderdeel van het eigendomsrecht (artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie), en op de regelingen van de volgende richtlijnen betreffende de bescherming van de intellectuele eigendom, met name van het auteursrecht:

- 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, en
- richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten,

alsmede op de informatievrijheid en het Uniegrondrecht van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie)

aldus te worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een beslissing van de nationale rechter in een bodemprocedure waarbij de toegangsprovider, onder veroordeling in de kosten, wordt gelast derden in de toekomst niet meer de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk of delen daarvan via een internetsite voor file-sharing langs elektronische weg toegankelijk te maken, en het aan de toegangsprovider wordt overgelaten te bepalen welke specifieke technische maatregelen hij neemt om hieraan te voldoen?

b)

Is dat ook dan het geval indien de toegangsprovider feitelijk alleen maar gevolg kan geven aan het gerechtelijke verbod indien hij de internetaansluiting blokkeert of van een paswoord voorziet of alle via die aansluiting lopende communicatie controleert om na te gaan of het concrete auteursrechtelijk beschermde werk opnieuw op illegale wijze wordt doorgegeven, wanneer dit al van meet af aan vaststaat en niet pas blijkt in het kader van de procedure van gedwongen tenuitvoerlegging of de sanctieprocedure?

[Or. 7]

Motivering

I.

Partijen twisten voor de verwijzende rechter in het kader van een vordering tot verkrijging van een negatieve declaratoire uitspraak en een reconventionele vordering in wezen over de vraag of verweerder tegen verzoeker vorderingen kan instellen wegens inbreuk op het auteursrecht.

Toepasselijke wetgeving

Unierecht

Punt 42 van de considerans van richtlijn 2000/31 luidt als volgt:

„De in deze richtlijn vastgestelde vrijstellingen van de aansprakelijkheid gelden uitsluitend voor gevallen waarin de activiteit van de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij beperkt is tot het technische proces van werking en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk waarop door derden verstrekte informatie wordt doorgegeven of tijdelijk wordt opgeslagen, met als enig doel de doorgifte efficiënter te maken. Die activiteit heeft een louter technisch, automatisch en passief karakter, hetgeen inhoudt dat de aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij noch

kennis noch controle heeft over de informatie die wordt doorgegeven of opgeslagen.”

Artikel 2, sub a, sub b en sub d, van richtlijn 2000/31 bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚diensten van de informatiemaatschappij’ diensten zoals omschreven in artikel 1, lid 2, van richtlijn 98/34/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/48/EG;

b) ‚dienstverlener’: iedere natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert;

[...]

d) ‚afnemer van de dienst’: iedere natuurlijke of rechtspersoon die, al dan niet voor beroepsdoeleinden, gebruikmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij, in het bijzonder om informatie te verkrijgen of toegankelijk te maken; ”

Artikel 12, leden 1 en 3, van richtlijn 2000/31 bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in het doorgeven in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, of in het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de doorgegeven informatie, op voorwaarde dat:

a) het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt;

[Or. 8]

b) de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd, en

c) de doorgegeven informatie niet door de dienstverlener wordt geselecteerd of gewijzigd.

[...]

3. Dit artikel doet geen afbreuk 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.”

Artikel 14, lid 1, sub b, van richtlijn 2000/31 bepaalt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat:

[...]

b) de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of besef krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.”

Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 bepaalt:

„1. Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.”

Artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34 bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

[...]

2. ‚dienst‘: elke dienst van de informatiemaatschappij, dat wil zeggen elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten verricht wordt.”

Nationaal recht

§ 97 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Duitse wet op het auteursrecht en naburige rechten; hierna: „Urheberrechtsgesetz”) van 9 september 1965 (BGBl. I, blz. 1273), laatstelijk gewijzigd bij wet van 1 oktober 2013 (BGBl. I, blz. 3728), bepaalt:

„1. Wordt onrechtmatig inbreuk gemaakt op het auteursrecht of een ander uit hoofde van deze wet beschermd recht, kan de benadeelde partij tegen de inbreukmaker een vordering instellen tot ongedaanmaking van de aantasting, en bij gevaar van herhaling een vordering tot staking. Een vordering tot staking kan ook worden ingesteld wanneer een inbreuk voor het eerst dreigt.

[Or. 9]

2. Hij die een dergelijke inbreuk opzettelijk of uit nalatigheid begaat, is gehouden tot vergoeding van de daaruit voor de benadeelde partij voortvloeiende schade.” [OMISSIS] [hoogte van de vordering]

§ 97 en § 97 bis van het Urheberrechtsgesetz luiden thans als volgt:

„1. De benadeelde partij dient de inbreukmakende partij vóór de inleiding van een gerechtelijke procedure aan te manen de inbreuk te staken en hem in staat te stellen het geschil te beslechten door aanvaarding van een verbintenis tot staking voorzien van een adequate contractuele boete.

2. [OMISSIS][formele eisen aan de aanmaning]

3. Voor zover de aanmaning gerechtvaardigd is [OMISSIS], kan vergoeding van de gemaakte onkosten worden geëist [OMISSIS] [hoogte van de aanmaningskosten bij inschakeling van een advocaat]

4. [OMISSIS][onkostenvergoeding bij niet-gerechtvaardigde aanmaning]”

[Or. 10]

De op het tijdstip van de aanmaning in het jaar 2010 vigerende versie van § 97 bis van het Urheberrechtsgesetz bepaalde het volgende:

„1. De benadeelde partij dient de inbreukmakende partij vóór de inleiding van een gerechtelijke procedure aan te manen de inbreuk te staken en hem in staat te stellen het geschil te beslechten door aanvaarding van een verbintenis tot staking voorzien van een adequate contractuele boete. Voor zover de aanmaning gerechtvaardigd is, kan vergoeding van de gemaakte kosten worden geëist.

2. De vergoeding van de gemaakte kosten voor de inschakeling van een advocaat bij een eerste aanmaning bedraagt in eenvoudig liggende gevallen waarin sprake is van een lichte inbreuk buiten het commerciële verkeer, ten hoogste 100 EUR.”

De §§ 7 tot en met 10 van het Telemediengesetz van 26 februari 2007 (Duitse wet inzake de telemedia; hierna: „TMG”) (BGBl. I, blz. 179), laatstelijk gewijzigd bij wet van 31 maart 2010 (BGBl. I, blz. 692) strekken tot omzetting van de artikelen 12 tot en met 15 van richtlijn 2000/31 in nationaal recht.

Omstandigheden van het hoofdgeding

Verzoeker heeft een bedrijf voor de verkoop en verhuur van licht- en geluidstechniek voor alle soorten evenementen. Hij is lid van de Piratenpartei Deutschland en stelde via de litigieuze internetaansluiting [OMISSIS] een

draadloos netwerk (WLAN) beschikbaar. Op 4 september 2010 werd om 12.41.55 uur en om 12.43.41 uur via die internetaansluiting het litigieuze werk „Bring mich nach Hause” van de band „Wir sind Helden” voor het downloaden aangeboden aan een onbeperkt aantal gebruikers van internetsites voor file-sharing. Verweerster is de producent van het fonogram van het betrokken album en wordt op de CD en de cover van het album uitdrukkelijk genoemd als producent respectievelijk houder van het auteursrecht. Bij schrijven van 29 oktober 2010 sommeerde verweerster verzoeker tevergeefs de genoemde inbreuk op het auteursrecht te beëindigen. [OMISSIS]

Verzoeker stelt dat hij in het kader van zijn bedrijfswerkzaamheden het litigieuze netwerk als openbaar netwerk beschikbaar heeft gesteld, waartoe hij en om het even welke gebruikers toegang hadden. Voorts wijst hij erop dat hij geen controle over zijn netwerk heeft uitgeoefend omdat dit technisch gezien bij een dergelijke open toegang tot het netwerk niet mogelijk en onredelijk is. Hij heeft zijn WLAN opzettelijk niet met een paswoord beveiligd om het publiek een rechtstreekse openbare toegang tot het internet te bieden. Verzoeker **[Or. 11]** benadrukt bovendien dat hij kan uitsluiten de gestelde inbreuk op het auteursrecht zelf te hebben begaan. Hij kan echter niet uitsluiten dat een derde via het netwerk een onrechtmatige handeling heeft verricht. Hij kan ook niet vaststellen wie wanneer en voor welke doeleinden gebruik heeft gemaakt van zijn netwerk, omdat dit niet is geregistreerd. Ten slotte voert verzoeker aan dat hij de WLAN over het algemeen onder de netwerknaam „mcfadden.de” beschikbaar heeft gesteld om de klanten van winkels in de omgeving, voorbijgangers en burenen op zijn bedrijf te attenderen en ertoe aan te zetten een bezoek te brengen aan zijn winkel of zijn homepage „www.mcfadden.de”. Bovendien heeft hij de naam van zijn netwerk om bepaalde redenen herhaaldelijk gewijzigd. Zo heeft hij het in 2010 rond het litigieuze tijdstip veranderd in „Freiheitstattangst” om op de aandacht te vestigen op een demonstratie voor gegevensbescherming en tegen buitensporige overheidscontroles.

[OMISSIS] [feitelijke argumentatie van verweerster, die door de rechter niet wordt gevolgd] Subsidiair, voor het geval de verwijzende rechter een rechtstreeks daderschap van verzoeker afwijst, stelt verweerster aansprakelijkheid van verzoeker aangezien deze geen enkele maatregel ter beveiliging van zijn WLAN heeft genomen.

[OMISSIS] [verstekvonnis tegen verzoeker; naar aanleiding van de reconventionele vordering, veroordeling tot staking en betaling van schadevergoeding en vergoeding van de aanmanings- en de proceskosten]

Verzoeker verzoekt thans om [OMISSIS]:

1. vernietiging van het verstekvonnis van 16 januari 2014 [OMISSIS]

2. vaststelling dat verweerster niet gerechtigd is tegen verzoeker vorderingen tot staking, vorderingen tot betaling van schade- of onkostenvergoedingen of andere vorderingen in verband met het auteursrecht [OMISSIS] in te stellen.
3. [OMISSIS]
4. Subsidiair: voor het geval dat de rechter § 8 TMG niet wenst toe te passen [OMISSIS] [voorstel voor een vraag aan het Hof]

Verweerster verzoekt om:

1. handhaving van het verstekvonnis van 16 januari 2014
2. subsidiair, voor het geval dat de rechter niet uitgaat van een persoonlijke aansprakelijkheid (daderschap) van de verzoekende partij voor de litigieuze inbreuk, wordt verzoek 1 (vordering tot staking) als volgt geformuleerd:

De verzoekende partij wordt [OMISSIS] [sancties] verboden derden de mogelijkheid te bieden om via de internetaansluiting van de verzoekende partij het muziekalbum „Bring mich nach Hause” van de band „Wir sind Helden” of delen daarvan op file-sharingsites op het internet langs elektronische weg toegankelijk te maken.

[OMISSIS].

[Or. 14]

II.

1. In het licht van het tot dusver voorgelegde bewijs gaat de verwijzende rechter ervan uit dat de litigieuze internetaansluiting tot het bedrijf van verzoeker behoorde [OMISSIS] en dat die via WLAN bereikbare internetaansluiting op het litigieuze tijdstip naar alle waarschijnlijkheid de naam „Freiheitstattangst” droeg en niet met een paswoord was beveiligd.
2. Voorts gaat de verwijzende rechter [OMISSIS] niet meer ervan uit dat verzoeker de inbreuk eigenhandig/persoonlijk heeft begaan [OMISSIS].
3. De verwijzende rechter overweegt in het kader van de reconventionele vordering ten aanzien van de geëiste stakingsvordering [OMISSIS] verweerder te veroordelen ter zake van de subsidiaire eis betreffende punt 1 („Störerhaftung”; aansprakelijkheid wegens storen).
 - a. Aangezien verzoeker in de visie van de verwijzende rechter kennelijk aansprakelijk is, overweegt hij hem een vordering tot staking op te leggen. Verzoeker heeft zijn WLAN namelijk beschikbaar gesteld zonder enige en dus zonder adequate en vereiste technische beveiligingsmaatregelen te nemen.

Verzoeker zou volgens de opvatting van de verwijzende rechter principieel verplicht zijn geweest technische beveiligingsmaatregelen te nemen binnen het kader van de bestaande technische mogelijkheden.

Volgens de verwijzende rechter is derhalve de rechtspraak van het Bundesgerichtshof van toepassing [OMISSIS], dat heeft vastgesteld dat ook van particulieren die een WLAN-toegangspunt inrichten kan worden verwacht dat zij controleren of die toegang met adequate maatregelen voldoende is beveiligd tegen misbruik door inbreukmakende derden. Dat dit redelijk is, volgt reeds uit het feit dat het normaliter in het belang van de houder van de aansluiting ligt, de eigen gegevens te beschermen tegen onrechtmatige handelingen van derden. Beveiligingsmaatregelen van de WLAN-toegang ter voorkoming van auteursrechtinbreuken zijn derhalve eveneens in het belang [Or. 15] van de houder van de aansluiting. Indien de vereiste beveiligingsmaatregelen niet zijn genomen, is niet voldaan aan de controleverplichting, hetgeen aansprakelijkheid tot gevolg heeft betreffende de staking van de handeling, vergoeding van de kosten van de sommatie tot staking en van de proceskosten [OMISSIS].

Die argumentatie van het Bundesgerichtshof is volgens de voorlopige opvatting van de verwijzende rechter al helemaal van toepassing op een persoon die een dergelijke activiteit beroepsmatig uitoefent, zoals verzoeker, aangezien aan een dergelijke (bewust of opzettelijk) handelende persoon principieel strengere controle- en zorgvuldigheidseisen moeten worden gesteld dan aan een (nalatig handelende) particulier (argumentum a maiore ad minus).

- b. Een dergelijke principieel denkbare aansprakelijkheid van verzoeker zou volgens de verwijzende rechter echter zijn uitgesloten indien verzoeker een beroep kan doen op § 8, lid 1, eerste volzin, TMG, waarmee de regeling van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 in Duits recht is omgezet.

Nu twisten partijen in de onderhavige zaak over de vraag welke beveiligingsmaatregelen verzoeker met betrekking tot zijn concrete technische apparatuur had kunnen en moeten nemen om enerzijds een open WLAN ter beschikking te stellen en anderzijds te voorkomen dat zijn aansluiting door derden wordt misbruikt of dergelijk misbruik althans aanzienlijk te bemoeilijken. De verwijzende rechter heeft een eventueel noodzakelijke bewijsopdracht echter voorlopig opgeschort, omdat de rechtmatigheid van de door verweerster ingestelde vorderingen in wezenlijke mate afhangt van de vraag of § 8, lid 1, eerste volzin, TMG respectievelijk artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 de aansprakelijkheid van verzoeker algemeen uitsluit.

4. De verwijzende rechter acht zich momenteel om (de in punt 5 genoemde) juridische redenen gedwongen de regeling van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31, die bij § 8, lid 1, eerste volzin, TMG is omgezet in Duits recht, als volgt toe te passen: tegen een ondernemer die over een internetaansluiting beschikt, via die aansluiting WLAN ter beschikking stelt, die

WLAN niet beveiligd, derden (het publiek) daardoor onbeperkte toegang biedt tot zijn internetaansluiting en zodoende tot het internet, waarlangs een auteursrechtelijk beschermd [Or. 16] werk openbaar toegankelijk werd gemaakt, met dien verstande dat niet de ondernemer, maar (onbekende) derden de auteursrechtinbreuk hebben begaan, kunnen door de houder van de betrokken auteursrechten of auteursrechtelijke gebruiksrechten geen vorderingen worden ingesteld tot staking, schadevergoeding, vergoeding van de kosten van de aanmanings- en de proceskosten (of inzake andere met het auteursrecht verband houdende rechten), aangezien hij niet aansprakelijk is voor de door derde personen doorgegeven informatie, voor zover niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 12, lid 1, tweede zinsnede, sub a, b en c, van richtlijn 2000/31.

5. Die uitlegging van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 is gebaseerd op het volgende begrip van die richtlijn:
 - a. Het beschikbaar stellen van een open, onbeveiligde WLAN is in de visie van de verwijzende rechter een dienst van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 2 bis van richtlijn 2000/31 juncto artikel 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG in de versie van richtlijn 98/48/EG, daar het beschikbaar stellen van een internettoegang moet worden beschouwd als dienst van de informatiemaatschappij die gewoonlijk tegen vergoeding wordt verricht (bijvoorbeeld betaalde hotspot-diensten van telecommunicatiebedrijven).

Met de volgende eerste prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van het begrip „gewoonlijk tegen vergoeding”, teneinde in feitelijk opzicht te kunnen vaststellen of en onder welke voorwaarden het litigieuze beschikbaar stellen van een open, onbeveiligde WLAN überhaupt moet worden aangemerkt als dienst van de informatiemaatschappij:

Eerste vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, junctis de artikelen 2, sub a, van 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 [Or. 17] elektronische handel”), en 1, punt 2, van richtlijn 98/34/EG in de redactie van richtlijn 98/48/EG aldus te worden uitgelegd dat de zinsnede „gewoonlijk tegen vergoeding” betekent dat de nationale rechter moet vaststellen

- a. of de concreet betrokken persoon, die zich beroept op de hoedanigheid van dienstverlener, de concrete dienst gewoonlijk tegen vergoeding levert,
- b. of er überhaupt aanbieders op de markt zijn die de betrokken dienst of vergelijkbare diensten tegen vergoeding leveren, of

[...]

- c. het merendeel van de betrokken of vergelijkbare diensten tegen vergoeding worden geleverd?
- b. Een persoon die zich inlogt in een dergelijke open WLAN maakt in de visie van de verwijzende rechter gebruik van een dienst van de informatiemaatschappij en moet derhalve worden beschouwd als afnemer van een dienst in de zin van artikel 2, sub d, van richtlijn 2000/31.
- c. Wanneer een onbeveiligde WLAN beschikbaar wordt gesteld en belangstellende gebruikers zich dan alleen nog maar in dat netwerk behoeven in te loggen – hetgeen dan volgens de ervaring van de verwijzende rechter zonder problemen mogelijk is – om met hun notebook, smartphone of andere apparatuur waarmee toegang tot het internet of WLAN kan worden verkregen, een verbinding met het internet tot stand te brengen, wordt in de visie van de verwijzende rechter de afnemer van een dienst toegang verschaft tot een communicatienetwerk in de zin van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31.

De verwijzende rechter gaat voorlopig ervan uit dat in eerste instantie alleen maar het technische proces van het verschaffen van toegang doorslaggevend is (zie punt 42 van de considerans van richtlijn 2000/31), hetgeen betekent dat geen rol speelt of er een contractuele verhouding bestaat tussen afnemer en verlener van de dienst (zie ook arrest [Or. 18] van het Hof van 27 maart 2014, C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH e.a., [OMISSIS] betreffende artikel 8, lid 3, van richtlijn 2001/29/EG), of er directe of indirecte toegang tot informatie van derden wordt verschaft en of dit opzettelijk of onbewust gebeurt [OMISSIS].

Volgens de rechtspraak van het Hof is een dienstverlener echter geen tussenpersoon meer wanneer hij zijn dienst niet meer neutraal levert, maar een actieve rol heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de door hem verwerkte gegevens (arrest van het Hof van 12 juli 2011, C-324/09 L'Oréal/eBay, punt 113).

Volgens de huidige lezing van de bepaling verschaft ook een particulier die zijn gezinsleden of gasten toestaat gebruik te maken van zijn internetaansluiting, toegang tot het internet en dus tot een communicatienetwerk [OMISSIS]. Dit betekent in de visie van de verwijzende rechter dat ook verzoeker in het onderhavige geval toegang tot een communicatienetwerk heeft verschaft.

Met de volgende, tweede prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof om uitlegging van het begrip „verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk” om feitelijk te kunnen vaststellen of aan de voorwaarden voor het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk is voldaan. Hij wenst vooral te vernemen of het puur technische proces van het verschaffen van toegang volstaat of dat daarnaast nog aan andere criteria moet zijn voldaan.

Tweede vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat „het verschaffen van toegang [Or. 19] tot een communicatienetwerk” impliceert dat in de zin van de richtlijn uitsluitend relevant is dat het resultaat intreedt, te weten dat toegang tot een communicatienetwerk (bijvoorbeeld het internet) wordt verschaft?

- d. De persoon die de open WLAN beschikbaar stelt, moet volgens de verwijzende rechter worden beschouwd als dienstverlener in de zin van artikel 2, sub b, van richtlijn 2000/31, aangezien die persoon een dienst van de informatiemaatschappij (beschikbaar stellen van een open, onbeveiligde WLAN-toegang) levert.

Met de derde prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof om uitlegging van het begrip „leveren” in de zin van artikel 2, sub b, van richtlijn 2000/31, aangezien het er gezien de letterlijke betekenis van de bepaling van uitgaat dat het loutere (en eventueel stilzwijgende) leveren van een dienst volstaat en daarnaast geen verdere voorwaarden moeten worden gesteld. Het is met name niet noodzakelijk dat de betrokkene naar buiten toe als verlener van de diensten optreedt (en deze bijvoorbeeld promoot of hiervoor reclame maakt). Het is voldoende dat hij de dienst zonder meer feitelijk voor gebruik beschikbaar stelt.

[OMISSIS] [Volgens een andere zienswijze moet] het begrip van de dienstverlener functioneel worden bepaald en ervan worden uitgegaan dat als dienstverlener een natuurlijke of rechtspersoon moet worden beschouwd die door haar aanwijzingen of haar controle van computers en communicatiekanalen de verspreiding of het opslaan van informatie mogelijk maakt en naar buiten toe optreedt als dienstverlener [OMISSIS].

Derde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, juncto artikel 2, sub b, van 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 [Or. 20] de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat het voor het „leveren” van een dienst in de zin van laatstgenoemde bepaling voldoende is dat de dienst van de informatiemaatschappij feitelijk wordt geleverd, in het concrete geval dus een open WLAN beschikbaar wordt gesteld, of moet er daarnaast bijvoorbeeld ook sprake zijn van het „promoten” van de betrokken dienst?

- e. De verwijzende rechter gaat ervan uit dat verzoeker ten opzichte van verweerster reeds op grond van de regeling van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31, die door § 8, lid 1, eerste volzin, TMG in het Duitse recht is

overgenomen, niet kan worden aangesproken tot staking, schadevergoeding en vergoeding van de aanmaningskosten (en andere vorderingen in verband met het auteursrecht) en de proceskosten [OMISSIS] omdat hij niet aansprakelijk is voor de door derden doorgegeven informatie en de verwijzende rechter eventuele vorderingen van verweerster reeds om die reden moet afwijzen.

In die zin heeft ook het Amtsgericht Hamburg de aansprakelijkheid van de hand gewezen van de exploitant van een hotel [OMISSIS] en van de verhuurder van een vakantieverblijf [OMISSIS] voor inbreuken die gasten via de WLAN-aansluiting van het hotel respectievelijk het vakantieverblijf hadden begaan, aangezien een aansprakelijkheid is uitgesloten omdat was voldaan aan de voorwaarden van 8, lid 1, eerste volzin, TMG.

Met de vierde prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van het begrip „niet aansprakelijk [...] voor de doorgegeven informatie” overeenkomstig artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31, aangezien hij ervan uitgaat dat „niet aansprakelijk” betekent dat in het kader van die concrete bepaling een aansprakelijkheid (principeel of alleen maar met betrekking tot een eerste vastgestelde auteursrechtinbreuk) is uitgesloten.

Vierde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees [Or. 21] 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat de uitdrukking „niet aansprakelijk [...] voor de doorgegeven informatie” impliceert dat tegen de toegangsprovider in beginsel of althans met betrekking tot een eerste vastgestelde auteursrechtinbreuk geen vorderingen tot staking, schadevergoeding of vergoeding van de aanmaningskosten en de gerechtelijke kosten kunnen worden ingesteld door een benadeelde partij?

- f. De verwijzende rechter gaat voorts ervan uit dat ook de regeling van artikel 12, lid 3, van richtlijn 2000/31 hem om juridische redenen geen mogelijkheid biedt om aan verzoeker desalniettemin, zoals door verweerster gewenst, een stakingsbevel op te leggen, aangezien de regeling van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 voorrang geniet boven een dergelijke vordering

aa. [OMISSIS]

Vijfde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, juncto artikel 12, lid 3, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat de lidstaten de nationale rechter niet mogen toestaan, in een bodemprocedure aan een toegangsprovider te gelasten derden in de toekomst niet meer de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk op internetsites voor file-sharing langs elektronische weg toegankelijk te maken?

[Or. 22]

- bb. Indien voornoemde vraag ontkennend moet worden beantwoord, rijst de vraag of artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 aldus kan worden uitgelegd dat bij analoge toepassing van artikel 14, lid 1, sub b, van die richtlijn de dienstverlener wel aansprakelijk is indien hij, zodra hij daadwerkelijk kennis heeft of besef krijgt van een concrete inbreuk, niet prompt handelt om dergelijke inbreuken via zijn toegang in de toekomst te voorkomen door de gebruikelijke beveiligingsmaatregelen te nemen. In dergelijke gevallen zou het wezenlijke en rechtmatige belang bij een gemakkelijke en geografisch flexibele toegang tot het internet via WLAN niet worden aangetast en zouden de houders van auteursrechten tegelijkertijd niet volledig zonder bescherming komen te staan. In dat geval zouden zij weliswaar niet de mogelijkheid hebben om bij de rechter op te komen tegen een eerste inbreuk op hun rechten, die erin bestaat dat een onbekende derde via een open WLAN onrechtmatige file-sharing verricht, en een dienovereenkomstige stakingsvordering in te stellen. Maar zij zouden wel in staat worden gesteld de beheerder van het open WLAN-netwerk op de inbreuk te attenderen en deze ertoe te verplichten de op het betrokken tijdstip gebruikelijke beveiligingsmaatregelen te nemen om te voorkomen dat zijn internettoegang opnieuw op onrechtmatige wijze wordt gebruikt. Slechts indien de dienstverlener dan geen dergelijke maatregelen neemt en via zijn open WLAN opnieuw auteursrechtinbreuken worden begaan, bestaat de mogelijkheid om bij de rechter een stakingsvordering te kunnen eisen [OMISSIS].

Maar tegen een dergelijke uitlegging verzet zich wellicht het arrest van het Hof UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH e.a. [OMISSIS]. In dat geval is de verwerende internetservice provider in het hoofdgeding namelijk tot staking veroordeeld zonder dat uit het bekendgemaakte procesverloop volgt dat verweerder voorafgaand aan de veroordeling (op kostenneutrale wijze) is geattendeerd op een eerste inbreuk en vervolgens met het oog op een latere tweede inbreuk een (met kosten verbonden) sommatie heeft ontvangen op grond van het feit dat de eerder gemelde eerste inbreuk niet was beëindigd respectievelijk niet effectief was voorkomen

[Or. 23]

[OMISSIS]

Zesde vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat in de omstandigheden van het hoofdgeding de regeling van artikel 14, lid 1, sub b, van die richtlijn van overeenkomstige toepassing is op een stakingsvordering?

- g. Indien de verwijzende rechter op grond van de regeling van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 elke aansprakelijkheid van verzoeker moet ontkennen, dan zou dit tot gevolg hebben dat (illegale) file-sharing van auteursrechtelijk beschermde informatie in gevallen als het onderhavige feitelijk niet kan worden vervolgd en beëindigd, aangezien de houder van de aansluiting als toegangsprovider niet aansprakelijk is en de dader(s) niet kunnen worden opgespoord en dus aangepakt omdat hun identiteit niet bekend is.

De exploitatie van een onbeveiligde WLAN houdt bovendien ook veel risico's in omdat de gebruikers ervan volledige anonimiteit wordt geboden [OMISSIS]. Een dergelijke vrijstelling van aansprakelijkheid van de toegangsprovider zou volgens de vigerende uitlegging zelfs dan gelden wanneer de toegangsprovider ervan op de hoogte is dat via de diensten waartoe hij zijn gebruikers toegang verschaft, rechtsinbreuken worden begaan [OMISSIS].

Ten slotte is de verwijzende rechter van mening dat de voornoemde uitlegging van artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 haaks staat op punt 41 van de considerans ervan, die **[Or. 24]** benadrukt dat de richtlijn een evenwicht tot stand brengt tussen de verschillende betrokken belangen. Er zou namelijk een gebrek aan evenwicht bestaan ten nadele van de personen die belang hebben bij een effectieve verwijdering van onrechtmatige inhoud.

- aa. Om deze reden vraagt de verwijzende rechter zich af of de in artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, juncto artikel 2, sub a, b en d, van richtlijn 2000/31 genoemde voorwaarden een uitputtend karakter hebben of dat er ook bijkomende, ongeschreven voorwaarden moeten worden gesteld. Een dergelijke bijkomende voorwaarde zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat er een intern verband moet bestaan tussen het oorspronkelijke bedrijfsdoel en het beschikbaar stellen van een open WLAN.

[OMISSIS]

Zevende vraag:

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, juncto artikel 2, sub b, van 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 elektronische handel”) aldus te worden uitgelegd dat de aan een dienstverlener te stellen eisen hoedanigheid van dienstverlener uitsluitend inhouden dat het moet gaan om een natuurlijke of rechtspersoon die een dienst van de informatiemaatschappij levert?

[Or. 25]

- bb. Mocht het Hof de zevende vraag ontkennend beantwoorden, verzoekt de verwijzende rechter om uitlegging van de betrokken normen en om vermelding van de bijkomende eisen, zodat hij de desbetreffende vaststellingen kan doen.

Achtste vraag:

Indien de zevende vraag ontkennend wordt beantwoord, welke bijkomende eisen dienen aan een dienstverlener te worden gesteld in het kader van de uitlegging van artikel 2, sub b, van 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 elektronische handel”)?

- c. Mocht het Hof artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van richtlijn 2000/31 aldus uitleggen dat de verwijzende rechter in de bij hem aanhangige zaak de aansprakelijkheid van de verzoeker dient te ontkennen, rijst volgens de verwijzende rechter nog een volgende vraag [OMISSIS] (vraag 9 bis).

Eventueel volgt hierop volgens de huidige beoordeling van de verwijzende rechter bovendien nog een vraag betreffende de omvang van de in artikel 15, lid 1, van richtlijn 2000/31 neergelegde regel dat de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting mogen opleggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige **[Or. 26]** activiteiten duiden. De verwijzende rechter heeft in dit opzicht twijfel omtrent de uitlegging van het arrest van het Hof UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH e.a.

Negende vraag:

- a)

Dient artikel 12, lid 1, eerste zinsnede, van 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 elektronische

handel”) gelet op de bestaande grondrechtelijke bescherming van de intellectuele eigendom als onderdeel van eigendomsrecht (artikel 17, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) en op de regelingen van de volgende richtlijnen betreffende de bescherming van de intellectuele eigendom, met name van het auteursrecht:

- 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, en
- richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten,

alsmede op de informatievrijheid en het Uniegrondrecht van de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie)

aldus te worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een beslissing van de nationale rechter in een bodemprocedure waarbij de toegangsprovider, onder veroordeling in de kosten, wordt gelast derden in de toekomst niet meer de mogelijkheid te bieden om via een concrete internetaansluiting een bepaald auteursrechtelijk beschermd werk of delen daarvan via een internetsite voor file-sharing langs elektronische weg toegankelijk te maken, en het aan de toegangsprovider wordt overgelaten te bepalen welke specifieke technische maatregelen hij neemt om hieraan te voldoen?

[Or. 27]

b)

Is dat ook dan het geval indien de toegangsprovider feitelijk alleen maar gevolg kan geven aan het gerechtelijke verbod indien hij de internetaansluiting blokkeert of van een paswoord voorziet of alle via die aansluiting lopende communicatie controleert om na te gaan of het concrete auteursrechtelijk beschermde werk opnieuw op illegale wijze wordt doorgegeven, wanneer dit al van meet af aan vaststaat en niet pas blijkt in het kader van de procedure van gedwongen tenuitvoerlegging of de sanctieprocedure?