FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 14. april 2011 [1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 11964

II — Retsforskrifter ..... I - 11967

A — EU-ret ..... I - 11967

1. Bestemmelser om beskyttelse af intellektuel ejendomsret ..... I - 11967

a) Direktiv 2001/29 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet ..... I - 11967

b) Direktiv 2004/48 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder ..... I - 11968

2. Bestemmelser om beskyttelse af personoplysninger ..... I - 11969

a) Direktiv 95/46 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger ..... I - 11969

b) Direktiv 2002/58 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor ..... I - 11969

3. Bestemmelser om elektronisk handel: direktiv 2000/31 ..... I - 11970

B — National ret ..... I - 11970

1 — Originalsprog: fransk.

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål ..... I - 11971

A — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen ..... I - 11971

B — De præjudicielle spørgsmål ..... I - 11974

C — Forhandlinger for Domstolen ..... I - 11974

IV — Bedømmelse ..... I - 11975

A — Indledende bemærkninger ..... I - 11975

1. Omformulering af første spørgsmål: EMRK og chartret ..... I - 11975

2. Svarets struktur ..... I - 11977

3. En fremgangsmåde med fire trin ..... I - 11978

B — Den begærede foranstaltning (påbuddet om ophør) og det krævede »system« (filtrering og blokering) ..... I - 11979

1. Filtrerings- og blokeringssystemet ..... I - 11980

a) »Filtreringssystemet« ..... I - 11980

b) »Blokeringsmekanismen« ..... I - 11982

2. Påbuddets karakteristika ..... I - 11982

a) »Uden tidsbegrænsning«: Foranstaltningens tidsmæssige anvendelsesområde ..... I - 11983

b) »Al indgående og udgående elektronisk kommunikation«: Foranstaltningens materielle anvendelsesområde ..... I - 11983

c) »Over for alle sine kunder«: Foranstaltningens personelle anvendelsesområde ..... I - 11984

d) »Abstrakt og præventivt«: Den begærede foranstaltnings præventive og afskrækkende funktion ..... I - 11985

e) »For egen regning«: Omkostningerne ved at gennemføre den begærede foranstaltning ..... I - 11985

3. Delkonklusion ..... I - 11986

C — Kvalifikation af foranstaltningen på grundlag af direktiverne og chartrets artikel 7, 8 og 11: En »begrænsning« som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1 .. I - 11988

1. »Som fortolket navnlig i lyset af chartrets artikel 7 og 8«: Respekt for privatliv og retten til beskyttelse af personoplysninger ..... I - 11989

a) Beskyttelsen af personoplysninger (chartrets artikel 8) ..... I - 11990

b) Hemmeligheden af elektronisk kommunikation (chartrets artikel 7) .. I - 11992

2. »Som fortolket navnlig i lyset af chartrets artikel 11«: Sikringen af ytrings- og informationsfriheden ..... I - 11993

3. Delkonklusion ..... I - 11995

D — Betingelserne for at begrænse udøvelsen af de ved chartret anerkendte rettigheder og friheder, særligt betingelsen om »lovgivningens kvalitet« (chartrets artikel 52, stk. 1) ..... I - 11995

E — »Alene på grundlag af en lovbestemmelse«: Undersøgelse af den nationale lovgivning i relation til betingelsen om »lovgivningens kvalitet« (chartrets artikel 52, stk. 1) ..... I - 12000

V — Forslag til afgørelse ..... I - 12004

I — Indledning

1. Den foreliggende sag giver nu også Domstolen lejlighed til at behandle spørgsmålet om krænkelser af ophavsretten og beslægtede rettigheder og om ulovlig downloading af beskyttede værker over internettet, der er et fænomen, hvortil der almindeligvis henvises som »piratkopiering« af musikalske, kinematografiske, audiovisuelle eller litterære værker, og til at interessere sig for ophavsmændenes eller rettighedshavernes eller deres retssuccessorers bekæmpelse af, hvad

der beskrives som en verdensomspændende plage [2]. Den skal, nærmere bestemt, tage stilling til det ikke tidligere behandlede spørgsmål om, hvorvidt en række tekniske foranstaltninger til bekæmpelse af piratkopiering, der — skønt deres pålidelighed ikke er fuldt godtgjort, og de til stadighed er underlagt udviklingen inden for teknologi og praksis, fremstilles som et potentielt effektivt modtræk mod de angreb på intellektuelle ejendomsrettigheder, som daglig begås på »nettet« — kan gennemføres i overensstemmelse med EU-retten.

2. De præjudicielle spørgsmål, Domstolen er blevet forelagt i denne sag, kræver, at såvel en kompleks række bestemmelser i afledte retsakter som bestemmelser i den primære ret, nærmere bestemt Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [3], fortolkes under hensyn til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder [4]. Det skal dog straks anføres, at det ikke er muligt at behandle alle de retlige spørgsmål og tekniske problemer [5], som de i sagen omhandlede foranstaltninger rejser, inden for rammerne af dette forslag til afgørelse. Jeg skal, idet jeg støtter mig på selve formuleringen af den forelæggende rets spørgsmål og dens fremstilling af den retlige og faktiske situation i hovedsagen, bestræbe mig på at give

2 — Det er næppe nødvendigt at anføre, dels at problemet med hensyn til piratkopiering er globalt og har ført til forskelligartede modtræk fra land til land — oftest retslige (om det så er i forhold til internetbrugerne selv eller i forhold til leverandørerne af tjenester, internetudbyderne, oplagringsudbyderne eller udgivere af »peer-to-peer«- eller serviceprogrammer, jf. bl.a. sagerne Napster (A&M Records v Napster, 239 F.3d 1004, 9th Cir. 201) og Grokster (Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster, 125 S. Ct. 2764, 2005) i De Forenede Stater, Kazaa-sagen i Australien (Kazaa (2005) F. C. A. 1242) eller endog PirateBay-sagen i Sverige (Svea hovrätt), 26.11.2010 (Sag nr. B 4041-09)), men også lovgivningsmæssige (f.eks. i Frankrig den såkaldte Hadopi-lov efter navnet på den ved loven oprettede høje myndighed for spredning af kunstneriske værker og beskyttelse af rettigheder på internettet (lov nr. 2009-669 af 12.6.2009 til fremme af spredning og beskyttelse af kunstneriske værker på internettet, JORF nr. 135 af 13.6.2009, s. 9666) og i Spanien Disposición final cuadragesima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE af 5.3.2011, s. 25033)) eller sui generis (jf. eks. *Joint Memorandum of Understanding on an approach to reduce unlawful file sharing*, der blev undertegnet i 2008 af de vigtigste internetudbydere i Det Forenede Kongerige og repræsentanter for kulturindustrien), som er blevet kommenteret udførligt, og som det naturligvis ikke er muligt at redegøre for her, ikke engang kortfattet, dels at den debat, problemet har givet anledning til, ligeledes er global og særligt kontroversiel. For en fremstilling af den franske holdning til spørgsmålet jf. bl.a. E. Derieux og A. Granchet: *La lutte contre le téléchargement illégal, Lois DADVSI et HADOPI*, Lamy Axe Droit, 2010. For en fremstilling af Kommissionens holdning jf. dens første rapport af 21.11.2003 om anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (KOM(2003) 702 endelig, punkt 4.7), dens rapport af 22.12.2010 om anvendelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (KOM(2010) 779 endelig, punkt 3.3) og dens meddelelse af 16.7.2008 »En europæisk strategi for industriel ejendomsret« (KOM(2008) 465 endelig, punkt 5.3). Endvidere kan læses vedrørende de arbejder, som er udført inden for rammerne af Europarådet, Ministerkomitéens anbefaling CM/Rec(2008)6 af 26.3.2008 til medlemsstaterne om foranstaltninger til fremme af respekten for udtryks- og informationsfriheden i forbindelse med internetfiltre og retningslinjer til hjælp for internetudbydere af juli 2008, jf. også OECD's rapport af 13.12.2005 til Working Party on the Information Economy, Digital Broadband Content: Music, DSTI/ICCP/IE(2004)12/FINAL.

3 — Herefter »chartret«.

4 — Herefter »EMRK«.

5 — Det er således ikke muligt på det juridiske plan at behandle spørgsmålet om, hvorledes de omhandlede krænkelser skal kvalificeres retligt, og om, hvilken betydning undtagelserne for kopiering til privat brug har, og på det tekniske plan metoderne til ulovlig downloading og de midler, hvormed dette eventuelt kan imødegås. Mere generelt henviser jeg hvad dette angår til den omfattende retslitteratur, som den juridiske opfattelse af problemet har givet anledning til.

et anvendeligt svar, idet jeg koncentrerer mig om dens væsentligste aspekter.

3. Domstolen er i denne forbindelse blevet anmodet om konkret at oplyse den forelæggende ret om, hvorvidt EU-retten tillader, at en national ret træffer bestemmelse om en foranstaltning som den, hvorom der er fremsat begæring i hovedsagen, og hvorved det pålægges en udbyder af adgang til internettet [6] at etablere et system til filtrering og blokering af elektronisk kommunikation. Den begærede foranstaltning har imidlertid meget forskellige konsekvenser for på den ene side den pågældende internetudbyder og på den anden side brugerne af dennes tjenesteydelser og internetbrugerne i bredere forstand og må derfor betragtes fra begge disse synspunkter, selv om det forelagte spørgsmål særlig fokuserer på brugernes rettigheder.

4. Det skal ligeledes anføres indledningsvis, at den foreliggende sag adskiller sig fra den, der førte til dommen i Promusicae-sagen [7], selv om der er klare ligheder mellem sagernes retlige ramme og den generelle sammenhæng, hvori de indgår. Skønt den foreliggende sag på samme måde som Promusicae-sagen kræver en afvejning af de krav, beskyttelsen af forskellige grundlæggende rettigheder giver anledning til, frembyder de to sager forskelle, der — således som den forelæggende ret selv anfører — udelukker, at det, der blev fastslået i Promusicae-dommen, navnlig det heri opstillede princip om den rette afvejning af rettighederne, giver retten tilstrækkeligt grundlag til at træffe en afgørelse. I Promusicae-sagen var en internetudbyder nemlig inden for rammerne af en retslig procedure blevet anmodet om at afsløre identiteten af og den fysiske adresse på personer, der kunne identificeres ved hjælp af deres IP-adresse [8], samt datoen og tidspunktet for, hvornår de havde etableret forbindelse. Der var således tale om kommunikation, i en retslig sammenhæng, af kendte og identificerede data. I hovedsagen derimod kræves det, at en internetudbyder etablerer et system til filtrering af elektronisk kommunikation og blokering af elektroniske filer, som antages at krænke en intellektuel ejendomsrettighed. Hvad der kræves, er således ikke et indgreb, som foretages efter, at der er konstateret en krænkelse af ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder, men et indgreb, der foretages forinden med henblik på at forhindre en sådan krænkelse, og som nærmere bestemt består i etableringen af et system, der præventivt kan forhindre enhver fremtidig krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed [9] på grundlag

6 — Herefter »internetudbyder«.

7 — Dom af 29.1.2008, sag C-275/06, Sml. I, s. 271, og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse af 18.7.2007.

8 — En IP-adresse er en unik adresse, som de enheder, der kommunikerer med hinanden i henhold til »internetprotokollen«, anvender til at identificere sig over for og kommunikere med hinanden over et computernetværk, jf. bl.a. Jon Postel, ed.: *Internet Protocol*, RFC 791, september 1981, http://www.faqs.org/rfcs/rfc791.html. Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Promusicae-sagen, punkt 30 og 31.

9 — Selv om det, som det vil fremgå, kræves af den pågældende internetudbyder, at denne etablerer et »præventivt« system til bekæmpelse af krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder, skal det dog fremhæves, at internetudbyderen i det foreliggende tilfælde rent faktisk er adressat for et påbud, der er udstedt som reaktion på konstaterede krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder inden for rammerne af en civilretlig sag.

af kriterier, der, som det vil fremgå, er præget af stor usikkerhed.

5. Nu hvor dette er præciseret, vil undersøgelsen af situationen i hovedsagen dog naturligvis først og fremmest skulle foretages i relation til de grundlæggende rettigheder.

II — Retsforskrifter

A — *EU-ret*

6. Domstolen skal primært tage stilling til fortolkningen af direktiv 2001/29/EF [10] og 2004/48/EF [11] om beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, direktiv 95/46/EF [12] og 2002/58/EF [13] om beskyttelse af personoplysninger og direktiv 2000/31/EF [14] om elektronisk handel, mellem hvilke der er et komplekst forhold. På grund af denne kompleksitet gengiver jeg i fremstillingen af de for sagen relevante retsforskrifter kun de bestemmelser, som er nødvendige for forståelsen af tvisten i hovedsagen.

1. Bestemmelser om beskyttelse af intellektuel ejendomsret

a) Direktiv 2001/29 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet

7. Artikel 8 i direktiv 2001/29, der bærer overskriften »Sanktioner og retsmidler«, lyder således:

»1. Medlemsstaterne indfører passende sanktioner og retsmidler over for krænkelser af de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i dette direktiv, og de træffer de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at sanktionerne og retsmidlerne finder anvendelse. Sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til krænkelsen og være afskrækkende.

10 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10).

11 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 29.4.2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (EUT L 157, s. 45, berigtiget i EUT 2004 L 195, s. 16, og EUT 2007 L 204, s. 27).

12 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 24.10.1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (EFT L 281, s. 31).

13 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.7.2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor (EFT L 201, s. 37).

14 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«) (EFT L 178, s. 1).

2. Hver medlemsstat træffer de foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre, at rettighedshavere, hvis interesser påvirkes af en krænkelse på dens område, kan anlægge erstatningssøgsmål og/eller kræve nedlagt forbud og i givet fald kræve beslaglæggelse af det materiale, der ligger til grund for krænkelsen, samt de i artikel 6, stk. 2, nævnte anordninger, produkter eller komponenter.

3. Medlemsstaterne sikrer, at rettighedshaverne kan kræve nedlagt forbud over for mellemmænd, hvis tjenester anvendes af tredjemand til at krænke ophavsrettigheder eller beslægtede rettigheder.«

forhindre en nært forestående krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed eller midlertidigt og, i givet fald hvis det er muligt i henhold til national lovgivning, under trussel om tvangsbøder, forbyde en fortsættelse af den påståede krænkelse af den pågældende rettighed eller gøre denne fortsættelse betinget af, at der stilles sikkerhed for erstatning til rettighedshaveren; et foreløbigt påbud kan på de samme betingelser udstedes til en mellemmand, hvis ydelser anvendes af tredjemand til krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed; påbud udstedt over for en mellemmand, hvis tjenesteydelser bruges af en tredjemand til at krænke en ophavsrettighed eller beslægtet rettighed, er omfattet af direktiv 2001/29/EF«.

b) Direktiv 2004/48 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder

8. Artikel 9, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/48 bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at de kompetente retslige myndigheder på begæring af rekvirenten kan

a) udstede et foreløbigt påbud til en påstået krænkende part med henblik på at

9. Artikel 11 i direktiv 2004/48, der bærer overskriften »Påbud«, bestemmer:

»Medlemsstaterne sikrer, at de retslige myndigheder, når der er truffet en retsafgørelse, som fastslår en krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed, kan udstede et påbud til den krænkende part med henblik på at forhindre fortsat krænkelse. Hvis det er muligt efter national lovgivning, pålægges der ved manglende overholdelse af et påbud i givet fald en tvangsbøde for at sikre, at påbuddet overholdes. Medlemsstaterne sikrer endvidere, at rettighedshaverne har mulighed for at ansøge om udstedelse af et påbud til en

mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke en intellektuel ejendomsrettighed, jf. dog artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29/EF.«

2. Bestemmelser om beskyttelse af personoplysninger

a) Direktiv 95/46 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger

10. Artikel 13, stk. 1, litra g), i direktiv 95/46 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne kan træffe lovmæssige foranstaltninger med henblik på at begrænse rækkevidden af de forpligtelser og rettigheder, der er omhandlet i artikel 6, stk. 1, artikel 10, artikel 11, stk. 1, samt artikel 12 og 21, hvis en sådan begrænsning er en nødvendig foranstaltning af hensyn til:

[...]

g) beskyttelsen af den registreredes interesser eller andres rettigheder og frihedsrettigheder.«

b) Direktiv 2002/58 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor

11. Artikel 5 i direktiv 2002/58, der vedrører kommunikationshemmeligheden, bestemmer i stk. 1:

»Medlemsstaterne sikrer kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester, både for så vidt angår selve kommunikationen og de dermed forbundne trafikdata, via nationale forskrifter. De forbyder især aflytning, registrering, lagring og andre måder, hvorpå samtaler kan opfanges eller overvåges af andre end brugerne, uden at de pågældende brugere har indvilget heri, bortset fra tilfælde, hvor det er tilladt ifølge lovgivningen, jf. artikel 15, stk. 1. Dette stykke er ikke til hinder for teknisk lagring, som er nødvendig for overføring af en kommunikation, forudsat at princippet om kommunikationshemmelighed ikke berøres heraf.«

12. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58, der vedrører anvendelsesområdet for visse bestemmelser i direktiv 95/46/EF, bestemmer:

»Medlemsstaterne kan vedtage retsforskrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af

de rettigheder og forpligtelser, der omhandles i artikel 5, artikel 6, artikel 8, stk. 1, 2, 3 og 4, og artikel 9, hvis en sådan indskrænkning er nødvendig, passende og forholdsmæssig i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed (dvs. statens sikkerhed), forsvaret, den offentlige sikkerhed, eller forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager eller uautoriseret brug af det elektroniske kommunikationssystem efter artikel 13, stk. 1, i direktiv 95/46/EF. Med henblik herpå kan medlemsstaterne bl.a. vedtage retsforskrifter om lagring af data i en begrænset periode, som kan begrundes i et af de hensyn, der er nævnt i dette stykke. Alle i dette stykke omhandlede forskrifter skal være i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2.«

3. Bestemmelser om elektronisk handel: direktiv 2000/31

13. I artikel 15 i direktiv 2000/31, der afslutter afdeling 4 om formidleransvar for tjenesteydere, fastslås princippet om, at der ikke må være nogen generel forpligtelse til overvågning, på følgende måde:

»1. Med hensyn til levering af de i artikel 12, 13 og 14 omhandlede tjenester må medlemsstaterne ikke pålægge tjenesteyderne en generel forpligtelse til at overvåge den information, de fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed.

2. Medlemsstaterne kan kræve, at leverandører af informationssamfundstjenester straks underretter de kompetente offentlige myndigheder om påståede ulovlige aktiviteter, der udøves, eller information, der leveres af deres tjenestemodtagere, eller at de på anmodning giver de kompetente myndigheder oplysninger, som gør det muligt at identificere de tjenestemodtagere, de har oplagringsaftaler med.«

B — *National ret*

14. Artikel 87, stk. 1, i lov af 30. juni 1994 om ophavsret og beslægtede rettigheder[15], som ændret ved lov af 10. maj 2007 om

15 — *Moniteur belge* af 27.7.1994, s. 19297.

gennemførelse af artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 og artikel 11 i direktiv 2004/48, bestemmer:

»Præsidenten for Tribunal de première instance og præsidenten for Tribunal de commerce [...] fastslår eksistensen af enhver krænkelse af ophavsretten eller en beslægtet rettighed og giver påbud om, at krænkelsen bringes til ophør.

Præsidenterne kan ligeledes udstede påbud om ophør over for mellemmænd, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemænd til at krænke ophavsretten eller en beslægtet rettighed.«

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

A — *De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen*

15. Ved stævning af 24. juni 2004 indbragte Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam) på grundlag af lov af 30. juni 1994 om ophavsret og beslægtede rettigheder et søgsmål for præsidenten for Tribunal de première instance de Bruxelles, der i forbindelse med en procedure om foreløbige forholdsregler skulle træffe afgørelse om en påstand om udstedelse af et påbud om ophør over for internetudbyderen Scarlet Extended SA [16].

16. Sabam gjorde gældende, at Scarlet i sin egenskab af internetudbyder har de bedste forudsætninger for at træffe foranstaltninger til at bringe de krænkelser af ophavsretten til ophør, der begås af selskabets kunder, nærmere bestemt de internetbrugere, som ulovligt downloader værker i Sabams katalog ved hjælp af »peer-to-peer«-software uden at betale afgifter, hvilken adfærd Scarlet tjener på, da den kan øge selskabets trafikmængde og dermed efterspørgslen af dets tjenester.

17. Sabam nedlagde indledningsvis påstand om, at det blev fastslået, at der foregår krænkelser af ophavsretten til musikværker, der indgår i selskabets register, herunder særligt retten til reproduktion og til overføring til almenheden, som følge af ulovlig udveksling, der foretages ved hjælp af Scarlets tjenesteydelser, af elektroniske musikfiler ved anvendelse af »peer-to-peer«-software.

18. Endvidere nedlagde Sabam påstand om, at det blev pålagt Scarlet, under trussel om tvangsbøder, at bringe krænkelserne til ophør ved at gøre det umuligt for selskabets kunder ved anvendelse af »peer-to-peer«-software at foretage, eller ved at blokere for, enhver form for afsendelse eller modtagelse af filer, der indeholder et musikværk, uden rettighedshavernes tilladelse.

16 — Herefter »Scarlet«.

19. Endelig krævede Sabam, at Scarlet seneste otte dage fra forkyndelsen af dommen, under trussel om tvangsbøder, skulle fremlægge en beskrivelse af de trufne foranstaltninger, offentliggøre en tekst på forsiden af selskabets hjemmeside og offentliggøre dommen i to dagblade og et ugeblad efter Sabams valg.

20. Ved dom af 26. november 2004 fastslog rettens præsident, at de krænkelser af ophavsretten, der var klaget over, fandt sted. Inden der blev truffet afgørelse om begæringen om et påbud om ophør, udpegede præsidenten dog en sagkyndig, som dels skulle undersøge, om de af Sabam foreslåede tekniske løsninger var teknisk gennemførlige, om de gjorde det muligt udelukkende at filtrere ulovlig udveksling af elektroniske filer, og om der fandtes andre måder, hvorpå det kunne kontrolleres, om der blev anvendt »peer-to-peer«-software, dels skulle fastslå, hvor store omkostninger de påtænkte metoder ville være forbundet med.

21. Den 29. januar 2007 indleverede den udpegede sagkyndige sin rapport, hvis konklusioner, der gengives i forelæggelseskendelsen, lyder således:

»1. Et peer-to-peer-netværk er et transparent middel til deling af indhold; det er uafhængigt, decentraliseret og forsynet med avancerede søge- og downloadingfunktioner.

2. Med undtagelse af den løsning, der tilbydes af Audible Magic, forsøger samtlige løsninger at forhindre anvendelsen af peer-to-peer-netværker uafhængigt af det indhold, som overføres inden for det pågældende netværk.

3. Endvidere er løsningerne til filtrering af peer-to-peer-applikationer langt fra sikret holdbarhed på mellemlang sigt (2-3 år) på grund af den stadig mere udbredte anvendelse af kryptering i denne form for applikationer.

4. Den af Audible Magic tilbudte løsning er således den eneste, der forsøger at imødegå problemet på en specifik måde. Denne løsning, som hovedsagelig er rettet mod uddannelsessektoren, er dog grundlæggende ikke dimensioneret til at håndtere en internetudbyders trafikmængde. Det vil derfor medføre betydelige anskaffelses- og driftsudgifter at anvende den på internetudbyderplan, fordi der skal kompenseres for den nævnte underdimensionering.

5. Disse udgifter skal sættes i forhold til den periode, hvori løsningen er effektiv, idet den ovennævnte kryptering gør denne løsning lige så ineffektiv ved filtreringen af transittrafik.

6. Interne kontrolmetoder, der anvendes inde fra et peer-to-peer-netværk, er vanskeligere at etablere, men giver bedre resultater. Sådanne metoder retter sig nemlig som udgangspunkt kun mod den ulovlige del af udvekslingen og kan tage hensyn til den sammenhæng, hvori denne foregår.

7. De nævnte metoder påvirkes i øvrigt ikke, eller i væsentligt mindre grad, af kryptering og udgør efter min opfattelse den bedste investering på mellemlangt og langt sigt med henblik på at sikre, at ophavsretten overholdes, samtidig med at alles rettigheder respekteres.«

22. På grundlag af denne rapport fra den sagkyndige afsagde præsidenten for Tribunal de première instance den 29. juni 2007 endnu en dom, hvori han pålagde Scarlet at bringe de overtrædelser af ophavsretten til ophør, der var blevet fastslået i dommen af 26. november 2004, ved at gøre det umuligt for selskabets kunder at foretage enhver form for afsendelse eller modtagelse af elektroniske filer, der indeholder et musikværk i Sabams register, ved hjælp af »peer-to-peer«-software, idet Scarlet ville blive pålagt tvangsbøder på 2 500 EUR pr. dag, hvis selskabet ikke havde efterkommet dommen efter udløbet af en frist på seks måneder.

23. Den 6. september 2007 appellerede Scarlet denne dom til Cour d'appel de Bruxelles.

24. Desuden nedlagde Scarlet ved stævning indleveret til præsidenten for Tribunal de première instance den 7. december 2007 påstand om ophævelse eller i det mindste udsættelse af de tvangsbøder, selskabet var blevet pålagt. Scarlet gjorde gældende, at det var praktisk og tidsmæssigt umuligt for selskabet at efterkomme påbuddet om ophør, eftersom Audible Magic-systemet ikke fungerede, og det ikke var godtgjort, at det er teknisk gennemførligt for en internetudbyder at foretage en effektiv filtrering eller blokering af »peer-to-peer«-trafik.

25. Præsidenten for Tribunal de première instance forkastede påstanden ved afgørelse af 22. oktober 2008, idet han bemærkede, at appellens overførende virkning var til hinder for, at parterne på ny procederede sagen for ham. Han anerkendte, at Audible Magic-løsningen ikke havde kunnet gennemføres med held, men fastslog, at Scarlet ikke havde prøvet andre filtrerings- eller blokeringsløsninger og derfor ikke havde godtgjort, at påbuddet om ophør ikke kunne efterkommes. Han udsatte dog tvangsbøderne til den 31. oktober 2008 for at give Scarlet lejlighed til at undersøge andre muligheder.

B — *De præjudicielle spørgsmål*

26. Det er på den baggrund, at Cour d'appel de Bruxelles har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Giver direktiv 2001/29 og 2004/48 sammenholdt med direktiv 95/46, 2000/31 og 2002/58, som fortolket navnlig i henhold til artikel 8 og 10 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, medlemsstaterne mulighed for at tillade en national ret, der skal behandle en sags realitet, og alene på grundlag af en retsforskrift, der bestemmer, at »[d]er […] ligeledes [af den nationale ret kan] nedlægges forbud om ophør over for mellemmænd, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemænd til at krænke ophavsretten eller en beslægtet rettighed«, at pålægge en udbyder af internetadgang over for sine kunder, helt generelt og præventivt og for internetudbyderens egen regning og uden tidsbegrænsning, at indføre et system med filtrering af al indgående og udgående elektronisk kommunikation, der gennemføres ved hjælp af internetudbyderens tjenesteydelser, navnlig ved anvendelse af peer-to-peer-software, med henblik på i udbyderens netværk at identificere omsætning af elektroniske filer, der indeholder et musikværk, kinematografisk værk eller audiovisuelt værk, som sagsøgeren hævder at have rettigheder til, og dernæst blokere overførslen af disse filer, enten på tidspunktet for opkaldet til dem eller i forbindelse med fremsendelsen af dem?

2) I tilfælde af et bekræftende svar på [første] spørgsmål […] pålægger disse direktiver da den nationale ret, der skal træffe afgørelse om en begæring om forbud over for en mellemmand, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke en ophavsret, at anvende proportionalitetsprincippet, når den skal udtale sig om effektiviteten og den afskrækkende virkning af den begærede foranstaltning?«

C — *Forhandlinger for Domstolen*

27. Der er afgivet skriftlige indlæg af Scarlet, af Sabam i fællesskab med Belgian Entertainement Association Video (BEA Video) og Belgian Entertainement Association Music (BEA Music), af Internet Service Provider Association (ISPA) og af Kongeriget Belgien, Den Tjekkiske Republik, Kongeriget Nederlandene, Republikken Polen, Republikken Finland samt Europa-Kommissionen.

28. I retsmødet den 13. januar 2011 er der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanter for Scarlet, Sabam og ISPA, af de

befuldmægtigede for Kongeriget Belgien, Den Tjekkiske Republik, Den Italienske Republik, Kongeriget Nederlandene og Republikken Polen samt den befuldmægtigede for Europa-Kommissionen.

IV — Bedømmelse

A — *Indledende bemærkninger*

1. Omformulering af første spørgsmål: EMRK og chartret

29. Den forelæggende ret angiver, at dens første præjudicielle spørgsmål drejer sig om, hvordan en række bestemmelser i Unionens afledte ret skal fortolkes »i lyset af artikel 8 og 10 i EMRK«. Den kan, naturligvis, i den forbindelse støtte sig på artikel 6, stk. 3, TEU, hvorefter »[d]e grundlæggende rettigheder, som de er garanteret ved [EMRK] [...], udgør generelle principper i EU-retten«. Imidlertid må der, hvad dette angår, gøres en række indledende bemærkninger, som leder mig til en punktuel omformulering af spørgsmålet.

30. For det første begynder samme artikel 6 TEU med at præcisere i stk. 1, første afsnit, at chartret »har samme juridiske værdi som traktaterne«, således som Domstolen udtrykkeligt har understreget i den seneste udvikling af sin retspraksis [17]. Da de i chartret fastsatte rettigheder, friheder og principper således har en juridisk værdi i sig selv, endog af første rang, er det, i den udstrækning de førstnævnte generelle principper er sammenfaldende med de sidstnævnte, ikke lige så nødvendigt at støtte sig på dem. Dette er en første omstændighed, der alt andet lige taler for at behandle spørgsmålet på grundlag af chartrets frem for EMRK's bestemmelser [18].

31. Endvidere bestemmes det i chartrets artikel 52, stk. 3, at »[i] det omfang dette charter indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved [EMRK], har de samme betydning og omfang som i konventionen«, idet det understreges, at »[d]enne bestemmelse [ikke er] til hinder for, at EU-retten kan yde

17 — For de seneste domme jf. bl.a. dom af 14.10.2010, sag C-243/09, Fuß, præmis 66, domme af 9.11.2010, forenede sager C-92/09 og C-93/09, Volker und Markus Schecke og Eifert, præmis 45 ff., og forenede sager C-57/09 og C-101/09, B og D, præmis 78, dom af 12.11.2010, sag C-339/10, Asparuhov Estov, præmis 12, af 23.11.2010, sag C-145/09, Tsakouridis, præmis 52, domme af 22.12.2010, sag C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, præmis 30, og sag C-208/09, Sayn-Wittgenstein, præmis 52, forenede sager C-444/09 og C-456/09, Gavieiro og Iglesias Torres, præmis 75, og sag C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga, samt dom af 1.3.2011, sag C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats m.fl., præmis 16.

18 — Jf. ligeledes i denne retning generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 5.4.2011 i sag C-108/10, Scattolon.

en mere omfattende beskyttelse« [19]. Under omstændighederne i hovedsagen »svarer« som omhandlet i chartrets 52, stk. 3, de ved EMRK's artikel 8 sikrede rettigheder til dem, der sikres ved chartrets artikel 7 (»respekt for privatliv og familieliv«) og 8 (»beskyttelse af personoplysninger«), på samme måde som de ved EMRK's artikel 10 sikrede rettigheder »svarer« til dem, der sikres ved chartrets artikel 11 (»ytrings- og informationsfrihed«), uanset forskellene mellem de formuleringer og begreber, som anvendes i de respektive akter [20].

32. Endelig skal det anføres, at de bestemmelser i EMRK, som på betingelser tillader foranstaltninger, der begrænser de således sikrede rettigheder og friheder, nærmere bestemt konventionens artikel 8, stk. 2, og artikel 10, stk. 2, ligeledes, med en lidt anderledes formulering, svarer til en tværgående bestemmelse i chartret, som er fælles for samtlige de herved sikrede rettigheder og friheder, nemlig stk. 1 i artikel 52 med overskriften »Rækkevidde og fortolkning af rettigheder og principper«.

33. Ifølge denne sidstnævnte bestemmelse er »[e]nhver begrænsning i udøvelsen af de [pågældende] rettigheder og friheder« undergivet en række betingelser. Begrebet »begrænsning« svarer til udtrykkene »indgreb«, der anvendes i EMRK's artikel 8, og »restriktion«, der benyttes i konventionens artikel 10. I disse bestemmelser angives en række betingelser, der ligeledes i vid udstrækning svarer til de betingelser, som er fastsat i chartrets artikel 52, stk. 1, og hvis fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol Domstolen vil skulle tage hensyn til [21]. Hvor der er forskel på betingelserne, mener jeg dog, at det er klart, at chartrets bestemmelser skal fortolkes selvstændigt [22].

34. Jeg foreslår følgelig med de ovenfor anførte forbehold, at den forelæggende rets spørgsmål ændres, således at henvisningen til EMRK's artikel 8 og 10 udskiftes med en henvisning til »chartrets artikel 7, 8 og 11, sammenholdt med dets artikel 52, stk. 1, som fortolket, i den udstrækning, det er nødvendigt, i lyset af EMRK's artikel 8 og 10«.

19 — Jf. dom af 5.10.2010, sag C-400/10 PPU, McB., Sml. I, s. 8965, præmis 53, og dommen i sagen DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, præmis 35.

20 — Jf. ligeledes i den forbindelse de forklaringer, der er udarbejdet som en vejledning ved fortolkningen af chartret, og hvortil der henvises i artikel 52, stk. 7, navnlig forklaringerne til chartrets artikel 7, 8, 11 og 52.

21 — Således som Domstolen anførte i præmis 35 i dommen i sagen DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, »afgøres betydningen og omfanget af de sikrede rettigheder ikke udelukkende af ordlyden af EMRK, men navnlig også af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis« i overensstemmelse med de forklaringer, der er udarbejdet som en vejledning ved fortolkningen af chartret, og hvortil der henvises i dettes artikel 52, stk. 7.

22 — Jf. hvad dette angår mit forslag til afgørelse af 1.3.2011 i sag C-69/10, Samba Diouf, der verserer for Domstolen, punkt 42.

2. Svarets struktur

35. Efter en indgående undersøgelse af de relevante bestemmelser finder Scarlet og ISPA samt den belgiske, tjekkiske, italienske, nederlandske, polske og finske regering generelt, dog med visse forskelle i deres opfattelse af spørgsmålet, at EU-retten er til hinder for, at der træffes bestemmelse om en foranstaltning som den begærede. Kommissionen mener, at skønt de pågældende direktiver ikke i sig selv er til hinder for, at der etableres et filtrerings- og blokeringssystem som det krævede, er de konkrete kriterier for systemets implementering til gengæld ikke i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Den finder således i det væsentlige, at det i realiteten er den nationale ret i første instans, som har tilsidesat de krav, der følger af proportionalitetsprincippet, idet de nationale lovbestemmelser som sådanne ikke kan kritiseres.

36. Hvad dette angår fastsættes det ganske rigtigt i chartrets artikel 52, stk. 1, at enhver begrænsning af rettighederne og frihederne blandt andre betingelser skal foretages under iagttagelse af proportionalitetsprincippet. Der er ikke nogen tvivl om, at proportionalitetsprincippet skal overholdes, hver gang spørgsmålet om en begrænsning i denne bestemmelses forstand opstår, dvs. både når begrænsningen anvendes i et konkret tilfælde af retten, hvilket netop er, hvad andet præjudicielle spørgsmål drejer sig om, og når den forinden fastsættes abstrakt ved lovgivers udformning heraf. Med hensyn til dette aspekt af problemet mener jeg, at Kommissionens argumentation er mangelfuld.

37. Under alle omstændigheder er der næppe nogen tvivl om, at skønt »lovgivningen« selv skal underkastes en proportionalitetskontrol, kan en sådan først foretages, efter at selve den pågældende lovgivnings »eksistens« om nødvendigt er blevet fastslået. Det er i den forbindelse ikke tilfældigt, at den første af de betingelser for enhver begrænsning i udøvelsen af de ved chartret anerkendte rettigheder og friheder, der fastsættes i chartrets artikel 52, stk. 1, er, at begrænsningen er »fastlagt i lovgivningen«. Det er faktisk således, at den forelæggende ret ved at spørge, om der kan træffes bestemmelse om den omtvistede foranstaltning »alene på grundlag af [d]en lovbestemmelse«, hvortil retten henviser, anmoder Domstolen om som det første at undersøge, om den nævnte første betingelse er opfyldt. Efter min opfattelse er dette aspekt af spørgsmålet af afgørende betydning og må behandles forud for alle andre [23]. Hvis der ikke findes en »lovgivning« som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1, er der nemlig ikke nogen grund til successivt at undersøge spørgsmålet om opfyldelse af de betingelser, der gælder for enhver begrænsning i udøvelsen af de ved chartret anerkendte rettigheder og friheder, herunder betingelsen om proportionalitet.

23 — Netop dette var meningen med det detaljerede spørgsmål, jeg under retsmødet stillede de forskellige parter, som afgav indlæg.

Skønt Domstolen kun sjældent har haft anledning til at beskæftige sig med denne betingelse [24], er den dog fælles for EMRK's artikel 8 og 10 og har givet anledning til en meget omfattende retspraksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som det derfor er nødvendigt i særlig grad at støtte sig på med henblik på at give den forelæggende ret et fuldstændigt og navnlig anvendeligt svar.

3. En fremgangsmåde med fire trin

38. Cour d'appel de Bruxelles har formuleret sin anmodning om en præjudiciel afgørelse som to spørgsmål, hvoraf det andet, som vedrører de nationale domstoles overholdelse af proportionalitetsprincippet, kun forelægges subsidiært for det tilfælde, at Domstolen besvarer første spørgsmål bekræftende. Jeg tillader mig at hævde, at der, hvis jeg finder, at første spørgsmål må besvares benægtende, ikke er grund til at behandle det andet [25].

39. Efter denne bemærkning betyder den overordentligt udførlige og præcise formulering af første præjudicielle spørgsmål, at jeg i mit ræsonnement direkte kan støtte mig på de forskellige elementer, det indeholder. Jeg vil derfor fremlægge mit ræsonnement i fire trin.

40. For det første er det nødvendigt at undersøge karakteren af og egenskaberne ved den foranstaltning, som den forelæggende ret er blevet anmodet om at træffe bestemmelse om — eller rettere stadfæste eller omstøde som appelinstans — nemlig installationen af et filtrerings- og blokeringssystem, idet der sondres mellem karakteren af den begærende foranstaltning, dvs. selve påbuddet om ophør, og indholdet af den. Undersøgelsen af foranstaltningen bør gøre det muligt at give et principielt svar på det forelagte spørgsmål, i det mindste set ud fra Scarlets rettigheder og interesser. Da Domstolen imidlertid først og fremmest er blevet anmodet om at besvare det forelagte spørgsmål set ud fra de grundlæggende rettigheder, der tilkommer brugerne af Scarlets tjenesteydelser og i bredere

24 — Med hensyn til domme, hvori betingelsen blot »nævnes«, jf. bl.a. dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859, præmis 19, af 17.10.1989, sag 85/87, Dow Benelux mod Kommissionen, Sml. s. 3137, præmis 30 ff., af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, præmis 26, af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter, Sml. I, s. 6279, præmis 42, og af 1.7.2010, sag C-407/08 P, Knauf Gips mod Kommissionen, Sml. I, s. 6375, præmis 91. Med hensyn til domme, hvori det »efterprøves«, om betingelsen er opfyldt, jf. dommen i de forenede sager Volker und Markus Schecke og Eifert, præmis 66. Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Promusicae-sagen, punkt 53.

25 — I det følgende vil jeg derfor blot henvise til det præjudicielle spørgsmål i ental.

forstand internetbrugerne, må undersøgelsen fortsættes på en mere indgående måde ud fra denne synsvinkel.

41. På grundlag af denne undersøgelse bliver det, for det andet, muligt at vurdere den begærede foranstaltning i relation til de forskellige direktiver, der henvises til, og særlig i relation til de relevante bestemmelser i chartret, som fortolket, alt efter omstændighederne, i lyset af de tilsvarende bestemmelser i EMRK, hvortil den forelæggende ret henviser. Den nærmere undersøgelse af den omtvistede foranstaltning skal nemlig gøre det muligt at vurdere foranstaltningen på baggrund af de begrænsninger af rettighederne og friheder-ne, hvortil der henvises i chartrets artikel 52, stk. 1.

42. Eftersom foranstaltningen, som det vil fremgå, viser sig at udgøre en »begrænsning« i udøvelsen af de ved chartret anerkendte rettigheder og friheder som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1, skal det, for det tredje, undersøges, på hvilke betingelser den kan tillades, idet opmærksomheden hovedsagelig skal henvendes på kravet om, at den er »fastlagt i lovgivningen«. Således som det præjudicielle spørgsmål er formuleret, burde det nemlig med henblik på at give det et anvendeligt svar ikke være nødvendigt at konfrontere foranstaltningen med de øvrige betingelser, som er indeholdt i denne bestemmelse.

43. I lyset af denne udredning skal det for det fjerde og sidste undersøges, om der set fra de personers synspunkt, der anvender Scarlets tjenesteydelser, og i bredere forstand internetbrugernes synspunkt kan træffes bestemmelse om en foranstaltning som den begærede, alene på grundlag af de bestemmelser i den nationale lovgivning, hvortil den forelæggende ret henviser.

B — *Den begærede foranstaltning (påbuddet om ophør) og det krævede »system« (filtrering og blokering)*

44. Hvad dette aspekt angår ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om en ret i en medlemsstat kan »pålægge en [internetudbyder] over for alle sine kunder, i abstrakt forstand og præventivt, for egen regning og uden tidsbegrænsning, at etablere et system til filtrering af al indgående og udgående elektronisk kommunikation, der gennemføres ved hjælp af den pågældende internetudbyders tjenesteydelser, navnlig ved anvendelse af peer-to-peer-software, med henblik på at identificere transport på internetudbyderens netværk af elektroniske filer, der indeholder et musikværk, et kinematografisk værk eller et audiovisuelt værk, hvortil sagsøgeren hævder at have rettigheder, og dernæst blokere overførslen af de pågældende filer, enten på det tidspunkt, hvor der anmodes om dem, eller på det tidspunkt, hvor de afsendes« — og alt dette i form af et påbud om ophør.

45. Jeg vil undersøge såvel selve filtrerings- og blokeringssystemets som det begærede påbuds karakteristika på grundlag af de begreber og udtryk, der anvendes i denne del af spørgsmålet.

a) »Filtreringssystemet«

1. Filtrerings- og blokeringssystemet

47. Den forelæggende ret anfører, at Scarlet ved den begærede foranstaltning indledningsvis vil blive pålagt over for alle sine kunder at etablere et system til filtrering af al indgående og udgående elektronisk kommunikation, der gennemføres ved hjælp af Scarlets tjenesteydelser, herunder navnlig »peer-to-peer«-kommunikation. Retten anfører, at formålet med filtreringen er at »identificere transport på internetudbyderens netværk af elektroniske filer, der indeholder et musikværk, et kinematografisk værk eller et audiovisuelt værk, hvortil [Sabam] hævder at have rettigheder«.

46. Det »system«, der skal etableres, har en dobbelt funktion. For det første skal det sikre, at al datakommunikation gennem Scarlets net filtreres med henblik på at opdage eller, om man vil, isolere, den del af kommunikationen, som indebærer krænkelse af ophavsretten [26]. For det andet skal det på grundlag af denne filtrering sikre, at den kommunikation, der rent faktisk indebærer krænkelse af ophavsretten, blokeres enten »på det tidspunkt, hvor der anmodes om [filerne]«, eller »på det tidspunkt, hvor de afsendes« [27]. Da blokeringsmekanismen kun virker, hvis filtreringssystemet gør, er de to funktioner, som ganske vist er snævert forbundet, af meget forskellig art og har derfor forskellige implikationer.

48. Formålet med kontrollen defineres netop således, at den skal indebære, at ind- og udgående elektronisk kommunikation, der gennemføres ved hjælp af Scarlets tjenesteydelser, filtreres. Selve filtreringen skal medføre, at Scarlet identificerer »elektroniske filer«, der sendes og modtages af abonnenter på Scarlets tjenesteydelser, og som antages at krænke ophavsretten eller en beslægtet rettighed. Den kontrol, som skal etableres, og som således omfatter to trin, filtrering og identifikation, defineres følgelig i det væsentlige ved de resultater, den skal give i relation til formålet, der er at blokere for filer, hvorom det er blevet opdaget, at de krænker en intellektuel ejendomsret. Endvidere skal kontrollen kunne

26 — Herefter »filtreringssystemet«.
27 — Herefter »blokeringsmekanismen«.

tilpasses den teknologiske udvikling. For at være effektiv, skal den både være systematisk og universel samt kunne videreudvikles [28].

49. Det skal nævnes, at hverken den forelæggende ret eller Sabam har oplyst noget om, på grundlag af hvilke konkrete kriterier kontrollen kan eller skal foretages, hverken med hensyn til filtreringsmetoderne eller med hensyn til, hvordan de filer, der antages at være piratkopierede, skal identificeres [29]. Navnlig råder Domstolen ikke over nærmere oplysninger om, hvor tæt eller hvor indgående den kontrol skal være, som skal foretages.

50. Om end det i denne forbindelse må understreges, at det ikke tilkommer Domstolen, men i givet fald udelukkende den forelæggende ret at undersøge de tekniske aspekter af dette spørgsmål [30], skal det dog fremhæves, at karakteren af den filtrering, der skal foretages,

28 — I sine skriftlige indlæg har Sabam dog understreget, at den begærede foranstaltning kun tager sigte på »peer-to-peer«-kommunikation. Udtrykket »peer-to-peer« (mellem ligemænd) angiver en kommunikationsmetode, hvorefter der mellem computere, som er tilsluttet et net gennem direkte linjer, ved hjælp af software, hvori der anvendes bestemte protokoller, udveksles information, der kan bestå i filer (den »file sharing«, som den foreliggende sag drejer sig om), men også i f.eks. telefonitjenester som Skype. Som eksempler kan nævnes følgende »file sharing«-protokoller og -programmer: BitTorrent (Azureus, BitComet, Shareaza, MlDonkey [...]), edonkey (edonkey2000, MlDonkey), FastTrack (Kazaa, Grokster, iMesh, MlDonkey), Gnutella (BearShare, Shareaza, Casbos, LimeWire, MlDonkey [...]), Gnutella2 (Shareaza, Trustyfiles, Kiwi Alpha, FileScope, MlDonkey [...]), OpenNap (Napster, Lopster, Teknap, MlDonkey). For en mere detaljeret fremstilling af »peer-to-peer« jf. bl.a. R. Stevens: Peer-to-Peer (P2P) Resource Sharing, juli 2010 (på hjemmesiden for Oxford University, Information and Communications Technology (http://www.ict.ox.ac.uk/oxford/rules/p2p.xml)). Sabam har anført, at foranstaltningen har til formål at »umuliggøre enhver form for afsendelse eller modtagelse af [...] elektroniske filer, der indeholder et musikværk i Sabams register, ved hjælp af »peer-to-peer«-software«. Det tilkommer den forelæggende ret at fastslå, hvorledes det præcist forholder sig, herunder navnlig om systemet ligeledes skal være tilpasset andre måder at udveksle filer på end »peer-to-peer«, såsom »streaming« (datastrøm), »direct download« (downloading ved hjælp af f.eks. RapidShare eller MagaDownload). Domstolen, som er bundet af ordlyden af det præjudicielle spørgsmål, den er blevet forelagt, og forelæggelsesafgørelsens præmisser, må lægge til grund, at det krævede filtrerings- og blokeringssystem »navnlig«, og dermed ikke udelukkende, tager sigte på kommunikation, som gennemføres ved hjælp af »peer-to-peer« software.

29 — Dette er en uundgåelig følge af det princip om »teknologisk neutralitet«, som Sabam gør gældende, og som indebærer, det ikke i den begærede foranstaltning pålægges Scarlet at benytte en bestemt teknologi.

30 — Med de forbehold, der bør tages af en person, der ikke er fagmand, forekommer det, at et filtrerings- og blokeringssystem kan være baseret på flere opdagelsesmetoder. Der kan sondres mellem: 1) Opdagelse af den anvendte kommunikationsprotokol: Da hver »peer-to-peer«-protokol har sine egne måder at styre netværket og koordinere trafikfordelingen på, kan der indsættes filtre, som i hver IP-pakke søger efter det aftryk, der kendetegner hver enkelt protokol (signaturen). Når signaturen kendes, kan man derpå blokere for al den kommunikation, hvortil den pågældende protokol anvendes, eller gøre kommunikationen betydeligt langsommere for at opnå en afskrækkende virkning, eller man kan udnytte de muligheder, der findes for nærmere at kontrollere filernes indhold med henblik på kun at blokere for dem, der findes at krænke en rettighed. 2) Opdagelse af de udvekslede filers indhold: Systemer af denne type kan enten opdage et digitalt mærke, som på forhånd er anbragt i en fil, eller sammenligne det digitale mærke i en fil med mærker, der forinden er blevet etableret for værkerne. Audible Magics system CopySense, hvortil der henvises i forelæggelsesdommen, er et system af denne type. 3) Opdagelse af den adfærd, som udvises af ophavsmændene til den pågældende kommunikation: Opdagelse af kommunikationsportene, opdagelse af, at en klient/servercomputer åbner flere forbindelser til flere andre computere; opdagelse af anmodninger om søgning efter/overførsel af filer eller opdagelse af, at udvekslingen er krypteret som et indicium for et forsøg på at omgå opdagelsesforanstaltningerne. For en fremstilling af de forskellige metoder, som kan anvendes, jf. f.eks. Kahn-Brugidou-rapporten af 9.3.2005 og Olivennes-rapporten af 23.11.2007 om udviklingen og beskyttelsen af kulturelle værker på de nye net, som dannede udgangspunkt for Hadopi-loven.

naturligvis ikke er uden implikationer på det juridiske plan [31].

b) »Blokeringsmekanismen«

51. Den forelæggende ret anfører, at blokeringsmekanismen skal kunne træde i funktion enten »på det tidspunkt, hvor filerne afsendes«, eller »på det tidspunkt, hvor der anmodes om dem«, men giver ingen supplerende oplysninger om en sådan mekanismes modus operandi. Sabam fastholder, at den mekanisme, der skal etableres, i det væsentlige defineres ved sit formål — sin evne til at »gøre det umuligt for selskabets kunder at foretage enhver form for afsendelse eller modtagelse af elektroniske filer, der indeholder et musikværk i Sabams register, ved hjælp af »peer-to-peer«-software«. Sabam har oplyst, at det drejer sig om at forhindre transmission af visse data ved at sende »time out«-meddelelser, som angiver, at det ikke er muligt at fortsætte transmissionen.

52. Det er i realiteten [32] umuligt at beskrive, hvorledes det filtrerings- og blokeringssystem, der skal etableres ifølge den begærede foranstaltning, konkret skal fungere — systemets *modus operandi*. Rækkevidden af den krævede filtrering, dvs. både hvilke personer og hvilken kommunikation kontrollen skal omfatte, og hvor tæt den skal være, er ikke blot meget generel, men også delvis ubestemt. Derfor kan det ikke på forhånd fastslås, hvor stor konkret indvirkning filtreringen vil have på udvekslingen af data, eller hvor store samlede økonomiske omkostninger den vil være forbundet med — navnlig udgifter til etablering og vedligeholdelse.

2. Påbuddets karakteristika

53. Det krævede filtrerings- og blokeringssystems art og væsentligste karakteristika — som beskrevet — har direkte betydning for selve karakteren af den foranstaltning, retten er blevet anmodet om at træffe bestemmelse om. Når rækkevidden af det system, der skal etableres, er meget generel, må det personelle og det materielle anvendelsesområde for den begærede foranstaltning, der skal have form af et påbud, nødvendigvis selv være generelt, på samme måde som dens tidsmæssige anvendelsesområde, således som den forelæggende ret anfører.

54. Den begærede foranstaltning har også andre karakteristika, der bør fremhæves. Dels pålægger den — præventivt — Scarlet en resultatforpligtelse under trussel om

31 — Uanset det princip om teknologisk neutralitet, Sabam gør gældende, er valget af, hvilket system der skal etableres, heller ikke neutralt på det teknologiske plan. Det er f.eks. rimeligt at antage, at det er sandsynligt, at et system, hvor filtreringen sker på grundlag af indholdet af al kommunikation, vil have en større indvirkning på kommunikationsnettet end et system, hvor der kun filtreres filer, som udveksles ved hjælp af en protokol, hvis signatur er blevet identificeret.

32 — Som en direkte følge af det princip om teknologisk neutralitet, Sabam gør gældende.

tvangsbøder, dels pålægger den selskabet at afholde omkostningerne i forbindelse med etableringen af filtrerings- og blokeringssystemet. Foranstaltningen defineres således ligeledes ved sit hovedformål, nemlig at pålægge internetudbyderne det juridiske og økonomiske ansvar for bekæmpelsen af ulovlig downloading af piratkopierede værker over internettet. Disse karakteristika skal nu tages nærmere i betragtning.

a) »Uden tidsbegrænsning«: Foranstaltningens tidsmæssige anvendelsesområde

55. Den forelæggende ret anfører, at det kræves, at den begærede foranstaltning gælder »uden tidsbegrænsning«. Sabam har for sin del bekræftet i sine skriftlige indlæg, at det ønskede påbud ikke skal have anden tidsbegrænsning end den, der følger af selve ophavsretten. Sabam har ligeledes betonet, at foranstaltningen skal kunne videreudvikles og være på højde med den teknologiske udvikling og således kunne tilpasses.

56. Den begærede foranstaltning pålægger således Scarlet, og, som det vil fremgå, i videre udstrækning internetudbyderne generelt, en både permanent og tidsubegrænset forpligtelse til at teste, etablere og ajourføre et filtrerings- og blokeringssystem, som udelukkende defineres ved, hvor effektive systemets resultater er med hensyn til at opfylde dets formål, nemlig at beskytte intellektuelle ejendomsrettigheder.

b) »Al indgående og udgående elektronisk kommunikation«: Foranstaltningens materielle anvendelsesområde

57. Som nævnt specificeres det ikke nærmere, hvilken kommunikation der skal filtreres og i givet fald blokeres. Det er ikke muligt at fastslå, om kontrollen skal omfatte al kommunikation eller kun kommunikation, der foretages ved hjælp af »peer-to-peer«-software, men den kontrol, der skal etableres, synes dog at skulle være både systematisk og universel for at give effektive resultater.

58. I realiteten tilsigter den begærede foranstaltning, der fremstilles således, at der alene er tale om et påbud til en internetudbyder inden for rammerne af en civilretlig sag, hvori der er nedlagt påstand om fastslåelse af og pålæggelse af sanktion for en krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder og om erstatning for den deraf følgende skade, følgelig, at der permanent og uden tidsbegrænsning etableres et systematisk og universelt system til filtrering af al elektronisk kommunikation, der gennemføres ved hjælp af den pågældende internetudbyders tjenesteydelser.

c) »Over for alle sine kunder«: Foranstaltningens personelle anvendelsesområde

59. Som en direkte følge af, at al den filtrerede kommunikation skal kontrolleres, vil det system, der skal etableres, ikke kun skulle omfatte den adfærd, som udvises af den pågældende udbyders abonnenter, men den adfærd, der udvises af samtlige brugere af udbyderens tjenesteydelser. Således som Sabam har anført i sine skriftlige indlæg, er det uden betydning, om afsenderen eller modtageren af kommunikationen er kunde hos internetudbyderen. Ifølge selve ordlyden af det præjudicielle spørgsmål, skal systemet for at være effektivt fungere uden forudgående individualisering at de personer, der antages at stå bag krænkelserne af ophavsretten, og uafhængigt af den aftalemæssige forbindelse, der måtte være mellem de pågældende og internetudbyderen.

60. Det system, der skal etableres, skal ikke alene kunne blokere for enhver fil, som antages at krænke en rettighed, Sabam administrerer, opkræver afgifter for og beskytter, og som enhver internetbruger, der er abonnent hos Scarlet, sender til enhver anden internetbruger, hvad enten denne er Scarlet-abonnent eller ej. Det skal ligeledes kunne blokere for, at enhver internetbruger, som er abonnent hos Scarlet, modtager enhver fil, der krænker ophavsrettigheden, fra enhver anden internetbruger, uanset om den pågældende er Scarlet-abonnent eller ej. Systemet skal gøre det muligt at blokere for enhver fil, hvis indhold er opført i Sabams register, uden at ophavsretskrænkelsen er blevet specifikt individualiseret forinden.

61. Det er endvidere vigtigt at fremhæve endnu et aspekt af meget stor rækkevidde ved den begærede foranstaltning. Skønt det er klart, at tvisten i hovedsagen i det foreliggende tilfælde kun er mellem Sabam og Scarlet, fremgår det ikke desto mindre af såvel forelæggelsesafgørelsen som de forskellige parters skriftlige indlæg, at den nødvendigvis har større rækkevidde end de interesser, hovedsagens parter besidder. Afgørelsen af tvisten i hovedsagen vil uomtvisteligt kunne blive udstrakt, således at den kommer til at have betydning generelt ikke alene for samtlige internetudbydere, men — i bredere forstand — også for andre vigtige internetaktører [33], ikke kun i den medlemsstat, hvorfra de præjudicielle spørgsmål hidrører, men i samtlige medlemsstater og endog uden for disse [34]. Hvad den forelæggende ret har anmodet Domstolen om, er nemlig, som jeg allerede har nævnt, at oplyse den om, hvorvidt EU-retten er til hinder for, at retten har beføjelse til at træffe bestemmelse om en foranstaltning som den begærede, og — i videre udstrækning — om den er til hinder for, at rettighedshaverne intensiverer deres bekæmpelse af ulovlig downloading ved at fremsætte flere begæringer af

33 — Domstolen er i øvrigt blevet forelagt et identisk præjudicielt spørgsmål i forbindelse med en anden tvist, nemlig mellem Sabam og Netlog, der er et socialt netværk, jf. sag C-360/10, Sabam, der verserer for Domstolen (EUT C 288 af 23.10.2010, s. 8).

34 — De belgiske domstoles afgørelser i denne sag har således vakt betydelig opmærksomhed ud over Europas grænser, således som det kan konstateres ved en hurtig internetsøgning.

samme art i samtlige medlemsstater og uden for disse [35].

62. Den begærede foranstaltning, der fremstilles som et påbud rettet til en bestemt juridisk person, hvori denne pålægges at etablere et filtrerings- og blokeringssystem, vil i realiteten få varig betydning for et ubestemt antal juridiske eller fysiske personer, internetudbydere eller internetbrugere, tjenesteydere i informationssamfundet og brugerne af de pågældende tjenester.

d) »Abstrakt og præventivt«: Den begærede foranstaltnings præventive og afskrækkende funktion

63. Den forelæggende ret har draget omsorg for at anføre, at den er blevet anmodet om at pålægge den begærede foranstaltning »abstrakt« og »præventivt«, men har ikke nærmere beskrevet, nøjagtig hvad den mener hermed. Det kan dog lægges til grund, at formålet med den begærede foranstaltning ikke er at pålægge en internetudbyder en pligt til naturalopfyldelse baseret på en domstols konkrete konstatering inden for rammerne af et civilt søgsmål af en faktisk krænkelse, eller af en overhængende risiko for krænkelse, af en ophavsrettighed eller beslægtede rettigheder. Foranstaltningen opfattes således som både præventiv og afskrækkende [36].

e) »For egen regning«: Omkostningerne ved at gennemføre den begærede foranstaltning

64. Endelig har den forelæggende ret oplyst, at udgifterne i forbindelse med etableringen af det krævede filtrerings- og blokeringssystem skal bæres af Scarlet. Den omtvistede foranstaltning indebærer således, at den utvivlsomt ikke ubetydelige byrde ved omkostningerne i forbindelse med de civile søgsmål, som normalt skal anlægges af indehaverne af ophavsrettighederne eller de beslægtede rettigheder eller deres retssuccessorer for at opnå

35 — Det er næppe nødvendigt at fremhæve de betydelige fordele, det ville indebære for rettighedshaverne eller deres retssuccessorer og navnlig de selskaber, der har til formål at administrere rettighederne kollektivt, og som beskæftiger sig med at bekæmpe ulovlig downloading, at det blev en generel forpligtelse at etablere filtrerings- og blokeringssystemer — forudsat at systemerne rent faktisk kunne være effektive — indledningsvis på det processuelle og økonomiske plan, i forhold til en strategi, hvorefter det ad rettens vej skal pålægges internetudbyderne at medvirke til at opdage og registrere dem, der begår krænkelserne, således at de derefter kan retsforfølges.

36 — Sabam har hvad dette angår nærmere anført, at selskabet ikke har til hensigt at anklage Scarlet for at være gerningsmand til eller ansvarlig for krænkelserne af intellektuel ejendomsret, men at afskrække det fra at stille sine tjenesteydelser til rådighed for andre, i den udstrækning de pågældende anvender dem til at krænke en ophavsrettighed eller en beslægtet rettighed. Det skal dog understreges i den forbindelse, at Scarlet i første instans blev meddelt et påbud om ophør ledsaget af tvangsbøder, og at påbuddet er genstand for den appel, hovedsagen drejer sig om, samt at Sabam har nedlagt påstand om, at de afgørelser, der blev truffet i første instans, stadfæstes, og at den afgørelse, som nu skal træffes, oversættes og offentliggøres på Scarlets hjemmeside og i en række dag- og ugeblade.

fastslåelse af, pålæggelse af sanktion og i givet fald erstatning for krænkelserne af de pågældende rettigheder, overføres til Scarlet.

65. De direkte økonomiske følger af den omtvistede foranstaltning [37], som ikke er blevet anslået, og som i realiteten [38] ikke kan anslås, skærpes desuden af de tvangsbøder, der kan ledsage den begærede foranstaltning, herunder navnlig dem, der skal straffe forsinkelser i etableringen af filtrerings- og blokeringssystemet.

Foranstaltningen kendetegnes ikke ved at være konkret og individualiseret, således som enhver modforholdsregel eller reaktion på en adfærd, der antages at være specifik og konkret, normalt forventes at være. Den forelæggende ret er, som en reaktion på mere eller mindre individualiserede krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder, blevet anmodet om at træffe bestemmelse om en foranstaltning, der, som tidligere anført, på grund af selve sin karakter kun kan være generel i enhver henseende, dvs. personelt, materielt og tidsmæssigt.

3. Delkonklusion

66. Det følger af de foranstående betragtninger, at den begærede foranstaltning ved at pålægge en internetudbyder at etablere et filtrerings- og blokeringssystem som det ovenfor beskrevne i realiteten udgør en ny »forpligtelse« af generel art, der på sigt vil blive udstrakt til at omfatte samtlige internetudbydere.

67. På den baggrund tillader jeg mig på dette stadium at anføre, at hvis den forelæggende rets spørgsmål kun skulle behandles ud fra Scarlets rettigheder og interesser, kunne det i medfør af legalitetsprincippet i dettes mest generelle betydning besvares benægtende. Således som Domstolen fastslog i dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen [39], skal »offentlige myndigheders indgriben i forhold af privat karakter, hvad enten der er tale om fysiske eller juridiske personer, være hjemlet og begrundet af årsager, der er fastlagt ved lov«. Dette beskyttelseskrav, der anerkendes som et generelt princip i EU-retten, er en logisk følge af legalitetsprincippet og

37 — Den sagkyndige, som præsidenten for Tribunal de première instance de Bruxelles lod sig bistå af, betoner dette aspekt af spørgsmålet. Jf. punkt 4 og 5 i konklusionerne i hans rapport af 29.1.2007, hvortil der henvises i forelæggelsesafgørelsen, og som gengives i punkt 21 ovenfor.

38 — Endnu en gang indebærer det princip om teknologisk neutralitet, Sabam gør gældende, at det er umuligt på forhånd at anslå de samlede omkostninger ved etableringen af et sådant filtrerings- og blokeringssystem, hvad enten det drejer sig om de omkostninger, som er forbundet med at finde frem til og teste selve systemet, investeringsomkostningerne (filtreringsenhederne, routerne [...]), programmeringsomkostningerne, omkostningerne ved at administrere projektet eller de periodiske omkostninger ved vedligeholdelse og overvågning af driften.

39 — Præmis 19.

retssikkerhedsprincippet, som selv følger af retsstatstanken [40]. Domstolen har således gentagne gange fastslået, at retssikkerhedsprincippet kræver, at retsforskrifter, der pålægger skatteborgeren byrder [41], som har bebyrdende retsvirkninger for borgerne [42], eller som fastsætter restriktive foranstaltninger med betydelig indvirkning på de udpegede personers rettigheder og frihedsrettigheder [43], skal være klare og præcise, således at de berørte personer ikke er i tvivl om deres rettigheder og pligter og kan handle derefter [44]. Således som jeg får lejlighed til at vise udførligt nedenfor [45], hvor jeg fokuserer på perspektivet for de brugere, der benytter Scarlets tjenesteydelser, og i bredere forstand internetbrugernes perspektiv, opfylder den nationale lovbestemmelse, på grundlag af hvilken der kan træffes bestemmelse om den forpligtelse, Scarlet ønskes pålagt, imidlertid ikke bl.a. disse krav.

68. Endvidere fremgår det i overensstemmelse med et synspunkt, som bl.a. Kommissionen med rette har gjort gældende, temmelig klart, at den begærede foranstaltning ikke står i forhold til den krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, der er klaget over. Dette mener jeg imidlertid ikke er, hvad det principalt forelagte spørgsmål drejer sig om. Det er, om denne nye »forpligtelse« til at etablere et filtrerings- og blokeringssystem med de karakteristika, jeg beskrev ovenfor, kan pålægges internetudbyderne i form af et påbud og på et retsgrundlag, som jeg endnu ikke har behandlet, i betragtning af den indvirkning, forpligtelsen vil have på de grundlæggende rettigheder, der tilkommer brugerne af de

40 — Det er næppe nødvendigt at nævne, at Unionen ifølge artikel 2 TEU bl.a. bygger på retsstatens værdier, og at Domstolen i sin praksis længe har understreget princippet om, at Fællesskabet er »retsfællesskab«, jf. bl.a. dom af 23.4.1986, sag 294/83, Les Verts mod Parlamentet, Sml. s. 1339, præmis 23, og af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakaat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis 281. Med hensyn til disse spørgsmål og med alle de forbehold, der bør knyttes til anvendelsen af nationale begreber i forbindelse med EU-retten, jf. bl.a. C. Calliess og M. Ruffert: *EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtcharta, Kommentar*, Beck, 2007, s. 62, J. Schwarze: *Droit administratif européen*, Bruylant 2009, s. 219 ff., L. Azoulai: »Le principe de légalité«, i J.B. Auby og J. Dutheil de la Rochère: *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, s. 394, navnlig s. 399, og D. Simon: »La Communauté de droit«, i F. Sudre og H. Labayle: *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, s. 85, navnlig s. 117 ff.

41 — Jf. dom af 9.7.1981, sag 169/80, Gondrand og Garancini, Sml. s. 1931, præmis 17, af 22.2.1989, forenede sager 92/87 og 93/87, Kommissionen mod Frankrig og Det Forenede Kongerige, Sml. s. 405, præmis 22, af 13.2.1996, sag C-143/93, Van Es Douane Agenten, Sml. I, s. 431, præmis 27, af 17.7.1997, sag C-354/95, National Farmers' Union m.fl., Sml. I, s. 4559, præmis 57, af 16.10.1997, sag C-177/96, Banque Indosuez m.fl., Sml. I, s. 5659, præmis 27, af 23.9.2003, sag C-78/01, BGL, Sml. I, s. 9543, præmis 71, og af 20.11.1997, sag C-338/95, Wiener SI, Sml. I, s. 6495, præmis 19.

42 — Jf. bl.a. dom af 7.6.2005, sag C-17/03, VEMW m.fl., Sml. I, s. 4983, præmis 80, af 14.1.2010, sag C-226/08, Stadt Papenburg, Sml. I, s. 131, præmis 45, af 14.9.2010, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 8301, præmis 100, og af 2.12.2010, sag C-225/09, Jakubowska, Sml. I, s. 12329, præmis 42.

43 — Dom af 29.4.2010, sag C-340/08, M m.fl., Sml. I, s. 3913, præmis 65.

44 — Jf. ligeledes dom af 30.1.1985, sag 143/83, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 427, præmis 10, af 21.6.1988, sag 257/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3249, præmis 12, af 16.6.1993, sag C-325/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283, præmis 26, af 1.10.2009, sag C-370/07, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 8917, præmis 39, af 11.11.2010, sag C-152/09, Grootes, Sml. I, s. 11285, præmis 43, og af 22.12.2010, sag C-77/09, Gowan Comércio, Sml. I, s. 13533, præmis 47. Med hensyn til kravet om klarhed og præcision i foranstaltninger til gennemførelse af direktiver jf. bl.a. dom af 20.10.2005, sag C-6/04, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 9017, præmis 21, af 10.5.2007, sag C-508/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 3787, præmis 73, og af 3.3.2011, sag C-50/09, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 873, præmis 46.

45 — Jf. afsnit E nedenfor, punkt 101 ff.

nævnte internetudbyderes tjenesteydelser, dvs. internetbrugerne.

C — *Kvalifikation af foranstaltningen på grundlag af direktiverne og chartrets artikel 7, 8 og 11: En »begrænsning« som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1*

69. Det præjudicielle spørgsmål drejer sig om Domstolens fortolkning af »direktiv 2001/29 og 2004/48, sammenholdt med direktiv 95/46, 2000/31 og 2002/58, som fortolket navnlig i lyset af [chartrets artikel 7, 8, 11 og artikel 52, stk. 1]«. Det drejer sig i det væsentlige om at afgøre, om dette kompleks af regler bestående af primær og afledt EU-ret under hensyn til den eksisterende nationale lovgivning giver medlemsstaternes retsinstanser mulighed for, i form af et påbud, at træffe bestemmelse om en foranstaltning som den, der beskrives ovenfor. Det er dog altovervejende på grundlag af den primære ret, hovedsagen skal undersøges, og den afledte ret fortolkes, eftersom den foranstaltning, det drejer sig om, således som det vil fremgå, direkte berører de rettigheder og friheder, der er sikret ved chartrets artikel 7, 8 og 11. Dette udsagn kræver nogle indledende bemærkninger.

70. På dette sted skal det nævnes, at de direktiver, der nævnes i spørgsmålet, udgør den retlige ramme, inden for hvilken det antages, at der skal træffes bestemmelse om den begærede foranstaltning [46], og hvorom nogle parter finder, at den muliggør eller ikke er til hinder herfor, mens andre tværtimod er af den opfattelse, at den ikke tillader eller er til hinder herfor [47]. I de nævnte direktiver henvises der mere eller mindre udtrykkeligt til de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved EMRK og nu chartret [48]. I Promusicae-dommen fastslog Domstolen, at det ved gennemførelsen og anvendelsen af direktiverne påhviler medlemsstaterne at sikre den rette afvejning af de grundlæggende rettigheder, direktiverne bidrager til at sikre.

71. I chartrets artikel 7, 8 og 11 sikres som bekendt henholdsvis retten til respekt for

46 — Summarisk beskrevet pålægges medlemsstaterne i artikel 8, stk. 3, i direktiv 2001/29 og i artikel 9, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/48 en dobbelt forpligtelse til at indføre retslige mekanismer, der forebygger og straffer krænkelser af intellektuelle ejendomsrettigheder. I artikel 15, stk. 1, i direktiv 2000/31 pålægges medlemsstaterne en dobbelt undladelsesforpligtelse: De må ikke pålægge »tjenesteyderne« en generel forpligtelse til at overvåge den information, disse fremsender eller oplagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed. Direktiv 95/46 og 2002/58 sikrer, ved selve deres formål, ret til beskyttelse af personoplysninger. Artikel 4 i direktiv 2006/24 bestemmer, at medlemsstaterne skal træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at data, der lagres i overensstemmelse med dette direktiv, kun udleveres til de kompetente nationale myndigheder i særlige sager og i overensstemmelse med national lovgivning.

47 — Jf. hvad dette angår generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Promusicae-sagen, hvori der foretages en udførlig gennemgang af, hvilket forhold der er mellem de forskellige direktiver.

48 — Jf. navnlig 1., 2., 10. og 37. betragtning til direktiv 95/46, 3., 11. og 24. betragtning til direktiv 2002/58, 9. betragtning til direktiv 2000/31 samt 9 og 25. betragtning til og artikel 4 i direktiv 2006/24.

privatliv og familieliv, retten til beskyttelse af personoplysninger samt ytrings- og informationsfriheden. Det er næppe nødvendigt at anføre, at den foreliggende sag også berører andre grundlæggende rettigheder, navnlig ejendomsretten, der sikres ved chartrets artikel 17, stk. 1, og mere specifikt retten til respekt for intellektuel ejendomsret, der sikres ved chartrets artikel 17, stk. 2, hvis tilsidesættelse på grund af ulovlig downloading over internettet har antaget store dimensioner, hvilket naturligvis er et centralt element i tvisten i hovedsagen. Henset til den begærede foranstaltning, det krævede filtrerings- og blokeringssystem samt ordlyden af det forelagte spørgsmål er det dog primært de rettigheder, som sikres ved chartrets artikel 7, 8 og 11, der rejser sig spørgsmål om, da ejendomsretten kun berøres sekundært, idet systemet skal etableres udelukkende for internetudbyderens regning [49].

72. Det er på ovennævnte grundlag, det nu skal undersøges, om den begærede foranstaltning kan kvalificeres som en »begrænsning« af rettighederne og frihederne som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1, som fortolket i lyset af EMRK's artikel 8, stk. 2, og artikel 10, stk. 2. Viser det sig, at foranstaltningen som sådan skal kvalificeres som en begrænsning [50], skal det derefter sikres, at den opfylder de forskellige betingelser, som er fastsat i de nævnte bestemmelser.

1. »Som fortolket navnlig i lyset af chartrets artikel 7 og 8«: Respekt for privatliv og retten til beskyttelse af personoplysninger

73. Den begærede foranstaltning skal successivt undersøges som en mulig begrænsning,

49 — Eftersom filtrerings- og blokeringssystemet skal installeres udelukkende for internetudbyderens regning, kunne foranstaltningen ligeledes anses for at være en »berøvelse« af ejendomsret som omhandlet i chartrets artikel 17, som fortolket i lyset af artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til EMRK og den relevante praksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Dette aspekt af spørgsmålet vil dog ikke blive behandlet i nærværende forslag til afgørelse.

50 — Eller som et »indgreb« som omhandlet i EMRK's artikel 8 eller en »restriktion« som omhandlet i EMRK's artikel 10. Om disse begreber jf. navnlig W.J. Ganshof van der Meersch: *Réflexions sur les restrictions à l'exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, Völkerrecht als Rechtsordnung — Internationale Gerichtsbarkeit — Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler*, Springer, 1983, s. 263, C.-A Kiss: »Les clauses de limitation et de dérogation dans la CEDH«, i D. Turp og G. Beaudoin, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Yvon Blais, 1986, s. 119, B. Duarte: *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, disputats, Université de Lille II, 2005, J. Viljanen: *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, disputats, University of Tampere, 2003, og L.G. Loucaides: »Restrictions or limitations on the Rights guaranteed by the European Convention on Human Rights«, *The Finnish Yearbook of International Law*, bind 3, s. 334.

dels af retten til beskyttelse af personoplysninger, dels af retten til respekt for kommunikationshemmelighed. Generelt er, således som Kommissionen undertiden har bemærket [51], muligheden for at forblive anonym af afgørende betydning, hvis den fundamentale ret til privatlivets fred og ytringsfriheden skal bevares i cyberspace. Men skønt det synes klart, at direktiv 95/46 og 2002/58 skal fortolkes på baggrund af chartrets artikel 7 og 8 [52], som fortolket, i givet fald i lyset af EMRK's artikel 8 [53], er det langt mindre klart, hvilken forbindelse der måtte være mellem retten til beskyttelse af personoplysninger (chartrets artikel 8) og etableringen af det krævede filtrerings- og blokeringssystem [54].

a) Beskyttelsen af personoplysninger (chartrets artikel 8)

74. Det er forbundet med en vis vanskelighed at foretage en konkret vurdering af, hvilken betydning et filtrerings- og blokeringssystem vil have i relation til retten til beskyttelse af personoplysninger. En første vanskelighed består i at fastslå, hvilke personlige oplysninger det drejer sig om, idet det, bortset fra »IP-adresserne« [55], ikke er blevet angivet klart, hvilke der er tale om. Den teknologiske neutralitet, Sabam hævder skal gælde, betyder nemlig, at det ikke på forhånd er muligt at fastslå, om det system, der skal etableres, indebærer behandling af personoplysninger. Det er så meget desto mindre muligt at fastslå, om det indebærer indsamling og afkodning af IP-adresser.

75. Endnu en vanskelighed består i at fastslå, om IP-adresser udgør personoplysninger. Domstolen har indtil nu kun skullet behandle tilfælde, hvori der var tale om navneoplysninger knyttet til IP-adresserne [56]. Den har

51 — Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget: Et sikrere informationssamfund: Højnelse af sikkerheden i informationsinfrastrukturerne og bekæmpelse af computerrelateret kriminalitet (KOM(2000) 890 endelig, navnlig s. 23).

52 — Jf. hvad dette angår navnlig dom af 20.5.2003, forenede sager C-465/00, C-138/01 og C-139/01, Österreichischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 4989, præmis 68, af 16.12.2008, sag C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi og Satamedia, Sml. I, s. 9831, og dommen i de forenede sager Volker und Markus Schecke og Eifert, præmis 56 ff. Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Promusicae-sagen, punkt 51 ff.

53 — Jf. navnlig 10. betragtning til direktiv 95/46 og 1., 2., 7., 10., 11. og 24. betragtning til samt artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/58.

54 — Scarlet og ISPA gør på samme måde som den belgiske, den tjekkiske og den nederlandske regering i det væsentlige gældende, at etableringen af et sådant filtrerings- og blokeringssystem indebærer, at internetudbyderne skal behandle data af personlig karakter i strid med bestemmelserne i direktiv 95/46 og 2002/58. Derimod finder Sabam, den polske og den finske regering samt Kommissionen, at etableringen af et sådant system ikke strider imod direktiv 95/46 og 2002/58. For en gennemgang af de forbud mod databehandling, der er fastsat i disse direktiver, jf. navnlig generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Promusicae-sagen (punkt 64 ff.).

55 — Efter Scarlets og ISPA's opfattelse udgør IP-adressen, som er specifik for hver enkelt internetbruger, en personoplysning, fordi den netop gør det muligt at identificere internetbrugeren. Indsamlingen og afkodningen af internetbrugernes IP-adresser, som er nødvendig for, at internetbrugerne kan identificeres, og dermed for, at et sådant system kan fungere, udgør derfor en behandling af personoplysninger, som ikke er tilladt ifølge direktiverne.

56 — Promusicae-dommen, præmis 45, og kendelse af 19.2.2009, sag C-557/07, LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten, Sml. I, s. 1227.

derimod endnu ikke haft lejlighed til at fastslå, om en IP-adresse i sig selv kan betragtes som en personoplysning [57].

76. Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse har for sit vedkommende fundet anledning til at bemærke [58], at »overvågningen af internetbrugernes adfærd samt registrering af deres IP-adresser er en overtrædelse af deres ret til respekt for deres privatliv og korrespondance« [59]. Gruppen til beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger, som er oprettet ved direktiv 95/46 [60], mener ligeledes, at der ikke er nogen tvivl om, at IP-adresser udgør personoplysninger som omhandlet i det nævnte direktivs artikel 2, litra a) [61].

77. De nævnte standpunkter svarer til den juridiske realitet, der følger af artikel 5 i direktiv 2006/24/EF [62], som bl.a. pålægger internetudbyderne at lagre en række oplysninger med henblik på efterforskning, afsløring og retsforfølgning af alvorlige forbrydelser. Det drejer sig nærmere bestemt dels om »data, der er nødvendige for at spore og identificere kilden til en kommunikation«, herunder navn og adresse på den abonnent eller registrerede bruger, som er blevet tildelt en IP-adresse, dels om »dato og klokkeslæt for ind- og udlogning af internetadgangstjenester baseret på en bestemt tidszone og den dynamiske eller statiske IP-adresse, som udbyderen af internetadgangstjenesten har tildelt en kommunikation«.

78. Ud fra denne synsvinkel kan en IP-adresse kvalificeres som en personoplysning, eftersom den kan anvendes til at identificere en

57 — Det kan nævnes, at spørgsmålet rejser sig indirekte i sag C-461/10, Bonnier Audio m.fl., der verserer for Domstolen (EUT 2010 C 317, s. 24), og hvori denne i det væsentlige er blevet forelagt det spørgsmål, om direktiv 2006/24 om ændring af direktiv 2002/58 er til hinder for anvendelsen af en national bestemmelse, der er indført i henhold til artikel 8 i direktiv 2004/48, og som indebærer, at det for at identificere en abonnent kan påbydes en internetudbyder at oplyse indehaveren af en ophavsrettighed eller den, til hvem rettigheden er overgået, den IP-adresse, som er blevet anvendt til at krænke rettigheden.

58 — Udtalelse fra Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse (EDPS) om EU's forhandlinger om en handelsaftale vedrørende bekæmpelse af forfalskning (ACTA) (EUT 2010 C 147, s. 1, punkt 24), udtalelse fra Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse om forslaget til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om bekæmpelse af seksuelt misbrug af børn, seksuel udnyttelse af børn og børnepornografi og om ophævelse af rammeafgørelse 2004/68/RIA (EUT 2010 C 323, s. 6, punkt 11).

59 — Han henviser i den forbindelse til retspraksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, afgørelse af 29.6.2006, Weber og Saravia mod Tyskland, klage nr. 54934/00, *Reports of Judgments and Decisions* 2006-XI, og dom af 1.7.2008, Liberty m.fl. mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 58243/00. Det skal dog bemærkes, at de nævnte to sager ikke specifikt vedrører indsamling af IP-adresser på internet, men overvågning af telekommunikation.

60 — Den såkaldte »artikel 29-arbejdsgruppe«.

61 — Jf. navnlig udtalelse nr. 4/2007 af 20.6.2007 om begrebet personoplysninger, WP 136, som er tilgængelig på adressen http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/. I videre udstrækning jf. ligeledes henstilling nr. 3/97 af 3.12.1997, Anonymitet på Internettet, WP 6, og arbejdsdokumentet »Beskyttelse af privatlivets fred på Internettet — En integreret EU-strategi til beskyttelse af onlineoplysninger«, vedtaget 21.11.2000, WP 37, særlig s. 22.

62 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 15.3.2006 om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet og om ændring af direktiv 2002/58/EF (EUT L 105, s. 54).

person på grundlag af et identifikationsnummer eller enhver anden oplysning, som er specifik for den pågældende [63].

79. Det drejer sig derfor i mindre grad om, hvilken retlig status IP-adresser har, end om at fastslå, på hvilke betingelser og i hvilke øjemed IP-adresserne kan indsamles og afkodes og de deraf fremkomne personoplysninger behandles, eller på hvilke betingelser det kan kræves, at IP-adresserne indsamles og afkodes [64].

80. Hvad det gælder om at fastholde i denne forbindelse, er, at der, uanset den ovenfor omtalte teknologiske usikkerhed, ikke kan herske tvivl om, at et filtrerings- og blokeringssystem som det krævede er egnet til at påvirke retten til beskyttelse af personoplysninger [65] i tilstrækkelig grad til, at det kan kvalificeres som en begrænsning som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1.

b) Hemmeligheden af elektronisk kommunikation (chartrets artikel 7)

81. Etableringen af et system til filtrering af elektronisk kommunikation som det krævede er heller ikke uden betydning i relation til retten til brevhemmelighed og i bredere forstand den ved chartrets artikel 7 [66] sikrede ret til kommunikationshemmelighed, som fortolket i lyset af EMRK's artikel 8 og Den

63 — Dette er eksempelvis det standpunkt, som indtages af den nationale kommission for informationsteknologi og friheder i Frankrig, jf. afgørelse 2007-334 af 8.11.2007. Om de nævnte spørgsmål jf. f.eks. M. González Pascual: »La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable«, *REDE*, 2010, nr. 36, s. 591.

64 — Med hensyn til rækkevidden af forbuddet mod lagring og videregivelse af trafikdata som omhandlet i direktiv 2002/58 og undtagelserne derfra henviser jeg til generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Promusicae-sagen, punkt 64. ff.

65 — Ved artikel 11 i direktiv 2006/24 blev der bl.a. indsat et stk. 1a i artikel 15 i direktiv 2002/58, ifølge hvilket stykke artikel 15, stk. 1, i direktiv 2002/58 ikke finder anvendelse på data, som udtrykkelig kræves lagret i henhold til direktiv 2006/24. I samme forbindelse bestemmer artikel 4 i direktiv 2006/24, at »[m]edlemsstaterne træffer foranstaltninger til at sikre, at data, der lagres i overensstemmelse med dette direktiv, kun udleveres til de kompetente nationale myndigheder i særlige sager og i overensstemmelse med national lovgivning. Hver medlemsstat fastsætter i sin nationale lovgivning den procedure, der skal følges, og de betingelser, der skal være opfyldt for at få adgang til lagrede data i overensstemmelse med kravet om nødvendighed og proportionalitet, under hensyn til de relevante bestemmelser i EU-retten og folkeretten, herunder navnlig den europæiske menneskerettighedskonvention, således som den er fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol«.

66 — Scarlet har, støttet af ISPA, gjort gældende, at etableringen af et sådant system vil være i strid med bestemmelserne i direktiv 2002/58 om hemmeligheden af elektronisk kommunikation, og har i den forbindelse henvist til 26. betragtning til og artikel 5 i direktivet.

Europæiske Menneskerettighedsdomstols relevante retspraksis.

82. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har endnu ikke haft anledning til at tage stilling til, om bestemte foranstaltninger til kontrol med elektronisk kommunikation, og så meget desto mere et filtrerings- og blokeringssystem som det krævede, er forenelige med EMRK. På baggrund af Menneskerettighedsdomstolens retspraksis vedrørende telefonaflytning [67] kan det dog antages, at sådanne foranstaltninger udgør indgreb som omhandlet i EMRK's artikel 8. Menneskerettighedsdomstolen har i øvrigt haft lejlighed til at fastslå, at indsamling og lagring af personlige oplysninger om en persons anvendelse af telefon, elektronisk post og internet uden den pågældendes viden udgør et »indgreb« i personens udøvelse af retten til respekt for sit privatliv og sin korrespondance som omhandlet i EMRK's artikel 8 [68].

83. I artikel 5 i direktiv 2002/58 [69] defineres og sikres kommunikationshemmeligheden ved brug af offentlige kommunikationsnet og offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester og hemmeligheden af de dermed forbundne trafikdata. Navnlig forpligter bestemmelsen medlemsstaterne til at forbyde enhver overvågning og enhver registrering af sådan kommunikation, bortset fra tilfælde, hvor dette er tilladt ifølge lovgivningen, jf. direktivets artikel 15. Sidstnævnte bestemmelse tillader medlemsstaterne at vedtage retsforskrifter med henblik på at indskrænke rækkevidden af kommunikationshemmeligheden, hvis en sådan indskrænkning er nødvendig for navnlig at sikre forebyggelse, efterforskning, afsløring og retsforfølgning i straffesager. De foranstaltninger, der kan træffes i dette øjemed, skal under alle omstændigheder træffes »i overensstemmelse med fællesskabsrettens generelle principper, herunder principperne i EU-traktatens artikel 6, stk. 1 og 2«.

2. »Som fortolket navnlig i lyset af chartrets artikel 11«: Sikringen af ytrings- og informationsfriheden

84. Chartrets artikel 11, der ikke alene sikrer ret til at meddele oplysninger, men også

67 — Det er i øvrigt under udtrykkelig henvisning til denne retspraksis, at Menneskerettighedsdomstolen har behandlet en foranstaltning til aflytning af en lejlighed. Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 31.5.2005, Vetter mod Frankrig, klage nr. 59842/00, § 27, hvori der udtrykkeligt henvises til Menneskerettighedsdomstolens ræsonnement i dom af 24.4.1990, Huvig mod Frankrig, klage nr. 11105/84, serie A, nr. 176-B, og af 24.4.1990, Kruslin mod Frankrig, klage nr. 11801/85, serie A, nr. 176-A.

68 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 3.4.2007, Copland mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 62617/00, § 43 og 44.

69 — Det skal bemærkes, at der i 15. betragtning til direktiv 2000/31 udtrykkeligt henvises til artikel 5 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/66/EF af 15.12.1997 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred inden for telesektoren (EFT 1998 L 24, s. 1), som blev ophævet ved direktiv 2002/58.

til at modtage sådanne [70], omfatter naturligvis internettet [71]. Således som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fremhævet, »bidrager internetsteder på grund af deres tilgængelighed og evne til at opbevare og sprede store mængder data i høj grad til at forbedre offentlighedens adgang til nyheder og til generelt at fremme viderebringelsen af oplysninger« [72].

85. Der er, således som Scarlet har anført, næppe nogen tvivl om, at etableringen af et filtrerings- og blokeringssystem som det krævede, og især blokeringsmekanismen, som kan indebære, at al den elektroniske kommunikation, der gennemføres ved hjælp af Scarlets tjenesteydelser, skal kontrolleres, på grund af sin karakter udgør en »restriktion« som omhandlet i EMRK's artikel 10 for kommunikationsfriheden, der er fastsat i chartrets artikel 11, stk. 1 [73], uanset hvilke tekniske kriterier der lægges til grund for den konkrete kontrol med kommunikationen, uanset hvor omfattende og hvor indgående den foretagne kontrol er, og uanset hvor effektiv og pålidelig den kontrol, som faktisk gennemføres, er, idet disse punkter, således som jeg anførte ovenfor, ikke er afklaret.

86. Således som Scarlet har gjort gældende, vil et kombineret filtrerings- og blokeringssystem uundgåeligt påvirke den lovlige udveksling af indhold og vil derfor have virkninger for indholdet af de rettigheder, der er sikret ved chartrets artikel 11, om så blot fordi det varierer fra land til land, og dermed undslipper teknikken, om en bestemt kommunikation er lovlig eller ej, hvilket afhænger af den pågældende ophavsrettigheds udstrækning. Så vidt jeg kan bedømme, synes intet filtrerings- og blokeringssystem at kunne sikre på en måde, som er forenelig med chartrets artikel 11 og artikel 52, stk. 1, at det kun er udveksling, der specifikt er blevet identificeret som ulovlig, der blokeres.

70 — På samme måde som EMRK's artikel 10. Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 26.11.1991, Observer og Guardian mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 13585/88, serie A, nr. 216, § 59, og af 19.2.1998, Guerra m.fl. mod Italien, klage nr. 14967/89, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, § 53.

71 — Det kan nævnes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ligeledes, når den har skullet vurdere, om en »restriktion« var forenelig med udtryksfriheden under hensyn til kravene i EMRK's artikel 10, stk. 2, har haft anledning til at tage den »magt«, internettet besidder, i betragtning, fordi det har en kraftig multiplikatoreffekt, da det som sådant er tilgængeligt for alle. Jf. navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 13.1.2011, Mouvement Raëlien Suisse mod Schweiz, klage nr. 16354/06, § 54 ff., af 16.2.2010, Akdaş mod Tyrkiet, klage nr. 41056/04, § 28, og af 16.7.2009, Willem mod Frankrig, klage nr. 10883/05, § 36 og 38.

72 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 10.5.2009, Times Newspapers Limited mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 3002/03 og 23676/03, § 27. Menneskerettighedsdomstolen bemærkede ved denne lejlighed, at »oprettelsen af arkiver på internet, der repræsenterer et væsentligt aspekt af den rolle, internetstederne spiller«, er omfattet af anvendelsesområdet for EMRK's artikel 10.

73 — Det har kunnet hævdes, at bestemmelserne i en medlemsstats lovgivning om intellektuel ejendomsret i sig selv kan udgøre en restriktion som omhandlet i EMRK's artikel 10, jf. R. Danay: »Copyright vs. Free Expression: the Case of peer-to-peer File-sharing of Music in the United Kingdom«, i *Yale Journal of Law & Technology*, 2005-2006, bind 8, nr. 2, s. 32.

3. Delkonklusion

87. Det følger af de foranstående betragtninger, at den begærede foranstaltning ved at gøre det pligtigt at etablere et system til filtrering og blokering af elektronisk kommunikation som det ovenfor beskrevne kan påvirke udøvelsen af de ved chartret beskyttede rettigheder og friheder, som fortolket ovenfor, negativt og derfor set fra synspunktet for de personer, der anvender Scarlets tjenesteydelser, og i bredere forstand internetbrugernes synspunkt må kvalificeres som en »begrænsning« som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1 [74]. De begrænsninger for udøvelsen af brugernes grundlæggende rettigheder, som etableringen af et filtrerings- og blokeringssystem indebærer, kan imidlertid kun tillades, hvis de opfylder en række betingelser, som jeg nu skal behandle.

D — *Betingelserne for at begrænse udøvelsen af de ved chartret anerkendte rettigheder og friheder, særligt betingelsen om »lovgivningens kvalitet« (chartrets artikel 52, stk. 1)*

88. I chartret fastsættes som bekendt de betingelser, enhver begrænsning i udøvelsen af de ved chartret anerkendte rettigheder og friheder skal opfylde, på samme måde som der i EMRK fastsættes betingelserne for, at bl.a. ethvert indgreb i retten til privatliv og enhver restriktion for udtryksfriheden kan anses for lovligt.

89. I chartrets artikel 52 henvises der således til »behov[et] for beskyttelse af andres rettigheder og friheder« og til nødvendigheden af, at foranstaltninger af denne art tager sigte på »mål af almen interesse« og overholder proportionalitetsprincippet. Skønt der ikke er nogen tvivl om, at beskyttelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder udgør et mål af almen interesse — hvilket direktiv 2001/29 og 2004/48 vidner om — er den væsentligste begrundelse for filtrerings- og blokeringssystemet under omstændighederne i hovedsagen imidlertid nødvendigheden af at beskytte »andres rettigheder og friheder«. »Behovet for beskyttelse af [de] rettigheder«, der tilkommer indehaverne af ophavsret og beslægtede rettigheder, er et centralt element i den foreliggende sag og den grundlæggende anledning til det civile søgsmål, Sabam har anlagt mod Scarlet.

90. Det skal kraftigt understreges i denne forbindelse, at ejendomsretten nu er fastslået i chartrets artikel 17, i hvis stk. 2 det udtrykkeligt angives — hvilket ikke må glemmes — at »[i]ntellektuel ejendomsret er beskyttet«. Jeg henleder ligeledes opmærksomheden på, at Domstolen tidligere har fastslået, at ejendomsretten er en grundlæggende rettighed, som hører til de almindelige

74 — Eller alternativt som et »indgreb« som omhandlet i EMRK's artikel 8 eller en »restriktion« som omhandlet i EMRK's artikel 10.

retsgrundsætninger [75], og at ophavsretten er en del af ejendomsretten [76]. Direktiv 2001/29 og 2004/48 [77] har selv til formål at sikre et højt beskyttelsesniveau for intellektuel ejendomsret. Endvidere har Den Europæiske Menneskerettighedskommission og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i deres retspraksis gentagne gange fastslået, at intellektuel ejendomsret som sådan ubestrideligt er omfattet af den beskyttelse, der er fastsat i artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til EMRK [78].

91. Endelig har Domstolen bemærket, at ophavsrettens eksistensberettigelse består i, at den giver skaberen af originalværker med opfindelseshøjde eneret til at udnytte sådanne værker [79]. Ophavsretten og de beslægtede rettigheder har således en økonomisk karakter, eftersom de bl.a. giver ret til kommercielt at udnytte værkets udbredelse, især i form af licenser, som indrømmes mod betaling af afgifter [80].

92. Der er således ingen tvivl om, at der foreligger et »behov for beskyttelse af en rettighed« som omhandlet i chartrets artikel 52, stk. 1, der kunne berettige en »begrænsning« af andre rettigheder og friheder som omhandlet i den samme bestemmelse.

93. Nu hvor dette er understreget, skal det anføres, at det for at give den forelæggende ret et anvendeligt svar på dens spørgsmål ikke er nødvendigt at foretage en detaljeret behandling af samtlige betingelser for at tillade begrænsninger af de ved chartret anerkendte rettigheder og friheder. Den forelæggende ret udbeder sig nemlig meget specifikt oplysning om, hvorvidt den begrænsning i udøvelsen af rettighederne og frihederne, som etableringen af det krævede filtrerings- og blokeringssystem vil udgøre ifølge det, jeg har anført i det foregående, kan foretages »alene på grundlag af [d]en [nationale] lovbestemmelse«, som artikel 87, stk. 1, i lov af 30. juni 1994 om ophavsret og beslægtede rettigheder udgør, og som retten i øvrigt gengiver in extenso. Dette aspekt af det præjudicielle spørgsmål kræver først og fremmest en undersøgelse af den første betingelse i chartrets artikel 52, stk. 1, som [i de franske udgaver af bestemmelserne] bogstavelig talt er fælles for både denne bestemmelse, EMRK's artikel 8, stk. 2, og EMRK's artikel 10, stk. 2, nemlig at

75 — Jf. bl.a. dom af 12.9.2006, sag C-479/04, Laserdisken, Sml. I, s. 8089, præmis 62.

76 — Laserdisken-dommen, præmis 65.

77 — Jf. navnlig tredje og fjerde betragtning til direktiv 2001/29 og første og tiende betragtning til direktiv 2004/48.

78 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedskommissions afgørelse af 4.10.1990, Smith Kline og French Laboratories Ltd. mod Nederlandene, klage nr. 12633/87, DR 66, s. 81, og af 11.1.1994, A. D. mod Nederlandene, klage nr. 21962/93, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 20.11.1995, British-American Tobacco Company Ltd. mod Nederlandene, serie A, nr. 331, § 71 og 72, af 30.3.1989, Chappel mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 10461/83, serie A, nr. 152A, § 59, og af 11.1.2007, Anheuser-Bush Inc. mod Portugal, klage nr. 73049/01, § 71 og 72, samt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse af 5.7.2005, Melnychuk mod Ukraine, klage nr. 28743/03, § 3.

79 — Jf. dom af 17.5.1988, sag 158/86, Warner Brothers og Metronome Video, Sml. s. 2605, præmis 13.

80 — Jf. dom af 20.1.1981, forenede sager 55/80 og 57/80, Musik-Vertrieb membran og K-tel International, Sml. s. 147, præmis 12, og af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Phil Collins m.fl., Sml. I, s. 5145, præmis 20.

begrænsningen henholdsvis skal være »fastlagt i lovgivningen«, ske »i overensstemmelse med loven« eller være »foreskrevet ved lov«, idet undersøgelsen foretages i lyset af de relevante afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvori den fortolker de to sidstnævnte bestemmelser, hvilke afgørelser med tiden kommer til at udgøre en meget omfattende retspraksis, som gør det muligt at udlede rækkevidden af betingelsen, således som det tidligere er blevet bemærket.

94. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har gentagne gange fastslået, at de bestemmelser i EMRK, hvori det fastsættes som en betingelse for et indgreb i udøvelsen af en rettighed eller for en restriktion for udøvelsen af en ved konventionen sikret frihed, at indgrebet eller restriktionen »sker i overensstemmelse med loven« eller »er foreskrevet ved lov« [81] ikke blot indebærer, at foranstaltningen har et lovgrundlag som sådant, dvs. at den har »et grundlag i den nationale lovgivning«, men også indebærer krav, der for at benytte det af Menneskerettighedsdomstolen anvendte udtryk vedrører »den pågældende lovgivnings kvalitet« [82]. Den nævnte »lovgivning« skal således være »tilstrækkeligt tilgængelig og forudsigelig, dvs. affattet tilstrækkeligt præcist til, at den retsundergivne — om fornødent efter at have indhentet kyndige råd — kan tilpasse sin adfærd [83]«, »forudse, hvilke konsekvenser den har for ham«, og »i rimelig grad under sagens omstændigheder forudse, hvilke konsekvenser en given handling kan have« [84].

95. »Lovgivningen« skal således være tilstrækkeligt klar [85] og forudsigelig hvad angår betydningen og karakteren af de foranstaltninger, der finder anvendelse [86], og tilstrækkeligt tydeligt angive, hvilken udstrækning

81 — Bl.a. P. van Dijk, m.fl.: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4. udg., Intersentia, 2006, s. 336, F.G. Jacobs, R.C.A. White og C. Ovey: *The European Convention on Human Rights*, 5. udg., Oxford University Press, 2010, s. 315, D.J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. udg., Oxford University Press, 2009, C. Grabenwarter: *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 3. oplag, Helbing & Lichtenhahn, 2008, s. 112, F. Matscher: »Der Gesetzesbegriff der EMRK«, i Adamovich og A. Kobzina: *Der Rechstaat in der Krise — Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag*, Mainz, 1991, s. 105, J. Gundel, *Beschränkungsmöglichkeiten*, i *Handbuch der Grundrechte*, bind VI/1, Müller, 2010, s. 471, og R. Weiß: *Das Gesetz im Sinne der europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, 1996.

82 — Jf. bl.a. L. Martín-Retortillo Baquer: »La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos«, i *Derecho Privado y Constitución*, 2003, nr. 17, s. 377, og P. Wachsmann: »De la qualité de la loi à la qualité du système juridique«, i *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, bind 2, s. 1687.

83 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 26.3.1987, Leander mod Sverige, klage nr. 9248/81, serie A, nr. 116, § 50.

84 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 25.2.1992, Margareta og Roger Andersson mod Sverige, klage nr. 12963/87, serie A, nr. 226-A, § 75.

85 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 3.7.2007, Tan mod Tyrkiet, klage nr. 9460/03, § 22-26. I denne sag behandlede domstolen spørgsmålet om, hvorvidt en række bestemmelser om indsattes korrespondance var i overensstemmelse med princippet om, at lovgivningen skal være klar. Domstolen fastslog, at det i bestemmelserne, som gav fængselsinstitutionernes ledere beføjelse til efter beslutning af disciplinærkommissionen at nægte at videresende, at censurere og at destruere post, der blev anset for at være »forstyrrende«, ikke var angivet tilstrækkelig klart, hvilken udstrækning myndighedernes skønsbeføjelse havde på det pågældende område, og hvilke nærmere betingelser den var underlagt.

86 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Kruslin mod Frankrig, § 30, og dens afgørelse af 25.9.2006, Coban mod Spanien, klage nr. 17060/02.

beføjelsen til at gøre indgreb i udøvelsen af de ved EMRK sikrede rettigheder har, og fremgangsmåden ved dens udøvelse [87]. En lovgivning, hvorved der tillægges en beføjelse til at foretage et skøn, strider ikke i sig selv mod dette krav, forudsat at udstrækningen af en sådan beføjelse og fremgangsmåden ved udøvelsen heraf er angivet tilstrækkeligt klart i relation til det lovlige mål, der er tale om, således at borgeren er tilstrækkeligt beskyttet mod vilkårlighed [88]. Således skal det i en lovgivning, hvorved der tillægges en skønsbeføjelse, være fastsat, hvilken rækkevidde denne har [89].

96. En begrænsning kan følgelig kun tillades, hvis den har et lovgrundlag i den nationale lovgivning, som er tilgængeligt, klart og forudsigeligt [90], hvilke betingelser alle følger af retsstatstanken [91]. Det er af dette krav om en retsstat [92], at det følger, at lovgivningen skal være tilgængelig og forudsigelig for den berørte [93].

97. Betingelsen om, at enhver begrænsning sker »i overensstemmelse med loven« eller er »foreskrevet ved lov«, indebærer således ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, at den, der udøver offentlig myndighed, skal handle inden for rammer, der er fastlagt på forhånd i retsregler, hvilket »indebærer visse krav, der skal opfyldes af

87 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 14.9.2010, Sanoma Uitgevers mod Nederlandene, klage nr. 38224/03, § 81 og 82.

88 — Bl.a. dommen i sagen Margareta og Roger Andersson, § 75.

89 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 25.3.1983, Silver m.fl. mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 og 7136/75, serie A, nr. 61, § 88.

90 — Jf. herom punkt 53 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Promusicae-dagen, hvori der henvises til dommen i sagen Österreichischer Rundfunk, præmis 76 og 77.

91 — For en samlet fremstilling af disse forskellige krav jf. navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 25.5.1998, Kopp mod Schweiz, klage nr. 23224/94, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, § 55.

92 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 30.7.1998, Valenzuela Contreras mod Spanien, klage nr. 27671/95, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V, § 46, hvori der henvises til dom af 2.8.1984, Malone, klage nr. 8691/79, serie A, nr. 82, og dommen i sagen Kruslin mod Frankrig og i sagen Kopp mod Schweiz.

93 — Retsstatsprincippet, hvortil der henvises i præamblen til EMRK, indebærer, at den nationale ret yder en vis beskyttelse mod vilkårlige krænkelser fra de offentlige myndigheders side af de rettigheder, der sikres ved konventionen. Princippet »betyder, at et indgreb i en borgers rettigheder fra myndighedernes side kan underkastes en effektiv kontrol« (Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 6.9.1978, Klass m.fl. mod Tyskland, klage nr. 5029/71, serie A, nr. 28, s. 25-26, § 55, Malone-dommen, § 68, og dommen i sagen Silver m.fl., § 90), »indebærer bl.a., at et indgreb fra den udøvende magts side i en borgers rettigheder er undergivet en effektiv kontrol, der normalt, i det mindste i sidste instans, skal varetages af den dømmende magt, eftersom denne frembyder den bedste garanti for uafhængighed, upartiskhed og en korrekt rettergang« (Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Klass m.fl., § 55), men kræver også et »minimum af beskyttelse«, der tilsidesættes, »hvis den skønsbeføjelse, den udøvende magt er tillagt, er uden grænser« (om EMRK's artikel 8, jf., ud over Malone-dommen, § 68, og dommen i sagen Kruslin mod Frankrig, § 30, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 4.5.2000, Rotaru mod Rumænien, klage nr. 28341/95, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-V, § 55, af 6.6.2006, Segerstedt-Wiberg m.fl. mod Sverige, klage nr. 62332/00, *Reports of Judgments and Decisions* 2006-VII, § 76, af 8.6.2006, Lupsa mod Rumænien, klage nr. 10337/04, *Reports of Judgments and Decisions* 2006-VII, § 34, samt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelse af 29.6.2006, Weber og Saravia mod Tyskland, klage nr. 54934/00, *Reports of Judgments and Decisions* 2006-XI, § 94, om EMRK's artikel 10 jf. Sanoma Uitgevers-dommen, § 82), eller hvis den skønsbeføjelse, en domstol er tillagt, er uden grænser (Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24.4.1990, Huvig mod Frankrig, klage nr. 11105/84, serie A, nr. 176-B, s. 55, § 29, afgørelsen i sagen Weber og Saravia mod Tyskland, § 94, dommen i sagen Liberty m.fl., § 62, og dom af 10.3.2009, Bykov mod Rusland, klage nr. 4378/02, § 78).

såvel retsreglerne selv som de procedurer, der skal sikre, at de overholdes i praksis« [94].

98. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har ligeledes fastslået, at rækkevidden af begrebet lovgivningens forudsigelighed og tilgængelighed i vid udstrækning afhænger af indholdet af den pågældende retsforskrift, det område, den dækker, og adressaternes antal og retsstilling [95]. At lovgivningen er forudsigelig, er ikke til hinder for, at den berørte kan være nødt til at indhente kyndige råd for i rimelig grad under sagens omstændigheder at vurdere, hvilke konsekvenser en given handling kan have [96]. Det gælder således særligt erhvervsudøvere, der er vant til at skulle udvise stor omtanke ved udøvelsen af deres erhverv.

99. Endelig har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fundet anledning til at gøre klart, at udtrykket »lovgivning« skal forstås i sin »materielle« og ikke kun i sin formelle betydning, hvorfor det kan omfatte såvel »skreven ret« som »uskreven ret« eller »ret, som er blevet udviklet« af domstolene [97]. På den baggrund kan det bl.a. være nødvendigt i givet fald at tage retspraksis i betragtning. »En fast retspraksis«, som er offentliggjort og dermed tilgængelig, og som følges af lavere retsinstanser, kan under visse omstændigheder supplere en lovbestemmelse og tydeliggøre den, således at den bliver forudsigelig [98].

94 — P. Wachsmann: La prééminence du droit, i Le droit des organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, s. 241, navnlig s. 263, jf. ligeledes G. Wiarda: La Convention européenne des droits de l'homme et la prééminence du droit, Rivista di studi politici internazionali, 1984, s. 452, K. Grabarczyk: Les principes généraux dans la jurisprudence de Cour européne des droits de l'homme, PUAM, 2008, navnlig s. 194 ff., og J.-Y Morin: »La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen«, i *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski, Kluwer Law International*, 1996, s. 643.

95 — Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 28.3.1990, Groppera Radio m.fl. mod Schweiz, klage nr. 10890/84, serie A, nr. 173, s. 26, § 68, og af 15.11.1996, Cantoni mod Frankrig, klage nr. 17862/91, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, § 35. Således som Menneskerettighedsdomstolen anførte vedrørende en foranstaltning til overvågning af en persons bevægelser på offentligt område ved hjælp af GPS, kan de relativt strenge kriterier, der er fastsat og følges i sammenhæng med specifikt telekommunikation, ikke finde anvendelse *mutatis mutandis* på enhver form for indgreb. Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 2.9.2009, Uzun mod Tyskland, klage nr. 35623/05, § 66. I denne sag foretrak domstolen at følge de generelle principper, som skal iagttages, »for at der foreligger tilstrækkelig beskyttelse mod vilkårlige indgreb i udøvelsen af de rettigheder, der er sikret ved artikel 8« i EMRK. Den anførte i den nævnte sammenhæng, at »når der er tale om hemmelige overvågningsforanstaltninger truffet af de offentlige myndigheder, forudsætter den manglende offentlige kontrol og risikoen for magtmisbrug, at den nationale ret yder beskyttelse mod vilkårlige indgreb i udøvelsen af de rettigheder, der er sikret ved artikel 8«. »Domstolen skal være overbevist om, at der findes passende og tilstrækkelige garantier mod misbrug. Vurderingen af, om dette er tilfældet, beror på alle sagens omstændigheder, for eksempel hvilken karakter, udstrækning og varighed de eventuelle foranstaltninger har, hvilke grunde der skal foreligge, for at der kan træffes bestemmelse om dem, hvilke myndigheder der har beføjelse til at tillade, gennemføre og kontrollere dem, og hvilke former for klagemuligheder der findes ifølge den nationale lovgivning«.

96 — Bl.a. Groppera Radio-dommen, § 68, og Tolstoy Miloslavsky-dommen, § 37.

97 — Jf. bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 26.4.1979, Sunday Times mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 6538/74, serie A, nr. 30, § 49, og af 13.7.1995, Tolstoy Miloslavsky mod Det Forenede Kongerige, klage nr. 18139/91, serie A, nr. 316-B, § 37, samt Sanoma Uitgevers-dommen, § 83.

98 — Bl.a. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24.5.1998, Müller m.fl. mod Schweiz, klage nr. 10737/84, serie A, nr. 133, § 29.

100. Sammenfattende giver såvel chartret som EMRK mulighed for at foretage en begrænsning i udøvelsen af de derved sikrede rettigheder og friheder, et indgreb i udøvelsen af de derved sikrede rettigheder eller en restriktion for udøvelsen af de derved sikrede friheder, bl.a. på den betingelse, at begrænsningen, indgrebet eller restriktionen »sker i overensstemmelse med loven« eller er »foreskrevet ved lov«. Ud fra disse udtryk og i det væsentlige på baggrund af begrebet »lovgivningens kvalitet« [99] har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol først og fremmest på grundlag af retsstatsprincippet, der fastslås i præamblen til EMRK, udviklet en veritabel doktrin, hvorefter enhver begrænsning, ethvert indgreb eller enhver restriktion på forhånd skal være forudset i lovgivningen, i det mindste i dette begrebs materielle betydning, der skal være tilstrækkelig præcis i forhold til det formål, der forfølges hermed, dvs. i overensstemmelse med en række mindstekrav. Domstolen skal tage denne retspraksis i betragtning, når den fortolker rækkevidden af de dertil svarende bestemmelser i chartret.

E — »*Alene på grundlag af en lovbestemmelse«: Undersøgelse af den nationale lovgivning i relation til betingelsen om »lovgivningens kvalitet« (chartrets artikel 52, stk. 1)*

101. På dette stadium af min undersøgelse står der kun tilbage at afklare, om det lovgrundlag i medlemsstatens retsorden, som den forelæggende ret henviser til, set fra synspunktet for de personer, der anvender Scarlets tjenesteydelser, og i bredere forstand internetbrugernes synspunkt, rent faktisk kan udgøre den »lovgivning«, chartret kræver, som omhandlet i den retspraksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvortil jeg har henvist ovenfor, i givet fald tilpasset de træk, der er særlige for Unionens retsorden.

102. Indledningsvis skal jeg gentage det bogstavelige indhold af den pågældende nationale lovbestemmelse, nemlig artikel 87, stk. 1, andet afsnit, i lov af 30. juni 1994 om ophavsret og beslægtede rettigheder, som den forelæggende ret omhyggeligt gengiver in extenso i selve det præjudicielle spørgsmål: »[Præsidenten for Tribunal de première instance og præsidenten for Tribunal de commerce] kan ligeledes over for mellemmænd, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke ophavsretten eller en beslægtet rettighed, udstede påbud om, at krænkelsen bringes til ophør.«

99 — Det skal bemærkes, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol gradvis har givet begrebet »lovgivningens kvalitet« en egen betydning, som er tilpasset virkeliggørelsen af EMRK's mål, og som adskiller begrebet fra de beslægtede begreber, der findes inden for visse medlemsstaternes retssystemer, og som ofte har et bredere indhold, jf. bl.a. L. Milano: Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi, *Revue du Droit public*, 2006, nr. 3, s. 637, La mauvaise qualité de la loi: Vagueness Doctrine at the French Constitutional Council, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Winter 2010, nr. 37, s. 243, M. Reicherzer: Legitimität und Qualität von Gesetzen, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2004, s. 121, P. Wachsmann: La qualité de la loi, Mélanges Paul Amselek, s. 809, P. de Montalivet: »La »juridicisation« de la légistique. À propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi«, i *La confection de la loi*, PUF, 2005, s. 99, og H. Moysan: »L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative«, *AJDA*, 2001, s. 428.

103. Efter denne præcisering er der ingen tvivl om, at belgisk ret indeholder »et« lovgrundlag, på hvilket der i forbindelse med et civilt søgsmål anlagt for at opnå fastslåelse af, pålæggelse af sanktion og i givet fald erstatning for en krænkelse af ophavsretten eller beslægtede rettigheder kan udstedes et påbud om ophør til, som i hovedsagen, en internetudbyder som Scarlet med henblik på at sikre, at krænkelsen faktisk ophører. Det spørgsmål, den forelæggende ret har rejst, drejer sig dog ikke om, hvorvidt den kompetente belgiske ret på grundlag af denne beføjelse til at udstede påbud generelt kan udstede et påbud om ophør i en sådan sammenhæng og med et sådant formål, men om den under hensyn til de krav, der følger af »lovgivningens kvalitet« som omhandlet i EMRK og nu chartret, kan træffe bestemmelse om en foranstaltning af en sådan art som den foranstaltning, hvorom der er fremsat begæring i det foreliggende tilfælde.

104. Jeg må derfor først genoptage de overvejelser, jeg i begyndelsen anstillede om karakteren og, i sidste instans, »arten« af den begærede foranstaltning.

105. Som det er fremgået ovenfor, er, set fra Scarlets og internetudbydernes synspunkt, forpligtelsen til udelukkende for disses egen regning at etablere et filtrerings- og blokeringssystem som det omhandlede på den ene side så særpræget eller usædvanlig og på den anden side så »ny« eller uventet, at den kun kan tillades, hvis den udtrykkeligt, på forhånd samt klart og præcist er forudset i en »lovgivning« i chartrets forstand. Hvis den kompetente nationale ret træffer bestemmelse om den begærede foranstaltning på grundlag af den omhandlede nationale bestemmelse, kan den imidlertid næppe anses for at holde sig inden for de grænser, der udtrykkeligt, på forhånd samt klart og præcist er fastsat i »lovgivningen«, navnlig under hensyn til bestemmelserne i artikel 15 i direktiv 2000/31 [100]. At en belgisk ret skulle træffe bestemmelse om en foranstaltning af denne art, var, set fra Scarlets synspunkt, vanskeligt at forudse [101] og grænser endog, henset til foranstaltningens potentielle økonomiske følger, til det vilkårlige.

106. I forhold til perspektivet for brugerne af Scarlets tjenesteydelser og i bredere forstand for internetbrugerne vil filtreringssystemet,

100 — I artikel 15, stk. 1, i direktiv 2000/31 pålægges medlemsstaterne en dobbelt undladelsesforpligtelse. De skal undlade at pålægge »tjenesteyderne« en generel forpligtelse til at overvåge den information, disse fremsender eller lagrer, eller en generel forpligtelse til aktivt at undersøge forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed. Desuden pålægges det i artikel 12, stk. 1, i direktiv 2000/31 medlemsstaterne at sikre, at tjenesteydere, der leverer adgang til kommunikationsnet, og dermed bl.a. internetudbydere, ikke er ansvarlige for den transmitterede information.

101 — I 30. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/136/EF af 25.11.2009 om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester, direktiv 2002/58/EF om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor og forordning (EF) nr. 2006/2004 om samarbejde mellem nationale myndigheder med ansvar for håndhævelse af lovgivning om forbrugerbeskyttelse (EUT L 337, s. 11) hedder det ligeledes, at »[d]irektiv 2002/22/EF [ikke indeholder] krav om, at udbyderne skal overvåge de oplysninger, der transmitteres via deres net, eller retsforfølge deres kunder på grund af sådanne oplysninger, og direktivet pålægger heller ikke udbyderne et ansvar for disse oplysninger«.

uanset efter hvilke kriterier det konkret skal fungere, skulle anvendes systematisk og universelt, permanent og tidsubegrænset, uden at der er knyttet nogen specifik garanti til etableringen af det med hensyn bl.a. til beskyttelse af personoplysninger og kommunikationshemmeligheden. Endvidere skal blokeringsmekanismen, ligeledes uanset efter hvilke kriterier den konkret skal fungere, træde i funktion, uden at der udtrykkeligt for de berørte personer, dvs. internetbrugerne, er fastsat en mulighed for at modsætte sig blokeringen af en bestemt fil eller anfægte beretigelsen heraf.

107. Det kan næppe forholde sig anderledes, når den nationale lovgivning, der er tale om, ikke har til formål at bemyndige de kompetente nationale retsinstanser til at træffe bestemmelse om en foranstaltning, hvorefter al den elektroniske kommunikation, der foretages af abonnenterne hos de internetudbydere, som udøver deres virksomhed på den pågældende medlemsstats område, skal filtreres.

108. Der må derfor drages den konklusion, at den omhandlede bestemmelse i den nationale lovgivning under hensyn til chartrets artikel 7, 8 og 11, herunder navnlig kravene vedrørende »lovgivningens kvalitet«, og i bredere forstand retsstatsprincippets krav, ikke kan betragtes som et tilstrækkeligt lovgrundlag for udstedelse af et påbud om etablering af et filtrerings- og blokeringssystem som det, der er stillet krav om i hovedsagen.

109. Desuden må det i relation til begrebet den »materielle« betydning af »lovgivningen« ligeledes fastslås, at der ikke er blevet henvist til nogen omfattende praksis ved de belgiske retsinstanser, hvori fortolkningen og anvendelsen af den omhandlede bestemmelse i den nationale lovgivning er blevet gentaget og præciseret i overensstemmelse med EU-retten og den i EMRK fastlagte ret i den begærede foranstaltnings retning, og som dermed giver grundlag for at fastslå, at kravet om lovgivningens forudsigelighed er opfyldt [102].

110. På baggrund af hvad der blev fastslået ovenfor, er det ikke nødvendigt at undersøge EU-rettens betydning [103] for »kvaliteten« af det nationale lovgrundlag. Generaladvokat Kokott anførte i denne henseende i sit forslag til afgørelse i Promusicae-sagen [104]: »Balancen mellem de relevante grundlæggende rettigheder tilkommer det i første omgang Fællesskabets lovgiver [...] at fastlægge«, og »[m]edlemsstaterne er dog også forpligtede til at overholde disse rettigheder, når de

102 — Jf. navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i Chappel-sagen, § 56. Jf. ligeledes Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 15.2.2007, Bock og Palade mod Rumænien, klage nr. 21740/02, §§ 61-64, af 14.2.2008, July og Libération mod Frankrig, klage nr. 20893/03, § 55, og af 5.2.2009, Brunet-Lecomte m.fl. mod Frankrig, klage nr. 42117/04, § 42.

103 — Om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols hensyntagen til EU-retten ved vurderingen af lovgivningens kvalitet jf. navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i Cantoni-sagen, § 30, og dens afgørelse af 27.5.2008, Marchiani mod Frankrig, klage nr. 30392/03.

104 — Punkt 56.

gennemfører direktiver inden for rammerne af deres resterende lovgivningsmæssige spillerum«.

111. Dermed rejses det særligt vanskelige spørgsmål om, hvilket »ansvar« der under hensyn til de ovenfor behandlede krav vedrørende retsstatsprincippet påhviler henholdsvis Unionen og medlemsstaterne i en situation, hvor direktiver sammen med nationale gennemførelsesforanstaltninger anvendes på en måde, der medfører en »begrænsning« af en rettighed, som er sikret, eller en frihed, som anerkendes, ved chartret. Ordlyden af den forelæggende rets spørgsmål, som udtrykkeligt tager sigte på bestemmelserne i den nationale lovgivning, der skal gennemføre direktiv 2001/29 og 2004/48 om beskyttelse af intellektuel ejendomsret, betyder imidlertid, da det tidligere er blevet fastslået, at ingen af de omhandlede direktiver gør det pligtigt at etablere et filtrerings- og blokeringssystem som det, der er stillet krav om i hovedsagen, at der foreløbig kan ses bort fra dette spørgsmål.

112. Endelig må den opfattelse, at de omhandlede direktiver, og navnlig direktiv 2000/31, skal underkastes en ajourført fortolkning, der tager hensyn til udviklingen inden for teknologien og anvendelsen af internettet, forkastes i denne forbindelse. Skønt kravet om forudsigelighed naturligvis ikke indebærer, at der skal være absolut sikkerhed, således som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol flere gange har fastslået [105], kan den betragtning, at der skal anlægges en »levende« fortolkning af bestemmelserne, ikke råde bod på, at der ikke findes noget nationalt lovgrundlag, hvori der udtrykkeligt henvises til et system til filtrering og blokering af elektronisk kommunikation. En fortolkning af EU-retten, herunder navnlig artikel 15 i direktiv 2000/31, hvorefter denne tillader eller ikke er til hinder for, at der træffes en foranstaltning som den begærede, vil ikke være i overensstemmelse med betingelsen om »lovgivningens kvalitet« og vil stride imod retssikkerhedsprincippet [106] og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

113. Jeg vil gerne tilføje nogle afsluttende betragtninger. Ved at kræve, at enhver »begrænsning« af (eller ethvert »indgreb« i eller enhver »restriktion« for) rettighederne og frihederne skal være »fastlagt i lovgivningen«, henviser chartret på samme måde som EMRK meget specifikt til den funktion, lovgivningen — retten i egentlig forstand — har som kilde til tranquillitas publica, og det på det yderst følsomme område, som det drejer sig om i det foreliggende tilfælde. Ifølge chartret skal »lovgivningen« ikke alene bestå forud for enhver begrænsning af rettighederne og frihederne, begrænsningen skal også respektere disses »væsentligste indhold«, hvilket gør det

105 — Således som den har bemærket, »ledsages sikkerhed, skønt denne er særdeles ønskelig, undertiden af en uforholdsmæssig stivhed, idet retten imidlertid skal kunne tilpasse sig ændringer i omstændighederne«, bl.a. Sunday Times-dommen, § 49, og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 18.5.2004, Éditions Plon mod Frankrig, klage nr. 58148/00, *Reports of Judgments and Decisions* 2004-IV, § 26.

106 — Om den forbindelse, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol undertiden har knyttet mellem retsstatsprincippet og retssikkerhedsprincippet, jf. navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 25.7.2002, Sovtransavto Holding mod Ukraine, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-VII, klage nr. 48553/99, § 77, og af 8.11.2005, Timotiyevich mod Ukraine, klage nr. 63158/00, § 32. Jf. ligeledes førnævnte disputats K. Grabarczyk: *Les principes généraux dans la jurisprudence de Cour européne des droits de l'homme*, navnlig s. 209 ff., nr. 583 ff.

uomgængeligt nødvendigt, at det er lovgiver, der fastlægger skillelinjen mellem begrænsningen af rettigheden og det i princippet urørlige område, det væsentligste indhold omfatter. På samme måde kræves det i chartret, at enhver begrænsning i udøvelsen af de heri anerkendte rettigheder og friheder iagttager proportionalitetsprincippet, overholder nødvendighedsprincippet og faktisk tilsigter at opfylde mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder. I relation til alle disse betingelser er det efter min opfattelse på ny selve eksistensen af en sådan »lovgivning«, der savnes — »lovgivning« forstået som ret, der »bliver til ved forhandling«, dvs. som er demokratisk legitimeret. Således havde kun en lov i parlamentarisk forstand gjort det muligt at gå videre med undersøgelsen i relation til de øvrige betingelser i chartrets artikel 52, stk. 1. Det kan hævdes i denne sammenhæng, at chartrets artikel 52, stk. 1, indeholder et forudsætningsvist krav om lovgivning, der »bliver til ved forhandling« i forbindelse med den offentlige debats intensitet. Det er imidlertid det udtrykkelige krav om lovgivning i betydningen »forudgående ret«, der er tale om i den aktuelle sag. Og nu hvor det er blevet fastslået, at en sådan lovgivning mangler i det foreliggende tilfælde, kan den forelæggende rets første spørgsmål besvares.

114. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen svarer benægtende på Cour d'appel de Bruxelles' første præjudicielle spørgsmål og følgelig udtaler, at det ikke er fornødent at besvare andet spørgsmål, der er forelagt subsidiært.

V — Forslag til afgørelse

115. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Cour d'appel de Bruxelles forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22. maj 2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhævelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder, sammenholdt med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne

oplysninger, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»Direktivet om elektronisk handel«), fortolket i lyset af artikel 7, 8, 11 og artikel 52, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder under hensyn til artikel 8 og 10 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en national ret alene på grundlag af en lovbestemmelse, hvorefter »[de kompetente retsinstanser] ligeledes over for mellemmænd, hvis tjenesteydelser anvendes af tredjemand til at krænke ophavsretten eller en beslægtet rettighed, [kan] udstede påbud om, at krænkelsen bringes til ophør«, kan træffe bestemmelse om en foranstaltning, hvorved en »[internetudbyder pålægges] over for alle sine kunder, in abstracto og præventivt, for egen regning og uden tidsbegrænsning, at etablere et system til filtrering af al indgående og udgående elektronisk kommunikation, der gennemføres ved hjælp af den pågældende internetudbyders tjenesteydelser, navnlig ved anvendelse af peer-to-peer-software, med henblik på at identificere transport på internetudbyderens netværk af elektroniske filer, der indeholder et musikværk, et kinematografisk værk eller et audiovisuelt værk, hvortil sagsøgeren hævder at have rettigheder, og dernæst blokere overførslen af de pågældende filer, enten på det tidspunkt, hvor der anmodes om dem, eller på det tidspunkt, hvor de afsendes«.«