

De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP op de stoel van de rechter

B. Van der Sloot*

Het Nederlandse aansprakelijkheidsregime ten aanzien van internet service providers (hierna: ISPs) is in vergelijking met uitlandse stelsels uniek, daar aansprakelijkheid vrijwel uitsluitend wordt afgeleid uit een schending van de in acht te nemen 'zorgplicht'. Naast het feit dat dit en de daaraan gekoppelde 'redelijkheid en billijkheid' notoir vage concepten zijn, waarvan het vaak onduidelijk is hoe deze in de praktijk moeten worden geïnterpreteerd, dient een provider niet slechts zorg te betrachten naar derde partijen die mogelijk in hun rechten worden geschonden, maar ook naar klanten, die recht hebben op onder andere privacy en vrijheid van meningsuiting. De intermediair ziet zich vaak genoodzaakt de uitleg van deze begrippen en de afweging van verschillende belangen in concrete situaties op zich te nemen, nog voor een zaak aanhangig wordt gemaakt; doet hij dat niet of ondeugdelijk, dan kan hij aansprakelijk worden gesteld voor eventuele gevolgschade die één van de betrokken partijen leidt. Dit artikel inventariseert het Nederlandse aansprakelijkheidsregime en bespreekt de onvolkomenheden.

1. Inleiding

In geen land is het aansprakelijkheidsmodel voor internet intermediairs zo vaag als in Nederland. In Duitsland en Frankrijk wordt veel gebruik gemaakt van wettelijke verplichtingen en in het Verenigd Koninkrijk speelt coregulering een belangrijke rol.¹ In Nederland wordt echter voornamelijk gebruik gemaakt van een civielrechtelijk handhavingmodel voor misstanden op het internet. Daarbij is het aan civiele partijen om voor hun rechten en vrijheden op te komen en de internet intermediair te vragen om bepaalde handelingen te ondernemen of daarvan af te zien.² De internet intermediair moet vervolgens een afweging maken tussen de belangen en rechten van de verschillende partijen, daarbij tevens in ogenschouw nemend zijn eigen belangen, rechten en vrijheden. In de Verenigde Staten, waar tevens het zwaartepunt ligt op het civielrechtelijke model en de zorgplichten die daarbij een rol spelen, verschaft de wetgeving duidelijkheid over de keuzes die providers kunnen en moeten maken, gekoppeld aan hun aansprakelijkheid. De Nederlandse regulering omtrent aansprakelijkheid van internet intermediairs ontbeert een dergelijke verheldering. Providers zien zich dan ook vaak gesteld voor een keuze tussen twee of meer zorgplichten, die naar verschillende partijen gelden, en moeten een zelfstandige afweging maken omtrent de vraag hoe een bepaalde zorgplicht in de praktijk moet worden geïnterpreteerd.³ Dit artikel geeft een schets van de aansprakelijkheid van internet intermediairs in Nederland aan de hand

van de bronnen van aansprakelijkheid, verschillende plichten van providers en de indicaties en contra-indicaties voor deze plichten.

2. Bronnen van aansprakelijkheid

Er bestaan verschillende gronden om internet intermediairs in rechte aan te spreken. Zo kunnen zij strafrechtelijk worden aangepakt voor het medeplegen van diefstal⁴ of het negeren van een verzoek van het openbaar ministerie om gegevens ontoegankelijk te maken;⁵ deze grondslag heeft echter nochtans niet tot een veroordeling geleid.⁶ Daarnaast geldt als grond de directe civielrechtelijke aansprakelijkheid van providers voor wederrechtelijk handelingen op hun netwerk; deze grondslag wordt echter alleen van toepassing verklaard indien de internet intermediair een actieve bijdrage levert aan de wederrechtelijk handeling⁷ en zich in die zin meer gedraagt als content provider dan als intermediair, bijvoorbeeld door zelf foto's in te scannen, up te loaden en te publiceren op een website⁸ of door een door een gebruiker op een

* Bart van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatie Recht (IViR) van de UvA.

1. N. Van Eijk et al., 'Op weg naar evenwicht. Een onderzoek naar zorgplichten op het internet', juni, 2010. www.wodc.nl/images/1854_Volledige_Tekst_tcm44-311588.pdf.
2. Study on the liability of internet intermediaries: Country report The Netherlands, november, 2007. <http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/the_netherlands_12nov2007_en.pdf>.
3. Zie ook: D. Seng, 'Comparative analysis of the national approaches to the liability of internet intermediaries'. <http://www.wipo.int/copyright/en/doc/liability_of_internet_intermediaries_06092011.pdf>.
4. Art. 31-32 Auteurswet. Art. 337, 47 jo. 48 Wetboek van Strafrecht.
5. Art. 54a Wetboek van Strafrecht. Zie ook: M.H.M. Schellekens, B.J. Koops & W.G. Teepe, *Wat niet weg is, is gezien. Een analyse van art. 54a Sr in het licht van een Notice-and-Take-Down-regime*, WODC, Tilburg, november 2007.
6. Zie: Rechtbank Rotterdam, 24 juli 2007, *LJN* BB0268. Gerechtshof 's-Gravenhage, 22 december 2010, *LJN* BO8246. Rechtbank Assen, 24 november 2009, *LJN* BK4226. Rechtbank Assen, 22 juli 2008, *LJN* BD8451.
7. Zie: Rechtbank Amsterdam, 22 december 2009, *LJN* BK7383. Rechtbank Utrecht, 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008. Rechtbank 's-Gravenhage, 05 januari 2007, *LJN* AZ5678. Gerechtshof Amsterdam, 15 juni 2006, *LJN* AX7579.
8. Rechtbank 's-Hertogenbosch, 11 januari 2006, *LJN* AU9504.

afgesloten gebied van de website gepubliceerde, inbreukmakende foto op eigen initiatief te kopiëren en te plaatsen op een voor het publiek toegankelijke pagina.⁹

De bron die doorgaans als basis voor de aansprakelijkheid van internet intermediairs wordt genomen is de onrechtmatige daad, zoals vervat in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.¹⁰ Daarbij kunnen twee grondslagen worden onderscheiden. Een schending van een wettelijke verplichting, zoals bijvoorbeeld vervat in de Auteurswet, en ten tweede een schending van ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Deze zorgplicht om maatschappelijk betamelijk te handelen, die is gelieerd aan kernbegrippen uit het Burgerlijk Wetboek zoals redelijkheid en billijkheid,¹¹ wordt in vrijwel alle rechtszaken als grondslag voor aansprakelijkheid van internet intermediairs genomen.

Het problematische aan plichten die voortvloeien uit open normen in het recht en appelleren aan een algemeen gedeeld idee van rechtvaardigheid, is dat de partij waarop een dergelijke plicht rust weinig rechtszekerheid heeft met betrekking tot de juiste invulling daarvan, aangezien deze invulling per situatie en per omstandigheid anders dient te geschieden.¹² Hieruit volgt dat aan iedere invulling van de zorgplicht een zelfstandige afweging van de zorgplichthebbende vooraf dient te gaan. Als maatstaf voor de beslissing of een zorgplicht in een specifieke omstandigheid een bepaalde handeling vergt, kan worden genomen de vraag of een bepaalde situatie ‘onmiskienbaar onrechtmatig’¹³ is of dat dit ‘voldoende aannemelijk’ is.¹⁴ Het fundamentele probleem dat de providers zelf een afweging moeten maken over de vraag wat nu precies als ‘voldoende aannemelijk’ heeft te gelden resteert hiermee echter.

Zorgplichten gelden doorgaans voordat een zaak bij de rechter komt. Als een internet intermediair deze ‘ex ante’ zorgplicht niet in acht neemt kan dit tot aansprakelijkheid leiden; daarnaast kan de rechter in het kader van een ‘ex post’ zorgplicht ook een verplichting opleggen nadat de zaak onder de rechter is gekomen.¹⁵ Een dergelijke rechterlijke uitspraak kan bovendien een zelfstandige invulling geven aan de ‘ex ante’ in acht te nemen zorgplicht.¹⁶ Dit maakt de rechtspraak tot één van de belangrijkste bronnen van zorgplichten, maar tegelijk één van de meeste complexe.

Naast wettelijke regels, maatschappelijke normen en jurisprudentie vormt ook zelfregulering een bron van zorgplichten. Het belangrijkste voorbeeld hiervan met betrekking tot de aansprakelijkheid van internet intermediairs is de gedragscode ‘Notice and Takedown’.¹⁷ Bij zelfregulering als bron voor zorgplichten kan een onderscheid worden gemaakt tussen interne en externe zelfregulering.¹⁸ Onder de eerste categorie vallen beleidsregels of richtlijnen voor het afhandelen van bepaalde keuzes of beslissingen die slechts interne werking hebben. Indien deze regels niet publiekelijk bekend zijn gemaakt, vormen zij doorgaans geen zelfstandige bron van zorgplichten en kunnen derden zich daar niet op beroepen. Dit is anders in het geval de beleidsregels of richtlijnen op enigerlei wijze zijn gepubliceerd of publiekelijk bekend zijn gemaakt. Deze regels vormen wel een bron van zorgplichten. Derden kunnen zich dan ook op de regels beroepen indien daar om niet of slecht gemotiveerde redenen van af wordt geweken.

3. Plichten

Internet intermediairs hebben plichten naar derden om te voorkomen dat bepaalde schade optreedt en om als de schade reeds is opgetreden, deze zo snel mogelijk ongedaan te maken. Daarnaast zijn er plichten die gelden jegens klanten, met betrekking tot het waarborgen van bijvoorbeeld hun privacy en vrijheid van meningsuiting. Er zijn diverse zorgplichten die er op gericht zijn ontstane schade naar derden te beëindigen. Zo kan een internet intermediair gehouden zijn NAW-gegevens¹⁹ van klanten die vermoedelijk een onrechtmatige daad hebben begaan, aan derde partijen te verstrekken,²⁰ die met behulp van deze gegevens de vermeende inbreukmaker in rechte kan aanspreken, in verband met een schadevergoeding of een last onder dwangsom met betrekking tot het stopzetten van de schending. Deze plicht kan aan providers²¹ worden opgelegd door een rechter,²² maar kan ook vooraf gelden als het voor de provider voldoende aannemelijk moet zijn dat een klant een recht van een derde schendt. De provider zal echter ook het recht op privacy van de klant moeten meewegen, dat wordt geschonden als de gegevens ten onrechte worden verstrekt.²³ Er bestaat in Nederland geen regeling zoals in Groot-Brittannië, waar in de zogenoemde ‘Norwich Pharmacal’²⁴ doctrine geldt dat deze gegevens alleen op gezag van een rechterlijke uitspraak mogen worden verstrekt,²⁵ waardoor de provider niet zelf de af-

9. Rechtbank Haarlem, 29 juni 2005, *LJN* AT8373.
10. Art. 6:162 BW.
11. Art. 6:2 BW.
12. Zie ook: T. T. Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. UvA 2007. <<http://dare.uva.nl/document/44794>>. C. C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade*, Deventer, Kluwer 1989. C. J. J. M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige Daad, aantekening 90*. Hierbij is de online editie van Kluwer geraadpleegd.
13. *Kamerstukken II* 2001/02, 28197/3, p. 49.
14. Hoge Raad, 25 november 2005, *LJN* AU4019.
15. Zie ook: J. van Hoboken, ‘Annotatie bij Rb. Amsterdam 26 april 2007 (Jensen/Google)’, *Mediaforum* 2007-6.
16. Hierbij kan ook worden gerefereerd aan het stare decisis beginsel.
17. Gedragscode notice and takedown. <http://www.nederlandtegenterrorisme.nl/fileadmin/user_upload/Bedrijven/PDF_s/Gedragscode_Notice_and_Take_Down_tcm91-293746.pdf>.
18. Dit in analogie met het verschil tussen interne en externe richtlijnen. Zie ook: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag, Elsevier Juridisch, 2008, nr. 110.
19. Afkorting voor: Naam, Adres en Woonplaats.
20. Rechtbank Amsterdam, 24 augustus 2006, *LJN* AY6903. Gerechtshof Amsterdam, 07 november 2002, *LJN* AF0091. Rechtbank Leeuwarden, 21 december 2006, *LJN* AZ5679.
21. Rechtbank ‘s-Gravenhage, 19 juli 2010, *LJN* BN1445.
22. Rechtbank Utrecht, 12 juli 2005, *LJN* AT9073.
23. Art. 11.2, 11.3 jo. 18.13 Telecommunicatiewet. Zie ook de Wet bescherming persoonsgegevens.
24. <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1973/6.html>>.
25. Zie ook: Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 9. <<http://www.ipo.gov.uk/ipcass/ipcass-alphabetical/ipcass-alphabetical-ko/ipcass-norwich.htm>>.

weging tussen de verschillende belangen hoeft te maken, maar dit aan een rechter is. Wel heeft de Hoge Raad een aantal criteria geaccepteerd, zoals de aannemelijkheid van de onrechtmatigheid en schadelijkheid van de informatie in kwestie, het belang van de derde en de proportionaliteit en subsidiariteit van het verzoek.²⁶ Alhoewel dit enigszins verheldering geeft, blijft het aan de internet intermediair om een afweging te maken tussen de verschillende belangen en te beoordelen hoe een zorgplicht in een concreet geval dient te worden ingevuld.

Het verstrekken van contactgegevens is echter lang niet altijd afdoende, aangezien er reeds aanzienlijke schade kan zijn ontstaan voordat een klant voor de rechter is gedaagd en hij is bevolen bepaald materiaal te verwijderen.²⁷ Daarom kan een rechthebbende ook aan de provider vragen om bepaald materiaal²⁸ of een link daarnaartoe te verwijderen.²⁹ Hier geldt tevens dat de provider een afweging zal moeten maken tussen de eventuele schade die aan de derde partij wordt berokkend en de belemmering van de vrijheid van meningsuiting van klanten indien door hen rechtmatig geplaatst materiaal wordt verwijderd. Wederom kent Nederland geen heldere regeling omtrent deze afweging, zoals bijvoorbeeld de Amerikaanse Digital Millennium Copyright Act (DMCA),³⁰ waarin de internet intermediair niet wordt belast met deze problematiek, maar is bepaald dat hij op elk verzoek van een derde actie moet ondernemen. De provider mag er van uit gaan dat de klager de waarheid spreekt en is niet aansprakelijk voor eventuele schade.³¹ Na het materiaal te hebben verwijderd, stelt de provider de abonnee hiervan zo spoedig op de hoogte. Als de abonnee de aantijging ontkent, stuurt de provider deze klacht door naar de klager. Als deze niet binnen 10 werkdagen een rechtszaak aanspant, herstelt de provider het materiaal.³² Ook voor een eventuele onterechte ontkenning van de klant en de vervolgschade die uit het herstel van het materiaal ontstaat, is de provider niet aansprakelijk. De internet intermediair weet derhalve tot op detail wat hij wordt geacht te doen om aansprakelijkheid te vermijden; de Nederlandse rechtspraktijk ontbeert echter een dergelijke regeling.³³

Verstrekender zijn verzoeken tot het afsluiten van een site waarop veel illegale praktijken plaatsvinden³⁴ of internet gebruikers de toegang te ontzeggen tot bepaald materiaal of bepaalde sites.³⁵ Wederom speelt hier het belang van de klant in het kader van zijn recht op vrijheid van meningsuiting en ook de daaraan verbonden vrijheid van informatievergaring. Dit dilemma kwam aan bod in de zaak rondom Pirate Bay, een site waarop auteursrechtelijk beschermd materiaal werd verspreid. Brein verzocht internet provider Ziggo haar klanten de toegang tot deze site te ontzeggen, zonder dat Brein hierbij had aangetoond dat het merendeel van de gebruikers van Pirate Bay Ziggo abonnees waren noch dat de meerderheid van de Ziggo abonnees onrechtmatige handelingen ontplooiden op Pirate Bay.³⁶ De rechter oordeelde dan ook dat dit verzoek moest worden afgewezen. Alhoewel er in Nederland geen 'Graduated Response Law' is aangenomen,³⁷ zoals de Britse Digital Economy Act³⁸ en de Franse Loi HADOPI,³⁹ waarbij gebruikers die drie keer worden betrapt op het schenden van auteursrechten op het web van het internet worden afgesloten, bestaat er wel de mogelijkheid voor partijen om zulks via een civielrechtelijke weg te verzoeken aan een provider.⁴⁰ Tekenend voor de Nederlandse situatie is dat de enige zaak waarin de rechter een oordeel velde over een dergelijk verzoek, hij niet oor-

deelde tot afsluiting van een abonnee, maar besliste dat de provider de klant moest afsluiten indien hij wederom een onrechtmatige handeling over haar netwerk zou verrichten.⁴¹ Wederom moest de provider derhalve een oordeel vellen omtrent de vraag of in toekomstige gevallen het voldoende aannemelijk was dat deze klant zich nogmaals schuldig had gemaakt aan onrechtmatige praktijken.⁴² Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Franse situatie, waarin het Constitutionele Hof de oorspronkelijk aangenomen wet HADOPI vernietigde, omdat daarin niet was geregeld dat een rechter de beslissing zou nemen over de afsluiting van het internet. Dit was volgens het hof wel vereist omdat een dergelijke beslissing een inperking op het recht op vrijheid van meningsuiting met zich meebrengt.⁴³ Daarom moest er een reparatiewet worden aangenomen, HADOPI II genoemd, waarin de beslissing inzake de internetafsluiting van de gebruiker wel een zaak van de rechter werd.⁴⁴

26. *LJN* AU4019, r.o. 4. 10.

27. *LJN* AF0091. Rechtbank Amsterdam, 16 oktober 2008, IEPT 20081016.

28. Rechtbank Amsterdam, 12 maart 2009, *LJN* BH7529.

29. Rechtbank Amsterdam, 20 juni 2002, *LJN* AE4427. Rechtbank Amsterdam, 25 april 2002, *LJN* AE1935. Rechtbank Amsterdam, 22 oktober 2009, *LJN* BK1067. *LJN* AX7579. *LJN* BJ6008. Hof Den Bosch, 12 januari 2010, IEPT 20100112. J. Seignette, 'annotatie C More/MYP2P', *IER* 2010-34.

30. Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, § 512.

31. DMCA sectie 512 sub f en g (1).

32. DMCA sectie 512 sub g (2).

33. Zie ook: Rechtbank Utrecht, 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008.

34. Rechtbank Amsterdam, 21 juni 2007, *LJN* BA7810. Rechtbank 's-Hertogenbosch, 8 juli 2008, zaaknummer/rolnummer 174537.

35. Gerechtshof Amsterdam, 15 juni 2006, *LJN* AX7579.

36. Rechtbank 's-Gravenhage, 19 juli 2010, *LJN* BN1445.

37. B. van der Sloot, 'Three strikes you're out. De bescherming van auteursrecht op het internet', *Ami*, 2011-3.

38. <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100024_en.pdf>.

39. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&fastPos=3&fastReqId=1896908772&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>>.

40. Wederom is de Amerikaanse situatie duidelijker, door een dergelijke verplichting in ieder geval in de wet op te nemen. DMCA sectie 512 sub I. 'The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider [] has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers.'

41. *LJN* AZ5678.

42. Zie ook: R. Chavannes, 'Brein/KPN: het gevaar van een bagatel', *Mediaforum* 2007-6.

43. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

44. Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009. Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009. Zie ook: D. Rousseau, 'Après Hadopi 1 et Hadopi 2, Hadopi 3? La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009', *Legipresse* N° 267 – Décembre 2009 – 30e année, p. 173-174.

Ook zijn aan een aantal internet intermediairs plichten opgelegd om internetverkeer te monitoren en te filteren. Deze plichten worden doorgaans slechts opgelegd aan providers die zich actief bemoeien met het materiaal op het internet.⁴⁵ Slechts als een internet provider weet of behoort te weten dat er via zijn netwerk illegale praktijken plaats zullen hebben, leidt dit tot een extra zorgplicht. Een voorbeeld kan worden gevonden in file sharing sites waarbij vrijwel uitsluitend auteursrechtelijk beschermd materiaal wordt gedeeld en in de pedofielen site Martijn.org, waarbij de rechter oordeelde dat '[] op grond van het bijzondere karakter van de website van gedaagde zij bedacht moet zijn op, en beducht moet zijn voor misbruik en ook door haar ongewenst gebruik van haar website'⁴⁶ en daaruit afleidde dat de website-eigenaar berichten op het forum van de site moest controleren alvorens zij werden geplaatst. Dit brengt derhalve wederom een zelfstandige afweging, omtrent de rechtmatigheid van het materiaal, van de provider met zich mee, waaruit vervolgens een zorgplicht kan worden afgeleid.⁴⁷

4. Indicaties

Doorgaans is het aan de internet intermediair te bepalen of een bepaalde plicht inderdaad in een concreet geval uit zijn in acht te nemen zorg voortvloeit. Dit is vaak niet eenduidig te beantwoorden, wel bestaat er in de jurisprudentie een rijk web aan indicaties en contra-indicaties die als houvast kunnen gelden bij deze beoordeling. In deze paragraaf zullen de indicaties worden gegeven voor een zorgplicht van internet intermediairs naar derde partijen.

Actieve bemoeienis met de publicatie van onrechtmatig materiaal op het internet door internet providers wordt zelden aangenomen; slechts als zij zich meer als content provider dan als internet intermediair gedragen zal hier sprake van zijn.⁴⁸ Meer voorkomend is de situatie waarin een internet intermediair haar gebruikers aanmoedigt of stimuleert om illegale handelingen te verrichten,⁴⁹ zoals het geval was bij een website die bestond uit foto's van bekende Nederlanders, waarbij bezoekers werden aangemoedigd om zelf foto's up te loaden,⁵⁰ en in de zaak Mininova, een filesharing site, waarin de site een aantal gebruikers dat veel materiaal uploadde privileges gaf en hen zodoende aanmoedigde om veel, vermoedelijk inbreukmakend, materiaal op de site te zetten.⁵¹

Daarnaast geldt als indicatie de situatie waarin de provider zich actief bemoeit met de inrichting van een site en daarmee aanmoedigt tot bepaald onrechtmatig gedrag. Een voorbeeld kan wederom worden gevonden in de zaak rond de site Mininova, die gebruikers niet alleen een platform bood om muziek en films op up te loaden, maar ook een aantal categorieën had aangemaakt waarin de bestanden konden worden geplaatst. Onder deze categorieën bevond zich ook de categorie tv series, met subcategorieën van tv series die nog liepen of net afgelopen waren en waarvan het derhalve duidelijk moest zijn geweest dat daar nog auteursrechten op rustten.⁵²

Dit houdt verband met een andere indicatie, namelijk kennis van de onrechtmatige activiteit.⁵³ Bij een actieve bijdrage bij of aanmoediging tot een onrechtmatige handeling kan daarvan sprake zijn, maar ook indien een provider op de hoogte is gesteld van een inbreuk door een rechthebbende, mits het voldoende aannemelijk is dat het door de rechthebbende gestelde ook daadwerkelijk het geval is.⁵⁴ De provider heeft dan bijvoorbeeld een zorgplicht om het materiaal te verwij-

deren. Het probleem kan zich voordoen dat het materiaal na verwijdering wederom wordt upgeload op een site. Alhoewel uit Nederlandse jurisprudentie een erkenning van dit euvel blijkt,⁵⁵ is niet zo ver gegaan als in Frankrijk door te bepalen dat internet intermediairs na eenmaal op de hoogte te zijn gesteld van een bepaalde inbreuk op een site, ook na verwijdering en herstel van het betreffende bestand, van de onrechtmatige gedraging kennis had moeten hebben.⁵⁶ Het Nederlandse recht kent geen clause, zoals bijvoorbeeld in de Amerikaanse Communications Decency Act (CDA), waarin is vervat dat providers niet aansprakelijk zijn voor het ter goeder trouw verwijderen van obscene, gewelddadig of anderszins aanstootgevend materiaal.⁵⁷ Dit heeft opmerkelijke consequenties. Toen de al eerder genoemde site Mininova filterde op obscene en pornografisch materiaal werd door de rechter vastgesteld dat zij derhalve controle had over het materiaal op haar site en ook kennis had of behoorde te hebben van de inhoud van andere bestanden, waarop bijvoorbeeld het intellectueel eigendom van derden rustte.⁵⁸ Daaruit werd afgeleid dat zij ook de plicht had om te voorkomen dat daarop inbreuk werd gemaakt. Hierbij wordt uit een activiteit derhalve de verplichting tot een verdere activiteit afgeleid en is het in die zin de lans van Achil-

-
45. Art. 15 van de e-Commercerichtlijn ontmoedigt dit. 'Met betrekking tot de levering van [mere conduit, caching en hosting] diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.'
 46. Rechtbank Amsterdam, 01 november 2007, *LJN* BB6926.
 47. Filteren en blokkeren wordt echter doorgaans gezien als een vorm van censuur en wordt derhalve zelden toegepast. E.J. Dommering, 'Filteren is gewoon censuur, en daarmee basta', *IR* 2008-5.
 48. *LJN* BK7383. *LJN* BJ6008. *LJN* AZ5678. *LJN* AX7579.
 49. *LJN* BH7529.
 50. Rechtbank Amsterdam, 16 oktober 2008, *LJN* BG0972.
 51. *LJN* BJ6008.
 52. *LJN* BJ6008. Zie ook: Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).
 53. Controle en kennis als criteria heeft een relatie met vicarious liability en contributory liability in de Amerikaanse aansprakelijkheidsdoctrine die ook van invloed is geweest op het Europese aansprakelijkheidsstelsel. A. N. Dixon, 'Liability of users and third parties for copyright infringements on the Internet: overview of international developments'. In: A. Strowel, *Peer-to-Peer file sharing and secondary liability in Copyright Law*, Cheltenham 2009, p.15.
 54. *LJN* AF0091, r.o. 4.10.
 55. Uitzondering hierop lijkt te worden gemaakt in de Mininova zaak: *LJN* BJ6008.
 56. Tribunal de grande instance de Paris, SARL Zadig Production, Jean-Robert V. et Mathieu V. v. Sté Google Inc, 19-10-2007. Tribunal de commerce de Paris, Flach Film et autres v. Google France, Google Inc., 20-02-2008.
 57. US Code Title 47 Chapter 5 Subchapter, II Part I § 230 sub c (2).
 58. *LJN* BJ6008.

les die de wonden geneest die ze zelf toebrengt.⁵⁹ Als zij zich immers volstrekt afzijdig had gehouden van de inhoud van haar forum, was een dergelijke plicht veel minder goed te verdedigen geweest.

Tot slot is ook de winst die een bedrijf maakt met zijn dienst een indicatie voor een verplichting uit een bepaalde zorg. Daarbij wordt bijvoorbeeld meegenomen dat een internet intermediair in 'belangrijke mate profiteert'⁶⁰ van de inbreuken of dat een site 'gelegenheid geeft tot het structureel verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd materiaal, inbreuken op auteursrechten bevordert en van die inbreuken profiteert'.⁶¹ Dit voordeel geeft in ieder geval het belang aan van de organisatie om de inbreuken te laten voortduren, maar vaak wordt uit winst ook een bepaalde verantwoordelijkheid afgeleid.⁶² Een provider heeft dan immers ook de middelen om maatregelen te treffen.

5. Contra-indicaties

Naast het feit dat er een aantal indicaties bestaat voor een zorgplicht ten aanzien van derden, om bepaalde schade te voorkomen of te beëindigen, bestaat er ook een aantal contra-indicaties voor een dergelijke plicht, waarbij allereerst moet worden bedacht dat een verzoek van een rechthebbende tot een bepaalde handeling noodzakelijk, proportioneel en subsidiair dient te zijn.⁶³ De belangrijkste contra-indicatie voor een zorgplicht van een internet intermediair naar de ene partij, de derde, is een zorgplicht naar de andere partij, de klant of abonnee. Zo kan het recht op privacy in het gedrang raken bij het verstrekken van persoonsgegevens aan derden of het monitoren van gedrag op het internet. Ook het recht op vrijheid van meningsuiting en nieuwsgaring, dat speelt bij het blokkeren en verwijderen van materiaal van het netwerk of het beperken van de toegang daartoe, moet in acht worden genomen. In de rechtspraak wordt geen duidelijkheid verschaft over deze afweging, maar vaak slechts gesteld dat er een zorgvuldige afweging moet worden gemaakt tussen het recht op privacy of vrijheid van meningsuiting en de rechten van derden, doorgaans betreffende intellectueel eigendom.⁶⁴ Concrete criteria worden daarbij echter niet vermeld.⁶⁵

Deze balans wordt nog complexer nu de providers zelf ook belangen en rechten hebben, die mogen worden meegewogen in hun uiteindelijke beslissing omtrent hun in acht te nemen zorg. Als het bijvoorbeeld onduidelijk is welke van de zorgplichten dient te prevaleren, die naar de rechthebbende of die naar de klant, en de internet intermediair derhalve riskeert om aansprakelijk te worden gesteld door één van de twee partijen, kan hij dit belang laten meewegen in haar beslissing.⁶⁶ Daarnaast hebben een aantal internet intermediairs ook een zelfstandig recht op vrijheid van meningsuiting. Zo zijn sommige sites opgericht om criminaliteit aan het licht te brengen of bepaalde maatschappelijke taboes te bediscussiëren.⁶⁷ Alhoewel een dergelijk beroep niet snel zal derogeren aan de rechten van derden,⁶⁸ is het wel een belang dat in de afweging mag worden meegenomen.

Tot slot geldt als contra-indicatie het feit dat de rechthebbende zelf een onrechtmatige of illegale activiteit heeft ontplooid, dan wel in relatie tot de internet intermediair zelf dan wel in relatie tot één van zijn klanten. Hiermee kan de rechthebbende een succesvol beroep op de zorgplicht van een internet intermediair verspillen. Een voorbeeld kan worden gevonden in de situatie waarbij twee sites elkaar over en weer lasterlijk en onheuselijk bejegenen. De ene site kan

in een dergelijk geval niet van de andere site verwachten dat het materiaal wordt verwijderd: 'hier verwijt de pot de ketel dat hij zwart ziet.'⁶⁹ Een ander voorbeeld is gelegen in de zaak waarin Brein een internet intermediair om NAW-gegevens van vermeende inbreukmakende klanten verzocht, maar zelf al via onrechtmatige wijze had getracht te achterhalen welke klanten welke illegale activiteiten ontplooiden, namelijk middels een Amerikaans detective bureau.⁷⁰

6. Conclusie

Het kernprobleem van het Nederlandse aansprakelijkheidsregime voor internet intermediairs, dat voornamelijk is gestoeld op het concept 'zorgplicht' en daaraan gelieerde begrippen als redelijkheid en billijkheid, ligt in de vaagheid. Wettelijke regelingen en jurisprudentie geven niet, zoals wel in uitlandse rechtssystemen, uitsluitsel over hoe deze zorgplicht in specifieke omstandigheden moet worden geïnterpreteerd en hoe de weging tussen verschillende zorgplichten naar verscheidene partijen dient uit te vallen. In plaats daarvan is er een zeer rijk web aan indicaties en contra-indicaties, die evenwel onvoldoende houvast en rechtszekerheid biedt. Hierdoor worden internet intermediairs steeds meer gedwongen op de stoel van de rechter plaats te nemen; zij moeten abstracte juridische begrippen in concrete situaties toepassen en zij dienen de rechten en belangen van verschillende partijen tegen elkaar af te wegen. Doen zij dat niet of ondeugdelijk, dan kunnen zij aansprakelijk worden gesteld voor eventuele gevolgschade die één van de betrokken partijen leidt. De Nederlandse wetgever zou kunnen overwegen meer duidelijkheid te verschaffen, bijvoorbeeld door te regelen dat providers slechts de NAW-gegevens van klanten mogen verstrekken op rechterlijk bevel, klachten en ontkenningen daarvan niet op hun merites hoeven te beoordelen en een klant slechts van het netwerk mogen afsluiten nadat een rechter zich daarover heeft gebogen.

59. Zie ook: J. Dumortier & G. Somers, *Study on activities undertaken to address threats that undermine confidence in the Information Society, such as spam, spyware and malicious software*, Time.lex CVBA, Brussel, 2008.

60. *LJN* BJ6008, r.o. 4.37.

61. *LJN* BK1067.

62. Zoals het oude adagium gaat: *Cuius commoda eius et incommoda*. Zie ook: Rechtbank Milaan, 12 april 2010, n. 14667/08. G. Sartor & M. Viola de Azevedo Cunha, 'The Italian Google-Case: Privacy, Freedom of Speech and Responsibility of Providers for User-Generated Contents', *International Journal Law and Information Technology* 2010-10. B. van der Sloot, 'De Leon & Vivi Down v. Google', *Mediaforum* 2010-7/8.

63. *LJN* AU4019. *LJN* BN1445, r.o. 4.18.

64. *LJN* AT9073. *LJN* AF0091. *LJN* BK7383. *LJN* BJ6008.

65. Uitzondering is de al eerder genoemde zaak: *LJN* AU4019, r.o. 4.10.

66. Rechtbank Haarlem, 14 mei 2008, *LJN* BD1446. *LJN* AF0091.

67. *LJN* BH7529. *LJN* BB6926.

68. *LJN* AU4019. *LJN* BK1067.

69. Rechtbank Dordrecht, 03 december 2009, *LJN* BK4876, r.o. 4.6.

70. *LJN* AT9073.