

# De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP als verlengstuk van de overheid

*De positie van de internet service provider (ISP) komt steeds verder onder druk te staan. Door toenemende zorgen over auteursrechtsschendingen op het internet worden er steeds grotere en bredere verplichtingen opgelegd aan providers om inbreuken te voorkomen of tegen te gaan. Waar deze plichten aanvankelijk voortvloeiden uit hun verantwoordelijkheid of zorgplicht, worden er in nieuwe wetgeving plichten aan providers opgelegd die niet zijn gekoppeld aan een goede bedrijfsvoering, maar voortvloeien uit het feit dat zij zich in de meest geschikte positie bevinden om overheidsbeleid uit te voeren. ISP's lopen daarmee het gevaar om te worden gebruikt als verlengstuk van de overheid. Dit artikel vormt een eerste verkenning van dit gevaar.*

## Inleiding

Auteursrechtsschendingen op het web staan al sinds jaar en dag ter discussie. Naarmate de internetverbindingen sneller zijn geworden en de download- en opslagcapaciteiten zijn gegroeid, is dit probleem urgenter geworden. Steeds luider klinkt de roep vanuit de muziek- en filmindustrie om deze internetpiraterij harder aan te pakken. Zij menen dat zij door het illegaal delen van bestanden substantiële winsten mislopen. Zo stelt het 'Digital Britain Report' van de Britse overheid dat in Groot-Brittannië alleen al de muziekindustrie 180 miljoen pond en de tv- en filmindustrie 152 miljoen pond per jaar mislopen als gevolg van illegaal filesharing.<sup>1</sup> Dit heeft niet alleen economische schade ten gevolge, het zou ook de artistieke creativiteit onder druk zetten.<sup>2</sup>

Veel landen lijken gevoelig voor deze argumenten en geven gehoor aan de roep om verscherpte wetgeving. Enerzijds wordt door een aantal landen, waaronder Nederland, gekeken naar de mogelijkheid om het legale gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal te verkleinen door het afschaffen van de privé-kopie-exceptie in de digitale omgeving. Deze exceptie stelt dat het kopiëren van auteursrechtelijk beschermd materiaal voor privé-gebruik niet verboden is. Door het afschaffen van deze exceptie voor de digitale omgeving wordt het downloaden van illegaal aangeboden muziek- en filmbestanden via het internet, dat nu legaal is, strafbaar gesteld. Anderzijds stelt nieuwe wetgeving in een aantal landen hogere straffen op de inbreuk van auteursrechten. Internetgebruikers die herhaaldelijk worden betrapt op het schenden van auteursrechten worden daarin bestraft met een tijdelijke disconnectie van het internet. Deze wetgeving wordt 'graduated response' of 'three-strikes'-wetgeving genoemd aangezien er pas na herhaaldelijk waarschuwen tot de implementatie van een dergelijke straf wordt overgegaan.

In beide soort wetgeving is een grote rol weggelegd voor de internet provider. Zowel voor de uitvoer van de straf die aan de internetgebruiker in de 'three strikes'-wetgeving wordt opgelegd, als voor het controleren of internetgebruikers illegaal downloaden is de positie van de provider onmisbaar. Deze plichten, die losstaan van hun verantwoordelijkheid of zorgplicht, zullen in de laatste paragraaf van dit artikel worden besproken.<sup>3</sup> Eerst bespreek ik de 'negatieve plichten' van providers, daarna zullen de 'positieve plichten' aan bod komen en ten slotte zal ik stilstaan bij de zorgplichten van internet providers. Daarbij zal dit artikel zich richten op de plichten die voortvloeien uit de bescherming van auteursrechten op het internet.

## Negatieve plichten

Toen in de jaren 80 het internet vercommercialiseerde en private partijen de service van internetdiensten op zich namen ontstond de discussie rond de positie van ISP's. Aanvankelijk werd de provider vaak gezien als het digitale equivalent van een postbedrijf. In deze visie hadden bedrijven die toegang tot, opslag op of communicatie via het net faciliteerden net als postbedrijven geen kennis van de inhoud van de communicatie van hun gebruikers en hoefde dit ook niet te hebben. Deze bedrijven werden geacht niet aansprakelijk te zijn voor de inhoud van de berichten, ook niet indien deze inbreuk op auteursrechten maakten. Deze gedachte was sterk verbonden met de ontstaansgeschiedenis van het internet, dat in essentie geen hiërarchisch netwerk wilde zijn,<sup>4</sup> maar juist vrije communicatie wenste te bevorderen.

Wel bestonden er in de Amerikaanse doctrine, waar het internet zijn eerste groei doormaakte, de zogenoemde negatieve verplichtingen voor bedrijven die derdeaansprakelijkheid voor inbreuken wilden ontlopen. Deze negatieve verplichtingen volgen uit de uit de leerstukken van de 'vicarious liability'

\* Mr. Drs. B. van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IVIR) van de Universiteit van Amsterdam.

1 Digital Britain Report, final report: <http://www.culture.gov.uk/images/publications/digitalbritain-finalreport-jun09.pdf>, p. 109.

2 Zie bijvoorbeeld het Franse rapport 'Creation et Internet': <http://bit.ly/ccm->

Qz5.

3 Zie voor een eerdere studie naar de steeds maar uitbreidende rol van de internet service provider: S. Nas: 'De privacy-spagaat.' *Mediaforum* 2001-11/12, p. 334-338.

4 E.J. Dommering, *Informatierecht. Fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 335.

en de ‘*contributory liability*’, beide vormen van derde aansprakelijkheid. De eerste is een vorm van ‘*secondary liability*’ waarbij een derde de controle heeft over de inbreukmakende activiteit en daar financieel voordeel bij heeft. De tweede categorie is een vorm van ‘*secondary liability*’ waarbij een derde kennis heeft van of bijdraagt aan de inbreukmakende activiteit.<sup>5</sup> Deze doctrine werd in de jurisprudentie ook op internet bedrijven toegepast, zodat vereist werd dat indien een internetbedrijf aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuken door gebruikers via zijn netwerk wilde ontlopen, hij geen kennis mocht bezitten van het inbreukmakende karakter van het materiaal, hij niet de opdrachtgever mocht zijn van de transmissie en hij geen direct financieel voordeel mocht hebben, gekoppeld aan auteursrechtinbreuken.

Deze plichten zijn gecodificeerd in de Amerikaanse Digital Millennium Copyright Act (DMCA).<sup>6</sup> In de DMCA wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen providers (1) die slechts passief betrokken zijn bij het internetverkeer, zoals een *access provider*, providers (2) die door middel van caching (het kopiëren van materiaal ten behoeve van een snellere internet dienst) informatie opslaan, providers (3) die informatie opslaan of websites hosten en providers (4) die naar websites of materiaal op andere internetlocaties verwijzen door middel van bijvoorbeeld links. Voor categorie (1) geldt dat providers niet aansprakelijk zijn voor auteursrechtenschendingen via hun netwerk indien het materiaal wordt verstuurd op initiatief van een ander, de transmissie van het materiaal een automatisch en technisch proces is waarbij geen aanpassingen aan het materiaal wordt gemaakt en de provider de ontvanger van het materiaal niet selecteert.<sup>7</sup> Voor provider (2) geldt dat hij niet aansprakelijk is indien het materiaal door een ander online is gezet, het materiaal wordt verzonden in opdracht van een ander en indien de opslag een automatisch en technisch proces is.<sup>8</sup> Voor provider (3) geldt dat hij niet aansprakelijk is voor de gedraging van een gebruiker indien hij geen kennis had van het onrechtmatige karakter van het materiaal, dit ook niet had hoeven te hebben en indien hij de controle had over de inbreukmakende activiteiten, daaraan direct financieel voordeel gekoppeld was.<sup>9</sup> Dit geldt evenzo voor de provider (4).<sup>10</sup>

In navolging van de DMCA heeft de Europese Gemeenschap een soortgelijke regelgeving in de E-commerce richtlijn geïmplementeerd.<sup>11</sup> Voor provider (1\*) die slechts informatie doorgeeft, het zogenoemde ‘*mere conduit*’, geldt dat hij niet aansprakelijk is voor het doorgeven van informatie indien hij niet het initiatief tot de doorgifte heeft, hij de doorgegeven informatie niet modificeert en hij de ontvanger van het materiaal niet selecteert.<sup>12</sup> Voor providers (2\*) die informatie opslaat door middel van caching geldt dat hij niet aansprakelijk is voor de inbreukmakende activiteiten indien de dienstverlener de informatie niet wijzigt, de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht neemt en zich houdt aan de gangbare regels

betreffende de bijwerking van de informatie en het rechtmatige gebruik van technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie.<sup>13</sup> Voor een provider (3\*) die opslag van materiaal verzorgt of websites host geldt dat hij niet aansprakelijk is indien hij geen daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en hij dit ook niet hoeft te hebben.<sup>14</sup>

Deze regels uit de E-commerce richtlijn zijn in Nederland geïmplementeerd in artikel 6:196c BW.<sup>15</sup> Dit artikel volgt de Europese richtlijn nauwkeurig, maar voegt in lid 2 voor provider (1\*) toe dat onder het enkele doorgeven van van een ander afkomstige informatie en het enkele verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk mede wordt verstaan de geautomatiseerde, tussentijdse en tijdelijke opslag van de doorgegeven informatie, voor zover deze opslag uitsluitend geschiedt ten behoeve van het doorgeven van die informatie en de duur van deze opslag niet langer is dan daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk is. Lid 5 van het artikel voegt toe dat het in het artikel bepaalde niet in de weg staat aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel.

## Positieve plichten

Tijdens de codificatie van de negatieve plichten in de DMCA werden ook een aantal ‘positieve plichten’ gecodificeerd die in de Amerikaanse jurisprudentie waren ontwikkeld. Ten aanzien van internetbedrijven werden in de jurisprudentie een aantal handelingen verlangd om aansprakelijkheid te voorkomen. De belangrijkste exponent hiervan is de zogenaamde *notice-and-takedown-procedure*. Deze is niet alleen in de DMCA gecodificeerd, maar ook de E-commerce richtlijn en de Nederlandse implementatie daarvan kennen een dergelijke regeling.

Deze procedure, die het meest expliciet blijkt uit de DMCA, stelt een auteursrechthebbende in staat om een ISP er op attent te maken (‘*notice*’) dat zijn netwerk wordt gebruikt voor het schenden van auteursrechten. Indien providers (2), (3) en (4) hun aansprakelijkheid willen ontlopen dan moeten zij het auteursrechtenschendende materiaal, een link daar naartoe of een kopie ervan, van hun netwerk verwijderen (‘*take down*’).<sup>16</sup> De access provider is zowel in de Amerikaanse als in de Europese als in de Nederlandse wetgeving van deze plicht uitgesloten. Provider (3) licht vervolgens de beschuldigde gebruiker in over deze verwijdering. Indien deze de provider een ontkenning van het beschuldigde feit stuurt (counter-notice), licht de provider de auteursrechthebbende hierover in. Indien deze niet binnen 10 werkdagen aangeeft een rechtszaak te beginnen, moet de provider het materiaal weer herstellen.<sup>17</sup> Belangrijk is dat de provider niet verplicht is de beschuldigingen of ontkenningen op hun waarheidsgehalte te controleren. Hij is niet aansprakelijke voor onterecht verwijderd of hersteld materiaal.<sup>18</sup>

5 A. Strowel, *Peer-to-Peer file sharing and secondary liability in Copyright Law*, p.15. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2009.

6 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998), paragraaf 512. <http://www4.law.cornell.edu/uscode/17/512.html>.

7 DMCA paragraaf 512 sub A.

8 DMCA paragraaf 512 sub B.

9 DMCA paragraaf 512 sub C.

10 DMCA paragraaf 512 sub D.

11 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatie-maatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (‘richtlijn inzake elektronische handel’), artikelen 12 tot en met 15, <http://bit.ly/9RkgC2>. Zie voor een goede vergelijking tussen de DMCA en de Europese richtlijn. M. Peguera: ‘The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Com-

parative Analysis of Some Common Problems’, *Columbia Journal of Law & Arts*, vol. 32, no. 4, Summer 2009, p. 481-512.

12 Artikel 12 richtlijn 2000/31/EG.

13 Artikel 13 richtlijn 2000/31/EG.

14 Artikel 14 richtlijn 2000/31/EG. Zie voor een recente zaak: HvJ EG 23 maart 2010 (zaken C-236/08 t/m C-238/08), *Google France*.

15 *Kamerstukken II 2001/02, 28 197*. Wet van 13 mei 2004, *Stb. 2004/210* en Wet van 18 juni 2004, *Stb. 2004/285*.

16 Voor provider (2) geldt dat het originele materiaal moet zijn verwijderd. DMCA paragraaf 512 sectie B sub 2E.

17 DMCA paragraaf 512 sectie C sub 3<sup>o</sup> sectie B sub 2E<sup>o</sup> sectie D sub 3<sup>o</sup> sectie G sub 2.

18 DMCA paragraaf 512 sectie G sub 1.

In de DMCA is de provider ook verplicht om op eventuele rechterlijke last het account van een gebruiker af te sluiten.<sup>19</sup> Deze plicht kan echter ook gelden alvorens een rechter een dergelijk bevel heeft gegeven. Het meest recente voorbeeld van een dergelijke wetgeving komt uit uitgelekte stukken van de Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), onderhandelings ten aanzien van een nieuw internationaal auteursrechtverdrag waaraan onder andere de EU meedoet. De provider kan in de voorlopige versie van het verdrag zijn aansprakelijkheid voor auteursrechtsschendingen via zijn net door gebruikers ontlopen indien hij een adequaat beleid heeft geïmplementeerd om internetpiraterij tegen te gaan. De voorlopige versie van het verdrag vermeldt dat een voorbeeld van een dergelijk beleid kan zijn om herhaaldelijk betrapte inbreukmakers van het internet af te sluiten.<sup>20</sup>

Deze wetgeving biedt de internet provider die voldoet aan de in de wet vermelde vereisten een 'safe harbor'. Dat houdt in dat indien hij voldoet aan de positieve verplichtingen die in de wetgeving zijn vermeld, hij niet aansprakelijk is voor de auteursrechtsschendingen van zijn gebruikers. Belangrijk is dat de a-contrarioredening, dat indien een ISP dat niet doet hij per definitie aansprakelijk zou zijn, niet op gaat. Het betreft hier derhalve geen plicht in eigenlijke zin; de wetgeving biedt slechts een houvast om aansprakelijkheid te voorkomen. In de DMCA is de safe harbor gecreëerd omdat de jurisprudentie ten aanzien van de aansprakelijkheid en de positieve verplichtingen van providers nogal geschakeerd was.<sup>21</sup> De wetgeving had ten doel om aan deze onduidelijkheid een eind te maken door de positieve verplichtingen te codificeren. De Judiciary Committee van het House of Representatives vermeldt in haar verslag ten aanzien van de DMCA echter expliciet:

*Failure to qualify for the exemption or limitation does not mean that the provider is necessarily an infringer or liable for monetary damages. If the exemption or limitation does not apply, the doctrines of existing law will come into play, and liability will only attach to the extent that the court finds that the requirements for direct infringement, contributory infringement or vicarious liability have been met, that the conduct is not excused by any other exception or limitation, and that monetary remedies are appropriate.*<sup>22</sup>

Tot slot kunnen er ook 'positieve plichten' worden opgelegd door de rechter. In veel landen kan de rechter een provider verplichten de NAW-gegevens van een abonnee die inbreuk maakt op auteursrechten te verstrekken aan de auteursrechthebbende om hem zodoende in staat te stellen de inbreukmaker in rechte aan te spreken. In de DMCA kan dit via een rechterlijke 'subpoena'<sup>23</sup> en in het Britse systeem geldt de 'Norwich pharmaceutical'-doctrine.<sup>24</sup> In deze leer is een bedrijf slechts dan verplicht om de persoonsgegevens vrij te geven indien een rechter hem daar-

toe beveelt. Ook in de recente Britse wetgeving, die in de laatste paragraaf wordt besproken, is nadrukkelijk aan dit systeem vastgehouden. Er wordt expliciet vermeld dat het vrijgeven van persoonsgegevens zonder rechterlijk bevel de privacy van de abonnee onredelijk schendt.<sup>25</sup>

## Zorgplichten

In Nederland zijn de artikelen van de Europese E-Commerce Richtlijn omtrent ISP aansprakelijkheid geïmplementeerd in artikel 6:196c BW, dat in titel 3 betreffende de onrechtmatige daad staat. In de Nederlandse leer is de aansprakelijkheid van providers derhalve gekoppeld aan de doctrine van de onrechtmatige daad. Een belangrijk onderdeel daarvan is de zogenoemde zorgvuldigheidsnorm of zorgplicht. Personen en bedrijven kunnen een bijzondere zorgplicht hebben om schade ten aanzien van derden te voorkomen.<sup>26</sup> Daarbij zijn vier criteria van belang: (1) De schade moet redelijk voorzienbaar zijn. (2) De (rechts)persoon heeft de macht of de controlemogelijkheden om deze schade te voorkomen. (3) De (rechts)persoon is de aangewezen persoon om deze schade te voorkomen. (4) De handelingen die de persoon of het bedrijf moet verrichten om de schade te voorkomen, zijn niet onevenredig bezwarend.<sup>27</sup> Deze zorgplicht speelt een belangrijke rol ten aanzien van de plicht van internet providers om persoonsgegevens te verstrekken, illegaal materiaal te verwijderen van hun netwerk en het account van personen die inbreuk maken op auteursrechten stop te zetten.

De vraag omtrent de plicht van een provider om illegaal materiaal te verwijderen kwam al voor de Nederlandse implementatie van de Europese richtlijn ter discussie te staan in *Scientology/Karin Spaink en XS4ALL*.<sup>28</sup> Daarin overwoog de rechter dat providers door het zonder toestemming van auteursrechthebbers op hun computersystemen aanwezig hebben van een verveelvoudiging van werken, onrechtmatig handelen indien en voor zover zij van de aanwezigheid daarvan in kennis worden gesteld, aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen en zij vervolgens niet direct het materiaal verwijderen. Deze plicht is later ook gecodificeerd in artikel 6:196c BW, waarin ook het vereiste staat vermeld dat de hostingprovider het onrechtmatige karakter van het materiaal redelijkerwijs niet behoefde te kennen. Uit de wetgeschiedenis leren we dat de provider dit redelijkerwijs moet kennen indien het materiaal 'onmiskbaar onrechtmatig' is.<sup>29</sup> Naast de plicht om te handelen naar aanleiding van een notificatie is de provider derhalve ook verplicht zelf signalen op te vangen ten aanzien van het onrechtmatige karakter van materiaal en daarop actie te ondernemen. Deze plicht is niet slechts eigen aan het Nederlandse systeem. In de VS is een vergelijkbaar criterium opgenomen in de DMCA en noemt men deze doctrine

19 DMCA paragraaf 512 sectie J. Zie ook: House Representatives, report from the Committee on Commerce, p. 61. [http://www.hrrc.org/File/HRpt\\_105-551\\_pt\\_2\\_.pdf](http://www.hrrc.org/File/HRpt_105-551_pt_2_.pdf) en: Peter K. Yu: 'The Graduated Response,' *Florida Law Review*, vol. 62, 2010.

20 <http://www.statewatch.org/news/2010/feb/acta-leaked-text.pdf>, voetnoot 6.

21 Zie voor een aantal belangrijke zaken: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), <http://bit.ly/3ZGqoj>; *Playboy Enterprises, Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552. (M.D. Fla. 1993), <http://bit.ly/b5wZyJ>; *Sega Enterprises Ltd. v. Maphia*, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994), <http://bit.ly/am93TB>; *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995), <http://bit.ly/dvidvO>.

22 House Representatives, report from the Committee on the Judiciary, p. 11. [http://www.hrrc.org/File/HRpt\\_105-551\\_May\\_22\\_.pdf](http://www.hrrc.org/File/HRpt_105-551_May_22_.pdf)

23 DMCA paragraaf 512 sectie H.

24 *Norwich Pharmaceutical Co. v. Commissioners of Customs and Excise* [1974] AC 133, <http://www.ipo.gov.uk/ipcass/ipcass-alphabetical/ipcass-alphabetical-ko/ipcass-norwich.htm>.

25 Explanatory Notes to the Digital Economy Bill, p. 9, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldbills/001/en/2010001en.pdf>.

26 Zie voor enkele meer algemene studies rondom de zorgplicht. C. J. J. M. Stolker (red.): Groene Serie Onrechtmatige Daad, aantekening 90. Geraadpleegd is de Kluwer-online editie. T. F. E. Tjong Tjin Tai: *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. UvA 2007 (te vinden op <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.

27 Ook een criterium dat wordt genoemd in de zogenoemde 'kelderluikcriteria,' HR 5 november 1965, NJ 1966, 136.

28 Rb. Den Haag 9 juni 1999, *Informatierecht/AMI* 1999/7, p. 113-115. Chr. A. Alberdingk Thijm: 'Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4ALL en Marktplaats?' *Ars Aequi* juli/augustus 2008, p. 573-580. Zijdelings relevant is ook de uitspraak tegen Martijn.org: V.zr. Rb. Amsterdam 1 november 2007, LJN BB6926.

29 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49.

de ‘red flag’-test.<sup>30</sup> Providers moeten ook daar ten aanzien van duidelijke signalen omtrent het onrechtmatige karakter van materiaal, de ‘red flags’, prompt handelen en het materiaal verwijderen.

De plicht om persoonsgegevens te verstrekken komt in de Nederlandse jurisprudentie aan bod in de uitspraak *Lycos/Pessers*.<sup>31</sup> De postzegelhandelaar Pessers, wiens naam werd besmeurd op een website gehost door Lycos, vraagt de provider naar de NAW-gegevens van de websitehouder. Noch de E-commerce richtlijn, noch artikel 6:196c BW geven specificaties omtrent het verstrekken van deze persoonsgegevens. Wel is er ruimte voor een extra zorgplicht op basis van lid 5 van het artikel 6:196c BW. Lycos beroept zich er op dat het verstrekken van NAW-gegevens niet onder haar zorgplicht valt aangezien het materiaal niet onmiskenbaar onrechtmatig was. Het hof overweegt echter (r.o. 4.10) dat ook indien voldoende aannemelijk is dat de gepubliceerde informatie jegens derden wel onrechtmatig zou kunnen zijn en dat dezen daardoor schade zouden kunnen lijden, het zo kan zijn dat een weigering van de serviceprovider om de gegevens bekend te maken in strijd is met de in acht te nemen zorgvuldigheidnorm.<sup>32</sup> De provider zal derhalve moeten beoordelen of het ‘voldoende aannemelijk’ is dat gepubliceerde informatie jegens een derde onrechtmatig zou kunnen zijn alvorens NAW-gegevens te verstrekken. Dit verschilt wezenlijk van bijvoorbeeld de Britse doctrine waarin de provider slechts dan gehouden is NAW-gegevens van klanten te verstrekken indien hij daartoe door een rechter wordt bevolen.

Naast de vraag omtrent het verstrekken van NAW-gegevens van een klant door een access provider, lag in *Brein/KPN*<sup>33</sup> de vraag voor of een internetaanbieder kan worden verplicht om een klant af te sluiten indien deze via het netwerk onrechtmatige handelingen verricht. Een klant was de eigenaar van een bittorrent-site, een site die zelf geen bestanden levert, maar wel bestanden, in casu voor het overgrote merendeel illegale bestanden, lokaliseert op het internet. Op basis van 6:196c lid 5 stelt de rechtbank (r.o. 4.15) dat indien KPN wordt gewezen op kennelijk (onmiskenbaar) onrechtmatige gedragingen van haar abonnees op het internet, zij niet kan volstaan met het verstrekken van de NAW-gegevens, maar zij daarnaast gehouden kan zijn de betreffende verbinding af te sluiten. Nalaten daarvan zou in strijd zijn met de zorgvuldigheidnorm. KPN wordt gesommeerd om de abonnee bij een herhaalde onrechtmatig daad af te sluiten.

30 Daarbij is niet het subjectieve element, maar het objectieve element, d.w.z. of een redelijk persoon had moeten weten dat bepaald materiaal onrechtmatig is, van belang. Committee on Commerce, p. 53. Nimmer stelt dat providers geen plicht hebben om naar ‘red flags’ te zoeken, maar in tegendeel dat ‘[...] the ‘flag’ must be brightly red indeed – and be waving blatantly in the provider’s face [...]’. Nimmer: 12B.04[A][2][a]. Melville B. Nimmer & David Nimmer: *Nimmer on copyright: a treatise on the law of literary, musical and artistic property, and the protection of ideas*. New York: Bender, 1994.

31 HR 25 november 2005, C04/234HR LjN AU 4019. Zie voor annotaties: P.B. Hugenholz: Gezamenlijke noot onder HR 19 december 2003 (*Buma/KaZaA*), NJ 2009, 548; HR 12 maart 2004 (*XS4ALL/Abfab*), NJ 2009, 549; HR 25 november 2005 (*Lycos/Pessers*), NJ 2009, 550; Hof van Justitie EG 29 januari 2008, C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*). NJ 2009, 551, p. 5482-5487. O.L. van Daalen, *Mediaforum* 2004-11/12, p. 360-363. A.H. Ekker, *Mediaforum* 2006-1, p. 17-21. Chr. A. Alberdingk Thijm, ‘Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4ALL en Marktplaats?’ *Arts Aequi* juli/augustus 2008, p. 573-580.

32 Volgens het Hof kan dit ‘met name het geval zijn indien zich de volgende omstandigheden voordoen: a. de mogelijkheid dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde onrechtmatig en schadelijk is, is voldoende aannemelijk; b. de derde heeft een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-gegevens c. aannemelijk is dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen; d. afweging van de betrokken belangen van de derde, de serviceprovider en de websitehouder

De doctrine van zorgplichten is daarom zo complex omdat een zorgplicht zowel reactief als preventief kan gelden.<sup>34</sup> Enerzijds kan een rechter in het kader van de zorgplicht van bedrijven een bepaalde plicht opleggen, anderzijds kan de zorgplicht ook reeds gelden voor een rechterlijke last is opgelegd. Een rechterlijke uitspraak kan bovendien een zelfstandige invulling geven aan de preventief in acht te nemen zorgplicht. Indien een bedrijf de preventieve zorgplicht schendt is hij aansprakelijk voor onrechtmatige daad. De leer van de zorgplicht verschilt derhalve wezenlijk van de hiervoor besproken positieve plichten, die slechts criteria bieden om aansprakelijkheid te voorkomen. Hier gaat om criteria die, indien zij door een doen of nalaten geschonden worden, tot aansprakelijkheid leiden.

## Plichten

Zowel de negatieve plichten, de positieve plichten als de zorgplichten zijn gerelateerd aan de verantwoordelijke en zorgvuldige uitoefening van de bedrijfsvoering door internet providers. Ook al gaan de verplichtingen soms ver, en volgens sommigen zelfs te ver, de verplichtingen waren tot voor kort immer gekoppeld aan de aansprakelijkheid van providers voor de gedragingen van hun klanten. Recente wetgeving lijkt hier echter verandering in te brengen. Deze wetgeving legt providers verplichtingen op die niet voortvloeien uit hun verantwoordelijkheid, maar volgen uit het feit dat zij zich in de meest geschikte positie bevinden om overheidsbeleid uit te voeren. Zo legt wetgeving uit Groot-Brittannië en Frankrijk providers de verplichting op om straffen opgelegd door administratieve of rechterlijke organen, inhoudende de disconnetie van het internet, uit te voeren. Daarnaast wordt er in Nederland gesproken over een filterverplichting voor providers ten aanzien van auteursrechtsschendingen, in het kader van het voorgestelde downloadverbod.

In Nederland is door de commissie Gerkens voorgesteld om de privé-exceptie<sup>35</sup> te schrappen ten aanzien van het downloaden van illegaal aangeboden muziek- en filmbestanden via het internet.<sup>36</sup> Het kabinet volgt de commissie in haar oordeel.<sup>37</sup> Ten aanzien van de handhaving van een downloadverbod spitst de discussie zich toe op de vraag hoe moet worden gecontroleerd of internetgebruikers inbreuk maken op auteursrechten en wie voor deze controle verantwoordelijk is. In haar rapport maakt de commissie Gerkens gewag van technieken als ‘*fingerprinting*’ en ‘*deep package inspection*’ (DPI).<sup>38</sup> Fingerprinting wordt thans als methode toegepast door organisaties als

(voor zover kenbaar) brengt mee dat het belang van de derde behoort te prevaleren.’ De HR (r.o. 5.2.2) accepteert dit toetsingskader, maar benadrukt dat het geen algemene regel is.

33 Vzr. Rb. Den Haag 5 januari 2007 (*Brein/KPN*), LjN AZ5678. Zie annotaties: O.L. van Daalen, *AMI* 2007/2, nr. 9, p. 55-58. L.A.R. Siemerink, *Computerrecht* 2007-2, p. 108/113. R.D. Chavannes, ‘Brein/KPN: Het gevaar van een bagatel?’ *Mediaforum* 2007-6, p. 174-178. Zijdelings van belang is ook Rb. Zwolle 14 maart 2007, LjN BA4950 (*Stokke/Marktplaats*).

34 Zie Van Hoboken die ook dit onderscheid maakt. J.V.J. van Hoboken, annotatie bij Rb. Amsterdam 26 april 2007 (*Jensen/Google*), *Mediaforum* 2007-6, nr. 23, p. 205.

35 Artikelen 16b en 16c Auteurswet. Artikel 45n Auteurswet bepaalt dat computergames (als vorm van software) buiten het bereik van de thuiskopie-exceptie vallen. Richtlijn 2001/29/EG van het Europees parlement en de raad, van 22 mei 2001, betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, laat de mogelijkheid van een regeling ten aanzien van een privé-exceptie aan de landen zelf.

36 *Kamerstukken II* 2008/09, no. 31 766, Nr. 19 herdruk. [http://www.tweedekamer.nl/images/Herdruk\\_rapport\\_auteursrecht\\_118-191067.pdf](http://www.tweedekamer.nl/images/Herdruk_rapport_auteursrecht_118-191067.pdf).

37 [http://www.justitie.nl/images/Kabinetsreactie%20zwg%20Gerkens%20coincider sie\\_\\_tcm34-229079.pdf](http://www.justitie.nl/images/Kabinetsreactie%20zwg%20Gerkens%20coincider sie__tcm34-229079.pdf).

38 Vergaderjaar 2008/09, no. 31 766, nr. 19 herdruk, p. 23-25.

Buma/Stemra. Het houdt in dat van een (muziek)bestand een klein deel in een database wordt opgeslagen, een zogenaamde (sound)file, bij wijze van vingerafdruk. Speciale software controleert vervolgens of opgespoorde (muziek)bestanden overeenkomstig vertonen met de vingerafdrukken uit de database.<sup>39</sup> Bij DPI wordt de inhoud van bestanden gecontroleerd en vergeleken met een blacklist, waarop niet toegestane informatie staat, of met een whitelist, waarop toegestane informatie staat. DPI verschilt van de zogenoemde 'shallow packet inspection' waarbij slechts de titel of de naam van een bestand wordt gecontroleerd.<sup>40</sup>

Naast het feit dat voor een goede handhaving van het downloadverbod gebruikers in hun vrijheid zullen moeten worden beperkt,<sup>41</sup> zullen ook providers naar verwachting vergaande verplichtingen opgelegd krijgen, zoals het filteren van het internetgebruik van hun abonnees.<sup>42</sup> De vraag is of een dergelijke verplichting nog voortvloeit uit het principe van de zorgvuldige bedrijfsvoering. De commissie Gerken merkt zelf al op: 'Vaak wordt hier ook gesproken over de verantwoordelijkheden van de ISP's. De vraag die dan voorligt, is wat de rol van de ISP is. Is de ISP degene die moet controleren wat er over zijn netwerk gaat? [...] Terecht zegt de ISP dat hij niet over zijn hele netwerk kan zien of er illegale activiteiten plaatsvinden. [...] Desalniettemin kijken de ISP's wel degelijk naar het verkeer over hun netwerk.'<sup>43</sup> Vervolgens stelt de commissie in haar rapport voor om toch gebruik te maken van filteren via de DPI techniek. Onder veel maatschappelijke druk<sup>44</sup> heeft de voorzitter van de commissie inmiddels in de kamer aangegeven de passage omtrent DPI te willen schrappen.<sup>45</sup>

Deze terughoudendheid is echter niet in acht genomen ten aanzien van de verplichtingen voor providers in de inmiddels tot wet bekrachtigde 'three strikes'-wetgeving uit Frankrijk<sup>46</sup> en Groot-Brittannië.<sup>47</sup> Daarin worden internetgebruikers die herhaaldelijk worden betrapt op het schenden van auteursrechten bestraft met een tijdelijke disconnectie van het internet. Deze straf wordt pas na herhaaldelijk waarschuwen opgelegd door de rechter of een administratief orgaan. In beide wetten is de verplichting voor de providers opgenomen om de straf uit te voeren.

De Franse Loi HADOPI amendeert de Code de la Propriété Intellectuelle. Artikel L. 335-7 van die wet leest na amendering dat de rechter de bevoegdheid heeft om een persoon wegens auteursrechtinbreuken af te sluiten van het internet voor de periode van maximaal een jaar. Aanvankelijk had het administratieve orgaan HADOPI deze bevoegdheid, maar het constitutionele hof oordeelde dit onconstitutioneel, aangezien de disconnectie van het internet inbreuk maakt op het recht op vrijheid van meningsuiting. Dergelijke straf mag slechts worden opgelegd door een gerechtelijk orgaan.<sup>48</sup>

De Britse Digital Economy Act amendeert de Communications Act 2003. Artikelen 124H tot en met 124J van die wet specificeren nu dat de minister criteria mag opstellen die bepalen onder welke omstandigheden een ISP verplicht is om de toe-

gang tot het internet van zijn gebruikers te beperken. Deze criteria zullen onder meer betrekking hebben op het aantal auteursrechtsschendingen. De regulerende autoriteit, OFCOM, is verplicht om deze criteria uit te werken in een zogenoemde 'Technical Obligations Code' waarin ook het recht van de gebruiker is opgenomen om tegen het besluit en de straf bezwaar te maken bij een rechter.

Belangrijk is dat beide wetten geen regelingen bevatten omtrent de aansprakelijkheid van ISP's, maar daarentegen plichten aan hen opleggen op straffe van boete. Artikel L 335-7 Code de la Propriété Intellectuelle bepaalt dat indien een provider niet meewerkt aan het vonnis hij een boete van € 5000,- opgelegd kan krijgen, terwijl artikel 124L van de Communications Act 2003 bepaalt dat een weigerachtige provider een boete van £ 250.000,- riskeert.

Belangrijk is ook dat het in beide wetten om plichten ten aanzien van access providers gaat. Deze providers werden in de wetgeving die tot voor kort gold, zowel in de VS als in Europa als in Nederland, van alle providers het minst belast met verantwoordelijkheden en verplichtingen. Dit volgt uit het karakter van de access provider, die slechts de toegang van gebruikers tot het internet faciliteert. Hij verricht zelf geen actieve handeling, hij maakt geen gebruik van caching, linkt niet door naar andere websites en host geen websites. Hij is de neutrale intermediair bij uitstek. Deze nieuwe wetgeving ondermijnt deze neutraliteit en legt providers plichten op, op straffe van boete, omdat zij zich in de beste positie bevinden om overheidsbeleid uit te voeren.

## Conclusie

In dit artikel is een onderscheid gemaakt tussen vier soorten plichten die aan de internet providers worden opgelegd. De negatieve plichten die eisen dat de neutraliteit van de provider gewaarborgd blijft. De positieve plichten die vereisen dat de provider een aantal actieve handelingen verricht, zoals het verwijderen van auteursrechtsschendend materiaal van zijn netwerk, indien hij zeker wil zijn dat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de gedragingen van zijn abonnees. De zorgplichten die vereisen dat providers een zelfstandige afweging maken ten aanzien van het onrechtmatige karakter van materiaal op hun netwerk en zelfstandig handelingen verrichten om schade ten aanzien van derden te voorkomen, waarbij geldt dat een schending van de zorgplicht door een doen of nalaten een onrechtmatige daad oplevert. Tot slot, de plichten die aan providers worden opgelegd, niet omdat deze voortvloeien uit een zorgvuldige bedrijfsvoering, maar uit het feit dat zij zich in de meest geschikte positie bevinden om overheidsbeleid uit te voeren. Hiermee komt de vrijheid van het internet onder druk te staan en worden internet service providers onredelijk belast. Door een grote nadruk te leggen op auteursrechtbescherming en -handhaving via verscherpte wetgeving komen rechten en vrijheden van anderen steeds meer onder druk te staan.

load\_\_verbod.pdf en [http://www.bigbrotherawards.nl/?page\\_id=311](http://www.bigbrotherawards.nl/?page_id=311).

45 Minuut 14: <https://www.bof.nl/live/wp-content/uploads/2010/04/20100414-commissie-gerkens-auteursrecht-392kbps.ogg>.

46 LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009, <http://bit.ly/dwXAea>. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, <http://bit.ly/1MSFz>. LOI n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, <http://bit.ly/9NkDyL>. Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, <http://bit.ly/9NXC5P>. 47.

[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukga\\_\\_20100024\\_\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukga__20100024__en.pdf).

48 Conseil Constitutionnel 10 juni 2009, *Mediaforum* 2009-9, p. 344-348 m.nt. J.H. Reestman.

39 <http://www.bumastemra.nl/nl-NL/MuziekrechtenVastleggen/Fingerprinting/>.

40 De commissie wijst de mogelijkheid van Digital Rights Management (DRM) af omdat het waarschijnlijk niet op voldoende draagvlak kan rekenen. Vergaderjaar 2008-2009, no. 31 766, nr. 19 herdruk, p. 23.

41 <https://www.bof.nl/live/wp-content/uploads/2009/12/filessharing-kamerbriefing-141209.pdf>.

42 Zie in reactie op die mogelijkheid: <https://www.xs4all.nl/overxs4all/maatschappelijk/downloads/standpuntxs4all.pdf>.

43 Tweede Kamer, vergaderjaar 2008/09, 29 838 en 31 766, nr. 19, p. 24.

44 Zie o.a. <http://www.consumentenbond.nl/morello-bestanden/336383/Down>