

M. de Cock Buning¹ en D. van Eek²

I. Inleiding

Dat het handhaven van het auteursrecht op digitale communicatienetwerken vrijwel ondoenlijk is, is anno 2009 een feit van algemene bekendheid. Dat het elektronisch vergiet ook niet gedicht kan worden met behulp van het inmiddels wettelijke versterkte procesuele handavingsinstrumentarium, is inmiddels eveneens duidelijk. De grootschaligheid van de verspreiding en de anonimiteit van de openbaarmakers ligt daaraan ten grondslag. Rechthebbenden die zich geconfronteerd zien met een veelheid van lastig te achterhalen inbreukmakers, spreken daarom de laatste jaren in toenemende mate de bij de verspreiding van inbreukmakende werken betrokken derden aan. Het gaat daarbij om de internetaanbieders die bijvoorbeeld toegang verschaffen tot het internet (access-provider) of die ruimte aanbieden om deze informatie op te slaan (hosting-provider) of die digitale kopieën maken om het gebruiksproces te versnellen (mere conduit). Ook houders van fora waar door gebruikers (hyperlinks naar) auteursrechtelijk beschermd materiaal word(t)(en) geplaatst, worden in toenemende mate aangesproken. Steeds belangrijker worden ook de P2P netwerken, de *filesharing* programma's waarmee allerlei data gedeeld kunnen worden via het web. Veel van dat materiaal is auteursrechtelijk beschermd terwijl de openbaarmaker en/of verveelvoudiger zelden is te achterhalen. Kan de aanbieder van de voor *filesharing* gebruikte software worden aangesproken? En de websitehouder waarop de links naar de thans voornamelijk bij P2P *filesharing* gebruikte *torrents* zijn geplaatst?

In de rechtspraak wordt in een aantal gevallen inderdaad (mede) aansprakelijkheid van derden aangenomen. In

deze bijdrage wordt onderzocht welke betrokkenheid bij verspreiding onder welke omstandigheden op (mede) aansprakelijkheid voor inbreuk op auteursrecht kan komen te staan. Wordt het elektronisch vergiet daarmee voldoende afgedicht? Of moeten we toe naar een vorm van risicoaansprakelijkheid voor bepaalde internetdienstverleners bij auteursrechtinbreuk?

Allereerst blikken we terug. Wat leert de geschiedenis van het auteursrecht ons over de aansprakelijkheid voor andermans auteursrechtinbreuk?

2. Aansprakelijkheid van derden in het pre-netwerk tijdperk

2.1. Uitgevers en zaalverhuurders

Lang voor het bestaan van het internet kwam de vraag op of ook anderen dan de primaire inbreukmaker aangesproken konden worden. De Beaufort onderkende in zijn handboek uit 1932 al dat naast de plagierende auteurs, ook degene die de inbreukmakende kopie 'beeft geleverd' aangesproken zou moeten kunnen worden.³ Het ging daarbij in het algemeen om partijen die zelf één of meer auteursrechtelijk relevante openbaarmakings- of verveelvoudigingshandelingen verrichten, zoals uitgevers.⁴ Wanneer deze uitgever bericht had ontvangen dat het door hem uitgegeven werk plagiaat was, werd de inbreuk aan de uitgever toegerekend.⁵

Met betrekking tot muziekuitvoeringen maakte de Hoge Raad in 1926 een vergelijkbare afweging. In geschil was of het gelegenheid geven tot openbaarmaking of verveelvoudiging als 'het onrechtmatig bevorderen van auteursrechtinbreuk' moest worden beschouwd. Volgens de Hoge Raad kon de Harmonie Phileutonia, die een wedstrijd had georganiseerd waar inbreukmakende muziek werd uitgevoerd, niet als deelnemster of medewerkster aan de inbreuk worden beschouwd.⁶ Daarbij diende te worden meegewogen of degene die gelegenheid geeft tot openbaarmaking van de ongeoorloofde openbaarmaking op de hoogte was, of althans had kunnen voorzien. Enige decennia later besliste de Hoge Raad in het arrest *Buma/De Vries* dat de zaaleigenaar die

'gelegenheden biedt tot het openbaar maken van inbreukmakende muziek niet zelf inbreuk op het auteursrecht pleegt'.⁷

Voor zover de zaalexploitant echter wel zeggenschap heeft over de musici en hij (na op een inbreuk te zijn gewezen door bijvoorbeeld Buma/Stemra) deze zeggenschap niet heeft aangewend om de inbreuk te beëindigen, kan dat onrechtmatig jegens de rechthebbende zijn. De vraag of hij zelf organisator is, hoeft dan niet gesteld en/of beantwoord te worden.⁸ De onrechtmatigheid van de handeling staat dan vast.

1. Prof. mr. Madeleine de Cock Buning is hoogleraar Auteursrecht en Media- en Communicatierecht, Centrum voor Intellectueel Eigendomsrecht (CIER), Molengraaff Instituut voor Privaatrecht Universiteit Utrecht en commissaris bij het Commissariaat voor de Media.
2. Mr. D. van Eek is advocaat bij Höcker te Amsterdam.
3. H.L. de Beaufort, *Auteursrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1932, p. 185.
4. Rb. Amsterdam 15 december 1930, *NJ* 1931, p. 938, *W* 12288.
5. Rb. Amsterdam 10 december 1926, *W* 11706.
6. HR 11 februari 1926, *NJ* 1926, p. 354-355 (*Phileutonia*).
7. HR 8 maart 1957, *NJ* 1957, 271 (*Buma/De Vries*). HR 11 juni 1920, *NJ* 1920, p. 718, *W* 10592. Vgl. HR 18 december 1919, *NJ* 1920, p. 35, *W* 10532 waarin de Hoge Raad besliste dat ook het 'engageren van een pianist, om in een cabaret op een openbaar concert, dat daar men geeft, muziekstukken uit te voeren en het zodoende tot die uitvoeringen medewerken, op zich zelf zonder meer nog niet oplevert openbaar maken, dat in den zin der wet ongeoorloofd zou zijn...enz'. Vgl. al eerder HR 11 juni 1920, *NJ* 1920, p. 718, *W* 10592, De Beaufort 1932, p. 186.
8. *Ibid.*, p. 471. HR 8 maart 1957, *NJ* 1957, 271 (*Buma/De Vries*).

Het stilzitten (niet handelen na bekendmaking van de inbreuk) van de eigenaars van een café waar een uitvoering plaatsvond, werd door de Hoge Raad als onrechtmatig aangeduid.⁹

De Beaufort wijst in zijn handboek nog op lagere rechtspraak waarbij eveneens aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, voortkomend uit auteursrechtinbreuk van een derde werd aangenomen. De Beaufort noemt

*'gevallen, waarin anderen dan de feitelijke uitvoerders aansprakelijk zullen zijn, n.l. ingevolge art. 1402 BW (huidig art. 6:162 BW, schr.) verantwoordelijk voor schade niet alleen door eigen daden veroorzaakt, maar ook door nalatigheid of onvoorzichtigheid en art. 1403 BW (huidig art. 6:169-171, 6:173 BW, schr.) verantwoordelijkheid voor schade veroorzaakt door de daad van personen, voor welke men aansprakelijk is.'*¹⁰

Laatstgenoemd artikel ziet op de toen geldende risicoaansprakelijkheid. De Beaufort vermeldt in dit verband de kantonrechter Zaandam die had geoordeeld dat de koffiehuishouder die een pianist inhuurde om zijn verkooppunt wat luister bij te zetten, aansprakelijk was

*'omdat de pianist, die de muziek ten gehore had gebracht, zijn ondergeschikte d.w.z. aangestelde was, zoodat de cafehouder in ieder geval ook krachtens art. 1403 aansprakelijk was voor de gepleegde onrechtmatige daad.'*¹¹

De rechter overwoog met zoveel woorden dat de inbreuk een *culpoos doen* was waarvoor de koffiehuishouder ex art. 1403 aansprakelijk was. De wet wees in zulke gevallen de aansprakelijke (schuldige) (rechts) persoon aan. De Rechtbank Middelburg oordeelde rond dezelfde tijd dat een caféhouder aansprakelijk was voor de onrechtmatige uitvoering van een muziekstuk door een pianist in zijn café. Dit oordeel was gebaseerd op het gebrek aan zorgvuldigheid van de caféhouder – dus het nalaten van controle – krachtens art. 1402 BW.¹² Hierbij is van belang dat het gaat om een aansprakelijkheid voortkomend uit onrechtmatige daad (gebrek aan zorgvuldigheid, nalaten van controleren) jegens de auteursrechthebbende en niet wegens een op zichzelf staande inbreuk op de rechten van een auteursrechthebbende. De vaststelling van aansprakelijkheid vond in het door De Beaufort genoemde geval plaats op basis van de op dat moment geldende risicoaansprakelijkheden uit het oude BW. De zaalexploitant die slechts gelegenheid biedt, is volgens de Hoge Raad niet zelf aan het openbaar maken, maar kan onder omstandigheden wel onrechtmatig handelen.¹³

2.2. Radioverenigingen

Het verspreidingsmedium radio kende een eigen dynamiek vanwege de veelheid van de bij de uitzending betrokken partijen. Vermeldenswaard is in dit verband het vonnis van de Hilversumse Kantonrechter uit 1927 waarin uitsluitend een uitvoerende soliste zelf aansprakelijk werd gesteld voor inbreuk op het auteursrecht. Verder merkte de kantonrechter op

*'dat het zendstation mocht verwachten, dat de soliste de auteursrechten van anderen zou eerbiedigen, terwijl naar de meening van dezen rechter de Radio-vereniging of haar bestuur niet als uitvoerders konden worden aangemerkt, evenmin als een sociëteit als uitvoerster van een muziekwerk is te beschouwen.'*¹⁴

Inmiddels wordt al geruime tijd op grond van art. 12 lid 1 aanhef en onder 4° Aw 'onder de openbaarmaking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst mede (...) verstaan de voordracht, op- of uitvoering of voorstelling in het openbaar van het geheel of een gedeelte van het werk of van eene verveelvoudiging daarvan', zodat daarover geen twijfel meer bestaat, Voorts heeft de Hoge Raad al in het *Caféradio-arrest*¹⁵ beslist dat het ten gehore brengen van muziek via een radio ook een zelfstandige – zij het *secundaire* –¹⁶ openbaarmakingshandeling is van degene die een radio afspeelt in het openbaar.¹⁷

Samenvattend kan vastgesteld worden dat in de vroege rechtspraak waarin de aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk aan de orde kwam, aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk van derden aangenomen werd op basis van toerekening door schuld.

Voor zover in een enkel geval risicoaansprakelijkheid

9. De Beaufort 1932, p. 189 ev.

10. *Ibid.*

11. *Ibid.* Ktr. Zaandam 6 september 1917, *NJ* 1918, p. 320. Vgl. Ktr. Amsterdam 16 juni 1914, het Kantongerecht Amsterdam oordeelde toen eensluidend ten aanzien van een pianist die was ingehuurd om in een café te spelen. De Beaufort wijst ook op uitspraken die het tegendeel laten zien, wat betreft de aansprakelijkheid ex art. 1403 BW. Bijv. Ktr. Amsterdam 18 februari 1914, *NJ* 1914, p. 600 (*orkest in bioscoop*) waarin de kapelmeester geheel zelfstandig optrad, wel aansprakelijkheid voor de bioscoopondernemer ex art. 1401 BW, aan nalatigheid en onzorgvuldigheid te wijten. Ktr. Amsterdam 16 juni 1914, *NJ* 1914, p. 29 (*orkest in café*), Rb. Den Haag 7 november 1921, *NJ* 1922, p. 195 (*pianist in café*).

12. Rb. Middelburg 22 oktober 1919, *W* 10502.

13. HR 8 maart 1957, *NJ* 1957, 271 (*Buma/De Vries*).

14. De Beaufort 1932, p. 191, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad in de *NJ* 1920, p. 718 en *W* 10592.

15. HR 6 mei 1938, *NJ* 1938, 635 (m.nt. EMM).

16. Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, nabuigerechten en databankenrecht* (Recht en Praktijk), Deventer: Kluwer 2005, p. 197. Vanwege de techniek is inmiddels zelfs sprake van een primaire openbaarmaking Vgl. D. Visser, 'Primair openbaar maken via de kabel', *AMI* 2007-2, p. 37-44. Vgl. in dit kader Rb. Den Haag 28 januari 2009 (*Norma-Irda v VECAI-Kabelaars*) *IER* 2009/28, p. 124 (m.nt. Seignette); *AMI* 2009, 17, p. 163 (m.nt. Koelman).

17. De Hoge Raad bevestigde dat ook de beheerder van een draadomroep (vergelijkbaar met een zendstation) als doorgever (gelijktijdig en ongewijzigd) van radioprogramma's via de zogenaamde draadomroep een openbaarmakingshandeling verricht. In het *Kabel-TV I-arrest* werd bevestigd dat doorgifte door een Centrale Antenne Inrichting (CAI) een afzonderlijke openbaarmaking oplevert. HR 30 oktober 1981, *NJ* 1983, 435 m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach; *AMI* 1981, p. 111, *AA* 1982, p. 79 m.nt. Cohen Jehoram. Eindarrest: HR 25 mei 1984, *NJ* 1984, 697 m.nt. Van Nieuwenhoven Helbach; *AMI* 1984, p. 62; *AA* 1986, p. 628 m.nt. Cohen Jehoram. Inmiddels heeft de Satelliet en Kabelrichtlijn dit geregeld.

werd aangenomen, werd dit in een wettelijke bepaling gefundeerd, bijvoorbeeld de werkgever-werknemer verhouding. Toerekening op basis van een 'open norm' vond niet plaats.¹⁸

3. Auteursrecht, aansprakelijkheid en informatietechnologie

3.1. Nieuwe technologieën

Schaalvergroting in de digitale netwerktechnologie geeft aanleiding tot talloze rechtsvragen. Niet in de laatste plaats gaat het daarbij om vragen naar wie aansprakelijk gesteld kan worden voor openbaarstellingen van beschermde werken op het internet. In het proces van openbaarmaking van informatie op het internet worden er meerdere auteursrechtelijk relevante handelingen verricht, vaak door verschillende partijen. Steeds wanneer informatie tussen computers verzonden wordt, vindt een verveelvoudigingshandeling plaats. Dat is niet altijd slechts een tijdelijke, voor het technische procedé noodzakelijke verveelvoudiging. Wie verricht dit auteursrechtelijk relevant handelen en wordt daarmee inbreuk op het auteursrecht gemaakt? Daarnaast wordt de vraag gehoord of het op enigerlei wijze faciliteren van de inbreuk van derden eveneens tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden, waarbij hetzij een staken van dat faciliteren zou kunnen worden afgedwongen, hetzij schadevergoeding zou kunnen worden gevorderd.

3.2. Aansprakelijkheid van Internet Dienstverleners

De Europese wetgever heeft in een vrij vroeg stadium in de E-commercerichtlijn¹⁹ de aansprakelijkheid van tussenpersonen op het Internet willen regelen. Het gaat daarbij in algemene zin over diensten in de informatiemaatschappij, onder andere verricht door Internet Service Providers (ISPs). Daarbij zijn met name van belang de beperking van de aansprakelijkheid voor de ISPs zoals vastgelegd in art. 12-14 E-commercerichtlijn. In Nederland is de (civielrechtelijke) aansprakelijkheid

van de ISPs gebaseerd op het leerstuk van de onrechtmatige daad en geïmplementeerd in art. 6:196c BW. Dit artikel behelst de beperking van de aansprakelijkheid van verschillende dienstenaanbieders in de informatiemaatschappij.

Meestal zijn de ISPs onmisbare schakels bij zowel de toegang tot het internet als bij de ontvangst van informatie. Afgezien van de *information*-provider die de inhoud van de aangeboden informatie bepaalt, onderscheidt de richtlijn verschillende soorten ISPs. Daarover straks meer. De *information*-provider is als direct verantwoordelijke voor het verveelvoudigen en openbaarstellen van informatie de eerst aangewezen aansprakelijke. Niet alleen de individuele openbaarmaker die een bericht op een website plaatst, maar ook bijvoorbeeld de eindredacteur die verantwoordelijk is voor de inhoud van de website wordt aangemerkt als *information*-provider. Omdat het met name niet altijd eenvoudig is gebleken de NAW gegevens van deze individuele openbaarmakers te achterhalen, terwijl die voor succesvolle handhaving onontbeerlijk zijn, heeft de blik zich verbreed naar andere bij het proces van openbaarmaking over het internet betrokken partijen. De ISP verschafft de *information*-provider de technische middelen waarmee deze de informatie op internet kan openbaarstellen. Er zijn verschillende rollen die een ISP in dit proces kan spelen.

Allereerst zijn er de dienstverleners die *access* verschaffen (toegang tot het Internet) en de ISP die informatie tijdelijk in cache opslaat voor eenvoudige doorgifte. Daarnaast is er nog de dienstverlener die *hosting*-services levert. Laatstgenoemde dienstverlener slaat de informatie op eigen servers op.²⁰ In de praktijk biedt een dienstverlener vaak beide diensten aan.

3.2.1. Verschaffen technische faciliteiten

In de veelbesproken zaak *Scientology vs Karin Spink en XS4ALL*,²¹ stond in het vonnis van de rechtbank de aansprakelijkheid van internet service providers centraal. De rechtbank oordeelde hieromtrent:

(...) de activiteiten van de service providers waar het in deze zaak om gaat zijn beperkt tot het doorgeven van informatie van en/of aan haar gebruikers en de opslag van die informatie.²² De service providers selecteren de informatie niet en bewerken haar evenmin. Zij verschaffen slechts de technische faciliteiten teneinde openbaarmaking door anderen mogelijk te maken.'

De rechtbank is verder van oordeel dat de activiteiten van de service provider evenmin een auteursrechtelijk relevante verveelvoudiging inhouden.²³ De rechtbank vervolgt met een naar later zal blijken maatgevende overweging, dat de ISP:

'niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt gebonden kan zijn medewerking te verlenen en adequate maatregelen te nemen als bij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens homepage auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt. Van de service provider mag een zekere mate van zorg

18. Vgl. De Beaufort 1932, p. 182 e.v.

19. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel in de interne markt. *PbEG* L 178 van 17 juli 2000.

20. Vgl. C. van der Net, 'Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht', (diss. Univ. Leiden), Leiden: Gouda Quint 2000, p. 2. Als vierde voorbeeld – naast ook nog de *mere conduit provider* – noemt hij de *network-provider*, de partij die verantwoordelijk is voor exploitatie van de infrastructuur waarover de informatie wordt uitgewisseld.

21. Rb. Den Haag 9 juni 1999 (*Scientology vs. XS4ALL*) *Informatierecht/AMI* 1999, p. 113-115 (m.nt. Koelman).

22. Het gaat om een service provider die zowel *access*- als *hosting*-provider is.

23. De reden die hiervoor wordt aangedragen is dat het om 'door technologie gedicteerde reproducties gaat, die ontstaan niet zozeer als gevolg van een handeling van de service provider als wel van de houder van een homepage of de consument die thuis informatie opvraagt'. De rechtbank verwijst daarbij naar art. 5 lid 1 van het door de Commissie van de EG ingediende gewijzigde voorstel voor de Harmonisatierichtlijn.

worden verwacht ten aanzien van het voorkomen van verdere inbreuk. Mede gelet op de omstandigheden dat de service providers bedrijfsmatig handelen, de mogelijkheid die hun ten dienste staat de toegang tot de homepage af te sluiten en de schade die van verdere inbreuken het gevolg zou kunnen zijn, moet worden geoordeeld dat de service provider die ervan in kennis wordt gesteld dat een gebruiker van zijn diensten op diens homepage auteursrechtinbreuk pleegt of anderszins onrechtmatig handelt, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, zelf onrechtmatig handelt indien hij alsdan niet ingrijpt. Van de service provider mag dan worden verwacht dat hij de inbreukmakende documenten uit zijn computersysteem verwijdert en tevens dat hij aan de rechthebbende op diens verzoek de naam en het adres van de desbetreffende gebruiker bekend maakt.'

Dit vonnis en het daarop volgende bevestigende arrest van het Hof is bepalend geweest voor de rechtsontwikkeling op dit gebied:

Naar het oordeel van het hof verschaffen service-providers slechts de technische faciliteiten om openbaarmaking van gegevens door anderen mogelijk te maken. Het lijkt dan ook niet juist hen op één lijn te stellen met uitgevers die naar wordt aangenomen, zelf openbaar maken. Dit oordeel is ook in overeenstemming met het Agreed Statement bij artikel 8 van het WIPO Auteursrechtverdrag.²⁴

A-G Verkade bespreekt in zijn conclusie in deze zaak meer in het bijzonder de drie soorten ISPs die in de E-commercerichtlijn worden onderscheiden en acht de handelingen van de hosting ISP wel auteursrechtelijk relevant:

[...] de activiteiten van zogenaamde mere conduit providers (zij geven uitsluitend informatie door of verschaffen toegang tot een communicatienetwerk, vgl. de "pijpleiding") of caching providers (zij slaan informatie tijdelijk op ter vergemakkelijking van latere doorgifte) veelal niet, maar van hosting providers (hun activiteiten bestaan uit het opslaan van informatie) doorgaans wel als auteursrechtelijke relevante handelingen moeten worden beschouwd.²⁵

Tot een arrest is het niet gekomen in deze zaak, omdat het cassatieberoep op het laatste moment is ingetrokken door Scientology. Ons hoogste rechtscollege heeft zich over de onderhavige rechtsvragen nog altijd niet uitgesproken.

3.2.2. Onmiskenbaar onrechtmatig

Onder welke omstandigheden de aansprakelijkheid van een hosting provider aangenomen kan worden, wordt verder verfynd in de zaak *Deutsche Bahn*, waarbij het overigens niet ging om auteursrechtinbreuk, maar om staatsveiligheid.²⁶ Daarbij is aldus het Hof

de enkele kennisgeving van een derde omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige informatie niet voldoende voor de conclusie dat de dienstverlener (ISP) weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatig karakter heeft. Dat is anders wanneer aan de

juistheid van de kennisgeving in redelijkheid niet getwijfeld kan worden; dat doet zich voor indien de kennisgeving afkomstig blijkt van (een derde met machtiging van) een rechter, of wanneer de informatie op de website onmiskenbaar onrechtmatig is.²⁷

3.2.3. Initiatief nemen tot het doorgeven van informatie

Volgens de Amsterdamse voorzieningenrechter in het vonnis inz. *Bruno Press/IMT* uit 2008²⁸ (hierna: het Bruno-vonnis) is het verlichte aansprakelijkheidsregime uit de E-commercerichtlijn niet altijd ongeclausuleerd toe te passen. De beheerder van een website (IMT) waarop een aantal auteursrechtelijk beschermd foto's wordt geplaatst door bezoekers, wordt niet alleen als mede inbreukmaker aangemerkt, maar tevens aansprakelijk gehouden voor de daaruit voortvloeiende schade, omdat hij de gelegenheid heeft geboden aan anderen auteursrechtelijk beschermd materiaal op de website van de houder te plaatsen. De voorzieningenrechter overweegt: '[door]

gelegenheid te geven tot publicatie van foto's op haar website waarop auteursrecht van derden rust, wat bij de thans besproken foto's het geval was zoals IMT heeft erkend, heeft ook IMT inbreuk gemaakt op dat auteursrecht en is zij in beginsel aansprakelijk voor schade die uit haar onrechtmatig handelen voortvloeit.'

De voorzieningenrechter overweegt bovendien dat art. 6:196c BW geen toepassing kan hebben omdat IMT niet aangemerkt kan worden als ISP:

'immers op haar website geeft IMT grotendeels van haar zelf afkomstige informatie door en door de opzet van haar website nodigt zij bezoekers uit tot het plaatsen van foto's van zogenoemde sterren. Zij neemt aldus het initiatief tot het doorgeven van informatie door haar bezoekers. Door de indeling van haar website maken de door haar bezoekers daarop geplaatste foto's deel uit van het geheel van die website. Het is onmiskenbaar dat IMT de aantrekkelijkheid van haar website tracht te bevorderen door haar bezoekers daarop foto's als thans in geding te laten plaatsen.'²⁹

Hier is nog altijd geen sprake van een vorm van risicoaansprakelijkheid voor IMT, de toerekening vindt

24. Hof 's-Gravenhage 4 september 2003 (*Scientology*), *JAVI* 2003, p. 183-186, m.nt. W. Pors.

25. HR 16 december 2005 (*Scientology*), *LJN* AT2056.

26. De gehoste informatie zou volgens de voorzieningenrechter onmiskenbaar onrechtmatig zijn jegens DB, omdat 'als vanzelfsprekend kan worden aangenomen' dat gevaarlijke situaties op het spoor kunnen ontstaan als gevolg van sabotage met behulp van de litigieuze informatie. Vgl. de noot van L.F. Asscher onder het vonnis in *Computerrecht* 2005, 2.

27. MvT, op art. 6:196c BW, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49, Hof Amsterdam 7 november 2002 (*XSA/All-Deutsche Bahn*), r.o. 4.8.

28. Vzt. Rb. Amsterdam 16 oktober 2008 (*Bruno Press-IMT*) *Mf* 2008, 39, p. 456 (m.nt. Alberdingk Thijm); *Computerrecht* 2009, 29, p. 50 (m.nt. Veltman).

29. R.o. 4.4.

immers plaats op basis van schuld. De wijze waarop IMT de website heeft ingedeeld is zodanig dat de door bezoekers op het forum geplaatste foto's deel uitmaken van deze website. Evenals de hiervoor in paragraaf 2 besproken voorbeelden waarin de uitgever aansprakelijk werd gesteld, wordt hier de beheerder van de website aansprakelijk gesteld voor schade voortkomend uit de auteursrechtelijke inbreuk. De beheerder biedt op deze wijze gelegenheid tot auteursrechtinbreuk en profiteert van de toegenomen aantrekkelijkheid van de site. Dit draagt bij aan het aannemen van aansprakelijkheid. De voorzieningenrechter lijkt ook een zorgplicht te benadrukken:

*'Het is aan IMT om haar bedrijf zodanig in te richten dat zij maatregelen treft ter voorkoming van inbreukmakende handelingen. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de mogelijkheid degene die een foto als hier bedoeld op de site van IMT plaatst na een toelichting vooraf te laten verklaren dat hij of zij de rechtbebbende op die foto is.'*³⁰

Het verlichte aansprakelijkheidsregime uit de E-commercerichtlijn geldt evenmin voor partijen die inhoudelijke invloed hebben op de inhoud van een website, zoals de zogenaamde moderators. Recent heeft de Amsterdamse voorzieningenrechter bepaald dat een beheerder (exploitant) van een website die

'door middel van de moderators de zeggenschap heeft over de inhoud van de website en (...) kan bepalen wat daarop wel of niet wordt gepubliceerd'.

Hij valt daarmee buiten de bescherming van art. 6:196c lid 4 BW.³¹

30. R.o. 4.6.

31. V.zr. Rb. Amsterdam 12 maart 2009, *Internetrecht* 2009, 53, p. 85 (m.nt. Voogd) (*Trendylaarzen-2dehands.nl*).

32. Dat luidt: 'Dit artikel doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het rechtsstelsel van de lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt. Het doet evenmin afbreuk aan de mogelijkheid voor lidstaten om procedures vast te stellen om informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.'

33. Het arrest zegt i.pl.v. wat hier tussen () staat: tussenpersonen.

34. HR 15 november 2005, *IER* 2006/2, *Computerrecht* 2006, p. 58; (*Lycos/Pessers*), r.o. 5.1.4.

35. Koelman verwijst in 2003 naar *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 51. De Minister van Justitie heeft naar aanleiding van een Amerikaanse uitspraak laten weten dat naar Nederlands recht het de rechter vrij staat te bevelen dat een *access* provider de identiteit van abonnees levert. K.J. Koelman, 'Kort nieuws: Amerikaanse uitspraken over p2p-systemen en de identiteit van hun gebruikers', *Computerrecht* 2003, p. 278-279.

36. J.J.C. Kabel, 'Commentaar op Lycos Pessers' *IER* 2006, p.1-3, p. 2. Hij verwijst naar r.o. 5.2.2 van het arrest en nr. 41 van de conclusie van de A-G. Vgl. E. Henny, 'Informatieplicht service provider ook niet bij onmiskenbaar onrechtmatige daad' *Bb* 2006/7, p. 53-55, p. 53 en A. Ekker & O. Van Daalen, 'De provider als speurhond van de muziekindustrie. Kan hij gedwongen worden tot afgifte van identificeerbare informatie?', *JAVI* 2003/4, p. 129-134, p. 129.

3.2.4. **Zorgplicht naast eventuele aansprakelijkheid**
De E-commercerichtlijn laat nadrukkelijk de mogelijkheid onverlet voor nationale rechters om een inbreuk te voorkomen of te verbieden, bepaalde informatie te laten verwijderen of toegang onmogelijk te maken (art. 14 lid 5).³² In het *Lycos/Pessers* arrest heeft de Hoge Raad dit aldus verwoord:

*'De in de Richtlijn vastgestelde beperking van de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersoon optreden doet geen afbreuk aan de mogelijkheid dat de nationale rechter die maatregelen treft die van (partijen die zich op de aansprakelijkheidsuitsluitingsgronden kunnen beroepen, schr.)³³ redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen.'*³⁴

Naast verwijdering van inbreukmakend materiaal kan een vordering tot opgave van de – voor dagvaarding noodzakelijke – NAW gegevens van de (evidente) inbreukmaker worden ingesteld. In Nederland is een dergelijke verplichting niet wettelijk vastgelegd, maar de rechter kan wel oordelen dat het niet verstrekken van de NAW-gegevens onder omstandigheden als onrechtmatig aangeduid kan worden.³⁵ Het Hof, gesanctioneerd door de Hoge Raad, motiveert uitvoerig onder welke omstandigheden NAW gegevens afgegeven zouden moeten worden in r.o. 4.10:

'Ook indien de op een website gepubliceerde informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is, kan een servic provider onder omstandigheden onrechtmatig handelen door de bij haar bekende NAW-gegevens van de desbetreffende websitehouder niet op verzoek aan een belanghebbende derde bekend te maken. Indien voldoende aannemelijk is dat de gepubliceerde informatie jegens de derde wel onrechtmatig zou kunnen zijn en dat deze daardoor schade kan lijden, zou het maatschappelijk bezien ongewenst zijn indien die derde geen enkele reële mogelijkheid heeft de websitehouder daarop – zonedig in rechte – aan te spreken. Onder omstandigheden kan dan ook een weigering van de serviceprovider om de NAW-gegevens van de websitehouder aan de derde bekend te maken in strijd komen met de zorgvuldigheid die de serviceprovider jegens een zodanige derde in acht dient te nemen. Dit kan 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 (voor zover kenbaar) brengt mee dat het belang van de derde behoort te prevaleren.'*

Verschillende schrijvers stellen dat het uitgangspunt is dat er geen afgifteverplichting bestaat.³⁶

Wel wordt de ISP geacht, wanneer het om een verzoek tot het verstrekken van NAW gegevens gaat, op een

eerder moment te handelen dan in de situaties als bedoeld in art. 6:196c BW. De zorgplicht voor de intermediair behelst dat hij onder de genoemde omstandigheden de gegevens moet verschaffen, bij uitblijven waarvan hij onrechtmatig handelt.³⁷ Voor het verstrekken van de NAW gegevens is het bovendien niet noodzakelijk dat de provider zelf onrechtmatig handelt.³⁸

Het Hof van Justitie heeft zich in de zaak *Promusicae vs. Telefónica* ook over deze materie uitgelaten.³⁹ Het ging in dat geval om een langlopend geschil tussen de auteursrechtenorganisatie Promusicae en het telecombedrijf Telefónica. De eerste was van mening dat de aanbieder van de dienst in de informatiemaatschappij de gegevens bekend diende te maken van alle muziek-downloaders van het P2P netwerk KaZaA. Het Hof stelt dat in de Europese richtlijnen niet wordt uitgesloten dat de lidstaten een dergelijke verplichting opnemen, maar een verplichting kan daarin niet gevonden worden. Zo blijft er ruimte voor de nationale rechter om in civiele procedures per geval te bekijken of de dienstverlener de gegevens dient te verstekken, al dient er wel een zorgvuldige afweging plaats te vinden tussen de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en privacyrechten van gebruikers. Lycos/Pessers is daarvan een goed voorbeeld. Een uitvoerig becommentarieerde uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam benadrukt nogmaals dat er altijd een zorgvuldige afweging dient plaats te vinden met betrekking tot het verstrekken van de gegevens en de privacybescherming.⁴⁰

3.3. Toezichtverplichting

Naast de verplichting die aan een tussenpersoon kan worden opgelegd om de NAW gegevens van een inbreukmaker te verschaffen, kan de zorgplicht op nog een manier worden ingevuld. Onder bepaalde omstandigheden, zoals in de zaak *Willem Alexander/Martijn* waar prinsesje Amalia in een pedofiele context werd geplaatst kan een toezichtverplichting bestaan:

Niet valt in te zien waarom gedaagde haar forum niet zo zou kunnen inrichten dat daarop slechts berichten worden geplaatst nadat die controle heeft plaatsgevonden. Dat daarbij enige vertraging in publicatie van meningen van forumbezoekers plaatsvindt, leidt niet tot de conclusie dat het recht op vrijheid van meningsuiting van gedaagde zelf niet is gewaarborgd.⁴¹

Een toezichtsverplichting werd voor wat betreft schending van het auteursrecht op de site van Martijn vooralsnog niet aangenomen. Een andere zaak waarin de toezichtverplichting van een internet dienstverlener aan de orde kwam was de zaak *Stokke/Marktplaats*.⁴² Het ging daarbij om de eigenaar van een website waar consumenten uiteenlopende zaken te koop aan bieden, Marktplaats. Stokke kwam op tegen het feit dat op Marktplaats inbreukmakende kinderstoelen zouden worden aangeboden en eiste dat de beheerder het aanbod zou screenen alvorens te plaatsen. De rechtbank was van oordeel dat:

Het uitgangspunt is dat een ieder de – op de maatschappelijke zorgvuldigheid gebaseerde – verplichting heeft om binnen zekere grenzen handelend op te treden om het ontstaan of voortbestaan van schade van een derde te voorkomen. Hoever deze verplichting strekt, is afhankelijk van tal van factoren, zoals bekendheid met de schade, de omvang ervan, de mogelijkheden om handelend op te treden en de daaraan verbonden nadelen (zoals de kosten en de mate van inspanning). Verder is van belang of en in hoeverre degene die mogelijk handelend dient op te treden betrokken is bij het ontstaan van de schade en zelf voordeel heeft van het schadeveroorzakend handelen. Tenslotte speelt een rol of voor de branche waarin het handelen plaatsvindt specifieke regels gelden.'

Marktplaats diende in casu van de rechter dergelijke maatregelen te nemen. Hierin klinken de Kelderluik-criteria door.⁴³ Vier elementen spelen een rol bij beantwoording van de vraag of een partij onzorgvuldig handelt 1. de aard en de omvang van de gevreesde schade, 2. de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen, 3. de aard van de gedraging en 4. de bezwaarlijkheid in termen van kosten, tijd en moeite voor het nemen van voorzorgsmaatregelen.⁴⁴

3.4. P2P Filesharing

Op het internet wordt veel auteursrechtelijk beschermd materiaal uitgewisseld, vaak met behulp van zogenaamde Peer to Peer (P2P) software. Bij P2P kan iedere computer als een server voor het te verspreiden materiaal fungeren. Is dat het geval, dan wordt op deze manier optimaal gebruikgemaakt van de bandbreedte die de aangesloten gebruikers ter beschikking hebben.⁴⁵ Het aanbieden van dergelijke software, is meermaals onderwerp van procedures geweest. Het beschikbaar stellen

37. C. Alberdingk Thijm, 'Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4All en Marktplaats?', *AA* 2008-07/08, p. 573-580, p. 578.

38. M. van der Linden-Smith & A.R. Lodder, *Jurisprudentie Internetrecht. Annotaties*, Deventer: Kluwer 2006, p. 179. Annotator Ekker in *Mf* 2006/1 legt een parallel met art. 8 lid 1 Handhavingsrichtlijn, 'waarin de verplichting om informatie te verstrekken over herkomst en distributiekanaal van inbreukmakende goederen of diensten niet alleen wordt opgelegd aan inbreukmakers, maar ook aan andere personen die de inbreukmakende goederen in hun bezit hebben, met de inbreukmakende handelingen verbonden commerciële diensten verlenen of zijn aangewezen als zijnde betrokken bij het verlenen van deze diensten.'

39. HvJ EG 29 januari 2008, C-275/06, *IER* 2008/44 (m. nt. FWG) (*Promusicae / Telefónica*).

40. V.zr. Amsterdam 9 oktober 2008, *Mediaforum* 2008, 40, p. 460 (*Gmail*); *Computerrecht* 2009, 42, p. 76 (m.nt. Van den Hoven van Genderen).

41. V.zr. Rb. Amsterdam 1 november 2007, *Mediaforum* 2008, 3, p. 34 (m.nt. Koelman); *IER* 2008, p. 19.

42. Rb. Zwolle 14 maart 2007, *IER* 2007/73 (m.nt. Struik); *BIE* 2007, 140, p. 658 (*Stokke/Marktplaats*).

43. HR 5 november 1965, N 1966, 136 (m.nt. GJS) (*Kelderluik*).

44. Vgl. noot K. Koelman bij Rb. Zwolle-Lelystad 3 mei 2006, *AMI* 2006, p. 179 (*Stokke/Marktplaats*).

45. C. Alberdingk Thijm, 'Tussen droom en daad: peer-to-peer en privacy', *Privacy en Informatie* 2003-3, p. 105-112, p. 106.

daarvan levert volgens verschillende lagere Nederlandse rechters naar Nederlands auteursrecht geen (rechtstreekse) inbreuk op.⁴⁶ Is het aanbieden van die filesharing software dan onrechtmatig ex. art. 6:162 lid 2 BW?⁴⁷ Dat hangt volgens de rechter af van de mate waarin de programmatuur (ook) voor niet-inbreukmakende doelen wordt gebruikt of kan worden gebruikt alsmede van de mogelijkheden die de aanbieder van de programmatuur heeft om inbreuk te voorkomen.⁴⁸

3.4.1. Hyperlinks

In de zoekMP3-zaak⁴⁹ heeft de Haarlemse rechter ten aanzien van het aanbieden van hyperlinks geoordeeld dat dit niet is te beschouwen als een afzonderlijke openbaarmakingshandeling. Van belang was daarbij dat zoekMP3 zelf geen bestanden doorgaf. Het is uitsluitend een zoekprogramma voor internet waarmee muziekbestanden in de vorm van MP3 kunnen worden gezocht. In hoger beroep is door het Hof Amsterdam⁵⁰ uitgemerkt dat de aanbieder van de zoekmachine voor MP3-files wel onrechtmatig handelt indien deze (rechts)persoon systematisch en structureel verwijst naar ongeautoriseerd openbaargemaakte MP3 bestanden. Daarbij liet het Hof meewegen dat de omzet van zoekMP3 voor een belangrijk deel afhankelijk van de beschikbaarheid van deze MP3 bestanden. Haar winst is gebaseerd op inkomsten uit reclame door banners.⁵¹

3.4.2. BitTorrent

Meest populair zijn tegenwoordig de zogeheten Torrentsites. Deze sites maken onderdeel uit van een netwerk van programma's die gebruikers in staat stellen om materiaal met elkaar te delen. Veel van deze program-

ma's werken zo dat het netwerk alleen in stand blijft als gebruikers op hetzelfde moment data met elkaar delen. Als deze optie niet uitgezet kan worden, is er geen verschil meer tussen gebruikers die alleen up- of alleen downloaden, waardoor in beginsel alle individuele gebruikers auteursrechtelijk relevante handelingen verrichten. Soms worden de gegevens van gebruikers gecodeerd, waardoor handhaven bij de bron vrijwel ondoenlijk is. Kan de zogenaamde torrenthost dan wellicht aansprakelijk worden gesteld? Daarbij is uitgangspunt dat de torrenthost uitsluitend zgn. torrent bestanden aanbiedt (pakketjes met metadata over een auteursrechtelijk beschermd werk) en zelf geen contentbestanden doorgeeft.⁵² De .torrentfiles kunnen volgens sommige schrijvers het beste vergeleken worden met een soort hyperlinks, omdat de torrents de 'zoekende' peer in staat stellen het gezochte bestand te gaan downloaden.⁵³

De Haagse voorzieningenrechter oordeelde in de zaak *Brein/KPN* dat het aanbieden van torrentbestanden op zich geen directe of indirecte inbreuk op het auteursrecht oplevert, maar dit kan onder omstandigheden wel maatschappelijk onzorgvuldig zijn jegens rechthebbenden wier rechten eenvoudig door gebruikers van de site geschonden kunnen worden. Het Amsterdamse Hof⁵⁴ heeft in de *Leaseweb* zaak uitgemaakt dat het onrechtmatig is

'welbewust een faciliterende rol (te) spelen bij het op grote schaal inbreuk maken op de auteursrechten en/of naburige rechten.'

Meest recentelijk werd door de Rechtbank Utrecht in het *Brein/Mininova* vonnis bepaald dat Mininova met haar BitTorrentplatform niet rechtstreeks in strijd handelt met de Auteurswet of de Wet op de Naburige rechten.⁵⁵ Zij slaat geen bestanden op die auteursrechtelijk of nabuurrechtelijk beschermd materiaal bevatten, maar biedt alleen de faciliteiten voor het opslaan van de torrents die naar deze bestanden verwijzen. Wel zorgt Mininova met behulp van administrators/moderators actief voor het schoonhouden van haar platform op de door haar niet gewenste inhoud. Mininova heeft zodanig wel onrechtmatig gehandeld ten opzichte van de bij Stichting Brein aangesloten rechthebbenden door (structureel) gelegenheid te geven tot, aan te zetten tot en te profiteren van de door haar gebruikers gepleegde inbreuken op de auteursrechten en naburige rechten van deze rechthebbenden. Aangezien er sprake is van meer dan het enkel opslaan van door derden verstrekte informatie komt Mininova bovendien geen beroep toe op de beperkte aansprakelijkheid op grond van art. 6:196c lid 4 BW. Ook kan Mininova geen rechten ontfangen aan het verbod op het opleggen van algemene zoek- en toezichtverplichtingen als neergelegd in art. 15 Richtlijn 2000/31/EG. Het onrechtmatig handelen van Mininova bestaat niet alleen uit het schenden van de negatieve verplichting om geen schade aan de belangen van derden toe te brengen, maar tevens uit het schenden van de op een ieder, en dus ook op Mininova rustende, positieve – op de maatschappelijke zorgvuldigheid gebaseerde – verplichting om binnen zekere grenzen

46. Zie in dat kader: Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 406.

47. Vgl. I.M. van Hunen, 'Een nieuwe gedaagde voor de muziekindustrie?' *JAVI* 2004/6, p. 211-217, p. 211.

48. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 406. Vgl. conclusie A-G Verkade, par. 5.24-5.40 (HR 19 december 2003, *AMI* 2004 nr. 1 (*Buma/KaZaA*); m.nt. Hugenholtz).

49. Rb. Haarlem 12 mei 2004, *AMI* 2004, p. 185 (*ZoekMP3*; m.nt. Koelman).

50. Hof Amsterdam 15 juni 2006 *Mf* 2006/10 (m.nt. Overdijk), *AMI* 2006, p. 173 (*ZoekMP3*).

51. Vgl. R. D. Chavannes, 'Brein/KPN: het gevaar van een bagatel?', *Mf* 2007-6, p. 174.

52. B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006-1, p. 13. Hij voert hier aan dat er wel twee voorbeelden zijn (Vzr. Rb. Leeuwarden 30 oktober 2003, *AMI* 2004, p. 32 (*Vriend/Batavus*; m.nt. Koelman) en Ktr. Rotterdam 3 september 2004, *AMI* 2005, p. 69 (*Schlijper/Nieuw Rechts*; m.nt. Koelman) van zaken waarbij zonder doorgifte toch openbaarmaking werd vastgesteld, maar dit kwam door de aard van de links, zogeheten *framed* links waardoor andermans materiaal in een 'eigen' pagina wordt gelinked en gepresenteerd als zijnde eigen. Vgl. M. Nentjes, 'Auteursrecht en Usenet: een verkenning van de civielrechtelijke mogelijkheden om inbreuken op auteursrecht via Usenet tegen te gaan', *Computerrecht* 2007, p. 147.

53. Vgl. R.D. Chavannes, 'Hype of echt link? De hyperlinkaansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines', *JAVI* 2003/1, p. 2.

54. Hof Amsterdam 3 juli 2008, *IER* 2008/67, p. 274 (*Leaseweb/Brein*).

55. Rb. Utrecht 26 augustus 2009, *IER* 2009/60 (*Brein/Mininova*).

handelend op te treden om het ontstaan of voortbestaan van schade van een derde te voorkomen.

De Haagse voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat het aanbieden van .torrent-files op een website een openbaarmakingshandeling in de zin van de Auteurswet oplevert.⁵⁶ Omdat de files direct van gebruiker naar gebruiker worden overgebracht is volgens de Haagse voorzieningenrechter geen sprake van (mede)openbaarmaking door de aanbieder van de torrentfiles. Het structureel faciliteren van auteursrechtelijke inbreuk kan onder omstandigheden echter wel onrechtmatig jegens rechthebbenden zijn wegens strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. De omstandigheid dat er bijvoorbeeld voor de service betaald dient te worden en er inkomsten worden gegenereerd door de aangeboden service van de website, kan bijdragen aan het oordeel van onrechtmatigheid.

3.5. (Risico-)aansprakelijkheid voor derden bij auteursrechtinbreuk?

Alvorens iemand aansprakelijk gesteld kan worden voor andermans auteursrechtinbreuk, dient sprake te zijn van enige vorm van schuld of toerekenbaar nalaten van die derde. Uit de aan het begin van deze bijdrage besproken rechtspraak volgt dat ook van oudsher de aansprakelijkheid voor inbreuk op een auteursrecht door een ander gebaseerd is op enige vorm van schuld aan de zijde van de aansprakelijk gestelde. In het sporadische geval waarin dit anders was, werd aansprakelijkheid aangenomen op basis van aansprakelijkheid voor ondergeschikten, ex art. 1403 BW (oud) of wegens het nalaten te handelen na te zijn gewezen op een inbreuk,⁵⁷ maar niet op uitsluitend auteursrechtelijke of naburig-rechtelijke gronden. Evenmin werd in gevallen waarbij aansprakelijkheid werd aangenomen voor het organiseren van een evenement waarbij zonder toestemming auteursrechtelijk beschermd materiaal openbaar werd gemaakt – deze gebaseerd op een toerekening van de onrechtmatige gedraging voortkomend uit de inbreuk zelf.

Van risicoaansprakelijkheid voor inbreuk op auteurs- of naburige rechten door derden is in het huidige tijdsgewricht evenmin sprake, zo volgt uit de hierboven opgenomen rechtspraak. Met de limitatief bedoelde opsomming van de risicoaansprakelijkheden lijkt onze wet die ruimte ook niet te laten. Zou het vestigen van een risicoaansprakelijkheid voor internetaanbieders een wenselijke oplossing kunnen bieden voor de handhavingsproblematiek in het auteursrecht?

3.5.1. pro

Voor rechthebbenden wordt met het aannemen van risicoaansprakelijkheid van internet service providers de handhaving aanzienlijk vereenvoudigd. Indien de aansprakelijke partij bij wet wordt aangewezen, behoeft de rechthebbende de toerekening niet zelfstandig vast te stellen, hetgeen in de praktijk vaak lastig blijkt.

Een ander argument kan gevonden worden in het profijtbeginsel. Beschikbaarheid van auteursrechtelijk beschermd materiaal heeft direct positieve invloed op de populariteit van het systeem van een dienstenaanbieder, die daarvoor het risico zou moeten dragen. Dienstverleners in de informatiemaatschappij zouden

bovendien het beste in staat zijn om de kosten die aan een eventuele risicoaansprakelijkheid verbonden zijn te dragen en door te berekenen aan de individuele gebruikers van de dienst. Bijkomend voordeel voor rechthebbenden is dat niet alleen een verbod gevorderd kan worden maar tevens schadevergoeding. Toewijzing van een bevel tot staking van de inbreuk is bij risicoaansprakelijkheid een vanzelfsprekendheid.

3.5.2. contra

Hiertegen kan het argument gehoord worden dat de informatievrijheid te zeer beperkt zou worden wanneer risicoaansprakelijkheid aangenomen zou worden voor internetdienstverleners.⁵⁸ Door de preventieve controle van aangeboden materiaal die van die aansprakelijkheidstelling het vermoedelijke gevolg zal zijn, kan aangenomen worden dat access- en hosting-providers het zekere voor het onzekere zullen nemen en tevens materiaal zullen verwijderen waarvan niet vast staat dat het inbreukmakend is. Dergelijk preventief en prematuur verwijderen zou een sterk beperkende werking kunnen hebben op kwaliteit en kwantiteit van het informatieaanbod. Dit wordt ook wel aangeduid als het *chilling effect*.⁵⁹ Het bestaan van risicoaansprakelijkheid zal onmiskenbaar leiden tot inhoudelijke bemoeienis van ISP's en preventieve censuur.

Ons BW kent een gesloten systeem van risicoaansprakelijkheden.⁶⁰ Het aannemen van risicoaansprakelijkheid bij auteursrechtinbreuk zou wetswijziging vergen.⁶¹ Het ligt niet voor de hand dat die er – gezien de effecten voor het evenwicht tussen auteursrechtelijke bescherming en de informatievrijheid – komt. Het aanvaarden van risicoaansprakelijkheid binnen de kaders van de huidige wettekst zou thans vergen dat de huidige schuldaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW extensief moet worden uitgelegd. Dat ligt evenmin voor de hand.

3.6. Conclusie

We zien bij de aansprakelijkstelling van derden allereerst afgrenzingsvragen. Zowel in het pre-internet domein als in verband met internet komt de vraag op of de aan te spreken derde zelfstandig auteursrechtelijk relevante handelingen verricht, zodat deze zelf wegens auteursrechtinbreuk zou kunnen worden aangesproken. Voor zover daarvan geen sprake is, komt de vraag aan de orde of deze derde alsnog aansprakelijk gesteld kan worden

56. V.zr. Rb. Den Haag 5 januari 2007, LJN AZ5678; *AMI* 2007, 9, p. 55 (m.nt. Van Daalen); *IER* 2007/22, p. 96; *Mediaforum* 2007, 25, p. 211 (*Brein/KPN*).

57. *Infra*, alinea 2.

58. M.H.M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders*, Sdu 2001, p. 211.

59. *Ibid.*

60. C.H.M. Jansen, *Monografieën Nieuw BW. Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 11 e.v. Alleen in bijzondere gevallen werd een risicoaansprakelijkheid aanvaard en er werd nadrukkelijk niet gekozen voor een algemene regel als art. 6:162 inzake schuldaansprakelijkheid.

61. P.B. Hugenholtz, *Het Internet: het auteursrecht voorbij?* (Recht en Internet), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 198-260, p. 231. Onder verwijzing naar Asser-Hartkamp III, nr. 91-92; Mon. Nieuw BW B-45 (Jansen), p. 12 en p. 36.

op grond van het leerstuk van de onrechtmatige daad. Daarvoor is noodzakelijk dat het handelen (of nalaten) van deze derde als onrechtmatig moet kunnen worden aangemerkt. Uit de hier besproken rechtspraak volgt dat daarvan sprake kan zijn bij het profiteren alsmede het faciliteren van andermans auteursrechtinbreuk. Naar eveneens blijkt uit de in deze bijdrage besproken rechtspraak, is enige vorm van risicoaansprakelijkheid niet aan de orde bij inbreuk op een auteursrecht. Om tot aansprakelijkheid te komen, is dus toerekening van onrechtmatig handelen aan die derde nodig op de bovengenoemde gronden.

De Europese wetgever heeft intussen in de E-commercerichtlijn een aansprakelijkheidsuitsluitingsregime voor internetdienstverleners in het leven geroepen, gecodificeerd in art. 6:196c BW. Hierin wordt de aansprakelijkheid van internetdienstverleners grotendeels uitgesloten en worden de gevallen aangegeven waarin toch sprake kan zijn van aansprakelijkheid. Hoewel dit in beginsel een helder regime biedt, waaraan de dienstverlener in de informatiemaatschappij moet voldoen wil hij aan aansprakelijkheid voor een onrechtmatige gedraging van een gebruiker van zijn dienst ontkomen, kent het regime uit de E-commercerichtlijn door het ontstaan van vele hybride en andersoortige internetdienstverleners zoals zoekmachines en veilingsites inmiddels duidelijk zijn beperkingen. Uit de rechtspraak volgt dat buiten de kaders van dit regime in ieder geval valt de websitehouder die op zijn site geplaatst materiaal op enig moment controleert, waarmee hij invloed kan uitoefenen op de openbaar gemaakte informatie. En vroeger was het niet anders: de uitgever werd van oudsher aansprakelijk gehouden bij een auteursrechtelijke inbreuk. De regeling van de E-commercerichtlijn (art. 6:196c BW) is niet in het leven geroepen voor partijen die door hun handelen op één lijn te stellen zijn met een uitgever, c.q. een partij die zelf openbaar maakt. Overigens lijkt de E-commercerichtlijn de *verplichting* tot een algehele preventieve controle tegen te willen gaan, maar biedt zij wel de ruimte om van beheerders te eisen dat zij het materiaal dat via hun site wordt openbaar gemaakt, controleren.

De zorgplicht van internetondernemers is in de loop van de tijd in ieder geval uitgebreid. Zo kan ook het nalaten van een websitebeheerder om onder bepaalde omstandigheden gegevens te verstrekken met behulp waarvan individuele gebruikers gedagvaard kunnen worden, als onrechtmatig worden aangemerkt. Met betrekking tot P2P netwerken zien we in de rechtspraak een vergelijkbare ontwikkeling. Het aanbieden van de filesharing software of websites die bestaan uit links naar torrent bestanden levert geen auteursrechtelijke inbreuk op, maar kan onder omstandigheden wel onrechtmatig zijn jegens rechthebbenden. Ook komt het voor dat van access-providers gevegd wordt dat ze meewerken aan het afsluiten van abonnees die binnen een P2P netwerk als server optreden.

Naast al het bovenstaande zullen de rechthebbenden in Nederland er intussen vooralsnog niet van kunnen uitgaan dat risicoaansprakelijkheid, gebaseerd op een auteursrechtelijke- of naburigrechtelijke inbreuk, aange-

nomen zal worden. De wetgever heeft gekozen voor een limitatieve opsomming van risicoaansprakelijkheden, terwijl ons hoogste rechtscollege om voor de hand liggende redenen uiterst terughoudend is met het aanvaarden van risicoaansprakelijkheid zonder wettelijke grondslag.