

Zorgplichten van ISP gedeeltelijk nader ingevuld

Fulco Blokhuis*

Annotatie bij Rechtbank 's-Gravenhage 24 oktober 2012, (Brein vs XS Networks), IEPT20121024

In 2012 voerde BREIN met succes een bodemprocedure tegen de hoster XS Networks B.V. die weigerde om de hosting van torrentsite Sumotorrent.com te staken en de identificerende gegevens van de houders van Sumotorrent bekend te maken. XS Networks had al sinds 2008 incidenteel contact met BREIN over Sumotorrent, maar haalde de site pas na sommatie en dagvaarding op 31 januari 2012 offline. Een dag later staakte XS Networks haar activiteiten. De rechtbank verbood XS Networks om de site te hosten, gebod XS Networks om de identificerende gegevens te overleggen én veroordeelde de hoster om schade te voldoen die Buma/Stemra leed, mede doordat XS Networks niet tijdig onrechtmatige activiteiten via haar netwerk blokkeerde.

Feitelijk heeft de procedure niet zoveel gevolgen gehad. Sumotorrent.com draait inmiddels op een server in de Oekraïne en is nog steeds toegankelijk vanuit Nederland. En of XS Networks verhaal zal bieden is maar de vraag. XS Networks heeft haar activiteiten al gedurende de procedure gestaakt en schijnt geliquideerd te worden. Het vonnis schept echter wel een precedent voor andere ISP's. Bij mijn weten is het de eerste keer in Nederland dat er een schadestaatvordering tegen een hoster is toegevoegd.

Het vonnis is om meerdere redenen interessant. Allereerst de vraag vanaf welk moment XS Networks aansprakelijk is voor de schade. Anders geformuleerd: wanneer wist XS Networks dat Sumotorrent onmiskenbaar onrechtmatig was? Vanaf dat moment had zij immers de site offline moeten halen, als zij wilde voldoen aan de voorwaarden van art. 6:196c lid 4 BW voor vrijwaring van aansprakelijkheid. Het vonnis schept op dit punt geen duidelijkheid. Dit vonnis zal mogelijk een chilling effect tot gevolg hebben, omdat hosters eerder geneigd zijn om nog niet onmiskenbaar – maar wel - mogelijk onrechtmatige informatie te blokkeren.

Voorts is het vonnis interessant omdat er een antwoord wordt gegeven op de vraag of een hostingprovider moet controleren of de identificerende gegevens van haar klanten correct zijn. Het antwoord is negatief.

Onmiskenbaar?

Allereerst de vraag *wanneer* een hoster moet handelen. De hoster is aansprakelijk voor schade, indien een hoster doorgaat met het leveren van internet-toegang aan een

dienst waarvan zij weet of behoort te weten dat die onmiskenbaar onrechtmatig is, 6:196c lid 4 BW. De discussie tussen rechthebbenden en internet-tussenpersonen gaat dan ook vaak om de vraag *of* een via de hoster aangeboden dienst *onmiskenbaar* onrechtmatig is. Uit het vonnis blijkt dat de rechtbank van oordeel is dat houders van Sumotorrent onrechtmatig handelen. XS Networks is hierop door BREIN gewezen en XS Networks heeft niet tijdig genoeg de dienstverlening gestaakt. Omdat zij de site niet tijdig heeft geblokkeerd, kan zij geen beroep meer doen op art. 6:196c lid 4 BW, aldus de rechtbank. Het is dus van belang om te weten *wanneer* een hoster van het onrechtmatige karakter kennis heeft, of moet hebben.

Kennis?

Zodra een hostingprovider 'kennis' heeft van onrechtmatige inhoud, dient zij actie te ondernemen. In de onderhavige zaak heeft BREIN in 2008 incidenteel contact gezocht met XS Networks, waarbij bij herhaling is verzocht om de dienstverlening te staken. Uit het vonnis komt naar voren dat er (pas) in december 2011 een sommatie is verstuurd, waarna op 24 januari 2012 tegelijkertijd een tweede sommatie is verzonden en een dagvaarding is uitgebracht. In de motivering (4.8) over de schade wordt echter niets gezegd over het moment waarop XS Networks kennis kreeg van het onmiskenbaar onrechtmatige karakter.

'Het onrechtmatige karakter van (de activiteiten op) Sumotorrent was immers evident en was voor XS Networks bovendien duidelijk, althans dit moet voor haar duidelijk zijn geweest. XS Networks diende derhalve haar dienstverlening aan Sumotorrent te staken en gestaakt te houden. Dat het aanbieden van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de rechthebbenden niet is toegestaan, mag bekend worden verondersteld. Dat geldt in ieder geval voor een professionele aanbieder van hostingactiviteiten voor websites die *bovendien* door BREIN verschillende malen is gewezen op de onrechtmatigheid van Sumotorrent. [curs. FB]'

* Mr. F.F. Blokhuis is advocaat te Amsterdam bij Boekx advocaten.

Uit het woordje ‘bovendien’ valt op te maken dat XS Networks al kennis had, of had moeten hebben van het onmiskenbaar onrechtmatige karakter. Het is kennelijk niet *alleen* de sommatie of kennisgeving van BREIN geweest, waardoor XS Networks op de hoogte was. Indien de rechter meent dat XS Networks dat als professionele aanbieder had moeten weten dat Sumotorrent door haar gehost werd en onmiskenbaar onrechtmatig was, wordt het verbod tot actief onderzoek miskend.

Geen actief onderzoek

De E-Commerce richtlijn (artikel 15) sluit het opleggen van een plicht tot onderzoek expliciet uit. De lidstaten mogen aan ISP's geen algemene toezichtsverplichting kunnen opleggen, noch hen verplichten om *actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden*.

In tegenstelling tot de Amerikaanse wetgeving (DMCA) geldt er dus geen *red flag test*.¹

Ook het Europese Hof van Justitie heeft in de L'Oréal/eBay zaak al duidelijk aangegeven dat van de verlener van een online dienst niet kan worden geëist dat hij actief zal surveilleren ‘*van alle gegevens van ieder van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten via de site van die dienstverlener te voorkomen*’.² Dit zou in strijd zijn met artikel 3 van de Handhavingrichtlijn 2004/48.

Ook blijkt niet of de onmiskenbaarheid uit sommatie van BREIN vast kwam te staan. Uit het vonnis (r.o. 4.9) blijkt dat XS Networks op dit punt het verweer heeft gevoerd dat het haar niet duidelijk was dat torrentsites als Sumotorrent onrechtmatig zijn. In de Memorie van Toelichting wordt de vraag of een sommatie voldoende is als volgt omschreven³:

‘Het valt doorgaans niet eenduidig te bepalen of een dienstverlener die de van een ander afkomstige informatie opslaat, weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatig karakter heeft. Hij weet het, wanneer hij daarop wordt geattendeerd. Overeenkomstig vaste jurisprudentie is de enkele kennisgeving van een derde evenwel niet genoeg. Aan de juistheid van de kennisgeving behoort verder in redelijkheid niet te kunnen worden getwijfeld (zie o.m. Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, *Computerrecht* 1999, p. 200–205). Aan de juistheid van de kennisgeving zal niet worden getwijfeld, wanneer de kennisgeving afkomstig blijkt van (een derde met een machtiging van) een rechter. Er zal evenmin reden tot twijfel zijn, wanneer de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is.’

Dit lijkt enigszins op gespannen voet te staan met de overwegingen van de rechtbank dat het bekend mag worden verondersteld dat het aanbieden van auteursrechtelijk materiaal zonder toestemming onrechtmatig is. Zolang er ruime is voor een (redelijk onderbouwd) verweer omtrent het onrechtmatige karakter kan er aan de kennisgeving (notice) getwijfeld worden en is er dus geen verplichting voor de ISP om te handelen. Ik breng in herinnering een

uitspraak van de Rechtbank Haarlem uit 2008, waarbij pas bij vonnis het (onmiskenbare) onrechtmatige karakter van een belediging vaststond.⁴ De Nederlandse regering heeft zelf ook gemeld dat er alleen materiaal geblokkeerd hoeft te worden na uitspraak van een rechter.⁵ Het is een gemiste kans dat de rechtbank wel overweegt dat XS Networks niet tijdig heeft gehandeld, maar de vraag onbeantwoord laat op welk moment het voor XS Networks vast had moeten staan dat Sumotorrent onmiskenbaar onrechtmatig was.

Identificerende gegevens

Voorts is het vonnis interessant omtrent de overweging in 4.16 over de zorgvuldigheidsnorm met betrekking tot identificerende gegevens.

BREIN had al een kopie paspoort en klantgegevens van XS Networks ontvangen, maar die waren volgens BREIN evident vals. Volgens BREIN rustte op XS Networks de (ongeschreven) zorgvuldigheidsverplichting om die identificerende gegevens op juistheid te controleren. De rechtbank gaat daar niet in mee. XS Networks hoeft niet ten behoeve van derden, zoals BREIN, correcte identificerende informatie van haar klanten dient bij te houden of daar actief onderzoek naar dient te verrichten. De vergelijking met Scarlet/Sabam⁶ dringt zich op. Daar ging een algemene verplichting om verkeer van klanten te monitoren te ver.

Hiermee scheidt de rechtbank duidelijkheid over een mogelijke verplichting van dienstverleners van online diensten om gegevens van klanten te moeten controleren op juistheid. In het arrest Google France en L'Oréal-eBay⁷ werd immers overwogen dat ‘*de beheerder van een elektronische marktplaats bovendien (kan) worden gelast om maatregelen te treffen om de identiteit van zijn klantenverkopers eenvoudiger te kunnen vaststellen*.’ De rechtbank geeft in dit vonnis impliciet uitleg aan deze overweging en overweegt dat de ISP niet zelfstandig de identiteit van de inbreukmaker hoeft vast te stellen. De maatregelen hebben betrekking op het verstrekken van gegevens waarmee de eiser de identiteit kan vaststellen.

XS Networks wordt vervolgens veroordeeld om *aan BREIN te verstrekken, alle identificerende gegevens waarover zij beschikt over de klant van XS Networks die op een server van XS Networks Sumotorrent hield en alle andere bij XS Networks bekende gegevens waarmee deze klant kan worden geïdentificeerd of bereikt*.

1. M. Peguera ‘The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A’.
2. HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ro. 139 (L'Oréal/eBay).
3. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49 (MvT).
4. Vrzr. Rb. Haarlem 14 mei 2008, *LJN* BD1446 (Staat vs IS Interned services).
5. *Kamerstukken II* 2011/12, 22 112 nr. 1367, Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie.
6. HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (Scarlet-Sabam).
7. HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, ro 142 (L'Oréal/eBay).

Uit het vonnis blijkt overigens niet om welke identificerende gegevens het exact gaat. Uit het vonnis blijkt dat het tussen partijen wel duidelijk zou zijn om welke gegevens het gaat. Desalniettemin was een specifieke opsomming beter geweest ter voorkoming van executiegeschillen.

Het vonnis maakt duidelijk dat er voor een ISP geen verplichting bestaat om, ten behoeve van derden, de identiteit van haar klanten te controleren. Het vonnis is te summier gemotiveerd ten aanzien van het moment waarop XS Networks de verplichting had om de website te blokkeren. Wellicht dat dit aspect in de schadestaatprocedure aan bod komt. Als die tenminste nog gevoerd zal worden.