Gezamenlijke noot onder HR 19 december 2003 (Buma/KaZaA), *NJ* 2009, 548; HR 12 maart 2004 (XS4ALL/Ab.fab), *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

Gepubliceerd in *NJ* 2009, p. 5482-5487.

Op 8 juni 2000 werd de Europese Richtlijn inzake elektronische handel (meestal 'E-commercerichtlijn' genoemd) aangenomen. Pièce de résistance van de richtlijn was het regime van de artikelen 12 tot en met 14, waarin aan internetproviders onder zekere voorwaarden immuniteit wordt verleend voor het doorgeven van onrechtmatige uitingen van derden. Het regime heeft in het BW een plaats gekregen in art. 6: 196c. Deze aansprakelijkheidsbeperking was vooral ingegeven door de gedachte, dat de – destijds in de Gemeenschap ontluikende – elektronische handel via het internet moest worden gestimuleerd, en investeringen in de telecommunicatiediensten die daarvoor onontbeerlijk waren, bevorderd.[1] Daarnaast speelde ook de informatievrijheid een rol;[2] door de aansprakelijkheid te beperken werd voorkomen dat de providers zich als censors zouden moeten gaan gedragen. Voor de telecommunicatiedienstverleners die voor deze status aparte hard hadden gelobbied, betekende aanvaarding van de richtlijn een groot succes. Voortaan konden zij – als de 'postbodes van het internet', die (net als de aloude PTT) 'geen boodschap aan de boodschap' hebben – hun diensten universeel aanbieden, zonder vrees dat zij civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk zouden worden gesteld voor de inhoud van de getransporteerde boodschappen.

Of de immuniteiten die aan de ISP's destijds zijn voorgehouden in juridische zin ook echt wat voorstellen, valt tien jaar na dato inmiddels te betwijfelen. De hierboven afgedrukte vier arresten (Buma/KaZaA, Lycos/Pessers, XS4ALL/Ab.Fab en Promusicae/Telefónica) laten, elk vanuit een andere casuspositie, duidelijk uitkomen dat de door de richtlijn beloofde beperking van aansprakelijkheid, waarop de telecommunicatie-industrie jarenlang heeft vertrouwd, in de praktijk niet veel meer is dan een wassen neus. Tevens illustreren deze arresten dat de oude internettijden van vrijheid-blijheid definitief voorbij zijn, en dat van online intermediairs in 2009 actieve betrokkenheid verlangd wordt bij de handhaving van rechten van derden. De oorzaak van deze paradigmaverschuiving is drieledig. Een belangrijke factor is in de eerste plaats de kolossale omvang die de rechtsinbreuk op het internet heeft aangenomen, vooral in de sfeer van het auteursrecht, waardoor handhaving van rechten jegens zeer grote aantallen, veelal anonieme inbreukmakers 'dweilen met de kraan open' – en dus praktisch illusoir – geworden is. De intermediairs die (in de woorden van AG Huydecoper, Concl. Lycos/Pessers, § 45) bij de verspreiding van deze onrechtmatige gedragingen een 'sleutelpositie' innemen, vormen een financieel aantrekkelijke en proceseconomisch efficiënte gedaagde. Zoals blijkt uit deze arresten, bieden de immuniteiten van de E-Commerce richtlijn nauwelijks bescherming tegen de toenemende druk op de intermediairs om mee te werken aan de rechtshandhaving.

Een tweede oorzaak is de rolwisseling die de intermediairs zelf hebben doorgemaakt. Internetproviders zijn uitgegroeid tot aanbieders van een uitgebreid pakket van communicatiediensten, die in een zware concurrentiestrijd op de markt worden aangeboden, waarbij de kwaliteit van de dienstverlening aan de abonnees soms prevaleert boven het beginsel van onbeperkte doorgifte. Illustratief is de zaak XS4All/Ab.Fab, waarin een internetprovider die jarenlang gold als kampioen van de informatievrijheid een aanbieder van 'spam' de toegang tot haar netwerk en haar abonnees ontzegde.

1. Zie met name overwegingen 2, 4 en 5 bij de E-commercerichtlijn.
2. Zie met name overweging 9 bij de E-commercerichtlijn.

Een derde ontwikkeling is de opkomst van allerlei nieuwe typen intermediair waarmee de E-commercerichtlijn niet of nauwelijks rekening gehouden heeft, zoals de aanbieder van peer-to-peer communicatiemiddelen die in de zaak Buma/KaZaA centraal staat. Te denken valt ook aan zoekmachines (Google), platforms voor 'user generated content' (YouTube, MySpace en GeenStijl) en sociale netwerken (Hyves, Facebook, Twitter).

Als er uit bovenstaande vier arresten één conclusie moet worden getrokken is het deze: in 2009 hebben de postbodes van het internet hun onschuld definitief verloren.

Buma/KaZaA

Het eerste (en oudste) arrest van dit kwartet is het bekendste van de vier – en tevens het minst opzienbarende, ook al is de zaak Buma/KaZaA destijds breed uitgemeten in de nationale en internationale media. *Dutch Supreme Court Rules Kazaa Legal* staat er nog steeds te lezen op de website van het veelgelezen 'PC World' (www.pcworld.com/article/113968/dutch_supreme_court_rules_kazaa_legal.html). Maar wie kennis neemt van het arrest constateert meteen dat de HR zich over de (on)rechtmatigheid van het handelen van KaZaA helemaal niet heeft uitgelaten.

KaZaA verspreidde via haar website gratis 'peer-to-peer' (p2p) communicatieprogrammatuur. Met behulp van dergelijke software is het op grote schaal uitwisselen van bestanden ('file sharing') een fluitje van een cent. Dat gebeurde dan ook wereldwijd op kolossale schaal. Tijdens de hoogtijdagen van KaZaA waren gemiddeld vier tot vijf miljoen KaZaA-gebruikers op het internet actief. Van de 'uitgewisselde' bestanden (hoofdzakelijk muziekopnames, maar ook films, televisieprogramma's en games) was het overgrote deel afkomstig uit illegale bron. Volgens Buma ging het zelfs om "de meest omvangrijke inbreuk op auteursrechten in de geschiedenis", en daar had onze nationale muziekrechtenorganisatie waarschijnlijk gelijk in. Buma vorderde in kort geding dat de software van KaZaA, die de uitwisseling van muziekbestanden mogelijk maakte, zo zou worden aangepast dat auteursrechtinbreuk door KaZaA-gebruikers werd voorkomen. Volgens het Amsterdamse hof – daartoe geadviseerd door getuige-deskundige Prof. Huizer – was zo'n aanpassing (in wezen een filtergebod) echter praktisch niet te realiseren, en de eis van Buma werd daarom afgewezen. Hiertegen richtte zich de voornaamste cassatieklacht van Buma. Het hof had haar vordering verkeerd begrepen; als aanpassing van de software niet mogelijk zou zijn, zou verspreiding van het KaZaA-programma eenvoudig verboden moeten worden, aldus Buma. Tevergeefs; volgens de HR was er voor het hof geen reden de vordering van Buma zo ruim te lezen. Als Buma aan KaZaA een verbod had willen laten opleggen, had zij daarom maar moeten vragen.

Over materieelrechtelijke vragen laat de HR zich niet uit. Dat had het Amsterdamse hof eerder wel gedaan. In een obiter dictum (Hof, ro. 4.9) ging het hof in op de vraag of KaZaA als leverancier van de middelen die p2p-communicatie faciliteren aansprakelijk was voor de door de KaZaA-gebruikers (massaal) gepleegde auteursrechtinbreuk. Het hof overwoog: "Het verschaffen van middelen voor openbaarmaking of verveelvoudiging van auteursrechtelijk beschermde werken is niet zelf een openbaarmakings- of verveelvoudigingshandeling. Het is ook niet zo, althans daarvan kan voorshands niet worden uitgegaan, dat het computerprogramma van KaZaA uitsluitend wordt gebezigd voor het downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken. Door KaZaA zijn in hoger beroep een groot aantal voorbeelden overgelegd […] van werken die hetzij met toestemming van de auteur met behulp van KaZaA worden verspreid, hetzij in het publieke domein zijn gevallen, hetzij geen auteursrechtelijke bescherming genieten of waarvan de verspreiding is toegestaan op grond van een wettelijke beperking." Anders gezegd, de gedragingen van KaZaA waren niet onrechtmatig, omdat de KaZaA-software ook voor rechtmatige doelen werd gebruikt. Immers, via KaZaA werden ook wel eens moppen, vakantiekiekjes, open content muziekopnames, oude foto's en andere 'auteursrechtvrije' zaken verspreid.

Het door het Amsterdamse hof ontwikkelde criterium doet denken aan de norm die door het Amerikaanse hooggerechtshof in de beroemde Sony-zaak in 1984 is geformuleerd.[3] Het ging in die zaak om de vraag of het produceren en in de handel brengen van videorecorders indirecte ('contributory') aansprakelijkheid voor inbreuk op auteursrecht opleverde. Voor dergelijke aansprakelijkheid is tenminste vereist dat de laedens kennis draagt of behoorde te dragen van de inbreukmakende activiteit. Volgens Sony ontbrak bij haar deze kennis, omdat de videorecorders (ook) werden gebruikt voor allerlei niet-inbreukmakende doeleinden, zoals 'time shifting' (het opnemen van televisieprogramma's teneinde deze later te bekijken). Het Supreme Court was het hiermee eens; de fabricage en verhandeling van videorecorders is geen 'contributory infringement', omdat deze apparaten voor 'substantial non-infringing uses' geschikt zijn. Daarbij is volgens het Hof niet van belang of de apparaten daadwerkelijk voor legitieme doeleinden worden gebruikt; voldoende is dat zij daarvoor in 'substantiële' mate geschikt zijn: "[T]he sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses. The question is thus whether the Betamax is capable of commercially significant noninfringing uses."

In de verte doet de gedachtegang van het Amsterdamse hof ook denken aan een oud arrest van de Hoge Raad in de zaak Bonda/De Staat, een octrooirechtelijke kwestie.4 Bonda verkocht een antistolmiddel dat gebruikt kon worden – en ook daadwerkelijk gebruikt werd – bij de bereiding van worst en andere levensmiddelen. De bereidingswijze was geoctrooieerd; verhandeling van het antistolmiddel viel echter buiten de reikwijdte van het octrooi. Volgens de Staat, houder van het octrooi, was de verkoop van het product desalniettemin onrechtmatig omdat Bonda dusdoende octrooi-inbreuk bevorderde en daardoor onzorgvuldig handelde jegens de Staat. In zijn arrest onderscheidt de HR twee situaties: enerzijds de verkoop van het middel aan afnemers waarvan Bonda 'bepaaldelijk weet' dat zij octrooi-inbreuk zullen plegen, anderzijds de verkoop zonder dergelijke wetenschap. Ten aanzien van de tweede situatie overwoog de HR "dat het in het belang van de vrijheid van handel en bedrijf niet aangaat de bescherming, welke het gemene recht den octrooihouder geeft, zover uit te strekken, dat van den verkoper een mate van zorgvuldigheid zou worden geëist, welke zou neerkomen op het opleggen van een rechtsplicht jegens den octrooihouder om zich te vergewissen wat de koper met het gekochte gaat doen, te minder waar de koopwaar is een op zichzelf bekend antistolmiddel, dat, verwerkt in bloed, ook allerlei andere doeleinden kan dienen dan de bereiding van levensmiddelen". Slechts de leverancier die van zijn afnemers 'bepaaldelijk weet' dat zij met behulp van het geleverde product octrooi-inbreuk zullen plegen en daarvan 'willens en wetens' profiteert, handelde volgens de HR jegens de octrooihouder onrechtmatig. De verkoop van middelen waarmee inbreuk kán worden gepleegd, maar die ook voor andere, niet door het octrooi bestreken doeleinden kunnen worden gebruikt, is in het algemeen niet onrechtmatig.

Hoewel de overwegingen van het hof in de zaak Buma/KaZaA nooit het imprimatur van de HR hebben gekregen, hebben zij wel enige tijd als 'leading case' in Nederland gezag genoten. Inmiddels lijkt daar, alweer onder Amerikaanse invloed, enige verandering in te zijn gekomen. In 2005 oordeelde het Supreme Court dat Grokster, een KaZaA-variant, zich schuldig had gemaakt aan 'inducing copyright infringement' (het bevorderen van auteursrechtinbreuk), onder meer omdat Grokster zichzelf had aangeprezen als *het* medium voor het (naar mocht worden aangenomen: illegale) uitwisselen van muziek en andere 'content'.5 Justice Souter, auteur van de meerderheidsopinie, overwoog: "[…] one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties." Met dit oordeel bewandelt het Amerikaanse hooggerechtshof mijns inziens een fraaie middenweg tussen het verbieden van een technologie die belangrijke legale

---

3 Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 US 417, 456 (1984), waarover P.B. Hugenholtz, 'Betamax: geen happy end voor Hollywood', Auteursrecht/AMR 1984/3, p. 47.

4 Hoge Raad 18 februari 1949, NJ 1949, 357 (Bonda/De Staat).

5 MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (2005).

toepassingen heeft (zoals internettelefonie) en het legaliseren van een business model dat primair op massale auteursrechtinbreuk is gebaseerd.

Met KaZaA is het uiteindelijk toch verkeerd afgelopen. Inmiddels van Amsterdam naar Australië verhuisd, liep het moederbedrijf van KaZaA in 2005 alsnog tegen een gerechtelijk verbod aan.[6] KaZaA leidt de laatste jaren een marginaal bestaan als aanbieder van legale content.

XS4ALL/Ab.Fab

In de zaak XS4ALL/Ab.Fab – eveneens een kort geding – waren de rollen, verrassend genoeg, omgedraaid. Hier geen intermediair die zijn handen wast in onschuld en onwetendheid, maar een internetprovider die haar abonnees actief wenst te behoeden voor de praktijken van een bedrijf dat zich toelegt op het (in opdracht van adverteerders) verzenden van grote hoeveelheden ongevraagde emailberichten. Volgens XS4ALL was dit *spammen* jegens haar onrechtmatig, en wel op een veelheid van gronden, waaronder de privacy-belangen van haar abonnees en de eigendom van de XS4ALL-servers waarvan Ab.Fab gebruik maakte. Het door XS4ALL gevorderde spamverbod werd door het Amsterdam hof echter geweigerd. Volgens het Hof was spammen niet in strijd met de Wet bescherming persoonsgegevens, en evenmin met het destijds in de Telecommunicatiewet voorkomende verbod op 'het gebruik van automatische oproepsystemen […] voor het doen van ongevraagde oproepen voor commerciële doeleinden […] aan abonnees' (art. 11.7 Telecommunicatiewet (oud)). Nu de handelingen van Ab.Fab niet onrechtmatig waren, mocht XS4ALL het gebruik van haar communicatiediensten aan Ab.Fab niet ontzeggen (Hof, ro. 4.6.3). Hoewel het Hof onderkende dat XS4ALL niet aan een wettelijke vervoersplicht was onderworpen, speelde bij dit oordeel "de aard van deze dienstverlening van XS4ALL en de toenemende maatschappelijke betekenis daarvan" toch een belangrijke rol.

In cassatie houdt deze overweging echter geen stand. "Indien iemand zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik maakt van een goed waarop een ander een exclusief recht heeft, en hij daardoor - zoals in de regel het geval zal zijn - inbreuk maakt op dat exclusieve recht, handelt hij onrechtmatig tegenover die rechthebbende, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond", aldus de HR (ro. 3.16). Anders gezegd, XS4ALL mocht doorgifte van de door Ab.Fab verzonden spamberichten weigeren louter op de grond dat de daarvoor gebruikte technische middelen aan haar (XS4ALL) toebehoorden.

Kennelijk vloeit volgens de HR uit de bijzondere rol die de internetprovider in het communicatieverkeer vervult geen bijzondere rechtsplicht voort om weliswaar onwenselijke maar niet onrechtmatige uitingen te dulden. Deze opvatting verbaast, zeker in het licht van de spectaculaire groei die het internet sinds 2004 heeft doorgemaakt. Het internet is uit ons leven – en uit het bedrijfsleven – niet meer weg te denken, en neemt in onze dagelijkse communicatie inmiddels een zodanig centrale plaats in dat een 'grondrecht op internet-toegang' in zicht is gekomen.[7] De opvatting van het Hof is mij dan ook sympathieker dan die van de HR die de toegang tot de servers van een internetprovider in feite op één lijn plaatst met de toegang tot een besloten tuinfeestje.

Wat ook teleurstelt is de lapidaire verwerping door de HR van het beroep op de uitingsvrijheid. "Ter rechtvaardiging van haar handelen heeft Ab.Fab voorts aangevoerd dat door een verbod als thans gevorderd, inbreuk wordt gemaakt op haar door art. 10 EVRM beschermde recht op uitingsvrijheid. Ook dit verweer kan geen doel treffen. Dit grondrecht kan immers in beginsel niet dienen ter rechtvaardiging van een inbreukmakend gebruik van een goed waarop een ander exclusieve rechten heeft" (ro. 3.18). Kennelijk is de HR van mening dat er voorrang bestaat tussen het (ook grondrechtelijk) beschermde recht van eigendom en de informatievrijheid. Uit art.10 lid 2 EVRM blijkt eerder het tegendeel: de in het eerste lid gewaarborgde informatievrijheid, die in beginsel ook commerciële uitingen omvat, kan slechts worden onderworpen aan voorwaarden die "bij de wet zijn

6 Federal Court of Australia, 5 september 2005, [2005] FCA 1242.

7 Zie het oordeel van het Franse Conseil Constitutionnel 10 juni 2009, *Mediaforum* 2009-9, p. 344, r.o. 12.

voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn" ter waarborging van een aantal uitdrukkelijk genoemde belangen, waaronder "de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen". Van deze door art. 10 EVRM voorgeschreven toetsing is in het arrest van HR echter niets terug te vinden.

Overigens zijn de publiekrechtelijke regels voor het spammen inmiddels aangepast. Kort na het wijzen van het arrest Lycos/Pessers is art. 11.7 van de Telecommunicatiewet gewijzigd.[8] Voortaan geldt een 'opt-in' regel; het ongevraagd – zonder toestemming vooraf – toezenden van commerciële emails aan consumenten is verboden.

Lycos/Pessers

Het derde arrest handelt ten principale over de reikwijdte van de in de E-commercerichtlijn en het BW geregelde aansprakelijkheidsbeperking. Postzegelhandelaar Pessers was op een website anoniem van fraude beschuldigd. Pessers vorderde van internetprovider Lycos, die de website 'hostte', bekendmaking van de NAW-gegevens van de anonieme uiter, maar Lycos weigerde met een beroep op de richtlijn resp. art. 6:196c BW. Een internetprovider heeft, tenzij het gaat om onmiskenbaar onrechtmatige uitingen, 'geen boodschap aan de boodschap'. Weliswaar voorziet art. 15 lid 2 van de richtlijn in de mogelijkheid dat NAW-gegevens door internetproviders aan de bevoegde autoriteiten worden verstrekt, maar deze bepaling laat niet toe dat dergelijke gegevens (ook) aan civiele partijen worden verstrekt, aldus – kort samengevat – het standpunt van Lycos.

Pessers krijgt in alle instanties zijn gelijk. De HR volgt AG Huydecoper in diens conclusie dat de immuniteiten van art. 12-14 van de richtlijn van beperkte betekenis zijn, en niet de bedoeling (kunnen) hebben de rechtsbescherming tegen anonieme onrechtmatige uitingen te frustreren. Inderdaad bevat de richtlijn diverse aanwijzingen in deze richting, waarvan de sterkste is het in de artikelen 12 lid 3, 13 lid 2 en 14 lid 3 herhaalde (en in art. 6:196c lid 5 BW geïmplementeerde) caveat: "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." De HR concludeert: "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 deze tussenpersonen redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen" (ro. 5.1.4).

Nu aansprakelijkheid van Lycos niet wettelijk is uitgesloten, rijst vervolgens de vraag of op de internetprovider een rechtsplicht rust om desgevraagd NAW-gegevens te verschaffen, ook indien geen sprake is van een onmiskenbaar onrechtmatige (anonieme) uiting. Het Amsterdamse hof meende in appel van wel: "Ook indien de op een website gepubliceerde informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is, kan een serviceprovider 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 - zonodig 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;

---

[8] Wet implementatie Europees regelgevingskader in de elektronische communicatiesector, Stb. 2004, 189, in w.getr. 19 mei 2004 (Stb. 2004, 207).

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." (Hof, ro. 4.10).

De HR kan zich in dit door het hof ontwikkelde toetsingskader wel vinden, maar benadrukt dat het hof zijn oordeel heeft toegesneden op het onderhavige, specifieke geval. Er geldt geen algemene regel "dat ieder die kennis bezit van bepaalde informatie verplicht is deze te verschaffen aan degene die bij kennisneming van die voor hem onbekende informatie een redelijk belang heeft" (ro. 5.2.2). Volgens de HR is de door het Hof in casu aangenomen rechtsplicht het resultaat van een nauwgezette afweging van de betrokken belangen: enerzijds de door de artikelen 8 en 10 EVRM gewaarborgde rechten van de anonieme uiter, anderzijds de in het tweede lid van beide bepalingen als 'rechten van anderen' erkende belangen van de gelaeadeerde (ro. 5.4.3.) Het arrest vindt op dit punt bevestiging in de meer recente uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak K.U./Finland, waarin het eveneens ging om identificatie van een anonymus die een (in casu minderjarige) burger sexueel had beledigd. Het EHRM overwoog in die zaak: "Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others."9

Intussen weet de HR evenmin als het hof duidelijk te maken waarop de verplichting van de provider om in casu NAW-gegevens te verstrekken nu precies berust. Het hof verwijst in zijn – inmiddels veel geciteerde – overweging naar de maatschappelijke noodzaak om de anonymus in rechte te kunnen aanspreken. Maar is dat voldoende om tot een rechtsplicht te komen? AG Huydecoper worstelt in zijn zeer lezenswaardige conclusie zichtbaar met deze, uiterst lastige vraag. Hij stelt voorop dat een algemene rechtsplicht om derden bij de rechtshandhaving behulpzaam te zijn niet bestaat. De AG wijst vervolgens op het Chloe-arrest uit 1987, waarin de HR een algemene verplichting om in geval van inbreuk op rechten van intellectuele eigendom de 'voorman' te noemen, niet wilde aanvaarden. (Overigens voorziet art. 1019f Rechtsvordering inmiddels wel in zo'n verplichting.) De AG vindt hierna inspiratie bij het klassieke arrest inzake de Zutphense Waterleiding. Voor personen die aan het ontstaan van de schade materieel hebben bijgedragen en zich in een geprivilegieerde positie ('sleutelpositie') bevinden, en uit dien hoofde (als enige) in staat zijn de rechtshandhaving te faciliteren geldt wellicht toch een rechtsplicht, indien geen alternatieve mogelijkheden om de schade te beperken voorhanden zijn (AG, § 44-46).

Het arrest van de HR heeft in de literatuur kritiek ontmoet. Volgens Ekker (Mediaforum 2006/1, p. 21) wordt de internetprovider gedwongen van geval tot geval een zelfstandige afweging van (grondrechtelijke) belangen te maken, en wordt hij gestraft met aansprakelijkheid als hij dat verkeerd doet. Deze kritiek onderschrijf ik. Het arrest verlangt van de internetprovider, een private ondernemer, in wezen een quasi-rechterlijke beoordeling. Daarvoor is de provider echter niet toegerust. In de praktijk zal de provider geneigd zijn aansprakelijkheidsrisico's en procedurele kosten zoveel mogelijk te beperken. Dit zou licht kunnen leiden tot het al te gemakkelijk inwilligen van informatieverzoeken, zonder gedegen onderzoek en zonder 'due process'.

Het arrest Lycos/Pessers maakt duidelijk dat de E-commercerichtlijn op dit punt een leemte vertoont. Anders dan de Amerikaanse wetgeving die voor de artikelen 12-14 van de richtlijn model heeft gestaan (US Copyright Act, S. 512), voorziet de richtlijn niet in een 'notice and takedown' procedure met de nodige checks and balances om te voorkomen dat internetproviders zich door (beweerdelijk) gelaedeerden de wet laten voorschrijven, ten koste van de rechtsbescherming van hun abonnees.

---

9 EHRM 2 december 2008 (K.U./Finland), r.o. 49, *NJ* 2009, 470.

Promusicae/Telefónica

Ook in het laatste hiervoor afgedrukte arrest staat het conflict tussen rechtshandhaving en privacybescherming – en de ISP die tussen beide vuren zit – centraal. In deze van origine Spaanse zaak vorderde Promusicae, een organisatie van Spaanse muziekproducenten, van internetprovider Telefónica opgave van de NAW-gegevens van enkele inbreukmakende abonnees. Promusicae had vastgesteld dat via het netwerk van Telefónica op grote schaal (alweer door middel van KaZaA) illegale uitwisseling van door Promusicae-leden beheerde muziekopnames had plaatsgevonden. Telefónica weigerde echter op te geven welke persoonsgegevens bij de door Promusicae aangedragen IP-adressen behoorden. Naar Spaans recht was Telefónica hiertoe ook niet verplicht, maar de verwijzende rechter wilde graag weten van het HvJ of het gemeenschapsrecht wellicht tot een andere conclusie zou moeten leiden. Daarbij had de verwijzende rechter vooral het oog op de Handhavingsrichtlijn, die in 2004 is aangenomen en de civielrechtelijke remedies op het terrein van het recht van intellectuele eigendom heeft geharmoniseerd. Art. 8 van de richtlijn (geïmplementeerd in art. 1019f Rechtsvordering) voorziet in een 'recht van informatie'. "De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties, tijdens een gerechtelijke procedure wegens inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht, op gerechtvaardigd en redelijk verzoek van de eiser kunnen gelasten dat informatie over de herkomst en de distributiekanalen van de goederen of diensten die inbreuk maken op een intellectuele-eigendomsrecht, wordt verstrekt door de inbreukmaker en/of door een andere persoon die […] c) op commerciële schaal diensten die bij inbreukmakende handelingen worden gebruikt, blijkt te verlenen".

Het arrest bevestigt dat de in de E-commercerichtlijn opgenomen aansprakelijkheidsbeperkingen bij de rechtshandhaving praktisch geen rol spelen. Geadviseerd door AG Kokott, die het Hof trefzeker door het oerwoud van toepasselijke, maar elkaar deels tegensprekende Europese privacy-, aansprakelijkheids- en handhavingsregels heen leidt, komt het Hof – kort samengevat – tot de conclusie dat aan geen van deze regels in onderling verband voorrang toekomt. Het is derhalve aan de lidstaten zelf om al dan niet te voorzien in een verplichting om in geval van auteursrechtinbreuk verkeersgegevens aan rechthebbenden te verstrekken, zoals door Promusicae gewenst. Aangezien zo'n verplichting naar Spaans recht niet bestond, behoefde de verwijzende rechter deze in casu ook niet op te leggen. Lidstaten die wèl in zo'n verplichting voorzien , handelen echter evenmin in strijd met het gemeenschapsrecht, mits "zij zich niet baseren op een uitlegging van deze richtlijnen die in conflict zou komen met deze grondrechten of de andere algemene beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het evenredigheidsbeginsel", aldus het Hof van Justitie. Deze nadruk op het beginsel van evenredigheid (proportionaliteit) is belangrijk. In haar conclusie bij het arrest is AG Kokott uiterst terughoudend over een verplichting om verkeersgegevens te verstrekken. Zo'n verplichting zou beperkt moeten blijven "tot bijzonder ernstige gevallen" oftewel: gevallen van commerciële piraterij (Conclusie AG, § 119).

P.B. Hugenholtz