



**Noot bij Rb 's-Gravenhage d.d. 9 juni 1999, *Computerrecht* 1999-4 (*Scientology/XS4ALL* - bodemprocedure)**

Verschenen in *Computerrecht* 1999-4.

**P.B. Hugenholtz** [\*]

Naar dit vonnis werd door liefhebbers van het (auteurs)recht en het Internet reikhalzend uitgezien. Zou de Haagse rechtbank zich aansluiten bij het spraakmakende vonnis in kort geding, dat door de Haagse president in 1996 gewezen werd?<sup>[1]</sup> Of zouden de service providers als nog moeten boeten voor de Scientology-pestertij waaraan een aantal van hun abonnees zich destijds te buiten was gegaan? Het is van beide een beetje geworden.

De rechtbank volgt haar president waar zij overweegt dat de providers geen auteursrechtinbreuk plegen indien abonnees inbreukmakende documenten op hun web sites plaatsen. Wel is een provider op grond van de maatschappelijk zorgvuldigheid verplicht in te grijpen indien hij hiervan in kennis wordt gesteld. Wie beide vonnissen (ro. 16 resp. ro. 3.3) naast elkaar legt, ziet overigens wel accentverschillen. In het kort gedingvonnis wordt deze (ongeschreven) rechtsplicht slechts als een mogelijkheid geopperd; volgens de rechtbank is zij realiteit.

Hiermee zijn wij meteen aangeland bij het belangrijkste verschil tussen beide vonnissen. Naar het oordeel van de president was niet gebleken dat de providers handelend hadden moeten optreden; de daarop gerichte vorderingen van Scientology werden daarom afgewezen. In de bodemprocedure ziet de rechtbank wél ruimte voor toewijzing van een tweetal bevelen. Het feit dat gedurende enige tijd inbreukmakende informatie op de servers van gedaagden aanwezig was geweest (ro. 19), levert naar het oordeel van de rechtbank voldoende grond op voor een gebod tot ingrijpen. Deze uitkomst is, na lezing van de daaraan voorafgaande overwegingen, enigszins verrassend. Uit de in het vonnis gepresenteerde feiten blijkt weliswaar dat abonnee Spink gedurende enige tijd op haar site inbreukmakend materiaal beschikbaar heeft gesteld, maar niet dat de providers van deze inbreuk in kennis waren gesteld en "aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet [viel] te twijfelen". Nu de providers in het verleden niet onrechtmatig hadden gehandeld, valt moeilijk in te zien waarom hen wel een tweetal geboden voor de toekomst is opgelegd. Had de rechtbank niet kunnen volstaan met een verklaring voor recht?

Voor de auteursrechtliefhebbers biedt het vonnis meer stof tot overpeinzing.<sup>[2]</sup> Het oordeel van de rechtbank dat de providers niet zelf openbaar maken (ro. 16) sluit niet alleen aan bij het vonnis in kort geding, maar ook bij het *Agreed Statement* bij artikel 8 van het WIPO Auteursrechtverdrag dat tijdens de Diplomatieke Conferentie van Genève (1996) werd aangenomen: "It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention."

Naar het oordeel van de rechtbank leveren de activiteiten van de providers evenmin auteursrechtelijk relevante verveelvoudigingen op. De rechtbank motiveert dit oordeel door een verwijzing naar artikel 5 lid 1 van de Auteursrechtlijn (gewijzigd voorstel d.d. 21 mei 1999).<sup>[3]</sup> Volgens de voorgestelde bepaling worden bepaalde tijdelijke reproductiehandelingen "die een integrerend en onmisbaar onderdeel vormen van een technisch procédé met inbegrip van diegene die het doelmatig functioneren van transmissie systemen bevorderen" van het reproductierecht uitgezonderd. De rechtbank anticipeert derhalve op Europees recht in wording; en daarmee valt in te stemmen.

De vraag is echter: is artikel 5 lid 1 voor het onderhavige geval eigenlijk wel geschreven? Ik meen van niet. Het ging in casu in het geheel niet om "tijdelijke" reproductiehandelingen; de (inbreukmakende) documenten bevonden zich min of meer permanent op de servers van de providers. De reproducties waarop het voorgestelde artikel 5 lid 1 betrekking heeft, zijn vluchtiger van aard: het tijdelijk vastleggen in een 'proxy cache', de transportkopieën die ontstaan tijdens het 'store-and-forward' procédé waarmee email door het Internet gezonden wordt, enzovoorts.

De rechtbank had het zich gemakkelijker gemaakt door de redenering die zij ten aanzien van het recht van openbaar maken gevolgd heeft ten aanzien van het verveelvoudigingsrecht eenvoudig door te trekken. Voor de reproducties die zich door toedoen van hun abonnees op hun servers bevinden zijn de providers niet aansprakelijk; zij "verschaffen slechts de technische faciliteiten teneinde [verveelvoudiging] door anderen mogelijk te maken." Daarbij had de rechtbank kunnen anticiperen op een andere Europese richtlijn in wording, de Richtlijn inzake elektronische handel.<sup>[4]</sup> Op grond van het richtlijnvoorstel is een service providers voor illegale inhoud niet aansprakelijk indien "(a) de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis ervan heeft dat de activiteit onwettig is en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten duidelijk blijkt, of (b) de dienstverlener, zodra hij bovenbedoelde kennis bezit, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken."

Het meest vernieuwende - en controversiële - aspect van het vonnis is de nogal summiere overweging over de aansprakelijkheid voor 'inbreukmakende' *hyperlinks* (ro. 16 midden). Volgens de rechtbank is niet van belang "of de informatie toegankelijk is via een 'internet-adres' dan wel via een hyperlink (een vanuit een home page 'aanklikbare' elektronische doorverwijzing)." Deze overweging keert terug in het dictum waar voor recht wordt verklaard dat de aansprakelijkheid van de providers zich ook tot inbreukmakende hyperlinks uitstrekt.

Deze gelijkstelling van brondocumenten met hyperlinks roept vragen op. De rechtbank lijkt er van uit te zijn gegaan dat het aanbrenge van hyperlinks op zichzelf een aan de rechthebbenden voorbehouden handeling is. Immers, alleen als het 'linken' tot auteursrechtinbreuk kan leiden, bestaat voor een daarvan afgeleide provider-aansprakelijkheid de ruimte. Het had de rechtbank gesierd als zij aan deze cruciale voorvraag, die bij mijn weten nog niet eerder aan de Nederlandse rechter is voorgelegd, enige beschouwingen had gewijd.

Overigens kan ik mij best voorstellen dat het desbewust linken naar notoire web-piraten (bijv. sites met illegale MP3-bestanden) ook los van deze auteursrechtelijke voorvraag onrechtmatig is, bijvoorbeeld op grond van het bevorderen of profiteren van auteursrechtinbreuk.<sup>[5]</sup> Of dat noodzakelijk betekent dat de provider die dergelijke links op zijn server weet te staan, na notificatie automatisch aansprakelijk is, betwijfel ik echter. Hier speelt mijns inziens de *bona fides* van de abonnee een zodanige rol, dat provider-aansprakelijkheid slechts in uitzonderlijke gevallen

mag worden aangenomen.

Enigszins geruststellend voor de providers is, tenslotte, dat aansprakelijkheid eerst ontstaat na *notificatie*. Het vonnis scheidt terecht geen verplichting de inhoud van de web sites vooraf te 'screenen' of te 'monitoren'.<sup>[6]</sup> Blijft de vraag wanneer "aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen". Is iedere boze brief van een advocaat voldoende of dient de onrechtmatigheid eerst in rechte te worden vastgesteld? Hier doet zich de behoefte voelen aan (praktijk)regels met betrekking tot *notice and take-down* zoals die recent in de Amerikaanse Copyright Act zijn opgenomen.<sup>[7]</sup> Naar mijn oordeel zal de provider in geval van gemotiveerde ontkenning door de beheerder van de web site de status quo voorlopig mogen handhaven, in afwachting van een gerechtelijk oordeel. De provider dient immers ook jegens zijn contractspartij zorgvuldig te handelen; zijn contractuele verplichtingen dienen bij het zorgvuldigheidsoordeel te worden meegewogen. Enige kennis van het auteursrecht mag echter wel van de provider worden gevergd. Ten aanzien van web sites waarop complete muziekwerken of romans worden aangeboden, zal hij zijn handen, in elk geval na notificatie door rechthebbenden, niet in onschuld kunnen blijven wassen.

Amsterdam, 12 juli 1999

P.B. Hugenholtz