

VU Research Portal

Hoofdstuk 6 Aansprakelijkheid internet providers

Lodder, A.R.; Schimmel, M.; van den Winkel, Y.

2016

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R., Schimmel, M., & van den Winkel, Y. (2016). *Hoofdstuk 6 Aansprakelijkheid internet providers*. Eigen Beheer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Hoofdstuk 6 Aansprakelijkheid internet providers

door A.R. Lodder, M. Schimmel & Y. van den Winkel¹

Inleiding

Als partijen een overeenkomst gesloten hebben kunnen zij als er iets niet verloopt zoals afgesproken de ander aansprakelijk stellen voor de schade die daardoor ontstaat.² Denk bijvoorbeeld aan het groot aantal mislukte automatiseringsprojecten, waar overigens aan de kant van de overheid doorgaans zo gecontracteerd is dat het lastig is om aansprakelijkheid te vestigen bij de IT bedrijven. In het recht is het ook mogelijk iemand aansprakelijk te stellen, zonder dat er een overeenkomst tussen beide partijen bestaat. Dit wordt wel buitencontractuele aansprakelijkheid genoemd. Deze bijdrage gaat over de (on)mogelijkheid om internettussenpersonen buiten contract aansprakelijk te stellen.

De bekende uitdrukking “don’t shoot the messenger” geldt ook voor internettussenpersonen, althans zolang ze “geen boodschap aan de boodschap” hebben. Om die reden, en om de elektronische handel te stimuleren, is eind jaren negentig regelgeving tot stand gekomen die beoogt internettussenpersonen onder voorwaarden niet aansprakelijk te laten zijn voor onrechtmatige content.

In deze bijdrage gebruiken wij de term internettussenpersonen. Een vergelijkbare term is internet providers, maar deze leent zich minder voor de te bespreken onderwerpen vanwege de connotatie met klassieke toegangsproviders als XS4ALL. Tot internettussenpersonen worden zeker ook toegangs- en hosting providers gerekend, maar ook bijvoorbeeld aanbieders van discussieforums, veilingssites en sociale netwerken. Het gemeenschappelijk kenmerk is dat al deze dienstverleners een intermediair zijn tussen twee internetgebruikers. Het internet wordt immers getypeerd door end-to-end communicatie die zonder internettussenpersonen niet mogelijk is. Het zal duidelijk zijn dat bij iedere communicatie meerdere tussenpersonen een rol kunnen spelen, zoals bij Facebook messenger de toegangsprovider voor beide gebruikers alsmede de aanbieder van het betreffende sociale netwerk.

In deze bijdrage behandelen we de juridische merites van internet tussenpersonen waarbij wij achtereenvolgens ingaan op de wettelijke regeling, Europese en Nederlandse rechtspraak en ten slotte de bijzondere rol van de forumbeheerder.

Achtergrond wettelijke regeling

‘Wat niet weet, wat niet deert, een algemeen bekende wijsheid die in velerlei scenario’s op kan gaan. Zo ook, min of meer, voor de aansprakelijkheid van degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht. *Maar wie zijn dat dan?* Onder het verrichten van diensten van

¹ Alle auteurs zijn verbonden aan SOLV advocaten. Arno R. Lodder is tevens hoogleraar internet governance and regulation aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Zie over dit onderwerp in het licht van tussenpersonen Kaspersen, H.W.K., Duuren, N.H.A. van & Neppelenbroek, E.D.C. (1999). Contracten van Internet providers: een adequate basis voor zelfregulering? (ITeR). Deventer: Kluwer.³ MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 12.

de informatiemaatschappij wordt verstaan een online dienst waarbij sprake is van economische activiteit.³ Daaronder vallen ook de informatiedienstverlenende tussenpersonen zoals internetproviders en aanbieders van sociale netwerken. Zij bemiddelen tussen de informatieaanbieder (provider) en de afnemer (recipient) en zijn daarom aan te merken als tussenpersoon. In het vervolg van deze bijdrage zal worden gesproken van de 'internettussenpersoon' aangezien deze bijdrage zich richt op dergelijke internetbedrijven. Het internet is inmiddels een – zo kan wel worden gesteld – onmisbaar fenomeen en biedt de gebruikers ervan vele mogelijkheden en verrijkingen, maar daarentegen biedt het internet ook mogelijkheden tot ongeoorloofd gebruik. Gebruikers van de online diensten van internettussenpersonen kunnen via het communicatienetwerk van die tussenpersoon onrechtmatige informatie aanbieden. Informatie is onder andere onrechtmatig indien daardoor auteursrechtinbreuk wordt gepleegd, de privacy van anderen wordt geschonden of uitlatingen bijvoorbeeld in strijd zijn met iemands eer en goede naam zoals geregeld voorkomt op forums. In hoeverre is de internettussenpersoon daarvoor –juridisch gezien – aansprakelijk? Uitgangspunt van de wet is, kort gezegd, dat een internettussenpersoon niet aansprakelijk is voor onrechtmatige informatie op zijn communicatienetwerk, tenzij hij op de hoogte is van de onrechtmatigheid van die informatie.

Sinds 2004 is de aansprakelijkheid van internettussenpersonen in Nederland juridisch ingekaderd als uitwerking van de Richtlijn inzake de elektronische handel.⁴ Binnen het leerstuk van de onrechtmatige daad (het onzorgvuldig handelen in het maatschappelijk verkeer) is ter implementatie van die Europese richtlijn een specifieke regeling voor de aansprakelijkheid van internettussenpersonen opgenomen in artikel 6:196c van het Burgerlijk Wetboek. Dit artikel schrijft voor in welke gevallen de internettussenpersoon *niet* aansprakelijk is voor onrechtmatige informatie op zijn communicatienetwerk. In het wetsartikel zijn drie typen diensten te onderscheiden: 'mere conduit' (een zuiver doorgeefluik van informatie), 'caching' (het tijdelijk opslaan van informatie ten behoeve van doeltreffende doorgifte) en 'hosting' (het op verzoek opslaan van informatie). Deze diensten hebben allen betrekking op de doorgifte of opslag van informatie ten behoeve van publieke informatieverstrekking. Om van een van deze gevallen te kunnen spreken, schrijft de wet nadere voorwaarden voor waaraan moet zijn voldaan wil de internettussenpersoon zich kunnen beroepen op uitsluiting van zijn aansprakelijkheid.

Er is sprake van het aanbieden van een informatiedienst die als mere conduit kan worden aangemerkt indien sprake is van een 'blote transmissie' van informatie die van anderen afkomstig is. Indien bij die transmissie onrechtmatige informatie is bijgesloten dan is de internettussenpersoon daarvoor niet aansprakelijk indien hij niet het initiatief tot het doorgeven van de informatie heeft genomen, hij niet bepaalt wie de ontvanger van de doorgegeven informatie is en hij de door te geven informatie niet heeft geselecteerd of gewijzigd. Het gaat aldus om een fungeren als – zoals gezegd – zuiver doorgeefluik, waarbij geen enkele bemoeienis van de internettussenpersoon heeft plaatsgevonden, anders dan dat hij toegang tot

³ MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 12.

⁴ Europese Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij in de interne markt, met name elektronische handel van het Europees Parlement en de Raad (PbEG L 178).

zijn communicatienetwerk verschaft. Het handelen van de internettussenpersoon heeft dus alleen een technisch, automatisch en passief karakter. De enige nuance die de wet voorschrijft is dat niet uitsluitend de blote transmissie van informatie onder mere conduit valt, ook tussentijdse en tijdelijke opslag van informatie met als enig doel de doorgifte van die informatie te vergemakkelijken valt hieronder. De informatie mag dan niet langer dan redelijkerwijs noodzakelijk worden opgeslagen.

Ten aanzien van de tweede uitsluiting van aansprakelijkheid van internettussenpersonen, 'caching', gaat het om het geautomatiseerd, tussentijds en tijdelijk opslaan van informatie die van een ander afkomstig is. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het tijdelijk opslaan van internetpagina's. Het opslaan van deze informatie mag enkel plaats vinden indien het later doorgeven van die informatie daardoor doeltreffender wordt. Daarbij geldt dat ook in dit geval de internettussenpersoon passief optreedt en louter als technisch doorgeefluik dient. Dit impliceert dat de internettussenpersoon geen kennis van en controle heeft over de informatie. De tussenpersoon is niet aansprakelijk voor het 'cachen' van onrechtmatige informatie indien aan vijf cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1. de informatie mag niet worden gewijzigd,
2. de toegangsvoorwaarden voor de informatie moeten in acht worden genomen,
3. de in de bedrijfstak geldende regels voor het bijwerken van de informatie moeten worden nageleefd,
4. de in de bedrijfstak geldende technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie mag niet worden gewijzigd en
5. de nodige maatregelen moeten worden genomen om de informatie terstond te verwijderen of toegang daartoe onmogelijk wordt gemaakt indien de informatie van haar oorspronkelijk plaats is verwijderd of de toegang daartoe is geblokkeerd of indien de bevoegde autoriteit verwijdering of een verbod tot toegang heeft geboden.

Indien aan deze voorwaarden is voldaan dan is de internettussenpersoon gevrijwaard van aansprakelijkheid voor onrechtmatige informatie ten opzichte van degene die verantwoordelijk is voor de inhoud van de aangeboden informatie en dus niet ten opzichte van de derde die schade lijdt als gevolg van de onrechtmatige informatie.

In geval van hosting, de derde uitsluiting van aansprakelijkheid, heeft de internettussenpersoon ten opzichte van mere conduit en caching de meeste betrokkenheid met betrekking tot de informatie. In dit geval slaat de internettussenpersoon informatie afkomstig van een ander en op verzoek van die ander op. Voorbeelden van hosting providers zijn bijvoorbeeld online diensten zoals klassieke hostingdiensten door internetproviders als XS4ALL en "modernere", zogenaamde web 2.0 aanbieders als Youtube en Marktplaats. Nederland had met de Scientology-zaak in 1996 een primeur met een uitspraak over aansprakelijkheid van internettussenpersonen zelfs nog voordat maar aan de onderhandeling van de Richtlijn elektronische handel begonnen was. Karin Spaink en XS4ALL werden gedagvaard en verzocht

de in een eerdere Amerikaanse rechtszaak gelekte stukken over de leer van de Scientology kerk weg te halen. De rechter oordeelde:⁵

“dat zij niet meer doen dan gelegenheid geven tot openbaarmaking en dat zij in beginsel geen invloed kunnen uitoefenen op of zelfs maar kennis dragen van datgene wat diegenen die via hen toegang tot Internet hebben gekregen daarop uitdragen.”

Pas in 2005 eindigde deze procedure met een arrest van de Hoge Raad.⁶

De internettussenpersoon kan niet aansprakelijk worden gehouden voor de opslag van onrechtmatige informatie, in zoverre hij geen kennis heeft van de onrechtmatigheid en dit in geval van een schadevergoedingsvordering redelijkerwijs ook niet behoorde te weten. Voorts geldt dat de internettussenpersoon zodra hij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat sprake is van onrechtmatige informatie hij zo snel mogelijk die informatie verwijdert of de toegang tot die informatie blokkeert. Als de aanbieder geïnformeerd wordt over het bestaan van de informatie (notice) en deze vervolgens weghaalt (take down) wordt wel gesproken van “*Notice and Take Down*”. Veel providers hebben een zogenaamde “Notice en Take Down”-procedure waarin ze onder andere beschrijven hoe klachten kunnen worden ingediend en op welke wijze en hoe snel er actie zal ondernomen worden.

Kennis van onrechtmatige informatie bij de internettussenpersoon bestaat indien in redelijkheid niet aan de juistheid van de kennisgeving door een derde kan worden getwijfeld, of wanneer de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is.⁷ ‘Onmiskenbaar’ duidt erop dat het in beginsel niet de taak van de tussenpersoon is om te bepalen wanneer informatie onrechtmatig is. Die taak is voorbehouden aan de rechter. Er spelen daarbij immers meer belangen dan alleen de noodzaak om onrechtmatige informatie te kunnen laten verwijderen, denk daarbij aan de vrijheid van meningsuiting. Indien de internettussenpersoon aldus geen wetenschap heeft van de onrechtmatige informatie en over een “Notice en Take Down”-procedure beschikt en deze toepast indien nodig, dan is hij niet aansprakelijk tegenover de derde die schade lijdt door de onrechtmatige informatie.

In het kader van de aansprakelijkheid van internettussenpersonen hebben zich in de loop der jaren al verscheidene juridische procedures⁸ voorgedaan tot aan het Europese Hof van Justitie aan toe.⁹

Europese rechtspraak

⁵ Pres. Rb. Den Haag 12 maart 1996, <http://kspaink.home.xs4all.nl/cos/verd1ned.html>

⁶ Hoge Raad 16 december 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AT2056](https://ecli.nl/hr/2005:AT2056)

⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49.

⁸ Zie onder andere: Rb. Utrecht 26 augustus 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ6008 (Mininova); Rb. Amsterdam (Vzr.) 22 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1067 (The Pirate Bay); Gerechtshof Leeuwarden 22 mei 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW6296 (Stokke/Marktplaats).

⁹ O.a. HvJ EU 12 juli 2011, zaak C-324/09 (l'Oréal/eBay)

De eerste procedure voor het Europese Hof van Justitie diende tussen 2008 en 2010 en betrof, niet geheel toevallig, één van de grootste internettussenpersonen ter wereld – Google – en modemerken Louis Vuitton, bekend van de handtasjes.¹⁰

Louis Vuitton kwam er in 2003 achter dat wanneer internetgebruikers in Google de woorden “Louis Vuitton” invoerden, er betaalde advertenties verschenen voor websites waarop namaakproducten van Louis Vuitton verkocht werden. Dat is voor een merk als Louis Vuitton, dat het voor een groot deel moet hebben van exclusiviteit, natuurlijk onverteerbaar en dus spande Louis Vuitton een rechtszaak aan tegen Google, om Google te dwingen deze praktijken onmogelijk te maken. Google was echter van mening dat niet Google zelf onrechtmatig handelt door deze advertenties te tonen, maar dat degene die die AdWords gebruikt om reclame te maken voor de namaakproducten onrechtmatig handelt. Met andere woorden: Google beriep zich op de aansprakelijkheidsbeperking voor hosting.

Het Hof van Justitie moest dus oordelen of Google voldeed aan de voorwaarden van de aansprakelijkheidsbeperking voor hosting, of zoals het in Europese juridische termen heet, “het op verzoek opslaan van door een ander verstrekte informatie”. Dat is het geval, volgens het Hof van Justitie, wanneer Google aan een aantal vereisten is voldaan:

1. Het moet gaan om een dienst van de informatiemaatschappij, zoals bedoeld in de aansprakelijkheidsbeperking; en
2. Google moet daadwerkelijk als een neutrale tussenpersoon optreden.

Het Hof oordeelde over het eerste punt als volgt. Een dienst van de informatiemaatschappij als bedoeld in de aansprakelijkheidsbeperking is elke dienst die wordt verricht via elektronische apparatuur voor de verwerking en opslag van gegevens, op afstand, op individueel verzoek van een afnemer van diensten en gewoonlijk tegen vergoeding. De Adwords-dienst voldoet natuurlijk aan deze definitie want de dienst wordt op individueel verzoek van de afnemer op afstand en tegen betaling verricht met behulp van elektronische apparatuur voor de verwerking en opslag van gegevens.

Ten aanzien van het tweede punt is vereist dat de handelingen van de aanbieder van de dienst louter technisch, automatisch en passief zijn, wat betekent dat de aanbieder noch kennis, noch controle heeft over de informatie die wordt opgeslagen. Alleen dan is sprake van een neutrale tussenpersoon die op verzoek informatie opslaat. Of Google aan die voorwaarden voldoet, is ter beoordeling van de nationale rechter en niet aan het Hof van Justitie zelf.

Deze lijn heeft het Hof van Justitie ook in de tweede grote Europese procedure over aansprakelijkheid van internettussenpersonen gevolgd.¹¹ Deze tweede procedure ging tussen een andere internetgigant – eBay – en cosmeticamerken l’Oréal. Ook in deze procedure ging het om namaakproducten en merkinbreuk: op eBay worden advertenties geplaatst van namaakproducten en van producten die niet voor de verkoop bestemd zijn. Dit is l’Oréal een doorn in het oog en zij meende dat eBay daarvoor aansprakelijk gehouden moet worden. eBay

¹⁰ HvJ EU 23 maart 2010, gevoegde zaken C-236/08 t/m C-238/08 (*Google / Louis Vuitton*)

¹¹ HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*l’Oréal / eBay*)

daarentegen meende dat zij niet aansprakelijk is voor de informatie die door gebruikers op haar platform geplaatst wordt en beriep zich, net als Google in de vorige zaak, op de uitsluiting van aansprakelijkheid voor het op verzoek opslaan van informatie. Er werden twee concrete vragen gesteld aan het Hof van Justitie:

1. Valt de dienst van eBay onder de definitie van hosting als bedoeld in de aansprakelijkheidsbeperking voor internettussenpersonen?
2. In welke omstandigheden moet geconcludeerd worden dat eBay “kennis heeft” van de onrechtmatige informatie.

Het Hof gaat verder waar het Hof gebleven was in de *Google/Louis Vuitton*-case: om als internettussenpersoon aangemerkt te worden, moet de dienst bestaan uit het op verzoek opslaan van informatie en moet deze daadwerkelijk als neutrale tussenpersoon optreden. Over dat laatste heeft het Hof in deze zaak meer te vertellen: dat is namelijk niet het geval wanneer de dienstverlener, in plaats van zich te beperken tot een neutrale levering van die dienst met behulp van een louter technische en automatische verwerking van de gegevens die hem door zijn klanten zijn verstrekt, een actieve rol heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die gegevens.

Het enkele feit dat de beheerder van een elektronische marktplaats de verkoopaanbiedingen opslaat, bepaalt hoe zijn dienst wordt verleend, daarvoor een vergoeding ontvangt en algemene inlichtingen aan zijn klanten verstrekt, kan er niet toe leiden dat hij geen beroep kan doen op de aansprakelijkheidsbeperking. Dat is echter wel het geval wanneer men als tussenpersoon bijstand verleent om bijvoorbeeld de wijze waarop de aanbiedingen worden getoond te optimaliseren of te bevorderen, omdat men dan een actieve rol opneemt waardoor men kennis en controle over de inhoud heeft gekregen.

Kort samengevat zegt het Hof van Justitie het volgende: als men een actieve rol heeft, komt in het geheel geen beroep toe op de aansprakelijkheidsbeperking. Als men daarentegen een passieve rol heeft, moet men aan nog een eis voldoen: de tussenpersoon mag geen kennis hebben van de betreffende onrechtmatige informatie. In de tussenpersoon deze kennis wel heeft en daar niets mee doet, dan komt ook geen beroep toe op de aansprakelijkheidsbeperking.

Nederlandse rechtspraak

In een al sinds 2009 lopende procedure heeft het gerechtshof Amsterdam¹² in de zomer van 2014 zich in een uitgebreid arrest uitgelaten over de aansprakelijkheid van internettussenpersonen. Het betreft een procedure tussen News-Service Europe B.V. (NSE) en Stichting Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland (BREIN). BREIN houdt zich bezig met het tegengaan van onrechtmatige exploitatie van informatie(dragers) teneinde de belangen van de rechthebbenden op die informatie en de rechtmatige exploitanten daarvan te behartigen. NSE is een exploitant van een platform voor usenetdiensten. Het usenet is een

¹² Gerechtshof Amsterdam 19 augustus 2014 ECLI:NL:GHAMS:2014:3435 (NSE/BREIN).

onderdeel van het internet en biedt een wereldwijd platform voor het uitwisselen van berichten in verschillende categorieën. Gebruikers van het usenetplatform van NSE kunnen zelf berichten uploaden. Indien een van de gebruikers een bericht plaatst, dan slaat NSE dit bericht op haar eigen servers op en geeft dit eenmalig door, ook wel 'synchronisatie' of 'peering' genoemd, aan andere usenetproviders die dit bericht vervolgens zelf ook opslaan en wederom doorgeven aan weer andere usenetproviders. Indien een gebruiker van een andere usenetprovider een bericht plaatst ontvangt NSE dit bericht en slaat dit eveneens op haar servers op. Gebruikers van NSE kunnen alle berichten die NSE heeft ontvangen en op haar servers heeft opgeslagen op- en doorzoeken en vervolgens downloaden. Volgens BREIN maakt NSE – kort weergegeven – hierdoor inbreuk op de auteursrechten en naburige rechten van rechthebbenden door berichten die onrechtmatige informatie bevatten ter beschikking te stellen.

NSE meent dat zij uitsluitend toegang verschaft tot een communicatienetwerk en automatisch informatie doorgeeft die afkomstig is van anderen (mere conduit). In de tweede plaats voert NSE aan dat haar dienst is aan te merken als hosting omdat zij geen actieve rol speelt ten aanzien van de informatie die zij voor haar gebruikers opslaat en een goed werkende "Notice and Take Down"-procedure heeft geïmplementeerd.

Het Hof Amsterdam oordeelde kort en bondig dat voor zover NSE berichten op haar servers opslaat, haar dienstverlening niet onder de gegeven definitie in de wet valt. Er is immers sprake van het opslaan van informatie en niet van de enkele doorgifte daarvan. Evenmin kan worden gesteld dat de opslag plaatsvindt teneinde de doorgifte te vergemakkelijken. Immers de gebruiker van NSE kan uit een veelheid van berichten kiezen wat hij al dan niet wil downloaden. Kenmerk van het tijdelijk opslaan teneinde de doorgifte te vergemakkelijken is dat de informatie na doorgifte of communicatie zijn nut verloren heeft en daarom verwijderd kan worden en meestal ook daadwerkelijk verwijderd wordt, aldus het Hof.

Voor zover NSE de door haar eigen gebruikers geplaatste berichten doorgeeft aan andere usenet providers is volgens het Hof wel sprake van mere conduit. De gebruikers nemen namelijk zelf het initiatief tot het uploaden van de berichten op het usenet, NSE is niet degene die bepaalt aan wie de informatie (uiteindelijk) wordt doorgegeven en evenmin kan worden gezegd dat NSE de informatie selecteert of wijzigt. Het doorgeven van berichten aan andere usenet providers heeft volgens het Hof een louter technisch, automatisch en passief karakter en daarbij heeft NSE noch kennis noch controle over de doorgegeven informatie. NSE komt volgens het Hof in dit kader dan ook bescherming toe.

Ten aanzien van de berichten afkomstig van de eigen gebruikers van NSE dan wel gebruikers van andere usenetproviders die NSE op haar servers opslaat, stelt het Hof vast dat dit in beginsel is aan te merken als 'hosting' omdat zij diensten verricht bestaande uit het op verzoek opslaan van informatie afkomstig van een ander. Indien aan de voorwaarden die aan 'hosting' worden gesteld –en zoals hiervoor besproken – is voldaan dan komt NSE daaromtrent ook bescherming toe. BREIN voerde hiertoe onder andere samengevat aan dat NSE een actieve rol vervult. De werven mochten BREIN niet baten want het Hof ziet niet in op welke wijze kan worden gesteld dat NSE kennis heeft van en controle heeft over de opgeslagen informatie

doordat zij bepaalt wanneer berichten worden verwijderd en de gebruiker hiertoe niet zelf in staat is. Ook het feit dat NSE overzichten van de berichten op aparte servers plaatst, de gebruikers middels een zoekfunctie berichten kunnen vinden en de berichten controleert op de aanwezigheid van spam, doet daar niet aan af.

Ten aanzien van de “Notice and Take Down”-procedure van NSE betwist BREIN dat sprake is van een effectieve procedure omdat NSE niet voorkomt dat onrechtmatige informatie wederom wordt geüpload. Het Hof overweegt hieromtrent dat het beschikbaar stellen van een efficiënte “Notice and Take Down”-procedure in beginsel voldoende is om aan de voorwaarde zoals gesteld in de wet te voldoen. Deze voorwaarde houdt namelijk niet in dat de host na een melding van inbreuk dient te voorkomen dat de onrechtmatige informatie te allen tijde door een willekeurige gebruiker opnieuw wordt geüpload.

In de lijn van effectiviteit heeft het Gerechtshof Den Haag¹³ onlangs geoordeeld dat een accessproviders (tussenpersonen die toegang tot het internet verschaffen) niet gehouden zijn tot voor hen onevenredig nadelige of niet effectieve maatregelen om te voorkomen dat zij toegang tot onrechtmatige informatie faciliteren.

In deze procedure is BREIN wederom opgetreden, ditmaal tegen Ziggo en XS4ALL die toegang tot The Pirate Bay, een filesharing website, bieden. Zowel Ziggo als XS4ALL stelden dat zij de informatie slechts doorgeven. Het Hof stelt dan dat een access provider doorgaans geen onzorgvuldig handelen kan worden tegengeworpen indien zij de maatregelen heeft genomen die op grond van de wet worden gesteld, maar dat kan niet in zijn geheel worden uitgesloten. In bijzondere omstandigheden kan, gelet op concrete belangen, onzorgvuldig handelen worden aangenomen waardoor een verbod of bevel gerechtvaardigd kan zijn, ook al is schadevergoeding vanwege de uitsluiting van aansprakelijkheid dan niet mogelijk. In geval aan de in de wet gestelde voorwaarden is voldaan, maar de uitwerking daarvan blijkt onevenredig en/of niet effectief, zal dit volgens het Hof niet als strijdig met de zorgvuldigheidsnormen worden beschouwd.

Forumbeheerders

De forumbeheerder is een bijzonder type dienstverlener binnen de aansprakelijkheid van tussenpersonen. De hosting bepaling van art. 6:196c BW wordt hier toegepast. Toen de richtlijn elektronische handel tot stand kwam, was deze bepaling nadrukkelijk bedoeld voor dienstverleners die voor de gebruiker informatie opslaan. Een dergelijke hostingdienst is niet te vergelijken met bijvoorbeeld zoekmachines zoals in de hierboven behandelde Louis Vuitton zaak. Opmerkelijk bij zoekmachines is dat de richtlijn elektronische handel de bepalingen heeft overgenomen uit de DMCA, maar de bepaling over uitsluiting van aansprakelijkheid van zoekmachines heeft weggelaten. Ook voor eBay en NSE geldt dat ze niet een klassieke hostingdienst zijn en de vraag is in hoeverre toepassing van de hostingbepaling tot een goede uitkomst leidt. Gevallen waar de hosting bepaling wordt toegepast en tot tegen-intuïtieve uitkomsten leidt is bij forumbeheerders.

¹³ Gerechtshof Den Haag 28 januari 2014 ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (BREIN/ Ziggo en XS4ALL).

De bejaarde mevrouw die consciëntieus een forum met mooie foto's van hondjes beheert, of de puber die een forum over voetbalhelden modereert kunnen door hun actieve rol geen beroep doen op de uitsluiting van aansprakelijkheid. Dit betekent dat als er bijvoorbeeld door een forum-deelnemer een inbreuk makende foto wordt geplaatst terwijl de mevrouw slaapt of de jongen op school zit, zij hiervoor aansprakelijk kunnen worden gesteld.

De forumbeheerder die achterover leunt en niks doet, waardoor allerlei inbreuk makende foto's en ontoelaatbare uitingen worden gedaan, kan echter wel een beroep doen op de uitsluiting van aansprakelijkheid. Dit is vreemd en om die reden zijn er wel voorstellen gedaan om de forumbeheerder apart te reguleren.¹⁴ Dat is met name van belang voor de tweede categorie. De eerste categorie kan namelijk zich niet beroepen op vrijwaring, maar daarmee staat nog niet vast dat ze ook aansprakelijk zijn. Dit moet afzonderlijk worden vastgesteld. Bij de puber en bejaarde ligt het voor de hand geen aansprakelijkheid te vestigen, maar er is geen zekerheid dat het zo wordt uitgelegd.

Conclusie

Op 28 oktober 2008 trad de Digital Millennium Copyright Act (DMCA) in werking, (een van) de eerste regeling(en) die uitsluiting van aansprakelijkheid bij internettussenpersonen regelde. Op 18 november van datzelfde jaar deed de Europese Commissie het voorstel voor een richtlijn inzake de elektronische handel die in grote lijnen de regeling van de DMCA voor de aansprakelijkheid van tussenpersonen regelde.¹⁵ De aansprakelijkheidsregeling van zoekmachines werd niet uit de DMCA overgenomen, maar het Hof van Justitie heeft zich over deze dienstverleners uitgelaten in de besproken Google/Vuitton zaak. Ook rechtspraak over andere a-typische hostingdiensten hebben wij besproken zoals Marktplaats, NSE en forumbeheerders. Een kleine twintig jaar nadat de Haagse rechter in kort-geding uitspraak deed in de Scientology-zaak, is de regelgeving rond uitsluiting van aansprakelijkheid van tussenpersonen in grote lijnen uitgekristalliseerd. Wij hebben ons in deze bijdrage met name gericht op een a-typische tussenpersoon in het kader van hosting diensten. Zoals eerder in de hierboven aangehaalde literatuur voorgesteld kan op dat punt de regelgeving verbeterd. Voor het overige hoeft de internettussenpersoon in beginsel niet bang te zijn als boodschapper neergeschoten te worden en zeker niet als hij niet weet zal een eventuele claim hem niet deren.

¹⁴ A.R. Lodder e.a. (2010), *Recht en Web 2.0*, p. 96, <http://dare.ubvu.vu.nl/handle/1871/19023>

¹⁵ COM(1998) 586 final, Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market.