

## Reactie

# Subjectieve verwijtbaarheid van internet intermediairs: enkele vragen

*Het voorstel van Caroline De Vries om een toets van subjectieve verwijtbaarheid met betrekking tot de aansprakelijkheid van internet intermediairs in te voeren is gedurfd, maar roept tevens vele vragen op. Waar ziet het onderscheid tussen 'objectief' en 'subjectief' precies op, gaat haar voorstel niet in tegen zowel de wettelijke doctrine als het karakter van de zorgplicht en is haar voorstel wel consistent en logisch coherent uitgewerkt?*

**B. van der Sloot**  
Mr. drs. B. van der Sloot is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de UvA.

In AMI 2012/1 schreef De Vries een mooi artikel over de aansprakelijkheid van internet intermediairs voor auteursrechtinbreuken door derden.<sup>1</sup> Daarin stelt zij dat in de huidige jurisprudentie hieromtrent voornamelijk wordt stilgestaan bij '[...] het feit dat het *leeuwendeel* van het gebruik [van de door de internet intermediair geleverde dienst] inbreukmakend is, dat de dienst aanbieder hiervan *profiteert* en dat hij (algemene) kennis heeft van de inbreuken.'<sup>2</sup> Uit deze 'objectieve aanknopingspunten' of 'geobjectiveerde elementen' kan een 'kwade intentie' worden afgeleid; indien de tussenpersoon immers in (algemene) zin kennis heeft van onrechtmatigheden en hij hierbij een geldelijk belang heeft, dan wordt vermoed dat hij de intentie heeft om deze onrechtmatigheden te laten voortduren of althans, hieraan geen halt toe te roepen. De intentie van de betrokken dienstverlener wordt dan ook, zo constateert De Vries, in de jurisprudentie als belangrijk criterium meegewogen.<sup>3</sup> Er wordt derhalve gekeken naar de vraag of de internet intermediair een 'schuldige geest' heeft. De Vries stelt voor niet enkel deze criteria mee te wegen in het aansprakelijkheidsoordeel, maar ook de vraag of er sprake is van 'subjectieve verwijtbaarheid', '[...] waarvan sprake is in geval van het leveren van een *substantiële bijdrage* aan de auteursrechtinbreuken, het *aanmoedigen* van en/of aanzetten tot inbreuken, dan wel een combinatie van beide'.<sup>4</sup> Kortom, De Vries stelt dat de tussenpersoon zelf ook de 'actieve, inhoudelijke bijdrage'<sup>5</sup> moet hebben geleverd aan het schenden van het auteursrecht of hiertoe actief moet hebben aangezet alvorens daarvoor aansprakelijk te kunnen worden gesteld; er moet derhalve naast een 'schuldige geest' ook sprake zijn van een 'schuldige daad'. Zo dit een juiste weergave van haar argumentatie is, rijst de vraag of het wellicht inzichtelijker was geweest om de meer klassieke terminologie *mens rea* en *actus reus* te bezigen.

Bij de aansprakelijkheid van tussenpersonen draait het, zo stelt De Vries, niet om directe aansprakelijkheid, maar om een vorm van indirecte aansprakelijkheid. In Nederland wordt deze doctrine gedomineerd door de in het onrechtmatige-daadartikel vervatte zorgplicht en in de andere door haar besproken rechtsorde, die van de Verenigde Staten, geldt de doctrine van '*secondary liability*'. 'In beide landen wordt redelijk consequent aangenomen dat de aanbieders niet zelf (rechtstreeks) auteursrechtinbreuk plegen: dat doen immers de gebruikers.'<sup>6</sup> De tussenpersonen faciliteren slechts onrechtmatige handelingen, ze begaan die niet zelf.<sup>7</sup> Zo bezien is het voorstel om voor aansprakelijkheid van tussenpersonen toch te verlangen dat zij een actieve handeling en of bijdrage leveren aan de onrechtmatige handeling verrassend, een uitgangspunt dat meer doet denken aan de doctrine van directe aansprakelijkheid. Zo dit een juiste weergave is van de argumentatie van De Vries, rijst de vraag of zij niet heeft bedoeld de hele doctrine 'indirecte aansprakelijkheid' ter discussie te stellen, nu zij als uitgangspunt niet neemt of de internet intermediair onrechtmatige handelingen faciliteert, maar of de internet intermediair hier zelf actief een bijdrage aan levert; anders gesteld rijst de vraag waar in het voorstel van De Vries nu exact nog het onderscheid ligt tussen faciliteren door actief, inhoudelijk bijdragend te handelen en het verwijtbaar handelen zelf.

Bij de huidige aansprakelijkheidsdoctrine wordt aansprakelijkheid van internettussenpersonen vaak afgeleid uit een niet doen. Indien de internet intermediair (in algemene zin) weet dat er onrechtmatigheden plaatshebben en de mogelijkheid heeft om hieraan een einde te maken, maar deze niet benut, handelt hij verwijtbaar. Dit is in overeenstemming met het archetype van de zorgplicht, de leer

1 C.F.M. de Vries, 'Subjectieve verwijtbaarheid. Een toets om de aansprakelijkheid van internettussenpersonen voor het faciliteren van auteursrechtinbreuken te beoordelen', *AMI* 2012/1, p. 1-12.

2 De Vries, p. 8.

3 De Vries, p. 3.

4 De Vries, p. 8.

5 De Vries, p. 9.

6 De Vries, p. 2.

7 De Vries, p. 1.

van de *bonus pater familias*, die ziet op de zorgrelatie van de ouder tot zijn kind. Daarbij draait het niet alleen om positieve plichten van de ouder, maar ook om het nalaten van schadelijke handelingen. Zo is bijvoorbeeld strafbaar hij die opzettelijk iemand tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in een hulpeloze toestand brengt of laat en hij die een kind beneden de leeftijd van zeven jaren te vondeling legt of, met het oogmerk om er zich van te ontdoen, verlaat.<sup>8</sup> Een dergelijke zorgplicht geldt niet slechts in bijzondere relaties, maar meer in het algemeen ten aanzien van een ieder die, getuige van het ogenblikkelijk levensgevaar waarin een ander verkeert, nalaat deze hulp te verlenen of te verschaffen.<sup>9</sup> Deze handelingen worden in het strafrecht zogenoemde omissiedelicten genoemd, waarbij in tegenstelling tot de meer gangbare commissiedelicten, strafbaar is het nalaten van een bepaalde handeling zoals het verschaffen van de nodige zorg. Deze omissievariant is ook terug te vinden in de zorgplicht uit de onrechtmatige-daaddoctrine;<sup>10</sup> ook daarin wordt niet alleen verwezen naar een doen, maar tevens naar het nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Door het voorstel van De Vries zal niet een nalaten, maar slechts een doen leiden tot een schending van de zorgplicht van internet intermediairs. Zo dit een juiste weergave van haar stelling is, rijst de vraag of zij haar pijlen wel richt op de rechters die er haars inziens een 'rommeltje' van maken in de jurisprudentie,<sup>11</sup> of dat zij eigenlijk de wettelijke doctrine en het karakter van de zorgplicht als zodanig problematisch acht.

Naast het feit dat De Vries voorstelt om internet intermediairs slechts aansprakelijk te stellen in het geval van een actieve bijdrage, meent zij ook dat er thans in de jurisprudentie een problematische uitleg van het kennis criterium wordt gehanteerd. Niet slechts bij kennis van een onrechtmatige handeling *in concreto*, maar tevens bij kennis van zo'n handeling *in abstracto* stelt de rechter de intermediairs aansprakelijk.<sup>12</sup> Alhoewel zij dit 'niet per se onlogisch' vindt, meent zij dat het moet gaan om '[...] daadwerkelijke kennis van concrete inbreuken, bijvoorbeeld doordat de aanbieder of dienstverlener daarop uitdrukkelijk geattendeerd is',<sup>13</sup> en niet om de meer algemene kennis dat een bepaalde dienst wordt gebruikt voor het plegen van onrechtmatige handelingen. Het thans gehanteerde criterium van kennis *in abstracto* leidt er haars inziens ten onrechte toe dat P2P-netwerken, die geen actieve invloed uitoefenen op onrechtmatigheden en die concrete inbreuken waarvan zij weet hebben, verwijderen, toch aansprakelijk kunnen worden gesteld als zij *in abstracto* weten dat hun dienst (voor een groot deel) wordt gebruikt voor auteursrechtshandelingen. De vraag is hier wederom of deze, volgens haar geperverteerde, uitleg van het kennis criterium inderdaad door de

rechters is bewerkstelligd of dat zij volgt uit het wettelijk kader zelf. Niet alleen het Burgerlijk Wetboek en de e-Commerce richtlijn spreken, in verband met voorwaarden voor uitsluiting van aansprakelijkheid, naast daadwerkelijke kennis van het geval waarin de internet intermediair 'redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter' respectievelijk van de situatie waarin sprake is van 'feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt'.<sup>14</sup> Ook de Amerikaanse Digital Millennium Copyright Act, het archetype van regelingen omtrent de aansprakelijkheid van internet intermediairs en uitsluiting daarvan, spreekt naast 'actual knowledge' van het voor de uitsluiting van aansprakelijkheid vereiste geval dat de internet intermediair 'in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent'. Deze zogenoemde 'red flag'-doctrine lijkt nu juist opgenomen om naast een toets van kennis *in concreto*, ook kennis *in abstracto* te kunnen meewegen. Hierbij werd ten tijde van het vaststellen van deze 'red flag' test tevens gedacht aan het door De Vries gegeven voorbeeld: 'For instance, the copyright owner could show that the provider was aware of facts from which infringing activity was apparent if the copyright owner could prove that the location was clearly, at the time the directory provider viewed it, a "pirate" site of the type described below, where sound recordings, software, movies, or books were available for unauthorized downloading, public performance, or public display.'<sup>15</sup> Kortom, het kennis criterium lijkt hier niet slechts te refereren aan kennis *in concreto*, maar juist ook aan kennis *in abstracto*, namelijk de vraag of het duidelijk is dat er sprake is van een site waarop (grootschalige) auteursrechtshandelingen plaatshebben. Als dit een goede weergave is van de argumentatie van De Vries, dan rijst ook hier de vraag of het inderdaad de rechters zijn die er 'een rommeltje' van hebben gemaakt door het kennis criterium oneigenlijk op te rekken, of dat de door haar bestreden uitleg wederom volgt uit de wettelijke doctrine zelve.

In haar stuk beschrijft De Vries twee voorbeelden waarin niet is voldaan aan de door haar vereiste actieve bijdrage van de internet intermediair, maar waar volgens haar toch sprake is van een verwijtbare handeling. Allereerst is dat het geval bij '[...] webwinkels, (mp3-)zoekmachines en forumsites, die wel een rol spelen bij het vindbaar maken van inbreukmakende bestanden (bijvoorbeeld door middel van hyperlinks en/of categorisering en indexering), maar die niet rechtsreeks bijdragen aan het inbreukmakende handelen zelf'.<sup>16</sup> In het geval de aanbieder 'dicht bij de inbreuk' staat en hij geen afdoende waarborgen heeft getroffen, zoals het implementeren van een Notice and Takedown procedure, dan kan dit haars inziens leiden tot aansprakelijkheid. Vervolgens noemt zij het voorbeeld waarin '[...] een P2P-programma overduidelijk de 'opvolger'

8 Tweede boek titel XV WvS.

9 Art. 450 WvS.

10 Art. 6:162 BW.

11 De Vries, p. 8.

12 De Vries, p. 6-7.

13 De Vries, p. 7.

14 Art. 14 e-Commerce richtlijn.

15 Zie [http://www.hrrc.org/File/HRept\\_105-551\\_\\_pt\\_2\\_\\_pdf](http://www.hrrc.org/File/HRept_105-551__pt_2__pdf), p. 57.

16 De Vries, p. 10.

van zijn illegaal bevonden voorganger [is en hij zich richt] op de gebruikers van dat andere P2P-netwerk (met dien verstande dat bewust de 'fouten' van die voorganger worden vermeden) [...]'.<sup>17</sup> Ook in een dergelijk geval zou aansprakelijkheid in beginsel kunnen worden aangenomen. Alhoewel de twee voorbeelden inderdaad een uitzondering lijken te vormen op het door haarzelf geformuleerde criterium van de actieve bijdrage lijkt hier ook een uitzondering te worden gemaakt op het andere door haar gewenste criterium, namelijk dat van kennis *in concreto*. Dit is opmerkelijk, aangezien zij eerder leek te stellen dat deze kennis *in concreto* een '*sine qua non*'<sup>18</sup> zou moeten zijn voor aansprakelijkheid van internet intermediairs. Zo dit een juiste weergave is van haar argumentatie, rijst de vraag of in de haar genoemde voorbeelden, naast een uitzondering op de voorwaarde van actieve bijdrage, ook een uitzondering mogelijk is op het door haar voorgestane kennisvereiste.

Bij de subjectieve verwijtbaarheid van de internet intermediair, die een substantiële bijdrage vergt, denkt De Vries allereerst aan de substantiële bijdrage zelf, waarbij gedacht kan worden aan het '[...] geven van specifieke *instructies* voor illegaal uploaden [en] het *modereren* (bewerken) of het *selecteren* van illegale bestanden.'<sup>19</sup> Daarnaast is er sprake van een substantiële bijdrage indien '[...] de aanbieder het inbreukmakende handelen van zijn gebruikers *actief aanmoedigt* en/of *stimuleert* [...]'.<sup>20</sup> De actieve handeling bestaat dan niet uit de onrechtmatige handeling zelf, maar, gelijk de verbodsbepaling op het aanzetten tot geweld, uit het actief aanzetten tot die handeling. Echter, ook hier geldt dat er naast een *actus reus* een *mens rea* is vereist. Er dient derhalve naast de handeling of uitlating ook sprake te zijn van schuld of opzet. De Vries legt uit: 'Het (op inbreuk gerichte) oogmerk van de aanbieder moet in beginsel duidelijk en ondubbelzinnig blijken uit externe uitlatingen (expliciete aanmoedigingen) en/of handelingen van de aanbieder, alsmede uit de wijze waarop hij zich profileert (impliciete aanmoediging), en mag niet worden afgeleid louter uit objectieve elementen (kennis, profijt, niet-filteren) of de architectuur van het programma of product.'<sup>21</sup> Hier rijst de vraag over wat nu precies 'objectieve elementen' zijn en wat 'subjectieve elementen'. Klaarblijkelijk meent De Vries dat kennis een 'objectief element' is, terwijl de handeling zelf, de actieve bijdrage of het aanzetten tot onrechtmatigheden, geen objectief element is. Een handeling zou in haar vocabulaire derhalve een subjectief element zijn. Zo dit een juiste weergave is van haar argumentatie, rijst de vraag of deze terminologie niet veel beter omgekeerd had kunnen worden gebezigd.

Deze vraag rijst temeer nu De Vries in haar voorbeschouwingen op mogelijke kritiek op haar voorstel tot introductie van het criterium van 'subjectieve verwijtbaarheid' de vereisten van daadwerkelijke bijdrage of actieve aanmoedi-

ging of stimulering laat vallen en slechts spreekt over een 'subjectieve wil' die doorslaggevend zou zijn bij haar criterium. Ondanks dat het haars inziens '[...] lastig kan zijn om een subjectieve intentie vast te stellen [...]', meent De Vries dat de subjectieve dimensie in de door haar geformuleerde toets '[...] niet problematisch hoeft te zijn en dat de toets evenmin afbreuk doet aan de algemeen aanvaarde praktijk dat schuld 'objectief' wordt vastgesteld.'<sup>22</sup> Zij meent dan ook dat het moet gaan om 'het zichtbare gedrag', de 'geobjectiveerde wil' en 'om wat rechtens heeft te gelden als de subjectieve wil van de aanbieder'. Hier gaat het derhalve niet om de handeling, maar om de (geobjectiveerde) wil. Als dit inderdaad een juiste weergave van haar argumentatie is, dan is het niet zo, zoals hierboven gesteld, dat de huidige jurisprudentie volgens De Vries te veel gericht is op intentie en geobjectiveerde elementen van schuld, waarbij deze zou moeten worden aangevuld met het door haar geformuleerde vereiste van een 'schuldige handeling', maar andersom, dat volgens haar de huidige jurisprudentie te veel is gestoeld op objectieve handelingen en niet op de schuld van de internet intermediair. Haar voorstel ter introductie van het criterium van 'subjectieve verwijtbaarheid' zou dan niet zozeer draaien om de 'het aanmoedigen van en/of aanzetten tot inbreuken'<sup>23</sup> noch om de '*actieve, inhoudelijke bijdrage*',<sup>24</sup> maar zou in feite draaien om een 'schuldige geest', een verwijtbare intentie, opzet of schuld. Zo dit de juiste interpretatie is van haar voorstel tot aanvulling van de huidige jurisprudentie, zou dat met zich brengen dat de door haar opgesomde, thans gehanteerde criteria van kennis, profijt en het feit dat het *leeuwendeel* van het gebruik inbreukmakend is, niets zeggen over de 'schuldige geest' van de internet intermediair, maar dat zij als zelfstandige, objectieve criteria duiden op verwijtbaarheid. Dit lijkt opmerkelijk, omdat juist het feit dat iemand (in algemene zin) weet heeft van onrechtmatige gedragingen en daaraan vervolgens niets doet iets lijkt te zeggen over de intentie van de internet intermediair. Ook het feit dat een internet intermediair weet dat zijn dienst voor het *leeuwendeel* wordt gebruikt voor inbreukmakende handelingen, maar hiertegen geen maatregelen treft, lijkt iets te zeggen over zijn intentie. Sterker nog, het feit dat hij hier geld aan verdient kan er in sterke mate op duiden dat hij er een belang bij heeft om deze onrechtmatigheden te laten voortduren. Deze criteria gelden derhalve als objectieve criteria waaruit een kwade intentie of schuldige geest kan worden afgeleid. Zo dit een juiste interpretatie is, rijst de vraag of de thans gehanteerde beginselen van kennis, profijt en het feit dat het *leeuwendeel* van het gebruik van een dienst inbreukmakend is, niet juist de criteria van een 'geobjectiveerde wil' zouden kunnen vormen waarnaar De Vries op zoek is.

Het uitgangspunt van het artikel van De Vries is dat het huidige aansprakelijkheidsregime voor internet interme-

17 De Vries, p. 10.

18 De Vries, p. 6.

19 De Vries, p. 9.

20 De Vries, p. 9.

21 De Vries, p. 9.

22 De Vries, p. 11.

23 De Vries, p. 8.

24 De Vries, p. 9.

diairs in duidelijkheid en overzichtelijkheid te wensen overlaat. Dat is ontegenzeggelijk waar. Ook haar poging om orde in de chaos te scheppen, niet alleen door de huidige jurisprudentie te analyseren en te schematiseren, maar zelfs door daarop een eigen aanvulling te formuleren is zeer lovenswaardig. Bovendien zijn de vragen die in deze reactie zijn opgeworpen waarschijnlijk die van een conser-

vatief die teveel vanuit het huidige paradigma met angst kijkt naar veranderingen zoals door De Vries voorgesteld en zij zullen dan ook vermoedelijk eenvoudig te beantwoorden zijn. Zelfs zo dit niet het geval is, of misschien wel juist in dat geval, is het artikel van De Vries zeer lezenswaardig; goed onderzoek roept nu eenmaal meer vragen op dan dat het beantwoordt.

## Naschrift

C.F.M. de Vries

***Naar aanleiding van mijn artikel in AMI 2012/I schreven Joran Spauwen en Bart van der Sloot reacties, waarin zij ingaan op de door mij voorgestelde toets om de onrechtmatigheid van het faciliteren van auteursrechtinbreuken door internettussenpersonen te beoordelen, en een aantal kritische en goede vragen stellen. Ik heb de reacties met grote belangstelling gelezen en wil beide heren hartelijk danken voor hun bijdrage aan deze discussie. In dit naschrift ga ik graag kort in op deze reacties en de daarin opgeworpen vragen.***

### Reactie Spauwen

Spauwen en ik zijn het met elkaar eens dat voor de aansprakelijkheid van internettussenpersonen naast de aanwezigheid van objectieve criteria (de mate van het inbreukmakend gebruik, algemene kennis en profijt), ook sprake moet zijn van subjectief verwijtbaar handelen. Spauwen is echter van mening dat subjectieve verwijtbaarheid – en dan met name de actieve betrokkenheid van de dienstverlener – al onderdeel uitmaakt van de in de rechtspraak ontwikkelde toets.

Ik ben het met Spauwen eens dat de tendens in de rechtspraak in toenemende mate is verschoven naar subjectieve verwijtbaarheid. De rechters kijken naar de intentie van de betreffende dienstverlener: met welk doel wordt de dienst op internet aangeboden? De actieve betrokkenheid van de dienstverlener bij de inbreuken speelt daarbij een rol. Terecht merkt Spauwen dan ook op dat subjectieve intentie in de praktijk al belangrijk wordt geacht, hetgeen ik ook signaleer in mijn artikel (p. 6 en p. 12). Naar mijn mening wordt het criterium van de subjectieve verwijtbaarheid in de huidige rechtspraak echter nog niet voldoende hard gemaakt, omdat de rechters ook stevast en met name de objectieve factoren afwegen. Dit zijn in feite schijncriteria,

omdat deze factoren bij bijna elke aanbieder aanwezig zijn. Ook de zoekmachine van Google of een dienst als YouTube faciliteert immers structureel auteursrechtinbreuken, is daarvan op de hoogte en profiteert daarvan, maar is (terecht) niet aansprakelijk. Als subjectieve intentie of verwijtbaarheid voor de rechter inderdaad het zwaarste weegt, dan moet dat criterium ook als zodanig benoemd worden. Gestreefd zou moeten worden naar een betere objectivering van subjectieve verwijtbaarheid of intentie.

### Reactie Van der Sloot

Van der Sloot vat de door mij voorgestelde toets samen als inhoudende dat, naast een schuldige geest, ook sprake moet zijn van een ‘schuldige daad’ door de tussenpersoon. Hij stelt de vraag of het wellicht inzichtelijker was geweest om de klassieke termen *mens rea* en *actus reus* te gebruiken. Hij lijkt hiermee te suggereren dat het schuldelement (*mens rea*) in de door mij voorgestane toets geen rol speelt. Dit is echter allerminst het geval. Van subjectieve verwijtbaarheid zal geen sprake zijn zonder kwade intentie. Die intentie kan vervolgens worden afgeleid uit een actieve, inhoudelijke bijdrage aan inbreuken door de dienstverleners, uit het aanmoedigen van inbreuken, of uit beide. Subjectieve verwijtbaarheid zal weliswaar vaak een ‘schuldige daad’ inhouden, maar blijft daartoe niet beperkt. Ook als geen sprake is van een schuldige daad (een bijdrage of aanmoediging) kan immers sprake zijn van onrechtmatigheid, namelijk in de situatie dat een dienstverlener wel dicht bij de inbreuken staat, maar geen maatregelen treft om die inbreuken te beperken of te voorkomen (zoals een NTD-procedure).

Verder stelt Van der Sloot de vraag of ik in mijn artikel de doctrine van de indirecte aansprakelijkheid ter discussie heb willen stellen. Het antwoord op deze vraag is nee. Wat ik heb geprobeerd is die indirecte aansprakelijkheid nader in te kleuren, door te concretiseren wanneer het faciliteren (naar mijn mening) resulteert in een onrechtmatige daad.