

Three Strikes You're Out

De bescherming van auteursrecht op het internet

Auteursrechtsschendingen op het web staan al lang ter discussie. Naarmate de internetverbindingen sneller zijn geworden en de download- en opslagcapaciteiten zijn gegroeid, wordt het probleem van dit soort inbreuken steeds urgenter. Internet-intermediairs krijgen steeds meer en verder strekkende verplichtingen opgelegd om die inbreuken te voorkomen of te verhelpen. Niet alleen worden zij in sommige landen verplicht om illegaal materiaal van hun netwerk te verwijderen, gegevens over hun inbreukmakende klanten te verstrekken en te bewaren of om illegaal materiaal te filteren. In steeds meer landen wordt wetgeving geïmplementeerd waarmee internet access providers worden verplicht hun klanten die in één jaar vaker dan drie maal worden betrapt op het schenden van auteursrechten via het internet, af te sluiten van hun netwerk. Dit artikel zet deze publiekrechtelijke wetgeving af tegen een ander type van deze zogenoemde 'Three Strikes'- of 'Graduated Response'-wetgeving, die civielrechtelijk van aard is. Juist omdat o.m. uit de recente 'speerpuntenbrief' van de Nederlandse regering blijkt dat zij een strafrechtelijke 'three strikes'-variant onwenselijk acht, is het van belang om deze alternatieve, civielrechtelijke variant te belichten.

Mr. drs. B. van der Sloot

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

Inleiding

Auteursrechtsschendingen op het internet staan voortdurend in de aandacht van de muziek- en filmindustrie en sinds kort ook meer en meer in die van de geschreven media. Omdat zij steeds vaker en op grotere schaal voorkomen, worden in een groeiend aantal landen wetten geïmplementeerd die op een daadkrachtige wijze een einde aan deze inbreuken trachten te maken. Zo kunnen internetgebruikers die herhaaldelijk worden betrapt op auteursrechtsschending via het internet bestraft worden met een tijdelijke afsluiting van het internet. De wetgeving die in deze sanctie voorziet wordt 'Graduated Response'-wetgeving genoemd, aangezien de gebruiker eerst een aantal waarschuwingen ontvangt alvorens hij kan worden afgesloten van het netwerk, of ook wel 'Three Strikes'-wetgeving, welke term refereert aan de honkbalregel dat een speler na drie fouten af is. De bekendste voorbeelden hiervan zijn de HADOPI-wet in Frankrijk en de Digital Economy Act in Groot-Brittannië.¹

Voorlopers van de in deze wetten voorziene procedures kunnen worden gevonden in sommige van de 'Safe Harbour'-regelingen. Daarin worden internet-intermediairs uitgesloten van aansprakelijkheid voor de over hun netwerk plaatsvindende inbreukmakende activiteiten van hun klanten, indien zij zichzelf aan de voorgeschreven regels houden. De bekendste Safe Harbour-regelingen zijn vervat in de Amerikaanse *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)² en de Europese E-Commercerichtlijn.³ Een aantal van deze Safe Harbour-regelingen kent ook een Graduated Response-procedure. Deze wijken echter op drie belangrijke punten af van de recenter geïmplementeerde procedures. Ten eerste rust de verplichting tot beëindiging van de door internet-intermediairs geleverde dienst in de procedures die onder de Safe Harbour vallen op *alle* providers, terwijl de recentere regelingen deze verplichting slechts opleggen aan internet access providers. Ten tweede is de procedure in de meer recente regelgeving wettelijk vastgelegd, terwijl het in de procedures onder de Safe Harbour-regelingen gaat om een vorm van voorgeschreven zelfregulering. Tot

1 Zie hierover M. de Cock Buning & A. Ringnalda, 'Maatregelen tegen auteursrechtinbreuk door P2P-filesharing: wat leert het Umfeld ons?', *AMI* 2010-1, p. 1-11.

2 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998). Sectie 512. <http://bit.ly/6pzsDM>.

3 Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemarkt, met name de elektronische handel, in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel'). Artikelen 12 t/m 15 zijn van belang.

slot geldt onder deze laatste regelingen de Graduated Response-verplichting slechts als vereiste voor de Safe Harbour. Indien providers deze verplichting niet nakomen betekent dit geenszins dat zij per definitie aansprakelijk zijn voor auteursrechtsschendingen via hun netwerk, maar slechts dat zij geen aanspraak kunnen maken op de uitsluiting van aansprakelijkheid. In de meer recente regelingen is meewerking aan de Graduated Response-procedure wel bindend geformuleerd, met daarin de plicht tot naleving ervan op straffe van een boete. Het gaat in de eerste vorm dan ook om een civielrechtelijke handhavingvariant en in de tweede om een bestuurs- of strafrechtelijke variant.

In deze bijdrage, die de mogelijke waarde van dit type procedures voor de Nederlandse situatie onderzoekt, worden van beide vormen twee voorbeelden besproken. Ten aanzien van de Graduated Response-procedure, als onderdeel van een Safe Harbour, komen de DMCA van de Verenigde Staten en de auteurswet van Taiwan aan bod. De DMCA geldt als de eerste belangrijke wet met een Safe Harbour-regeling omtrent de aansprakelijkheid van internet-intermediairs en hun verplichtingen. Daarin is tevens het archetype van de Graduated Response-regelgeving te vinden. De Taiwanese auteurswet volgt het systeem uit de DMCA en wordt hier kort besproken omdat het een verduidelijking aanbrengt ten aanzien van deze wet, namelijk dat als drempel voor het afsluiten van het internet heeft te gelden drie ontdekte auteursrechtsschendingen. Waar het gaat om de meer recente vorm van Graduated Response-procedures komen de Franse HADOPI wet en de Britse Digital Economy Act aan de orde. Hierover is zowel politiek als juridisch de meeste commotie ontstaan. Alhoewel ook in Ierland⁴ en in Spanje⁵ recente initiatieven zijn ondernomen om tot een Graduated Response-procedure te komen, zijn de Franse en Britse wetten de enige twee recente wetten waarbij het wetgevingsproces reeds is afgerond. Tot slot wordt ook stilgestaan bij mogelijke tussenvormen, die een middenweg trachten te zoeken tussen de vrijblijvendheid van de eerste categorie Graduated Response-procedures en de rigiditeit van de tweede vorm. Daartoe wordt ingegaan op de Zuid-Koreaanse auteurswet en wordt een nog aanhangig wetsvoorstel uit Nieuw Zeeland geanalyseerd. Alhoewel deze twee rechtssystemen ver verwijderd staan van de Nederlandse, worden ze hier kort besproken omdat ze kunnen gelden als mogelijk voorbeeld voor de alhier te

implementeren regelgeving. In Nieuw Zeeland wordt de Graduated Response-procedure zeer gedetailleerd bij wet voorgeschreven, maar gelden de verplichtingen slechts als vereisten voor de Safe Harbour. In Zuid Korea is een zeer stringent wettelijk kader geïmplementeerd en speelt de overheid een belangrijke rol in de procedure. Desondanks wordt er in de praktijk voor gekozen internet-intermediairs geen bindende verplichtingen op te leggen, maar krijgen zij slechts niet bindende aanbevelingen.

Gelet op het voornemen van het kabinet-Balkenende om het downloaden van auteurs- en nabuurrechtelijk beschermd materiaal uit illegale bron niet langer onder de thuiskopie-exceptie te laten vallen, is het van belang om verschillende vormen van handavingsmodellen tegen elkaar af te zetten om zo de voors en tegens in kaart te brengen.⁶ Als bekend heeft de commissie Gerken aan de basis gestaan van het initiatief om een downloadverbod in te voeren. Haar aanvankelijke opstelling dat dit verbod zou kunnen worden gehandhaafd door de implementatie van een vorm van 'Deep Packet Inspection',⁷ werd onder druk van o.m. de Consumentenbond⁸ losgelaten.⁹ Vraag is dan hoe dit verbod wel kan worden gehandhaafd. Eén van de mogelijkheden is de introductie van een Graduated Response-wetgeving. Minister Rosenthal uit het kabinet-Rutte heeft over een Graduated Response-procedure het volgende gezegd:

Nederland onderschrijft de Hadopi-wet niet. Zoals opgenomen in het regeerakkoord, is Nederland voor een open en vrij internet. Het beleid van het vorige kabinet dat het beleid 'three strikes and you're out' uit de Hadopi-wetgeving voor Nederland niet acceptabel is, blijft onverkort van kracht. Nederland zal dit standpunt in de diverse internationale gremia blijven uitdragen.¹⁰

Daaraan werd recentelijk in een speerpuntenbrief auteursrecht door de regering, bij monde van staatssecretaris Teeven, toegevoegd:

Tussen de bescherming van rechthebbenden tegen inbreuken op hun werk en het belang van een open internet wordt een rechtvaardige balans gezocht. Dit betekent dat het kabinet niet kiest voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sancties tegen individuele downloaders, zoals de zogenaamde 'three-strikeswetge-

4 Zie <http://bit.ly/axqW5M>. EMI & others/Eircom, 16 april 2010, 2010 IEHC 108. <http://bit.ly/gnrndmi>. EMI/UPC, The High Court 2009 No. 5472, <http://scr.bjdh7d5x>.

5 121/000060 Proyecto de Ley de Economía Sostenible 9 de abril de 2010, <http://bit.ly/acvrB1>.

6 Vergaderjaar 2008–2009, no. 31 766, Nr. 19 herdruk. Kabinetsreactie, <http://bit.ly/14iWN>. Al eerder verschenen twee studies over dit onderwerp: het TNO-rapport *Ups and downs. Economische en culturele gevolgen van filesharing voor muziek, film en games* en het WODC rapport *Auteursrechtinbreuk door P2P filesharing. Regelgeving in Duitsland, Frankrijk en Engeland nader onderzocht*.

7 Daarbij zou de inhoud van bestanden die worden verspreid op het internet worden gecontroleerd en vergeleken met een 'blacklist', waarop niet toegesta-

ne informatie staat, of met een 'whitelist', waarop toegestane informatie staat. 'Deep Packet Inspection' verschilt van de zogenaamde 'Shallow Packet Inspection' waarbij slechts de titel of de naam van een bestand wordt gecontroleerd.

8 Consumentenbond, 'Nee Tegen Downloadverbod', <http://bit.ly/lang6gc>. Bits of Freedom, 'Kamerbriefing downloadverbod'. XS4ALL, 'Standpunt XS4ALL over filteren op last van justitie – Een reactie op enkele aanbevelingen van de commissie-Gerken', <http://bit.ly/8Fi54>, <http://bit.ly/goD7HV>.

9 Kamerdebat: <http://bit.ly/Fx6RUn>.

10 Kamerbrief inzake beantwoording vragen van het lid Peters over de samenwerking met Frankrijk voor internetvrijheid. Antwoord van Minister Rosenthal van Buitenlandse Zaken (ontvangen 10 november 2010). Kenmerk: 2010Z15253, <http://bit.ly/i6U5AK>.

ving' die in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk is ingevoerd, maar voor een civielrechtelijk handhavinginstrumentarium waarmee rechthebbenden zich kunnen richten op websites en diensten die auteursrechtinbreuken faciliteren.¹¹

Alhoewel het kabinet hiermee duidelijk afstand doet van één bepaalde vorm van Graduated Response-wetgeving laat het ruimte voor een andere, civielrechtelijke vorm zoals die uit de Verenigde Staten. Europa laat het aan de nationale regelgevers over om te oordelen over de wenselijkheid van een dergelijke wetgeving.¹² Daarbij moet worden opgemerkt dat zowel het up- als het downloaden onder de reikwijdte valt van alle Graduated Response-wetten, zij het dat op het downloadverbod 'fair use' of thuiskopie-exceptions van toepassing kunnen zijn.

Over de praktische uitwerking van de verschillende handhavingregimes is weinig bekend. In Nieuw Zeeland is het wetgevingsproces nog gaande en in Taiwan en Groot-Brittannië is de relevante wetgeving weliswaar geïmplementeerd, maar treedt de procedure pas in werking nadat een nog te maken Code of Conduct tot stand is gekomen. Ten aanzien van de Verenigde Staten kan worden opgemerkt dat vrijwel iedere provider een Graduated Response-procedure kent, maar dat de exacte formulering en toepassing daarvan zodanig per provider verschilt dat slechts met moeite een uniform beeld over de praktijk kan worden geschetst. Ook de jurisprudentie op dit punt is schaars. In Frankrijk is de procedure pas van start gegaan.¹³ Wel is al duidelijk geworden dat het van te voren geschatte aantal van 25.000 ontdekte auteursrechtinbreuken per dag aan de optimistische kant was.¹⁴ Gebruikers kunnen nu eenmaal de controletechnieken gemakkelijk omzeilen en niet alle providers hebben besloten mee te werken aan de procedure.¹⁵ In Zuid-Korea, tot slot, lijkt de procedure een redelijk succes. De praktijk leert dat aan de aanbevelingen van overheidsorganen aan internet-intermediairs vrijwel zonder uitzondering gehoor wordt gegeven.¹⁶

Graduated Response procedures als onderdeel van de Safe Harbour-regeling

In deze paragraaf zal worden stilgestaan bij de Safe Harbour-regelingen in de Digital Millennium Copyright Act (VS) en de Taiwanese Copyright Act, die grotendeels valt te zien als een kopie van de Amerikaanse regeling. Daarom zal op de Taiwanese procedure minder uitvoerig worden ingegaan. De e-Commercerichtlijn kent geen Graduated Response-procedure en zal dus buiten beschouwing blijven.

Verenigde Staten

De Digital Millennium Copyright Act dateert van 1998. Sectie 512 bevat een Safe Harbour voor providers ten aanzien van via hun netwerk door hun abonnees gepleegde auteursrechtinbreuken indien zij voldoen aan de vermelde verplichtingen.¹⁷ Access providers vallen daarbij onder de zogenoemde 'mere conduit'-regel, welke hen uitsluit van aansprakelijkheid indien zij zich aan de zogenoemde negatieve verplichtingen houden.¹⁸ Deze verplichtingen houden in dat internet-intermediairs geen actieve betrokkenheid mogen hebben bij de inbreukmakende activiteit (door bijvoorbeeld kennis te hebben van de inbreuk), dat zij daartoe geen opdracht mogen hebben gegeven en dat zij geen direct financieel voordeel bij auteursrechtinbreuken door hun klanten mogen hebben verkregen.¹⁹ Op overige providers rusten ook positieve verplichtingen, waarvan de belangrijkste exponent de 'notice and takedown'-regeling is die auteursrechthebbenden in staat stelt om een internet-intermediair ervan op de hoogte te stellen ('notice')²⁰ dat zijn netwerk wordt gebruikt voor het schenden van hun auteursrecht. Deze intermediair zal vervolgens het materiaal,²¹ een kopie ervan²² of een daarnaar verwijzende link²³ van zijn netwerk dienen te verwijderen ('take down'). De hosting provider stelt de abonnee hiervan op de hoogte. Deze heeft vervolgens het recht om tegen het verwijde-

11 Kamerbrief inzake speerpuntenbrief auteursrecht 20©20. Ministerie van Veiligheid en Justitie, 11 april 2011. Kenmerk: 5692923/11/6, <http://bit.ly/kwXADp>. Zie voor de discussie hierover onder andere: <http://bit.ly/3FztVQ>, <http://bit.ly/kwwQjI>, <http://bit.ly/fMgSHQ>, <http://bit.ly/fXdPgh>, <http://bit.ly/g5tWRX> en <http://bit.ly/e4R2uo>.

12 Zie <http://bit.ly/eGLJzO>, <http://bit.ly/hA6kON>.

13 Zie <http://bit.ly/bpOcfV>.

14 Zie <http://bit.ly/gvzWPO>.

15 Zie <http://bit.ly/aGi9dE>.

16 Zie <http://bit.ly/bEDe9j>.

17 Zie voor een aantal belangrijke zaken: Sony Corp. of America/Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). Playboy Enterprises, Inc./Frena, 839 F. Supp. 1552. (M.D. Fla. 1993). Sega Enterprises Ltd./Maphia, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994). Religious Technology Center/Netcom On-Line Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995). See for important recent cases after the Digital Millennium Copyright Act was enacted: A&M Records, Inc./Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (Ninth Circuit, 2001) Kelly/Arriba Soft Corporation (280 F.3d 934 (CA9 2002) withdrawn, re-filed at 336 F.3d 811 (CA9 2003)), Field/Google, Inc., 412 F.Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006). Re Aimster Copyright Litiga-

tion, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003). MGM Studios, Inc./Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (2005). Nimmer: 12b.01 [b][2]. Melville B. Nimmer & David Nimmer, 'Nimmer on copyright: a treatise on the law of literary, musical and artistic property, and the protection of ideas'. New York: Bender, 1994 rev. House Representatives, report from the Committee on the Judiciary, p. 11, <http://bit.ly/g6RxA>.

18 B. van der Sloot, 'De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP als verlengstuk van de overheid', *Mediaforum* 2010-5, p. 157-161.

19 Zie ook: A. Strowel, *Peer-to-Peer file sharing and secondary liability in Copyright Law*, p.15. Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2009.

20 Zie ook: Perfect 10, Inc./CCBill LLC, 488 F.3d 1102 (9th Cir. 2007). Naast de notificatie kunnen ook zogenoemde 'red flags', overduidelijke signalen die de provider dient op te vangen waaruit onrechtmatigheid van materiaal op zijn server blijkt, aanleiding zijn om over te gaan tot verwijdering van dat materiaal. House Representatives, report from the Committee on Commerce, p. 53, <http://bit.ly/17yY9v>. Nimmer: 12B.04[A][2][a].

21 Sectie 512 sub C.

22 Sectie 512 sub B.

23 Sectie 512 sub D.

ren bezwaar te maken.²⁴ In afwijking van de hosting en search engine providers, zoals Google en Yahoo!, hebben de caching providers slechts een afgeleide verplichting om mee te werken aan deze procedure. Slechts als het oorspronkelijke materiaal is verwijderd of als de rechter daartoe heeft bevolen, dient de caching provider de kopie van het materiaal te verwijderen.

De Safe Harbour sluit meewerkende internet-intermediairs van aansprakelijkheid uit. De a-contrario-redenering dat internet providers die zich niet houden aan de voorgenomen verplichtingen per definitie aansprakelijk zouden zijn gaat echter niet op.²⁵ De rechter kan de provider wel nadere verplichtingen opleggen, zoals de verplichting om bepaald materiaal van zijn netwerk te verwijderen, de NAW-gegevens van een abonnee aan een rechthebbende te verstrekken²⁶ of het account van een gebruiker op te schorten.²⁷ Daarnaast bepaalt de DMCA:

*The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider [...] has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers.*²⁸

Het gaat hier dus om een Graduated Response-procedure op basis van zelfregulering. Om onder de Safe Harbour te kunnen vallen zal de internet-intermediair een beleid moeten formuleren en toepassen waarbij het account van de abonnee die herhaaldelijk inbreuk maakt op het auteursrecht van anderen wordt opgeschort of beëindigd, daarbij rekening houdend met de omstandigheden van het geval. De wet geeft echter weinig houvast. Zo is niet bepaald wat begrippen als 'appropriate circumstances', 'repeat infringer' en 'reasonably implement' betekenen.²⁹ Aan deze termen zullen providers derhalve zelf in hun beleid invulling moeten geven.³⁰ Zowel met betrekking tot het bepalen van een dergelijk beleid als ten aanzien van de interpretatie en de toepassing ervan hebben zij een ruime discretionaire bevoegdheid.³¹

Dit werd bevestigd in de zaak *Corbis Corp./Amazon.com, Inc.*³² Daarin klaagde Corbis dat Amazon onvoldoende helder naar haar klanten communiceerde welk beleid zij voerde ten aanzien van repeat infringers, dat – voor zover dit wel gebeurde – daarin in ieder geval niet werd gesproken van repeat infringers en dat zij geen vaste methodologie had waarmee zij bepaalde welke van haar gebruikers in aanmerking kwamen voor afsluiting van het internet. De rechter oordeelde echter:

*The language of §512(i) and the overall structure of the DMCA indicate that the user policy need not be as specific as Corbis suggests. The language of §512(i) is telling in this regard. The key term, 'repeat infringer', is not defined and the subsection never elaborates on what circumstances merit terminating a repeat infringer's access. This open-ended language contrasts markedly with the specific requirements for infringement notices and take-down procedures set forth in §512(c). [...] The notice and take-down provisions demonstrate that Congress infused the statute with specific detail when it so chose. The fact that Congress chose not to adopt such specific provisions when defining a user policy indicates its intent to leave the policy requirements, and the subsequent obligations of the service providers, loosely defined. [...] Given the complexities inherent in identifying and defining online copyright infringement, §512(i) does not require a service provider to decide, ex ante, the specific types of conduct that will merit restricting access to its services. As Congress made clear, the DMCA was drafted with the understanding that service providers need not 'make difficult judgments as to whether conduct is or is not infringing.'*³³

Hieruit blijkt dat deze vorm van Graduated Response-procedure een zeer open karakter heeft waarin veel waarde wordt gehecht aan het laten meespelen van de omstandigheden van het geval.³⁴ In de zaak *Ellison/Robertson*, waarin het nog nooit in praktijk gebrachte repeat infringer-beleid van America Online ter discussie stond, formuleerde het Ninth Circuit Court drie criteria waaraan dat beleid ten minste moet voldoen:

Section 512(i)(1)(A) requires service providers to: (1) adopt a policy that provides for the termination of service access for

24 Sectie 512 sub G.

25 House Representatives, report from the Committee on Commerce, p. 54.

26 Zie ook: RIAA/Verizon Internet Services, 351 F.3d 1229 (DC Cir. 2003).

27 Sectie 512 sub J.

28 Sectie 512 sub I.

29 De wetgevingsgeschiedenis geeft weinig meer helderheid: [...] *those who repeatedly or flagrantly abuse their access to the Internet through disrespect for the intellectual property rights of others should know that there is a realistic threat of losing that access.* House Representatives, report from the Committee on Commerce, p. 61.

30 Zie voor een zeer uitgebreid voorbeeld: <http://bit.ly/auS9VX>.

31 Nimmer: 12B.10.

32 *Corbis Corp./Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090 (W.D. Wash. 2004). Zie ook: S. Goldfarb, 'Corbis Corp./Amazon.com, Inc. - Needlessly endorsing overly strict U.S. registration requirements in Copyright infringement litigation', *St. John's Journal of Legal Commentary*, vol. 20-2. M. Samson, 'Corbis corporation/

Amazon.com, Inc., et al., <http://bit.ly/ef50Bc>.

33 *Corbis Corp.*, p. 14/15.

34 Nimmer verheldert enigszins. Nimmer: 12B.10[F]. Zie voor meer invulling: A. Sawicki, 'Repeat Infringement in the Digital Millennium Copyright Act', *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 4. W. Seltzer 'DMCA 'Repeat Infringers': Scientology Critic's Account Reinstated after Counter-Notification', <http://bit.ly/HSXQ1>. G. Sandoval, 'Is AT&T Violating the DMCA by Not Booting 'Repeat Infringers?', *CNET News*, 2009, <http://bit.ly/eYxQre>. D. Nimmer, 'Puzzles of the Digital Millennium Copyright Act', *Journal of the Copyright Society*, 452-244 (1999). D. Nimmer, 'Appreciating Legislative History: The Sweet and Sour Spots of the DMCA's Commentary', *Cardozo Law Review* 2002-99. M. A. Lemley & R. A. Reese, 'Reducing digital copyright infringement without restricting innovation', *Stanford Law Review* 2004-1345. Policy Group/Diebold, 337 F. Supp. 2d 1195, 1201 (N.D. Cal. 2004). *Aimster I*, 252 F. Supp. 2d at 658. *Perfect 10, Inc./Cybernet Ventures, Inc.* 213 F Supp 2d 1146 (CD Cal 2002).

repeat copyright infringers in appropriate circumstances; (2) implement that policy in a reasonable manner; and (3) inform its subscribers of the policy.³⁵

In *Viacom/YouTube*³⁶ werd het beleid van YouTube, waarin slechts handmatig ingediende klachten, en niet de op basis van fingerprinting gefilterde video's, meetelden voor de kwalificatie repeat infringer, door de rechter goedgekeurd.³⁷ Dit volgde reeds uit de zaak *UMG/Veoh*.³⁸ De nadruk op de notificatie van de rechthebbende stond ook centraal in de zaak *Perfect 10, Inc./CCBill, LLC, Inc.*,³⁹ waarin werd geoordeeld dat op internet providers niet de verplichting rust om zelf op zoek te gaan naar inbreukmakende activiteiten. Indien een notificatie niet voldoet aan de in de DMCA gestelde vereisten, dan valt er noch te klagen over het niet verwijderen van het materiaal, noch over het niet afsluiten van het account van een gebruiker.⁴⁰ Deze nadruk op notificaties van rechthebbenden roept echter ook vragen op aangezien deze vaak weinig specifiek zijn en vaak zonder enig bewijs een ongeselecteerde hoeveelheid materiaal aanwijzen als inbreukmakend.⁴¹ Daarom menen sommige commentatoren dat de notificaties ook een helder en overtuigend bewijs moeten bevatten voor de daarin vervatte klacht.⁴²

Taiwan

In 2009 werd de auteurswet van Taiwan gewijzigd.⁴³ Hiermee implementeerde Taiwan een Safe Harbour-regeling met een door de DMCA geïnspireerde Notice and Takedown-procedure.⁴⁴ Net als in de DMCA kan de rechthebbende de rechter verzoeken om de internet-intermediair te verplichten de NAW-gegevens van zijn klant te verstrekken, het materiaal te verwijderen of het account van de klant op te schorten of op te heffen.⁴⁵ Daarnaast stelt de wet:

*An Internet service provider shall be entitled to the application of [...] the limitation on liability only if the service provider [...] by contract, electronic transmission, automatic detective system or other means, informs users that in the event of repeat alleged infringements up to three times the service provider shall terminate the service in whole or in part.*⁴⁶

Deze bepaling wijkt enigszins af van die van de DMCA. Het gaat hier namelijk expliciet om een Three Strikes procedure, terwijl in de DMCA alleen gewag wordt gemaakt van 'repeat infringers'. Een ander verschil is dat in Taiwan wordt gewerkt aan een Code of Conduct, waarbij alle belanghebbenden, waaronder internet-intermediairs en vertegenwoordigers van de muziekindustrie, werken aan een regeling die invulling geeft aan deze bepaling.⁴⁷ Wel gaat het hier, net als in de DMCA, om een vorm van wettelijk voorgeschreven zelfregulering, die als één van de voorwaarden geldt voor de toepassing van de Safe Harbour waaraan alle internet-intermediairs zijn gebonden.

Conclusie

Uit het voorgaande vallen drie kenmerken te onderscheiden die eigen zijn aan de Graduated Response-procedures als onderdeel van een Safe Harbour-regeling. Ten eerste is een dergelijke procedure weliswaar voorgeschreven bij wet, maar wordt de invulling ervan aan de internet-intermediairs zelf overgelaten. In de Verenigde Staten gebeurt dit voornamelijk op individueel niveau, terwijl in Taiwan aan een gezamenlijke Code of Conduct wordt gewerkt. Ten tweede is de implementatie van een dergelijke procedure niet verplicht; uit nalaten volgt geen aansprakelijkheid, laat staan een boete. De implementatie van een dergelijke procedure geldt slechts als één der vereisten voor de Safe Harbour, die uitsluiting van aansprakelijkheid biedt. Tot slot rust deze voorwaarde op ieder type internet-intermediair (access provider, caching provider, hosting provider en search engine provider). Overigens lijkt het aannemelijk dat ten aanzien van caching en wellicht ook search engine providers, gelijk aan de Notice and Takedownverplichting, een afgeleide verantwoordelijkheid geldt. Zij hebben immers geen directe bemoeienis met of macht over de primaire auteursrechtsschending, maar zijn slechts verantwoordelijk voor een kopie van of een link naar het inbreukmakende materiaal. Het repeat infringer-policy zal met dit secundaire karakter van de inbreuk rekening dienen te houden. Ook is het de vraag in hoeverre Internet Access Providers aan deze verplichting zijn gebonden. Uit de rechterlijke toepassing van plichten uit de DMCA blijkt dat men zeer terughoudend is ten aanzien van verplichtingen met betrekking tot dit type provider.

35 *Ellison/Robertson*, 357 F.3d 1072, 69 U.S.P.Q.2d (BNA) 1616 (9th Cir. 2004).

36 *Viacom International Inc. et al./YouTube Inc., et al.* 07 Civ. 2103 (LLS), (2007)

37 *Viacom*, p. 27/28.

38 *UMG Recordings, inc. et al./Veoh Networks Inc., et al.* CV 07-5744 AHM (AJWx), (2009).

39 *Perfect 10, Inc./CCBill LLC*.

40 *Perfect 10, Inc./CCBill LLC*, p. 36.

41 M.P. Murtagh, 'The FCC, the DMCA, and Why Takedown Notices Are not Enough', *Hastings Law Journal*, 2009-61.

42 Zie voor een sceptische blik: P.K. Yu, 'The Graduated Response', *Florida Law Review*, 2010, Vol. 62..

43 De artikelen 90quinquies t/m 90terdecies werden ingevoegd in hoofdstuk VI-1 betreffende de beperking van aansprakelijkheid van Internet Service Providers. Taiwan Copyright Act, <http://bit.ly/i2hOzN>.

44 Zie ook: Regulations Governing Implementation of Limitations on Liability for Internet Service Providers, <http://bit.ly/giXdGb>.

45 Hoofdstuk VI - Remedies for Infringement of Rights & Chapter VII Penal Provisions.

46 Artikel 90quinquies.

47 International Intellectual Property Alliance, 'Special 301 report on copyright and law enforcement'.

Graduated Response-procedures op straffe van boetes

In deze paragraaf staan twee Graduated Response-procedures centraal die recentelijk veel stof hebben doen opwaaien. Dat zijn de Franse HADOPI wet en de Britse Digital Economy Act. Zij geven een nieuwe invulling aan de Graduated Response-procedure en wijken op een aantal essentiële punten af van de eerder beschreven procedures.

Frankrijk

In Frankrijk is in 2009 de wet HADOPI aangenomen, vernoemd naar het administratieve orgaan dat zij creëert: de Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI). Deze wet amendeert de Code de la Propriété Intellectuelle.⁴⁸ Op 9 april 2009 werd het wetsvoorstel nog weggestemd door het parlement, maar binnen een korte tijdsspanne werd het bij heroverweging toch aangenomen.⁴⁹ Vervolgens werd de wet in juni 2009 partieel vernietigd door het Constitutionele Hof van Frankrijk, met als hoofdargument dat de wet erin voorzag dat een administratief orgaan een beslissing zou nemen over een al dan niet te treffen maatregel tot afsluiting van het internet. Het hof oordeelde dat slechts een gerechtelijk orgaan een dergelijke straf mocht opleggen.⁵⁰ Aangezien het recht op vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van nieuwsgaring heden ten dage in grote mate afhankelijk zijn van de toegang tot het internet, mogen deze fundamentele rechten alleen in een gerechtelijke procedure worden beperkt, zo oordeelde het hof. Vervolgens nam het parlement in september 2009 een reparatiewet aan, ook wel de wet HADOPI II genoemd, die in oktober 2009 door het Constitutionele Hof werd goedgekeurd. Hiermee werd het Wetboek van Strafrecht gewijzigd en werd de beslissing inzake de internetafsluiting van de gebruiker een zaak van de rechter.⁵¹

In de Franse regelgeving wordt veel zeggenschap toegerekend aan het administratieve orgaan HADOPI, bestaande uit een bestuur en een commissie voor de bescherming van rechten (Commission de protection des droits - CPD). Deze commissie bestaat uit drie juristen en heeft als taak speciaal daartoe aangestelde opsporingsambtenaren aan te stu-

ren. Deze ambtenaren dienen strafbare handelingen op het internet op te sporen en deze te melden aan de commissie. Ook zijn er speciaal aangewezen ambtenaren, die afgezanten zijn van professionele organisaties, zoals het Nationale Centrum voor de Cinematografie.⁵²

De commissie verzamelt de klachten die bij haar binnenkomen. In het geval zij kennis verkrijgt van een auteursrechtsschending door een internetgebruiker verstuurt zij aan deze gebruiker direct of via zijn internet access provider een e-mailbericht. Hierin staat dat hij ervan wordt beschuldigd zijn netwerk niet afdoende te hebben beveiligd tegen het auteursrecht schendende gebruik, ofwel door zelf het auteursrecht te schenden, door een derde toegang te verschaffen tot zijn internetverbinding die vervolgens andermans auteursrecht heeft geschonden, ofwel door onvoldoende maatregelen te treffen om tegen te gaan dat een ander gebruik maakt van zijn internetverbinding voor dergelijke doeleinden. Ook wordt in het bericht uitgelegd welke mogelijke consequenties herhaaldelijke inbreuken kunnen hebben, via welke wegen de gebruiker legaal toegang kan krijgen tot auteursrechtelijk beschermd materiaal en hoe hij zijn aansluiting moet beveiligen tegen onrechtmatig gebruik ervan door derden. Als vervolgens binnen zes maanden wederom een inbreuk wordt ontdekt, verstuurt de commissie een aangetekende brief aan de internetabonnee.⁵³

Aanvankelijk had de commissie de bevoegdheid om in het geval er drie maal een inbreuk was ontdekt, te bevelen dat de internet access provider de internetverbinding van de desbetreffende klant moest opschorten. Echter, de tweede HADOPI wet wijkt op dit punt af van de eerste. Thans bepaalt het Wetboek van Strafrecht dat het de strafrechter is die de bevoegdheid heeft om afsluiting van een internetgebruiker te gebieden.⁵⁴ Als drie maal grove nalatigheid is geconstateerd, door de toegang tot de internetverbinding niet te beveiligen tegen personen die inbreuk maken op het auteursrecht van anderen, kan de rechter een straf opleggen.⁵⁵ Hiervoor geldt als straf een afsluiting van (maximaal) een maand of een boete van (maximaal) € 1500,-. Daarnaast kan de rechter voor een periode van (maximaal) een jaar afsluiting opleggen indien auteursrechtsovertredingen door de abonnee worden gecon-

48 Zie ook: Accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux. Mission confiée à Denis Olivennes Membres, 'Le développement et la protection des œuvres culturelles sur les nouveaux réseaux', Novembre 2007. Rapport au ministre de la culture et de la communication, <http://bit.ly/fvt7yd>.

49 Texte n° 266. Assemblée Nationale, 9 avril 2009. Projet de loi, favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (1).

50 Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

51 Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009. Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009. Zie ook: Dominique Rousseau, 'Après Hadopi 1 et Hadopi 2, Hadopi 3? La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009', *Legipresse* N° 267 - Décembre 2009 - 30e année, p. 173-174.

52 Décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet ». *JORF* n°0056 du 7 mars 2010 page 4680 texte n° 19.

53 Artikel L331-25 - L331-30.

54 Artikel 398-1 van de Code de Procédure Pénale. Loi n°2000-516 du 15 juin 2000.

55 Zie meer uitgebreid over deze procedure: Décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet. *JORF* n°0171 du 27 juillet 2010 page 13874 texte n° 44.

stateerd. Ook kan in dat geval een boete worden opgelegd van (maximaal) € 300.000,-. Dit kan geschieden in het kader van de hiervóór beschreven procedure, maar voor het opleggen van een dergelijke straf zijn voorafgaande notificaties niet vereist. De rechter moet bij de beoordeling van de strafmaat rekening houden met de proportionaliteit van de straf.⁵⁶ Opmerkelijk is dat de rechter daarbij kan bepalen dat de klant voor zijn internetverbinding gewoon moet blijven betalen, zodat de provider geen financieel nadeel ondervindt. Als een persoon die op deze wijze is bestraft via een andere provider een internetaansluiting verkrijgt in de periode waarvoor de straf geldt, kan hij een boete opgelegd krijgen van (maximaal) € 3750,-. Internet access providers hebben de plicht de opgelegde straf uit te voeren op straffe van een boete.

Groot-Brittannië

In Groot-Brittannië is in april 2010 de Digital Economy Act (DEA)⁵⁷ aangenomen ter amendering van de Communications Act.⁵⁸ De wet bevat een mengeling van wettelijke voorschriften, wettelijk voorgeschreven zelfregulering met verplichte bepalingen, wettelijk voorgeschreven zelfregulering met optionele bepalingen, zelfregulering met optionele bepalingen en wettelijk voorgeschreven regulering door het administratieve orgaan Office of Communications (OFCOM). Toch voeren de wettelijke voorschriften de boventoon en valt de waarde van de zelfregulering in de praktijk vrijwel in het niet.

Ten eerste bevat de wet een aantal zogenoemde Initial Obligations. Volgens de eerste Initial Obligation kan een rechthebbende een internet access provider ervan op de hoogte stellen dat één van zijn klanten zijn netwerk gebruikt voor het schenden van auteursrecht.⁵⁹ De provider dient de klacht van een rechthebbende door te sturen aan de desbetreffende klant. De provider is niet verplicht het materiaal van zijn netwerk te verwijderen. Het gaat hier derhalve om een Notice and Notice procedure. Volgens de tweede Initial Obligation moet de provider een lijst bijhouden met klachten over de gebruikers.⁶⁰ Ten tweede dient een Initial Obligations Code te worden opgesteld. De Initial Obligations treden pas in werking op het moment dat een dergelijke code van kracht is. De wet noemt een aantal bepalingen die verplicht in deze code moeten worden opgenomen, een aantal optionele bepalingen en ook kunnen de partijen op eigen initiatief regels vaststellen.⁶¹ De memo-

rie van toelichting spreekt de hoop uit dat alle partijen en belanghebbenden zullen meeschrijven aan deze code.⁶² Pas op het moment dat het onderhandelingsproces langer dan een half jaar faalt, is OFCOM bevoegd om zelf een code op te stellen.⁶³ Deze vorm van zelfregulering wordt echter ondermijnd door het feit dat de OFCOM al een maand na de inwerkingtreding van de wet een dergelijke code heeft opgesteld. Hierop mogen belanghebbenden en partijen reageren met opmerkingen en suggesties.⁶⁴ In deze voorgestelde Initial Obligation Code is onder meer bepaald dat een neutraal persoon dient te worden aangesteld die klachten van abonnees ontvangt en beoordeelt, en dat slechts personen ten aanzien van wie vaker dan drie maal per jaar een klacht is ingediend, worden opgenomen in de lijst die de provider bijhoudt.⁶⁵ De Digital Economy Act maakt geen onderscheid tussen een abonnee die via het internet zelf het auteursrecht van een ander heeft geschonden en een abonnee die niet heeft voorkomen dat zijn internetdienst door een ander is gebruikt voor het plegen van auteursrechtshendingen.

Als ten aanzien van een abonnee meer dan drie maal in één jaar een klacht is verzonden en hij in de lijst van de provider is opgenomen, zijn er vier mogelijke vervolgstappen. Ten eerste kan de rechthebbende de internet-intermediair verzoeken de gegevens uit de lijst vrij te geven. Op basis hiervan kan de rechthebbende vaststellen of de desbetreffende abonnee op grote schaal auteursrechten schendt of dat hij dit slechts sporadisch doet. De hoop van de wetgever was dat in dat laatste geval de rechthebbende van een rechtszaak zou afzien. In verband met privacyoverwegingen geeft de lijst de identiteit van de gebruiker echter niet prijs.⁶⁶ Wel kan de rechthebbende een rechterlijk bevel vragen waarin de internet access provider wordt verzocht om die identiteit te onthullen.⁶⁷ Vervolgens kan de rechthebbende tegen de betrokkene een civiele procedure starten om schadevergoeding te eisen. Volgens de memorie van toelichting dient de rechthebbende eerst nog een laatste waarschuwing aan de abonnee te versturen. Dit is echter niet in de wet vastgelegd, waardoor onduidelijkheid bestaat over de precieze invulling van deze procedure in de praktijk.⁶⁸ Ten tweede heeft de Britse overheid expliciet de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging opengehouden. De overheid '[...] believes piracy of intellectual property for profit is theft and will be pursued as such through the criminal law.'⁶⁹ Indien de inbreukmakende activiteit beroeps- en bedrijfsmatig en op grote schaal geschiedt dan

56 Artikel L335-7, L335-7-1 en L335-7-2

57 Digital Economy Act 2010.

58 Communications Act 2003.

59 Artikel 124 sub A.

60 Artikel 124 sub B.

61 Artikel 124 sub C en sub E.

62 Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 10.

63 Artikel 124 sub D. Zie ook: Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 11.

64 OFCOM, 'Online Infringement of copyright and the Digital Economy Act 2010.

Draft Initial Obligations Code'. Ofcom, 'Consultation Online Infringement of Copyright and the Digital Economy Act 2010. Responses of The Coalition for A Digital Economy (Coade) 30 July 2010'.

65 Draft Initial Obligations Code punt 1.5 en 2.7.

66 Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 9.

67 Dit heet een 'Norwich Pharmacal' order.

68 Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 8.

69 Digital Britain report, p. 17.

valt deze onder het strafrechtelijke verbod op diefstal. De officier van justitie zal in een dergelijk geval het voortouw nemen in de vervolging van de abonnee. Een derde optie is gecreëerd door de Digital Economy Act. Dit betreft de zogenoemde 'blocking injunction', die een ieder kan vragen aan een rechter. De rechter kan een internet access provider verplichtingen opleggen om de toegang tot bepaalde websites waarop veelvuldig inbreuk op auteursrecht wordt gepleegd, is gepleegd of waarschijnlijk zal worden gepleegd te blokkeren. De Secretary of State mag regels stellen ten aanzien van deze procedure, waarin hij nadere invulling geeft aan onder andere de voorwaarden waaronder de rechter een dergelijke verplichting mag opleggen.⁷⁰ Tot slot heeft de Secretary of State de bevoegdheid om zogenoemde 'technical obligations' op te leggen aan internet access providers. Om beter te kunnen beoordelen welke maatregelen de Secretary of State moet treffen, maakt OFCOM voortgangsrapportages.⁷¹ De Secretary of State mag de providers verplichten tot het nemen van bepaalde acties indien abonnees aan bepaalde voorwaarden voldoen.⁷² Deze acties kunnen betrekking hebben op een beperking van de snelheid of capaciteit van de verbinding, op het blokkeren of beperken van de toegang tot bepaald materiaal of op een beperking of opheffing van een internetaansluiting als zodanig. Naar verwachting zal het belangrijkste criterium voor toepassing van dergelijke acties wederom zijn of er ten aanzien van een abonnee drie klachten in één jaar zijn ingediend.⁷³

Nadat de Secretary of State deze criteria heeft opgesteld, moet OFCOM komen met een zogenoemde Technical Obligations Code waarin deze criteria verder worden gespecificeerd en geconcretiseerd.⁷⁴ Net als de Initial Obligations Code wijst ook deze Code een neutrale persoon aan die bezwaren van abonnees beoordeelt. Ten slotte moet de Technical Obligations Code ook een rechtbank (First-tier Tribunal) aanwijzen om klachten betreffende de aan de internetgebruiker opgelegde straffen in ontvangst te nemen.⁷⁵ Deze maatregelen worden opgeschort totdat er uitspraak is gedaan.⁷⁶

De internet access providers zijn verplicht de maatregelen van de Secretary of State uit te voeren, op straffe van een boete van £ 250.000,-.⁷⁷ Anders dan in Frankrijk zal deze verplichting slechts rusten op de grotere providers, met meer dan 400.000 abonnees. Zij worden geacht beter in staat te zijn de procedurele lasten van de voorbeschreven regeling te dragen. Door dit criterium wordt 96% van de markt gedekt. Mobiele internet operators zullen aan-

vankelijk niet onder de wet vallen, onder meer vanwege technische overwegingen,⁷⁸ maar naar aanleiding van de voortgangsreportages van de OFCOM kan de Secretary of State hiervan afwijken.

Conclusie

De in deze paragraaf besproken Graduated Response-wetgeving wijkt op een aantal punten fundamenteel af van de in paragraaf 2 beschreven wetgeving. Ten eerste rust de plicht om mee te werken aan deze procedure niet op alle providers, maar slechts op internet access providers. Dit is des te opmerkelijker daar zij tot nu toe vanwege hun passieve rol bij de dienstlevering werden ontzien. Ten tweede is hier geen sprake van een vorm van voorgeschreven zelfregulering, maar van overheidsregulering. In Frankrijk is de gehele procedure wettelijk geregeld en wordt de wet aangevuld door presidentiële decreten. Weliswaar dienen naar de letter van de Britse wet belanghebbenden gezamenlijk een Code of Conduct op te stellen, maar deze vorm van zelfregulering wordt in de praktijk ondermijnd doordat het administratieve orgaan OFCOM een eigen code heeft opgesteld. Bovendien zijn in de Britse wet zeer uitgebreide regelingen opgenomen over de precieze invulling en opzet van deze code. Tot slot wijken de in deze paragraaf besproken Graduated Response-regelingen van de in paragraaf 2 besproken procedures in die zin af, dat de implementatie en uitvoering ervan niet langer een onderdeel vormen van een Safe Harbour, die providers uitsluiting van aansprakelijkheid biedt, maar dat het gaat om een verplichting op straffe van boete.

Tussenvormen

Tot slot zijn er ook wetten die qua structuur of uitwerking tussen de twee voorbeschreven categorieën vallen. Als voorbeeld kan gewezen worden op de regeling in de Koreaanse Copyright Act en op de nog aanhangige wet ter amendering van de Copyright Act van Nieuw Zeeland. Deze wetten trachten een middenweg te zoeken tussen de vrijblijvendheid van de eerste categorie Graduated Response-procedures en de rigiditeit van de tweede vorm. Alhoewel de rechtsgebieden van deze twee landen minder relevant zijn voor de Nederlandse rechtspraak, bieden deze twee landen een zeer helder voorbeeld van een mogelijke tussenweg en zijn zij derhalve relevant om mee te wegen in een mogelijke implementatie van een Graduated Response-procedure in Nederland.

70 Secties 17 en 18.

71 Artikel 124 sub F.

72 Artikel 124 sub G en sub H. Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 12.

73 Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 12.

74 Artikel 124 sub I en sub J.

75 Artikel 124 sub K.

76 Digital Economy Bill. Explanatory notes, p. 12.

77 Artikel 124 sub L.

78 Draft Initial Obligations Code, punt 1.6.

Zuid-Korea

In 2009 is de Zuid-Koreaanse auteurswet, waarin reeds een Notice and Takedown-procedure was vervat, aangepast. Door deze wijziging werd de Korean Copyright Commission in het leven geroepen en werd voorzien in een Graduated Response procedure.⁷⁹ De Notice and Takedown-procedure loopt in grote lijnen gelijk aan die van de DMCA.⁸⁰ De nieuw ingevoegde artikelen kennen zowel bevoegdheden toe aan de Minister van Cultuur, Sport en Toerisme als aan de Copyright Commission.⁸¹ De minister heeft de bevoegdheid een internet-intermediair te verplichten bepaald illegaal materiaal van zijn server te verwijderen. Dit is een verplichting op straffe van boete, al kan de minister dit verzoek ook doen op basis van een vrijblijvende aanbeveling. De Copyright Commission heeft geen bevoegdheid om een bindende verplichting aan providers op te leggen, maar kan providers wel een niet bindend advies geven om bepaald materiaal van hun server te verwijderen. Naast de oorspronkelijke, op initiatief van de rechthebbende toe te passen, Notice and Takedown-regeling wordt hierdoor een Notice and Takedown-regeling geïmplementeerd op initiatief van de overheid. De nieuwe procedure is echter niet verbonden aan een Safe Harbour, maar betreft in het geval van een bindend advies van de minister een verplichting op straffe van boete.

Daarnaast kan de minister een internet-intermediair een al dan niet vrijblijvend advies geven om een waarschuwing te versturen aan een verdachte abonnee, waarin hem wordt gemeld dat hij erop is betrapt het auteursrecht van een ander te hebben geschonden. De Copyright Commission heeft dezelfde bevoegdheid, al gaat het bij haar wederom slechts om het geven van een vrijblijvend advies. Tot slot kunnen zowel de minister als de Copyright Commission, respectievelijk op basis van een bindend dan wel vrijblijvend advies, voorschrijven dat een internet-intermediair die drie waarschuwingen heeft verstuurd naar een bepaalde abonnee, diens account voor een periode van maximaal zes maanden opschort. De gebruiker heeft een periode van zeven dagen om tegen het opleggen van een dergelijke straf in beroep te komen bij de minister.⁸²

Opvallend is dat de minister nochtans geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid internet-intermediairs bindend te adviseren. Slechts is gebruik gemaakt van de bevoegdheid van de Copyright Commission om een vrijblijvende aanbeveling te doen. Daarbij is het opmerkelijk dat

providers ook deze niet bindende aanbevelingen praktisch zonder uitzondering ten uitvoer leggen: 'From July 23 to December 31, 2009, the Commission sent ISP's [Internet Service Providers] 24,394 recommendations and ISP's fulfilled what was recommended in 24,030 cases. This means 100% compliance by ISP's (the remaining notices were not serviced due to unknown address or close of business of ISP's).'⁸³

Zowel de minister als de Copyright Commission hebben de bevoegdheid om providers niet bindende adviezen te geven inzake het verzenden van een notificatie aan hun abonnees, het verwijderen van inbreukmakend materiaal op hun netwerk en het opschorten van het account van een abonnee die reeds drie maal een waarschuwing heeft ontvangen. Hoewel er geen boete staat op het niet naleven ervan, worden deze aanbevelingen in de praktijk voor de volle 100% opgevolgd. Overigens, de minister kan ook bindende adviezen geven. Als een provider hieraan geen gevolg geeft kan hij een boete krijgen opgelegd van maximaal 10 miljoen Zuid Koreaanse Won, wat gelijk staat aan zo'n € 6.500,-.⁸⁴ Deze straf is echter tot op heden niet opgelegd.

Nieuw Zeeland

Thans is de Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill 2010 aanhangig in het parlement van Nieuw Zeeland.⁸⁵ Deze introduceert⁸⁶ een Graduated Response-procedure in de Copyright Act. Het betreft een implementatie van een Notice and Notice procedure, waarin de rechthebbende een internet-intermediair ervan op de hoogte kan stellen dat diens netwerk door een abonnee wordt gebruikt voor inbreukmakende activiteiten.⁸⁷ De provider stuurt dit bericht vervolgens door aan zijn abonnee.⁸⁸ Gebruikers hebben het recht om tegen de klacht binnen één week na ontvangst van het bericht bezwaar aan te tekenen, dat door de provider naar de rechthebbende wordt doorgestuurd. Indien de rechthebbende dit bezwaar niet binnen een termijn van drie weken ontkracht, wordt hij geacht het bezwaar te accepteren.⁸⁹ Ontvangt hij geen bericht over een aangetekend bezwaar tegen zijn klacht, of als hij dat op tijd heeft weten te weerleggen en er in totaal drie van zulke klachten zijn ingediend, kan de rechthebbende twee stappen ondernemen. Ten eerste kan hij een procedure met of zonder hoorzitting starten bij een Tribunaal.⁹⁰ Het Tribunaal is bevoegd een schadevergoeding toe te kennen aan de rechthebbende van maximaal 15.000 New Zealand Dol-

79 Korean Copyright Act. Zie ook: Jun-Seok Park, 'The Prospect for ISP's Liability in UGC-Related Cases in Korea', *Journal of Korean Law*, volume 7-1, 2007-2008, p. 145-156.

80 Artikel 103.

81 Artikel 133-2 en 133-3.

82 Ook is een speciale regeling getroffen voor Bulletin Boards. Artikel 133-2 lid 4.

83 Zie <http://bit.ly/bEDe9j>.

84 Artikel 142 lid 2.

85 Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill.

86 Er is sprake van een herintroductie, nadat een Graduated Response procedure

die in 2009 van kracht zou moeten zijn gegaan, op last van de minister-president niet in werking is getreden. New Zealand Copyright Act, artikel 92 sub B t./m sub E. Copyright (New Technologies) Amendment Act 2008.

87 Artikel 122 sub C.

88 De eerste keer heet een dergelijke waarschuwing een 'detection notice', de tweede keer een 'warning notice' en de derde keer een 'enforcement notice'. Artikel 122 sub D/E.

89 Artikel 122 sub G en sub H.

90 Artikel 122 sub L en sub M. Daarbij is de procedure zonder hoorzitting de standaard procedure omwille van kosten en het feit dat tijdens deze procedure de identiteit en gegevens van de verdachte zoveel mogelijk beschermd worden.

lar, wat gelijk staat aan zo'n € 8.000,-.⁹¹ Daarnaast kan de rechthebbende een procedure starten bij een District Court. Daarbij kan de rechthebbende verzoeken de internet-intermediair te verplichten om het account van de inbreukmakende abonnee op te schorten voor een periode van niet langer dan zes maanden. De rechter dient de proportionaliteit van de straf in ogenschouw te nemen, daarbij bijvoorbeeld rekening houdend met het feit of en in hoeverre de persoon in kwestie afhankelijk is van de internetdienst.⁹² Alhoewel de memorie van toelichting bij de Bill lijkt te suggereren dat deze verplichting slechts aan internet access providers kan worden opgelegd,⁹³ gebruikt de wet de term 'Internet Service Provider', waaronder zowel access, host als andere providers vallen.⁹⁴

Opmerkelijk is dat medewerking door internet-intermediairs aan de voorbeschreven procedure niet op straffe van een boete is, maar onder de eerder beschreven Safe Harbour-regeling lijkt te vallen. Providers die meewerken aan deze procedure zijn uitgesloten van aansprakelijkheid voor inbreukmakende activiteiten van hun abonnees over hun netwerk.⁹⁵ Dit wordt bevestigd door de memorie van toelichting bij de Bill: 'The Act currently provides "safe harbours" (exclusions from liability) for ISP's where they are acting as a mere conduit for copyright infringement over the ISP's' network. This Bill gives a safe harbour to ISP's from liability for file sharing infringements occurring over their networks, provided they comply with their obligations under the Bill.'⁹⁶ Dit zou met zich meebrengen dat providers niet gehouden zijn de hiervoor beschreven procedure te volgen, maar dat indien zij dat wel doen, zij niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inbreuken over hun netwerk. Dit zou ook van toepassing zijn op rechterlijke uitspraken; deze zouden dan slechts als niet bindende adviezen zijn te kwalificeren. Of deze structuur in het wetgevingsproces gehandhaafd blijft valt te bezien. Daarnaast zullen nog nadere regels worden gesteld in een Presidentieel decreet, dat op dit punt wellicht nadere verplichtingen kan opleggen.⁹⁷

Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat verschillende tussenvormen mogelijk zijn bij elk der in paragrafen 2 en 3 beschreven Graduated Response-procedures. Het gaat daarbij steeds om de volgende drie verschillen: (i) regulering bij wet of via zelfregulering, (ii) verplichtingen die op alle providers rusten of slechts op internet access providers en (iii) verplichtingen als onderdeel van een Safe Harbour of op

straffe van een boete. Zowel in Zuid-Korea als in Nieuw Zeeland zijn tussenvormen daarvan gezocht. Zo kent Zuid-Korea een Graduated Response-procedure, waarbij het enerzijds gaat om een regeling bij wet, en anderzijds om verplichtingen die voor alle providers gelden en dus niet slechts voor access providers. Terwijl de minister bevoegd is verplichtingen aan providers op te leggen op straffe van een boete (van welke bevoegdheid nochtans geen gebruik wordt gemaakt), kan de Copyright Commission providers niet bindend adviseren, van welke mogelijkheid in de praktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt. Bovendien blijkt dat deze adviezen door alle internet-intermediairs worden opgevolgd. In Nieuw Zeeland is een wetsvoorstel aanhangig om een Graduated Response-procedure in de auteurswet op te nemen. Deze procedure wordt minutieus beschreven in de wet, in welk opzicht zij lijkt op die in Frankrijk en Groot-Brittannië. Anders dan de wetgeving in deze landen, verplicht de wet van Nieuw Zeeland echter niet alleen internet access providers om mee te werken aan de procedure, maar rust deze verplichting op alle internet-intermediairs. Tot slot lijken deze verplichtingen onderdeel te zijn van een Safe Harbour, wat zou betekenen dat providers, indien zij niet verplicht, maar vrijwillig overgaan tot het ten uitvoer leggen van rechterlijke uitspraken, immuniteit zouden verkrijgen.

Conclusie

In dit artikel zijn twee vormen van Graduated Response-procedures tegen elkaar afgezet. Ten eerste het al langer bestaande type met de volgende drie wezenskenmerken: de Graduated Response-procedure is een voorwaarde (geen verplichting) voor de Safe Harbour, de daarin gestelde voorwaarden gelden voor *alle* providers, en de procedure wordt op basis van zelfregulering vastgesteld en is dus niet in een wettelijke regeling ondergebracht. Dit type laat zich derhalve kenmerken door zijn softe en vrijblijvende karakter. Dit in tegenstelling tot de meer recente – bij wet geregelde – Graduated Response-procedures in Groot-Brittannië en Frankrijk, die zeer gedetailleerd en streng zijn en die verplichtingen opleggen aan internet access provider op straffe van boete. Een derde vorm is te vinden in de middenweg die wordt bewandeld in de wetten uit Nieuw Zeeland en Zuid-Korea. Beide lijken op de eerste categorie procedures door de voorwaarden aan alle internet-intermediairs op te leggen en dus niet slechts aan internet access providers. Aan de andere kant lijken zij op de tweede vorm van Graduated Response-procedures, nu deze niet op basis

91 Artikel 122 sub N.

92 Artikel 122 sub O en sub P.

93 Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill. Explanatory notes, p. 3.

94 Artikel 92 sub A, als voorgesteld door de Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill.

95 Artikel 92 sub B, als voorgesteld door de Copyright (Infringing File Sharing)

Amendment Bill.

96 Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill. Explanatory notes, p. 3-4.

97 Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill. Sectie 10 betreffende Regulations.

van zelfregulering maar op basis van wettelijk voorgeschreven verplichtingen moeten worden toegepast. Tot slot is in beide procedures de vraag in hoeverre internet-intermediairs zullen worden beboet wanneer zij niet meewerken aan de procedure.

Indien de Nederlandse wetgever overweegt om een Graduated Response-procedure te implementeren kan zij derhalve inspiratie putten uit de drie hier besproken varianten. De Franse en Britse vorm is weliswaar thans in opkomst en wordt door belanghebbende organisaties uit de muziek- en filmwereld geroemd om de effectiviteit ervan, zij is ook zeer omstreden.⁹⁸ Daarnaast valt te kiezen voor een softere variant, gelijkend op die uit de Verenigde Staten en Taiwan. Daarbij krijgen internet-intermediairs geen verplichtingen opgelegd en hebben zij meer ruimte om per beslissing omtrent afsluiting van een klant rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Dit model lijkt het meest aan te sluiten bij de recent geuite wens van het kabinet om voor een civielrechtelijk handhavingmodel te opteren. Indien de Nederlandse wetgever deze vorm te vrijblijvend vindt dan kan ook worden gekozen voor een tussenvorm, zoals die wordt toegepast in Nieuw Zeeland en Zuid-Korea.

Het kabinet-Rutte heeft er verstandig aan gedaan de meest stringente vorm van Graduated Response-wetgeving af te wijzen. Toegang tot het internet lijkt dan wel niet te kunnen worden gekwalificeerd als onvervreemdbaar mensenrecht, de opmerking van een Ierse rechter, dat iedereen zich voor zo'n € 1,50 per uur in een lokale gelegenheid de toegang kan verschaffen tot het World Wide Web,

doet geen recht aan het belang van internet in de huidige samenleving.⁹⁹ In de afweging van het belang van vrije en onbeperkte toegang tot het internet, waarvan vaak niet slechts de inbreukmaker zelf maar ook zijn gezin of familieleden afhankelijk zijn, tegen dat van de auteursrechthebbers, zullen derhalve de omstandigheden van het geval zwaar moeten worden meegewogen. Hiervoor bestaat in de stringente variant van de Graduated Response-procedures onvoldoende ruimte. Daarbij komt dat de verplichtingen die aan internet access providers worden opgelegd, niet zozeer zijn gekoppeld aan een algemene zorgplicht of aan de redelijke bedrijfsvoering, maar simpelweg worden opgelegd omdat de overheid zelf niet bij machte is om auteursrechten op het internet te handhaven. Internet access providers dreigen daarmee een verlengstuk van de overheid te worden.¹⁰⁰ Deze providers dienen te worden beschouwd en behandeld in analogie met postbedrijven die geen 'boodschap aan de boodschap' hebben van de berichten die door hun klanten worden verzonden. Wel zou een oplossing voor het groeiende aantal auteursrechtsschendingen op het internet kunnen worden gezocht in een 'Amerikaans stelsel' van Graduated Response-procedures, waarbij wetmatig wordt vastgelegd dat internet providers een beleid dienen te hebben ingevoerd ten aanzien van abonnees die herhaaldelijk via het internet inbreuk maken op auteursrechten van anderen. Deze plicht zou dan met name aan hosting providers kunnen worden opgelegd. Aldus worden internet-intermediairs niet opgezadeld met onredelijke verplichtingen en wordt hen de mogelijkheid geboden om internetgebruikers pas te veroordelen en te bestraffen na een redelijke belangenafweging.

98 Zie <http://bit.ly/2662rc>. Artikel 1 sub B van de Richtlijn 2009/140/EG. Draft Version Acta Treaty, <http://bit.ly/ff68N5f>. European Parliament resolution on the transparency and state of play of the ACTA negotiations, <http://bit.ly/8XFBld>. Written Question by Christian Engström (Verts/ALE) to the Commission, <http://bit.ly/f4ueUl>. Answer given by Mrs Ferrero-Waldner on behalf of the Commission, <http://bit.ly/by1ROI>. ACTA - Stakeholders' Consultation Meeting, <http://bit.ly/dzYBUl>. European Data Protection Supervisor, 'Opinion of

the European Data Protection Supervisor on the current negotiations by the European Union of an Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) (2010/C 147/01)', <http://bit.ly/bC3KX5>.

99 EMI Records & Ors/Eircom Ltd, IEHC 108, <http://bit.ly/guq9u7>.

100 B. van der Sloot, 'De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP als verlengstuk van de overheid,' *Mediaforum* 2010-5, p. 157-161.