

Noot

Het aansprakelijkheidsregime voor ISP's en andere tussenpersonen in de wet elektronische handel: onbekend en onbemind...Christoph De Preter en Thomas De Meese¹**1. INLEIDING**

1. De opkomst van het internet heeft geleid tot een vrij omvangrijke rechtspraak over de problematiek van de aansprakelijkheid van tussenpersonen die in het elektronisch communicatieverkeer actief zijn². Deze rechtspraak heeft doorheen de Europese Gemeenschap tot verschillende resultaten geleid. Daarom werd onder impuls van de Europese wetgever³ een geharmoniseerde aansprakelijkheidsregeling goedgekeurd, die in België vervat is in artikelen 18 tot en met 21 van de wet op de elektronische handel van 11 maart 2003⁴ (hierna de “WEH”).

2. De aansprakelijkheidsregels uit de WEH hebben intussen hun eerste toepassingen gekregen in de Belgische rechtspraak.

Zo zijn ons reeds beslissingen bekend die de tussenkomst van tussenpersonen op het internet analyseren wat de opslag van kinderpornografisch⁵ of beledigend materiaal⁶ betreft.

Het overgrote deel van de rechtszaken waarin de aansprakelijkheidsregels van de WEH aan bod zijn gekomen handelt evenwel over auteursrechtelijke inbreuken gepleegd door

derden⁷. Daarbij stelt zich telkens de vraag in hoeverre tussenpersonen in het elektronische verkeer auteursrechtelijke inbreuken die op hun netwerken of via hun diensten plaatsvinden moeten trachten te voorkomen, en in welke mate zij desgevallend zélf voor deze inbreuken kunnen worden aansprakelijk gesteld.

Ook het geannoteerde vonnis heeft betrekking op deze problematiek.

3. Hieronder onderzoeken wij of het besproken vonnis een correcte toepassing heeft gemaakt van de toepasselijke regelgeving. Daarvoor is het uiteraard noodzakelijk om eerst een blik te werpen op de aansprakelijkheidsregeling van de WEH (*infra sub 2*). Na een kort overzicht van het feitenreelaas (*infra sub 3*) wordt de inhoud van het vonnis besproken (*infra sub 4*), waarna het aan een kritische analyse wordt onderworpen (*infra sub 5*). Daarna volgt nog een besluit waarin wij trachten een aantal algemene conclusies aan te reiken (*infra sub 6*).

2. SYSTEMATIEK EN METHODOLOGIE VAN DE AANSPRAKELIJKHEIDSREGELING IN DE WET OP DE ELEKTRONISCHE HANDEL

4. De aansprakelijkheidsregeling van de WEH is van toepassing op alle “verleners van diensten in de informatiemaatschappij”⁸. Zij voorziet drie scenario's waarin dienst-

verleners die (bv. op grond van de Auteurswet⁹ of art. 1382 B.W.) worden aangesproken voor informatie die zij opslaan of doorgeven ten behoeve van hun klanten of van de gebrui-

¹ Christoph De Preter is advocaat bij Crowell & Moring en Thomas De Meese is advocaat-vennoot bij Crowell & Moring. De redactie van deze noot werd afgesloten op 11 januari 2007.

² Zie in België o.a. Antwerpen 7 oktober 2003, *AM* 2004, 164; Brussel 13 februari 2001, *AM* 2001, 279; Voorz. Kh. Brussel 2 november 1999, *AM* 1999, 474; Corr. Hasselt 17 november 2000, *AM* 2001, 161; Corr. Hasselt 16 februari 1999, *Computerr.* 1999, 183.

³ Zie de Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“Richtlijn elektronische handel” of “REH”), *PB*. L. 178, 17 juli 2000, 1.

⁴ Wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, *B.S.* 17 maart 2003, p. 12.960 en wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *B.S.* 17 maart 2003, p. 12.963.

⁵ Cass. 3 februari 2004, rolnr. A.R. P.03.1427.N, gepubliceerd in *AM* 2005, 259, *Computerr.* 2004, 242 met noot S. DE SCHRIJVER en *R.D.T.I.* 2004, 51, met noot F. DE PATOUL en I. VEREECKEN.

⁶ Antwerpen 20 december 2006, rolnr. 2006/RK/152/8K, *niet gepubl.* en Voorz. Rb. Antwerpen 23 maart 2006, rolnr. 05/1153/C, *niet gepubl.*

⁷ Zie naast het geannoteerde vonnis: Voorz. Rb. Brussel 5 mei 2004, rolnr. 2004/433/A en 2004/435/A, *niet gepubl.* en Voorz. Rb. Brussel, 26 november 2004, *Computerr.* 2005, 10.

⁸ Deze term omvat alle diensten die, gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van een dienst worden verricht (art. 2, 1° WEH).

⁹ Hierna “AW” genoemd.

kers van hun diensten, kunnen genieten van een ontheffing van aansprakelijkheid¹⁰. Gemeenschappelijk aan die drie scenario's is dat de activiteit van de dienstverleners telkens moet beperkt zijn tot "het technische proces van het in werking houden van en het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk waarop door derden verstrekte informatie wordt doorgegeven of tijdelijk wordt opgeslagen, met als enig doel de doorgifte efficiënter te maken"¹¹.

5. Welke zijn nu die drie scenario's waarin dienstverleners van de informatiemaatschappij niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de informatie die zij ten behoeve van derden doorgeven of opslaan?

Allereerst gaat het om de dienstverlener die optreedt als louter doorgeefluik of "mere conduit", d.i. de dienstverlener die niet het initiatief neemt tot doorgifte van de litigieuze informatie, en die noch de ontvanger van die informatie noch de informatie zelf selecteert of wijzigt¹². De "mere conduit"-dienstverlener geniet van het meest gunstige aansprakelijkheidsregime: de ontheffing van zijn aansprakelijkheid is immers aan geen enkele voorwaarde onderworpen. De "mere conduit"-dienstverlener kan dus nóóit aansprakelijk worden gesteld voor opgeslagen of doorgegeven informatie – zelfs al zou hij technisch in de mogelijkheid verkeren om bepaalde onrechtmatige informatie te filteren of detecteren. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in de voorbereidende werken bij de WEH¹³ en in de rechtsleer¹⁴.

Het tweede scenario betreft de dienstverlener die informatie, die reeds aanwezig is op het internet (of een vergelijkbaar netwerk), kopieert en tijdelijk opslaat met het oog op het vergemakkelijken van de doorgifte van de bewuste informatie¹⁵. Deze activiteit wordt gemeenzaam "caching" of "proxy caching" genoemd. De dienstverlener die een "caching"-activiteit uitoefent geniet slechts van een ontheffing van aansprakelijkheid als hij aan een vijftal voorwaarden voldoet, die in de WEH staan opgesomd. In essentie komen die voorwaarden erop neer dat de dienstverlener alleen dan van de ontheffing van aansprakelijkheid kan genieten indien hij zich passief opstelt, geen wijzigingen aanbrengt aan de opgeslagen informatie, en deze informatie

verwijdert (i) wanneer hij er kennis van heeft dat de informatie ook op de oorspronkelijke plaats van opslag is verwijderd, of (ii) wanneer hij daartoe wordt bevolen door een administratieve of gerechtelijke overheid.

Ten slotte kan ook de dienstverlener die als "host" optreedt, i.e., die op vraag van een derde permanent informatie opslaat, van een ontheffing van aansprakelijkheid genieten¹⁶. Die ontheffing geldt evenwel maar zolang de dienstverlener geen daadwerkelijke kennis heeft van het feit dat de informatie die hij opslaat onwettig is, noch van omstandigheden waaruit die onwettigheid kan blijken¹⁷. Wanneer de "host" wél een dergelijke kennis verkrijgt moet hij onverwijld de toegang tot deze onwettige informatie blokkeren, en moet hij desgevallend de procureur des Konings inlichten.

6. De WEH voorziet ten slotte dat dienstverleners die zich inlaten met "mere conduit", "caching" of "hosting" onder geen enkel beding een algemene toezichts- of onderzoekspllicht hebben ten aanzien van de informatie die zij doorgeven of opslaan¹⁸. Eén en ander laat wel het recht onverlet van de rechtbanken om in specifieke gevallen tijdelijke toezichtsverplichtingen op te leggen, voor zover een wet in die mogelijkheid voorziet.

7. De toepassing van de aansprakelijkheidsbepalingen van de WEH vereist m.a.w. dat men zich de volgende vragen stelt wanneer de aansprakelijkheid van een tussenpersoon in de informatiemaatschappij in het gedrang is (art. 18-20 WEH):

- is de opgeslagen of doorgegeven informatie onrechtmatig, bijvoorbeeld op grond van artikel 1382 B.W., artikel 87 AW of artikel 93 WHPC?
- zo ja, kwalificeert de activiteit van de tussenpersoon, die aanleiding heeft gegeven tot aansprakelijkheid, als "mere conduit", "caching" of "hosting"?
- zo ja, voldoet de tussenpersoon aan de voorwaarden vereist voor ontheffing van aansprakelijkheid?

Daarenboven moet men zich de volgende vragen stellen wanneer jegens een tussenpersoon in de informatiemaatschappij bepaalde maatregelen worden geëist (art. 21 WEH):

¹⁰. Over het belang van het feit dat de WEH een regeling omvat die in een ontheffing of uitsluiting van aansprakelijkheid voorziet in de plaats van in een regeling die in bepaalde gevallen aansprakelijkheid vestigt, zie M. SCHELLEKENS, *Aansprakelijkheid van internetaanbieders*, Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor, Katholieke Universiteit Brabant 2001, 216 en C. DE PRETER, "Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor de dienstverlener", in P. VAN EECKE en J. DUMORTIER (eds.), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, die Keure, 2003, 213.

¹¹. R.o. 42 van de Richtlijn elektronische handel.

¹². Art. 18 WEH.

¹³. *Memorie van Toelichting*, wetsontwerp betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *Parl. St. Kamer* 2002-03, nr. 2100/001, 5596, 46.

¹⁴. H. HUMANS, "Aansprakelijkheid op het Internet na de totstandkoming van Richtlijn 2000/31/EG", *Computerr.* 2000, 235; M. SCHELLEKENS, *l.c.*, 218 en C. DE PRETER, "Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor de dienstverlener", *l.c.*, 217.

¹⁵. Art. 19 WEH.

¹⁶. Art. 20 WEH.

¹⁷. De ontheffing van strafrechtelijke aansprakelijkheid treedt al in van zodra de dienstverlener geen effectieve kennis had van het bestaan van de illegale en strafrechtelijk gesanctioneerde informatie, ook al zou de dienstverlener kennis hebben van omstandigheden waaruit de illegaliteit kan blijken. De drempel voor ontheffing van strafrechtelijke aansprakelijkheid is met andere woorden lager dan die voor ontheffing van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

¹⁸. Art. 21 WEH.

- kwalificeert de activiteit van de tussenpersoon waarop de gevraagde maatregelen slaan als “*mere conduit*”, “*caching*” of “*hosting*”?
- zo ja, impliceert de gevraagde maatregel dat aan de tussenpersoon een algemene toezichts- of onderzoeksverplichting wordt opgelegd?
- indien de gevraagde maatregel slechts impliceert dat een tijdelijke toezichtsverplichting wordt opgelegd, bestaat daar dan een specifieke wettelijke basis voor?

3. DE ZAAK SENIORENNET: VOORSTELLING VAN DE FEITEN EN TECHNISCHE ACHTERGRONDINFORMATIE

8. De VZW Seniorennet vrienden (hierna “Seniorennet” genoemd) is de uitbater van de website toegankelijk onder de URL “seniorennet.be”. Gebruikers van de website kunnen zich onder andere gratis abonneren op en registreren in zogenaamde “mailgroepen”. Deze mailgroepen zijn thematisch opgebouwd. Zo bevatte de website Seniorennet ten tijde van het opstellen van deze noot bijvoorbeeld mailgroepen met betrekking tot thema’s als bijbelstudie, film en fotografie, gezondheid en koken.

9. De wijze waarop de mailgroepen functioneren is betrekkelijk eenvoudig. Door zich te registreren in een bepaalde mailgroep wordt een abonnee toegevoegd aan een mailinglijst. Alle berichten die door andere abonnees naar de mailgroep worden gericht, worden dan automatisch doorgeleid naar het e-mailadres van de betrokken abonnee. Daarnaast kan de abonnee ook online een archief consulteren waarin in het verleden verzonden berichten worden opgeslagen.

De mailgroependienst van Seniorennet bevat een aantal “*features*” die voor een groter gebruiksgemak moeten zorgen. Zo kan een abonnee bepaalde verzenders van berichten “blokkeren” zodat hij niet langer berichten van die verzenders ontvangt, of kan hij via een “vakantiestop” ervoor kiezen om tijdelijk geen enkel bericht te ontvangen.

De belangrijkste “*feature*” van de mailgroependienst lijkt er

evenwel in te bestaan dat eventuele bestanden die in bijlage of “attachment” worden gevoegd aan een bericht, niet mee worden verzonden naar het e-mailadres van de abonnee. De abonnee zal in het bericht dat hij ontvangt slechts een hyperlink vinden waarmee hij de bewuste bestanden kan downloaden. De bestanden zelf bevinden zich evenwel op de server van Seniorennet¹⁹.

Ten slotte houden een aantal vrijwilligers, “moderatoren” genoemd, op kosteloze basis een oogje in het zeil. Indien zij merken dat bepaalde personen of abonnees ongepaste boodschappen verzenden of de algemene gebruiksvoorwaarden van Seniorennet schenden, stellen zij Seniorennet hiervan op de hoogte.

10. De VZW I.F.P.I. (hierna “Ifpi” genoemd) en de CVBA Sabam (hierna “Sabam” genoemd) namen sinds medio 2005 aanstoot aan de mailgroepen “Elk zijn waarheid”, “Algemeen” en “Muziek Carrousel”, waarlangs berichten werden gestuurd met in bijlage auteursrechtelijk beschermd materiaal dat deel uitmaakte van het repertoire van Ifpi en Sabam. Na een uitgebreide briefwisseling met Seniorennet, waaruit klaarblijkelijk geen afdoende oplossing voortkwam, stelden Ifpi en Sabam een auteursrechtelijke stakingsvordering in (art. 87 AW) tegen Seniorennet voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, zetelend zoals in kort geding.

4. HET STAKINGSBEVEL IN DE ZAAK SENIORENNET

11. In het besproken vonnis komt de WEH slechts zijdelings aan bod. De vraag of Seniorennet onder de WEH als “*host*” of als doorgeefluik (“*mere conduit*”) moest worden beschouwd speelde volgens de voorzitter immers geen enkele rol.

De voorzitter was met name van oordeel dat zowel een “*host*” als een “*mere conduit*” nog steeds verantwoordelijkheid zouden kunnen dragen om auteursrechtelijke inbreuken te stoppen. Om die stelling te rechtvaardigen baseerde de stakingsrechter zich klaarblijkelijk op twee elementen. Ten

eerste doet de aansprakelijkheidsregeling uit de Richtlijn elektronische handel (en uit de WEH) volgens de voorzitter “*geen afbreuk aan de mogelijkheid dat de nationale rechter maatregelen treft die van de dienstverleners redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen*”. Ten tweede, aldus de voorzitter, heeft in ieder geval “*eenieder de verplichting om, binnen zekere grenzen, handelend op te treden om het ontstaan of voortbestaan van schade van een derde te voorkomen*”.

¹⁹ Seniorennet beschrijft deze “*feature*” als volgt: “*Om te vermijden dat u als gebruiker onnodige attachments (bijlagen) bij e-mails moet downloaden die een gebruiker heeft verstuurd, zonder dat u ze wenst, hebben wij ervoor gezorgd dat de attachments niet via de e-mail worden mee verstuurd, maar op de Seniorennet website staan. Indien u een e-mail krijgt, met een attachment, kan u onderaan de e-mail klikken op het attachment. Vervolgens kan u het attachment downloaden van de Seniorennet website. Bovendien is het ook veel gemakkelijker om het attachment door te geven aan vrienden/familie, u hoeft enkel een internetadres door te sturen, en niet heel het attachment.*” (<http://www.seniorennet.be/Pages/Help/mailgroepen.php>).

12. De stakingsrechter lijkt daarbij niet veel geloof te hebben gehecht aan de bewering van Seniorennnet dat zij geen controlemogelijkheid zou hebben over haar mailgroepen. De voorzitter wees er in tegendeel expliciet op dat Seniorennnet actief kon ingrijpen op haar mailgroepen: “[Seniorennnet] geeft instructies aan haar administrators betreffende wat volgens haar kan en niet kan qua muziekbijlagen. Via haar archief houdt verwerende partij de mailberichten, met eventueel in bijlage de muziekbestanden, ter beschikking van de leden van de mailgroep. Het gegeven dat de eventueel in bijlage meegeleverde muziekbestanden slechts korte tijd opgeslagen worden verandert hieraan niets; integendeel, toont aan dat verwerende partij actief kan ingrijpen om eventuele inbreuken op de rechten van eisende partijen ongedaan te maken, minstens te beperken.”

13. Het vonnis verklaart de vordering tot staking van Ifpi en Sabam uiteindelijk ontvankelijk en gegrond. In het beschikkend gedeelte wordt samengevat, vastgesteld dat (i) via de mailgroepen op de website van Seniorennnet inbreuken werden gepleegd op de exclusieve rechten van Sabam en Ifpi; (ii) Seniorennnet niet ingreep tegen deze inbreuk en actieve handelingen stelde zonder dewelke de inbreuken niet zouden kunnen worden gepleegd, met name de archivering van berichten, het zoeken naar oplossingen om het uitwisselen van muziek toe te laten en het goedkeuren van de betwiste inbreuken via het mentorsysteem. Vervolgens beveelt het vonnis aan Seniorennnet (i) de staking van deze “inbreuken” en (ii) het nemen van de “nodige doeltreffende maatregelen om deze inbreuken te doen stoppen”, één en ander op straffe van een dwangsom.

5. KRITISCHE ANALYSE

5.1. Inleiding

14. Het tussengekomen stakingsbevel kan om verschillende redenen worden bekritiseerd. Ten eerste stelt zich de vraag of derden, die zelf geen auteursrechtelijke inbreuk begaan, wel het voorwerp kunnen uitmaken van een stakingsbevel op grond van artikel 87 § 1 AW (cf. *infra sub 5.2.*). Daarnaast stelt zich de vraag of het besproken vonnis *in casu* de WEH wel correct heeft toegepast (cf. *infra sub 5.3.*). Ten slotte worden de opgelegde maatregelen aan een kritische analyse onderworpen (cf. *infra sub 5.4.*).

5.2. Kan men jegens een derde een stakingsvordering opleggen op grond van artikel 87 § 1 AW?

15. Vooreerst stelt zich de vraag of een derde zoals Seniorennnet, die zelf géén auteursrechtelijke inbreuk begaat, überhaupt het voorwerp kan uitmaken van een stakingsbevel overeenkomstig artikel 87 § 1 A.W. Artikel 87 § 1 AW stelt immers zeer duidelijk het volgende: “Onverminderd de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg, stelt de

voorzitter van deze rechtbank het bestaan vast van een **inbreuk** op het auteursrecht of op een naburig recht en beveelt dat daaraan een einde wordt gemaakt.” Daaruit volgt o.i. dat de daad die het voorwerp uitmaakt van het stakingsbevel uiteraard, en noodzakelijkerwijze, een inbreuk op de auteurswet moet zijn²⁰. Daaruit volgt o.i. eveneens dat de stakingsvordering op grond van artikel 87 § 1 AW enkel tegen de beweerde inbreukmaker kan worden ingesteld. Voor zover nodig kan in dat verband worden gewezen op de parallel die bestaat met de stakingsvordering op grond van de WHPC die eveneens slechts kan worden ingesteld tegen de partij die deze wet schendt²¹.

16. In de eerdere, fel becommentarieerde zaak *Sabam/Tiscali* was deze vraag ook al aan de orde²². De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, zetelend zoals in kort geding, oordeelde in deze zaak dat artikel 87 § 1 AW wel degelijk toelaat om een stakingsbevel uit te spreken jegens een derde die zelf géén inbreukmaker is. Daarvoor steunde de voorzitter op artikel 8.3. van Richtlijn 2001/29²³. Het bewuste artikel 8.3. voorziet het volgende: “De lidstaten zorgen ervoor dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om een inbreuk te maken op

²⁰. Zie in dit verband de treffende overwegingen van Brussel 22 mei 1996, *AM* 1997, 182: “Dat op grond van artikel 87 § 1 Auteurswet enkel het bestaan kan vastgesteld worden en de staking kan bevolen worden van inbreuken op het auteursrecht of op een naburig recht; dat in het kader van huidige procedure derhalve de rechter niet vermog de staking te bevelen van handelingen die geen inbreuk vormen op het auteursrecht, maar wel als onrechtmatig zouden kunnen aanzien worden op grond van artikel 1382 B.W. of artikel 93 WHPC.” Zie tevens T. HEREMANS, “Overzicht van rechtspraak. De stakingsvordering inzake het auteursrecht (1996-2000)”, *I.R. D.I.* 2001, 128: “[de Hoven en rechtbanken] moeten... eerst een welbepaalde inbreuk op een auteursrecht of op een naburig recht vaststellen en kunnen pas dan de staking van die inbreuk bevelen, d.w.z. de staking van de reproductie of de mededeling aan het publiek van het werk of de prestatie die aan het geding ten grondslag ligt”.

²¹. “L’action en cessation doit en principe être mue contre l’auteur de l’acte litigieux.” (A. DE CALUWE, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, Brussel, Larcier, 1997, 37.15(1)). Welnu, wat geldt voor de stakingsvordering uit de WHPC geldt *mutatis mutandis* ook voor de stakingsvordering uit de auteurswet (F. BRISON en B. MICHAUX, “De nieuwe auteurswet”, *R.W.* 1995-96, 560).

²². Voorz. Rb. Brussel 26 november 2004, onder andere gepubliceerd in *AM* 2005, 49 met noot L. VAN BUNNEN, *R.T.D.I.* 2005 met noot E. MONTERO en Y. COOL, *Computer*: 2005, 65 met noot F. PETILLION, *I.R. D.I.* 2005, 41, *Ing.-Cons.* 2004, 560, *J.T.* 2005, 165 met noot I. SCHMITZ.

²³. Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PB. EG L.* 167/10.

een auteursrecht of naburige rechten.” Op basis van deze bepaling, aldus de Brusselse stakingsrechter, moet artikel 87 § 1 AW zo worden uitgelegd dat ook derden in een stakingsprocedure kunnen worden veroordeeld.

17. Deze “richtlijnconforme interpretatie” van artikel 87 § 1 AW kan ons evenwel niet overtuigen. Artikel 8.3. van Richtlijn 2001/29 heeft inderdaad slechts als bedoeling om aan auteursrechthebbers de mogelijkheid te geven een voorlopig verbod te bekomen jegens derden. Deze beperking tot voorlopige maatregelen blijkt o.a. uit de Duitse, Engelse, Franse, Spaanse en Italiaanse versies van artikel 8.3. van de Richtlijn. In deze andere taalversies wijst de gebruikte terminologie inderdaad op het voorlopig karakter van de te bevelen maatregelen²⁴. Een interpretatie van artikel 87 § 1 AW volgens dewelke dit artikel zou toestaan dat aan een tussenpersoon van de informatiemaatschappij een definitief stakingsbevel wordt opgelegd in een procedure ten gronde, schendt dus Richtlijn 2001/29²⁵.

Overigens, zelfs indien men zou stellen dat artikel 8.3. van de richtlijn ook toelaat om een bevel *ten gronde* uit te spreken jegens derden die zelf geen auteursrechtelijke inbreuk begaan, dan nog lijkt het ons dat deze vaststelling niet volstaat om – zonder wetwijziging – vorderingen tegen niet-inbreukmakende derden op grond van artikel 87 § 1 AW toe te laten. Zoals hierboven besproken laat artikel 87 § 1 AW o.i. in de huidige bewoording immers niet toe om derden/niet-inbreukmakers te veroordelen tot een stakingsbevel. Een – beweerdelijk – richtlijnconforme interpretatie van artikel 87 § 1 AW zou in dat geval met andere woorden neerkomen op een verboden interpretatie *contra legem*^{26,27}.

18. Daarmee is overigens niet gezegd dat auteursrechtheb-

benden met lege handen blijven zitten en geen enkele actiemogelijkheid hebben jegens ISP's of andere tussenpersonen op de informatiesnelweg. Conform artikel 8.3. van Richtlijn 2001/29 kunnen desgevallend tegen dergelijke tussenpersonen immers voorlopige maatregelen in kort geding worden bekomen.

19. De problematiek van de oplegging van stakingsmaatregelen aan niet-inbreukmakende derden overeenkomstig artikel 87 § 1 AW wordt nog complexer wanneer men tevens rekening houdt met de bepalingen van de WEH. In een interessante bijdrage hebben Dusollier, Bodson, Cruquenaire en de Patoul reeds in 2002 op deze moeilijkheid gewezen²⁸. De bepalingen inzake de ontheffing van aansprakelijkheid uit de WEH, en het vereiste van artikel 21 WEH dat opgelegde toezichtsverplichtingen slechts tijdelijk kunnen zijn, staan immers haaks op een permanente stakingsbevel *ten gronde* dat zou worden opgelegd aan een dienstverlener die zich beperkt tot “mere conduit”, “caching” of “hosting”. Dit toont eens te meer aan dat de auteursrechtelijke stakingsrechter niet het aangewezen forum biedt voor de beslechting van geschillen tussen rechthebbers en tussenpersonen op het internet²⁹.

5.3. Wat is de juridische kwalificatie van Seniorennet onder de WEH en is deze kwalificatie überhaupt relevant?

20. In het geannoteerde vonnis stelt de stakingsrechter dat de vraag of de tussenkomst van Seniorennet als “mere conduit”, “caching” of “hosting” kwalificeert niet relevant is

²⁴. In de Duitse taal luidt art. 8.3. als volgt: “Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können (er wordt niet gesproken over “Verurteilung” of “Urteil”). In het Engels: “Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction (er wordt niet gesproken over ‘judgement’). In het Frans: “Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu’une ordonnance sur requête soit rendue (er wordt niet gesproken over ‘jugement’). In het Italiaans: “Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio” (“provvedimento inibitorio” betekent “voorlopige maatregel”). In het Spaans: “Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares” (“medida cautelar” betekent “voorlopige maatregel”).

²⁵. In dit verband moet worden opgemerkt dat Richtlijn 2001/29 een harmonisatierichtlijn is. Uit de Richtlijn kan o.i. worden afgeleid dat een nationale wetgever geen strengere maatregelen kan opnemen in diens wetgeving dan voorgeschreven door Richtlijn 2001/29 (over de vraag of een richtlijn een minimum- dan wel harmonisatierichtlijn is, zie Y. HOFHUIS, *Minimumharmonisatie in het Europees recht: vormen, begrip en gevolgen*, Deventer, Kluwer, 2006, 191 p.). Met andere woorden: indien art. 8.3. van de Richtlijn 2001/29 alleen voorschrijft dat de mogelijkheid moet worden geboden om voorlopige maatregelen uit te spreken, vermag de nationale wetgever niet om verder te gaan en ook nog eens te voorzien dat ook maatregelen ten gronde zouden kunnen worden uitgesproken.

²⁶. De omstandigheid dat, bij de implementatie van Richtlijn 2001/29 in een Parlementscommissie aan art. 87 AW een interpretatie werd verleend volgens dewelke dit artikel “zo dient gelezen te worden dat de door artikel 87 van de auteurswet voorziene procedure kan aangewend worden ten opzichte van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op het auteursrecht of naburige rechten” (Verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, het wetenschapsbeleid, het onderwijs, de nationale wetenschappelijke en culturele instellingen, de middenstand en de landbouw met betrekking tot het wetsontwerp houdende de omzetting in Belgisch recht van de Europese Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Parl. St. Kamer* 2003-04, 1137/013, 87) doet hieraan geenszins afbreuk.

²⁷. Cass. 2 december 1996 en P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the law of the European Communities*, Den Haag, Kluwer, 1998, 540.

²⁸. S. DUSOLLIER, L. BODSON, A. CRUQUENAIRE en F. DE PATOUL, “La transposition de la directive sur le droit d’auteur dans la société de l’information: le législateur belge à la croisée des chemins”, *I.R. D.I.* 2002, 62-63.

²⁹. *Contra*: E. MONTERO en Y. COOL, noot onder Voorz. Rb. Brussel 26 november 2004, “Le peer-to-peer en sursis?”, *R.T.D.I.* 2005, 99. Deze auteurs besluiten echter dat er geen conflict zou bestaan tussen de WEH en art. 87 § 1 AW omdat deze laatste bepaling ook zou toelaten om op te treden tegen niet-inbreukmakers. Hierboven werd evenwel aangetoond dat deze laatste premisse niet correct is.

aangezien Seniorennet in ieder geval nog altijd “*verantwoordelijkheid kan dragen om inbreuken op de auteurswetgeving te stoppen*”. Het lijkt ons dat deze zienswijze ingaat tegen de tekst en de ratio van de WEH. Dit is eveneens het geval voor de overweging dat aan dienstverleners van de informatiemaatschappij maatregelen kunnen worden opgelegd die “*redelijkerwijs kunnen worden verlangd in verband met op hen rustende zorgvuldigheidsverplichtingen om onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen*”. Artikel 21 WEH stelt precies dat de opgesomde tussenpersonen geen algemene verplichting hebben om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om proactief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Het spreekt ons inziens voor zich dat de WEH als *lex specialis* voorrang moet krijgen op algemene zorgvuldigheidsverplichtingen afgeleid uit het gemeen recht.

De verleiding is vaak groot om de toepasselijke rechtsregels links te laten liggen en zich eerder in te laten met een praktische, pragmatische belangenafweging in functie van wat al dan niet technisch mogelijk is. Zo hebben stakingsrechters zich in vergelijkbare zaken laten verleiden tot het bevelen van een expertise, die als voorwerp had te bepalen welke technische maatregelen “*technisch haalbaar*” zijn en dus aan de in het geding zijnde tussenpersoon kunnen worden opgelegd. Voor de toepassing van de artikelen 18-21 WEH zijn dergelijke technische haalbaarheidsdiscussies evenwel irrelevant. De enige relevante vraag is of de tussenpersoon voldoet aan de in de wet opgesomde voorwaarden om van zijn aansprakelijkheid geëxonererd te worden. Enkel en alleen indien blijkt dat aan deze voorwaarden niet is voldaan kan de vraag welke technische maatregelen mogelijk zijn enige relevantie hebben. Zelfs dan blijft het opleggen van een toezichtplicht evenwel principieel onmogelijk, behoudens onder de in artikel 21 WEH opgesomde voorwaarden.

21. Wat ten slotte de vraag betreft of de tussenkomst van Seniorennet bij het beheren van haar mailgroepen “*mere conduit*”, “*caching*” of “*hosting*” uitmaakt, dit is een vraag die technisch van aard is en afhangt van de eigenheden van het mailgroepensysteem van Seniorennet. Wij zullen dan ook op dit punt geen nadere stelling innemen.

Wel kan worden gewezen op het feit dat het mailgroepensysteem van Seniorennet qua werking sterk aanleunt bij zogenaamde “*newsgroups*”, waarbij abonnees bepaalde berichten of “*postings*” naar een server toesturen, waarop deze “*postings*” worden opgeslagen. In de Verenigde Staten werd in de *Netcom*-zaak³⁰ geoordeeld dat de rol van de aanbieder van dergelijke *newsgroups* beperkt was tot het louter opereren als doorgeefluik – wat wijst in de richting van “*mere cond-*

uit”. In Frankrijk werd dan weer geoordeeld dat de uitbating van een niet-gemodereerd discussieforum moet worden gekwalificeerd als “*hosting*”³¹.

In het kader van dezelfde discussie kan men zich tevens afvragen wat de relevantie is van de omstandigheid dat op de mailgroepen van Seniorennet “*moderatoren*” actief zijn. De precieze rol van deze moderatoren is onduidelijk. Uit het geannoteerde vonnis en uit een kort bezoek van de website Seniorennet blijkt dat het hier om een aantal vrijwilligers gaat die nagaan of abonnees op een bepaalde mailgroep zich wel aan de interne regels van Seniorennet houden (die onder meer betrekking hebben op het zich onthouden van het verzenden van illegaal materiaal of spam) en desgevallend een soort van klachtencommissie informeren over ongepast gedrag binnen een bepaalde mailgroep. Deze moderatoren zijn onafhankelijk van Seniorennet en hebben als zodanig geen redactionele verantwoordelijkheid noch een bevoegdheid om bestanden of “*postings*” te verwijderen. Ons inziens doet het bestaan van dergelijke moderatoren dan ook niet af aan de passieve rol van Seniorennet.

Wél is het zo dat, voor zover Seniorennet als “*host*” moet worden gekwalificeerd, de aanwezigheid van moderatoren sneller kan leiden tot aansprakelijkheid. Door de rapportering van haar moderatoren kan Seniorennet immers sneller worden verondersteld kennis te hebben van feiten of omstandigheden waaruit het onwettig karakter van opgeslagen informatie blijkt, in de zin van artikel 20 § 1, 1° WEH. Opnieuw moet erop worden gewezen dat dit element een casuïstieke oefening is, waarover de auteurs van deze noot naar de concrete zaak toe geen stelling wensen in te nemen.

5.4. De opgelegde maatregelen

22. In het geannoteerde vonnis heeft de Antwerpse stakingsrechter Seniorennet in zeer korte bewoordingen veroordeeld tot het “*nemen van de nodige doeltreffende maatregelen om deze [auteursrechtelijke] inbreuken te stoppen*”, nadat voorafgaand werd vastgesteld dat Seniorennet “*actieve handelingen stelt zonder dewelke de inbreuken niet zouden gepleegd kunnen worden, met name het archiveren, het zoeken naar oplossingen om het uitwisselen van muziek toch te laten gebeuren en het goedkeuren van deze inbreuk*”.

23. Het opgelegde stakingsbevel doet ons inziens een aantal vragen rijzen.

Er wordt aan Seniorennet verweten dat zij door het *archiveren* – *i.e.* het opslaan van informatie – heeft bijgedragen tot het tot stand komen van auteursrechtelijke inbreuken. De

^{30.} United States District Court for the Northern District of California, *Religious Technology Center and Bridge Publications Inc./Netcom on-line Communication Services Inc. and Dennis Erlich and Tom Klemesrud*, 907 F. Supp. 1361, 1367-1368. Deze zaak betrof weliswaar een zaak van “*contributory copyright infringement*”, maar de feitelijke overwegingen van het Amerikaanse gerecht hebben uiteraard ook relevantie buiten deze specifieke context.

^{31.} Trib. gr. inst. Lyon 21 juli 2005, te consulteren op www.legalis.net.

kernactiviteit van tussenpersonen op het internet bestaat evenwel dikwijls uit dergelijke informatieopslag. Het komt ons dan ook voor dat het stakingsbevel te ver gaat door de activiteit zélf van het uitbaten van mailgroepen te betrekken in het stakingsbevel. Het is immers duidelijk dat een dienst of medium, waarlangs illegale informatie wordt uitgewisseld, daardoor niet *ipso facto* zélf illegaal is of kan worden verboden³²... Er anders over oordelen zou ertoe leiden dat men het fenomeen van mailgroepen, nieuwsgroepen of *file-sharing*-websites op zich zou moeten verbieden. Ten tweede moet erop worden gewezen dat overeenkomstig artikel 21 § 1 WEH alleen in *specifieke* gevallen *tijdelijke* toezichtsverplichtingen kunnen worden opgelegd voor zover

dit bij *wet* is voorzien. Het is ten eerste de vraag of artikel 87 § 1 AW een voldoende wettelijke basis vormt in de zin van artikel 21 § 1 WEH. Bovendien is de opgelegde toezichtsmaatregel hoegenaamd niet tijdelijk. Zij werd *in casu* opgelegd zonder tijdsbepaling, en dit in een uitspraak ten gronde. Ook op het vlak van de vereiste dat de opgelegde maatregelen voldoende *specifiek* zijn in de zin van artikel 21 § 1 WEH knelt het schoentje³³. Het nemen van “*de nodige maatregelen*” om auteursrechtelijke inbreuken op de rechten van Ifpi en Sabam te voorkomen vormt ons inziens, mede gelet op de omvang van de rechten die door Ifpi en Sabam worden beheerd, een onaanvaardbare algemene (toezichts-)plicht ter voorkoming van auteursrechtelijke inbreuken.

6. BESLUIT

24. Naar aanleiding van de *Sabam/Tiscali*-zaak kon men in bepaalde rechtsleer een zekere teleurstelling lezen. De stakingsrechter had immers weliswaar het bestaan van een inbreuk vastgesteld, maar “slechts” een expertisemaatregel bevolen om na te gaan welke maatregelen al dan niet in de macht van Tiscali lagen om het begaan van inbreuken op haar netwerk te voorkomen. “[O]ndertussen”, aldus de kritiek, “laat de rechter illegale praktijken verder bestaan. Immers, met deze beslissing blijft illegaal downloaden van muziek op zijn minst mogelijk. Het internet is ons inziens tot nader order nog altijd een privé-omgeving waaruit diverse spelers economische voordelen halen en waar een inbreuk op private rechten de bij wet voorziene gepaste maatregelen gebied[t].”³⁴

Vraag is of de balans in de zaak *Seniorennet* niet erg zwaar doorslaat in de tegenovergestelde richting. Wij kunnen ons niet van de indruk ontdoen dat tussenpersonen op het internet soms *strenger* worden behandeld dan hun evenknieën in de “reële wereld”. In dit verband is het nuttig om te wijzen op een recent arrest van het Hof van Cassatie d.d. 27 mei 2005³⁵. Daarin stelde het Hof ondubbelzinnig dat een tussenpersoon, zoals een uitbater van een copyshop, géén inbreukmaker is in de zin van de auteurswet. Deze beslissing lijkt op goedkeuring te kunnen rekenen. Menigeen zou de wenkbrauwen fronsen wanneer aan een uitbater van een copyshop plotseling een rechterlijk bevel zou worden opgelegd om toe te zien op het materiaal dat in zijn winkel wordt gekopieerd.

25. In een onlineomgeving lijkt men verrassend genoeg minder te aarzelen om bepaalde toezichtsmaatregelen op te leggen. Sinds de REH bestaat in Europa nochtans een regelgevend kader dat vastlegt in welke omstandigheden ISP's en andere tussenpersonen op het internet kunnen genieten van een ontheffing van aansprakelijkheid. Dit regelgevend kader geeft zelfs concrete en specifieke richtlijnen inzake de toezichtsverplichtingen die aan dergelijke tussenpersonen kunnen worden opgelegd. Eén en ander is intussen via de WEH geïmplementeerd in de Belgische rechtsorde. Toch worden de bepalingen van de WEH zelden correct en consequent toegepast.

26. Tussenpersonen die zich inlaten met hosting zitten ondertussen in groeiende mate gewrongen in een “*catch-22*”³⁶. Daarmee bedoelen wij dat, wat zij ook ondernemen, zij zich altijd in een kwalijke positie bevinden.

Ofwel voorzien zij niet in een systeem van monitoring of toezicht en beperken zij zich tot een volledig passieve rol – wat overigens hun goed recht is overeenkomstig de WEH³⁷. In de praktijk blijkt evenwel dat de rechter in dat geval voorbijgaat aan de omstandigheid dat aan de tussenpersoon geen algemene toezichtsplicht kan worden opgelegd. Soms wordt een expertisemaatregel gelast om na te gaan welke maatregelen voor de tussenpersoon “*technisch haalbaar*”³⁸ zijn. Soms – zoals in het geannoteerde vonnis – wordt bevolen om de “*nodige*” maatregelen te nemen.

^{32.} Zie bv. inzake copyshops, Gent (7^{de} k.) 16 juni 2003, *I.R. D.I.* 2003, afl. 2, 116. Zie tevens de buitenlandse rechtspraak inzake videorecorders (Supreme Court, *Sony Corp. of America/Universal City Studios, Inc.*, 464 US 417 (1984)) en inzake het bestandenuitwisselingsprogramma KaZaA (Gerechtshof Den Haag 28 maart 2002, zaak nr. 1370/01SKG, bevestigd door de Hoge Raad op 19 december 2003, zaak nr. C02/186HR, beschikbaar op www.rechtspraak.nl).

^{33.} Zie over het vereiste dat de opgelegde maatregel specifiek moet zijn: A. STROWEL, N. IDE en F. VERHOESTRAETE, “La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique: un cadre juridique pour l'internet”, *J.T.* 2001, 140.

^{34.} Noot F. PETILLION onder Voorz. Rb. Brussel 26 november 2004, *Computerr.* 2005, 70.

^{35.} Cass. 27 mei 2005, gepubliceerd in *AM* 2005, 414, *Computerr.* 2006, afl. 31, noot F. PETILLION en *I.R. D.I.* 2005, 267, noot V. VANOVERMEIRE.

^{36.} Naar J. HELLER, *Catch-22*, Londen, Vintage, 1994 (heruitgave).

^{37.} Art. 21 WEH.

^{38.} Waarbij men zich de vraag kan stellen of de rechter dan niet in één adem zou moeten laten nagaan wat “financieel” of “praktisch” haalbaar is...

Ofwel is de tussenpersoon proactief, en voorziet hij wél in een systeem van monitoring of toezicht. In dat geval riskeert hij evenwel niet meer als volledig passief te worden beschouwd en kan zijn aansprakelijkheid in het gedrang komen aangezien de artikelen 18-20 WEH als voorwaarde voor een ontheffing van aansprakelijkheid vereisen dat de tussenpersoon op de opgeslagen informatie geen effectieve controle uitoefent³⁹.

27. Wij hopen dat deze noot de aanzet mag zijn voor een diepere reflectie over de bepalingen van de WEH. Deze wetgeving is immers nog al te vaak een nobele onbekende. Het is juist dat de bepalingen van de WEH inzake aansprakelijkheid door hun technische formulering weinig toegankelijk zijn. Dit mag er evenwel niet aan in de weg staan dat de WEH correct moet worden toegepast.

³⁹ C. DE PRETER, "Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor de dienstverlener", *l.c.*, 233.