

De bescherming van IE-rechten op platforms voor *user-generated content* –

in hoeverre is een maatregel tot preventief filteren mogelijk?

50

1. Inleiding

Platforms voor *user-generated content* zijn in toenemende mate succesvol op internet. Deze diensten weten door opbrengsten uit advertenties almaar meer lucratieve diensten neer te zetten. De term *user-generated content* (UGC) slaat op allerhande informatie die door individuele gebruikers via internetdiensten wordt verspreid. Deze informatie (*content*) kan door de gebruikers *zelf* zijn vervaardigd of door *derden* (in dat geval spreekt men ook wel van *user-submitted content*). Diensten als Marktplaats, eBay, YouTube en Flickr bestaan bij de gratie van de door hun gebruikers geüploade informatie. De toenemende populariteit heeft ook een keerzijde: steeds vaker zien rechthebbenden van intellectuele-eigendomsrechten (hierna: IE-rechten) dat er via UGC-platforms inbreuk wordt gemaakt op hun rechten. De wet is voor het adequaat voorkomen van dit soort inbreuken niet altijd even helder. Hoe ver moet de dienst gaan om inbreuken te voorkomen? Kan de dienst gehouden zijn om bepaalde informatie preventief te filteren? Deze aspecten hangen af van de aard van de dienst.

Allereerst is de situatie denkbaar waarin een dienst zodanig actief en betrokken is bij de inhoud op haar website of platform, dat er sprake is van *direct* inbreukmakend handelen. De dienst functioneert in dat geval niet meer louter als een platform, maar veeleer als uitgever die (grotendeels) de inhoud bepaalt die via de dienst wordt aangeboden. Men spreekt ook wel van de term *content provider*. In een dergelijk geval is een maatregel tot preventief filteren altijd mogelijk. De inbreukmaker en de dienst vallen dan immers samen. In de tweede plaats kan een dienst *onrechtmatig* handelen door inbreuken structureel en stelselmatig te faciliteren. De dienst handelt dan in strijd met de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 lid 2 BW. Ten derde is het mogelijk dat een dienst überhaupt geen inbreuk maakt en ook niet onrechtmatig handelt (in strijd met de zorgvuldigheidsnorm), maar hem wel een specifieke maatregel of bevel kan worden opgelegd. Deze laatste situatie doet zich specifiek voor waar het gaat om inbreuken op IE-rechten op internet.

2. Notice-and-take-down (NTD)

UGC-platforms zijn pas aansprakelijk voor inbreuken op de IE-rechten van derden als zij onrechtmatig handelen. Wanneer de dienst functioneert als *host* (hij slaat informatie van

derden op) kan hij onder omstandigheden aansprakelijk worden geacht voor bepaalde content die door derden bij hem wordt opgeslagen. De dienst is dan schadeplichtig jegens de rechthebbende(n). Dit zal het geval zijn als wordt gehandeld in strijd met de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 lid 2 BW.² Echter, de Europese Richtlijn elektronische handel (kortweg: Richtlijn 2000/31/EG)³ heeft de aansprakelijkheid voor de hosting-dienst onder voorwaarden uitgesloten in artikel 14. Deze bepaling is in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd in artikel 6:196c lid 4. Het artikel ziet op diensten van de informatiemaatschappij, het begrip dat ook centraal staat in Richtlijn 2000/31/EG. Dit zijn diensten die, gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van een afnemer diensten verrichten.⁴

Het model voor hosting-diensten zoals de Richtlijn elektronische handel dat heeft geïntroduceerd kan worden gekenmerkt als *notice-and-take-down* (NTD). De dienst is op grond van artikel 6:196c lid 4 BW voor bij hem opgeslagen informatie niet aansprakelijk, indien hij: a. niet weet en in het geval van een schadevergoedingsactie niet redelijkerwijs behoort te weten dat de activiteit of informatie een onrechtmatig karakter heeft en b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt. 'Weten' betekent dat de dienst in redelijkheid niet aan de juistheid van de informatie/ waarschuwing met betrekking tot onrechtmatige content die zich op zijn netwerk bevindt, kan twijfelen. Overweging 42 van de considerans bij de Richtlijn elektronische handel spreekt van activiteiten die een 'louter technisch, automatisch en passief karakter' hebben, wil een dienst succesvol gevrijwaard zijn van aansprakelijkheid.⁵ Doet een dienst meer dan de reikwijdte van de bescherming die artikel 6:196c BW hem beoogt te geven, dan is een beroep op de vrijwaring niet mogelijk. Dat betekent niet dat de dienst daarmee *automatisch* aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Zijn aansprakelijkheid dient te worden gebaseerd op de daarvoor geldende criteria uit artikel 6:162 lid 2 BW, die overigens met name in de jurisprudentie zijn uitgewerkt.

¹ Mr. J.G. Reus is recent afgestudeerd aan de Universiteit Utrecht in de richting Privaatrecht en is werkzaam als jurist bij een mediabedrijf in Amsterdam.

² Voor een uitgebreide analyse van de aansprakelijkheid van internettenuspersoon voor de schade van derden zie: M. de Cock Buning & D. van Eek, 'Aansprakelijkheid van derden bij auteursrechtinbreuk', *IER* 2009/54; A.P. de Wit, 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders (Deel I)', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009/2, p. 37-42 en A.P. de Wit, 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid van internetproviders (Deel II)', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2009/3, p. 72-76.

³ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 (Richtlijn betreffende bepaalde juridische aspecten van diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt).

⁴ Zie artikel 3:15d BW.

⁵ Sinds HvJ EU 23 maart 2010, nr. C-236/08 t/m C-238-08 (*Google France*) moet worden aangenomen dat dit ook geldt voor hosting.

Artikel 15 Richtlijn 2000/31/EG verbiedt het opleggen van een algemene monitorverplichting aan diensten van de informatiemaatschappij. De diensten kunnen dus niet geacht worden alle informatie of communicatie te scannen op inbreuken of actief op zoek te gaan naar eventuele inbreuken.

3. Geen onrechtmatig handelen, wel mogelijkheid tot een verbod of bevel

Een bepaling waarop in het kader van bevelen en maatregelen tegen internettussenpersonen een beroep kan worden gedaan, is het met name vanwege de Handhavingsrichtlijn geïmplementeerde artikel 26d Aw⁶ en de merkenrechtelijke equivalent artikel 2.22 lid 6 BVIE.⁷ Dit is de derde situatie die in de inleiding werd besproken. Een succesvol beroep op deze bepalingen staat dus los van het eventuele onrechtmatig handelen van de dienst, zoals ook volgt uit artikel 6:196c lid 5 BW. De bepalingen uit de Handhavingsrichtlijn bieden de mogelijkheid om maatregelen (verbodsvorderingen) te vorderen tegen (internet)tussenpersonen wier diensten worden gebruikt om inbreuk te maken op IE-rechten. De Memorie van Toelichting bij artikel 26d Aw⁸ preciseert enigszins hoe de juiste toepassing van dit artikel dient plaats te vinden: de rechter moet zich afvragen 1. of de vordering geëigend is gezien het aandeel of de betrokkenheid van de tussenpersoon bij de inbreuk en of het met de vordering beoogde doel het belang van de rechthebbende opweegt tegen het nadeel dat of de schade die de vordering de tussenpersoon eventueel toebrengt; 2. of de tussenpersoon redelijkerwijs in staat is aan de vordering te kunnen voldoen, zonder daarvoor onevenredige kosten te moeten maken; 3. indien de tussenpersoon zelf geen inbreuk pleegt en het dagvaarden van de inbreukmaker evenzeer voor de hand ligt en even goed mogelijk is, dan zal de vordering tegen de tussenpersoon afgewezen dienen te worden en 4. de vordering tegen de tussenpersoon zal een zelfstandig doel moeten dienen dat niet op enig andere wijze te realiseren is via de inbreukmaker zelf.

4. Preventief filteren in de rechtspraak

Zoals gezegd is bij UGC-platforms de laatste jaren het heetste hangijzer de vraag of het betreffende platform op *eigen initiatief* moet voorkomen dat op de IE-rechten van derden inbreuk wordt gemaakt door gebruikers. Een platform zou daar volgens sommige rechthebbenden toe gehouden zijn omdat er sprake is *voortschrijdende kennis*.⁹

⁶ Al bestond voor het auteursrecht ook reeds de bepaling in artikel 8 lid 3 Auteursrechtlijn (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).

⁷ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 (Richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten).

⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26, MvT.

⁹ Vgl. L. Edwards, *Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights*, Genève: WIPO 2011, p. 56. Te raadplegen op www.wipo.int/copyright/en/internet_intermediaries/index.html.

Daarmee wordt bedoeld dat na een aantal NTD-notificaties bij het betreffende platform een lampje zou moeten gaan branden waar het gaat om het inbreukmakende karakter van bepaalde content. Een NTD-notificatie vertelt een dienst dat er in een *specifiek* geval sprake is van inbreuk, niet dat de dienst in abstracto onrechtmatig handelt of inbreuken faciliteert. In theorie zal een rechthebbende dus telkens wanneer bepaalde content wordt herplaatst die (vrijwel) identiek is aan reeds verwijderde content, een NTD-notificatie moeten indienen. De bij de dienst aanwezige voortschrijdende kennis van inbreukmakend materiaal zou dan een *notice-and-stay-down* kunnen verantwoorden, wat inhoudt dat vanaf dat moment de verplichting bestaat om er voor te zorgen dat eenmaal verwijderd inbreukmakend materiaal niet wordt teruggeplaatst.

In tegenstelling tot wat men bij het lezen van artikel 15 Richtlijn 2000/31/EG zou denken, is het opleggen van een beperkte monitorverplichting (filterverplichting) aan internettussenpersonen zoals UGC-platforms niet geheel uitgesloten. Allereerst geldt dat overweging 45, 46 en 47 Richtlijn 2000/31/EG duidelijk de mogelijkheid open laten om toezichtverplichtingen op te leggen in specifieke gevallen. Daarbij stelt artikel 6:196c lid 5 BW uitdrukkelijk dat een succesvol beroep op de vrijwaringsbepaling niet de mogelijkheid wegneemt een verbod of bevel te verkrijgen. Een beroep door rechthebbenden op de bepalingen die voortvloeien uit de Handhavingsrichtlijn is dus altijd mogelijk als een dienst op enigerlei wijze wordt gebruikt voor inbreuken. Hieronder zullen enkele voor het Nederlands recht relevante uitspraken worden besproken die met betrekking tot preventief filteren interessant zijn.

4.1 *Techno Design*

Techno Design exploiteerde de zoekmachine Zoekmp3.nl, die een index vormde van doorklikbare links naar mp3-bestanden van auteursrechtelijk beschermde werken. In die zin was Zoekmp3.nl geen UGC-platform. Het arrest *BREIN/Techno Design* legt de basis voor veel latere uitspraken, waar het gaat om het structureel faciliteren van auteursrechtinbreuk door internettussenpersonen.¹⁰ Het hof stelt vast dat het handelen van Techno Design niet op één lijn gesteld kan worden met dat van een host in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW. Daarvoor bemoeit Techno Design zich te veel met de inhoud van de website, handelt dus als een soort redacteur. Het exploiteren van een (mp3-)zoekmachine wordt op zichzelf niet gezien als onrechtmatig, omdat iedereen vrij moet zijn met een zoekmachine geld te verdienen. Echter, Techno Design wist dat de zoekmachine systematisch en structureel zou verwijzen naar ongeautoriseerde openbaarmakingen. Dit, en het feit dat Techno Design inkomsten verwierf met de website, welke inkomsten voornamelijk afhankelijk waren van het ongeautoriseerde materiaal waar zijn gebruikers naar op zoek zijn, is voor het hof reden om aan te nemen dat Techno Design in strijd handelt met de zorgvuldigheidsnorm (artikel 6:162 lid 2 BW).

¹⁰ Hof Amsterdam 15 juni 2006, *LJN* AX7579; *AMI* 2006/5, p. 173-179 m.nt. K.J. Koelman (*Techno Design/BREIN*).

De speelruimte die het hof hiermee geeft aan dergelijke gespecialiseerde zoekdiensten lijkt klein. Opvallend in deze zaak is dat het handelen van de dienst *in het algemeen* onrechtmatig wordt beschouwd. Het gaat niet over specifieke inbreuken.

4.2 Mininova

De Utrechtse rechtbank bepaalde in 2009 dat torrenthoster Mininova zich moet inspannen om te voorkomen dat bepaalde *torrentbestanden*, die door gebruikers worden geplaatst en anderen in staat stellen om auteursrechtelijk beschermde werken uit te wisselen, worden herplaatst, dan wel dat verwijzingen naar auteursrechtelijk beschermde werken middels *andere* torrentbestanden *opnieuw* worden aangeboden via het platform van Mininova.¹¹ Dit is een brede filterverplichting die kan worden gerechtvaardigd vanwege de handelswijze van Mininova. Het platform hanteerde namelijk wel een NTD-procedure en claimde daarmee te voldoen aan de eisen voor aansprakelijkheidsbeperking van artikel 6:196c lid 4 BW, maar de werkelijkheid was dat Mininova actief betrokken was bij de inhoud van haar website. Uit meerdere bewijsstukken bleek dat Mininova kennis heeft moeten hebben van concrete *verwijzingen*¹² naar inbreukmakende content. Daar kwam nog bij dat Mininova haar platform hierop heeft ingesteld. Haar rol was daarom per definitie breder dan die van *host*. Aantekening hierbij verdient wel het feit dat gebruikers van Mininova nooit auteursrechtelijke werken uploaden op of via Mininova zelf. Dit gebeurde immers via een BitTorrent-cliënt, een programma dat geschikt is om de torrentbestanden te openen en het uitwisselen van daadwerkelijke werken te doen plaatsvinden met andere gebruikers.¹³ De torrentbestanden zelf zijn geen 'werk' in de zin van de Auteurswet. Op de website van Mininova waren dus strikt genomen geen inbreukmakende werken te vinden.

4.3 L'Oréal/eBay

Het Europese Hof van Justitie heeft in 2011 een aantal belangrijke vragen beantwoord in een geschil tussen L'Oréal en de elektronische marktplaats eBay.¹⁴ In deze zaak ging het erom dat L'Oréal moest toezien dat via eBay vele namaak- en niet voor de Europese markt bedoelde producten via eBay in het Verenigd Koninkrijk werden aangeboden. L'Oréal wilde zien dat eBay een meer pro-actieve rol zou spelen in het tegengaan van dit aanbod. Daartoe vorderde L'Oréal dat aan eBay een maatregel zou worden opgelegd die in zou houden dat zij bij eenmaal verwijderde advertenties moet voorkomen dat soortgelijke inbreukmakende advertenties in de toekomst zouden worden teruggeplaatst. Een vorm van preventieve filtering dus.

De vrijwaring van aansprakelijkheid is volgens het Hof: 'van toepassing op de beheerder van een elektronische marktplaats wanneer deze geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over de opgeslagen gegevens. Genoemde beheerder heeft een dergelijke rol wanneer hij bijstand verleent die onder meer bestaat in het optimaliseren van de wijze waarop de betrokken verkoop-aanbiedingen worden getoond of het bevorderen daarvan.'¹⁵ Het gaat erom dat de dienst een neutrale positie behoudt tussen enerzijds de rechthebbenden die inbreuk claimen en anderzijds de gebruikers. Slechts dan kan sprake zijn van een vrijwaring van aansprakelijkheid op grond van de Richtlijn elektronische handel. Het Hof doet geen uitspraak over de aansprakelijkheid van eBay, dit is immers een zaak van nationaal recht. Wel zegt het Hof dat een dienst die dergelijke bijstand verleent alsnog gevrijwaard kan zijn van aansprakelijkheid en wel als hij strikt genomen voldoet aan artikel 14 Richtlijn 2000/31/EG. Als de dienst zich heeft beperkt tot een "louter technische en automatische gegevensverwerking" en geen "daadwerkelijke kennis heeft" van de onrechtmatige activiteit, of wanneer zij deze kennis wel heeft, prompt handelt en de informatie verwijderd, is een succesvol beroep op de vrijwaring mogelijk.¹⁶ Het gaat hierbij altijd om concrete gevallen en niet om kennis in het algemeen.

Wat betreft een bevel gericht tegen een elektronische Marktplaats zoals eBay is het hof is van oordeel dat lidstaten vanwege de Handhavingsrichtlijn en het arrest *Promusicae*¹⁷ moeten zorgen voor doeltreffende bescherming van IE-rechten. Dit betekent volgens het Hof dat van een dienst als eBay ook kan worden verlangd dat hij naast het beëindigen van bepaalde inbreuken, ook nieuwe inbreuken voorkomt.¹⁸ Het Hof ziet hiervoor steun in artikel 18 van de Auteursrechtlijn waarin is verwoord dat het aan de tussenpersoon is om te voorkomen dat betrokken belangen na het beëindigen van inbreuken verder worden geschaad.¹⁹ Hoe een maatregel of bevel er precies uitziet, wordt overgelaten aan nationaal recht. Het Hof overweegt dat het effectiviteitsbeginsel daarbij niet uit het oog mag worden verloren en de betrokken maatregel doeltreffend en afschrikwekkend moet zijn.²⁰

Een maatregel mag, zo benadrukt het Hof nogmaals, sowieso niet bestaan uit het actief surveilleren van alle gegevens van gebruikers.²¹ Ook wordt overwogen dat een maatregel opgelegd voor het voorkomen van toekomstige inbreuken geen belemmering mag scheppen voor legitiem handelsverkeer.²² Het schorsen van inbreukmakers is daarbij wel een mogelijkheid.²³

11 Rb. Utrecht 26 augustus 2009, L/JN BJ6008; IER 2009/60 (BREIN/Mininova).

12 In de vorm van torrentbestanden.

13 Zie o.a. B. Rietjens, 'Over leechers, seeds en swarms: auteursrechtelijke aspecten van BitTorrent', *AMI* 2006/1, p. 8-10.

14 HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09, *BIE* 2011/107, p. 334 m.nt. K.J. Koelman (*L'Oréal/eBay*).

15 *L'Oréal/eBay*, r.o. 116.

16 *Ibid.*, r.o. 119.

17 HvJ EU 29 januari 2008, nr. C-275/06 (*Promusicae*).

18 *L'Oréal/eBay*, r.o. 125-131.

19 *Ibid.*, r.o. 132.

20 *Ibid.*, r.o. 136.

21 Dit is namelijk in strijd met artikel 15 Richtlijn elektronische handel.

22 *L'Oréal/eBay*, r.o. 140.

23 *Ibid.*, r.o. 141.

4.4 Stokke/Marktplaats

In het recente arrest *Stokke/Marktplaats* pakte de beoordeling enigszins anders uit.²⁴ Dit geval toont overeenkomsten met de hierboven besproken zaak *L'Oréal/eBay*. Kinderstoelenfabrikant Stokke wilde graag zien dat Marktplaats uit zichzelf de advertenties verwijdert die inbreuk maken op haar auteursrechten, althans dat zij zelf het bedrijf zou inschakelen dat Stokke gebruikt om de NTD-procedure efficiënt te laten functioneren. Dat bedrijf spoort zelf inbreukmakende advertenties op en stelt Marktplaats daarvan op de hoogte. Het Hof Leeuwarden heeft vastgesteld vast dat Marktplaats gevrijwaard is van aansprakelijkheid omdat zij voldoet aan de eisen van art. 6:196 lid 4 BW. Er is immers een goed functionerende NTD-procedure. Stokke had een aantal factoren aangevoerd die zouden aangeven dat de rol van Marktplaats niet neutraal is: Marktplaats biedt de technische mogelijkheid om advertenties te plaatsen; verricht diensten tegen betaling; bepaalt hoe haar dienst wordt verleend en verstrekt daarnaast ook algemene inlichtingen. Het hof ziet daarin echter geen reden om aan te nemen dat Marktplaats geen neutrale positie inneemt. Ook de kennis verworven door een notificatie van een rechthebbende kan niet leiden tot een actieve rol. Dit zou logischerwijs het doel van de NTD-procedure ondermijnen.²⁵ Slechts wanneer de bijstand van Marktplaats er in *het bijzonder* in bestaat om de wijze waarop door gebruikers geplaatste advertenties worden getoond te optimaliseren of te bevorderen, kan worden aangenomen dat zij een actieve rol heeft gespeeld.²⁶ Dat Marktplaats haar dienst aantrekkelijk wil houden door gebruikers in staat te stellen hun advertenties te laten opvallen of middels een geautomatiseerd systeem derden in staat stelt advertenties te voorzien van reclameboodschappen doet hier niet aan af. Marktplaats maakt in die situatie zelf geen inhoudelijke afwegingen en blijft dus neutraal.²⁷ Daar gaat het om. Hier is dan ook een verschil te zien met de zaak *Mininova*, waar de hele dienst gericht was op het faciliteren van auteursrechtinbreuk.

Ondanks de vrijwaring van aansprakelijkheid bestaat, zoals we reeds zagen, de mogelijkheid tot het vorderen van een maatregel of bevel gebaseerd op de Handhavingsrichtlijn. De vorderingen van Stokke die gebaseerd zijn op art. 26d Aw (althans, het hof past dit art. ambtshalve toe in plaats van art. 6:162 lid 2 BW)²⁸ worden door het hof niet ingewilligd omdat deze niet proportioneel en evenredig zijn. Een verschil met *L'Oréal/eBay*, waar de verplichting tot het schorsen van inbreukmakende gebruikers als voorbeeld van een mogelijke maatregel werd genoemd, is dat i.c. geen sprake is van advertenties geplaatst door professionele handelaars maar door hoofdzakelijk particulieren. Zij maken op minder grote schaal inbreuk en vormen een minder grote bedreiging voor IE-rechthebbenden. Het hof ziet daarom

ruimte voor een nadere toets aan het evenredigheidsbeginsel.²⁹ Het hof acht het aannemelijk dat Stokke blijft samenwerken met het bedrijf dat de inbreuken opspoorde en de notificaties naar Marktplaats verstuurt. Stokke zal immers niet alleen herplaatste inbreukmakende advertenties verwijderen willen zien maar ook ander, 'nieuw' aanbod. Deze samenwerking tussen Stokke en het 'opsporingsbedrijf' ziet het hof reeds als een werkende 'maatregel'. De vorderingen van Stokke vormen zodoende een belemmering van het legitiem handelsverkeer en dat is in strijd met artikel 3 Handhavingsrichtlijn. Dit is een opvallend praktische benadering van het hof.³⁰ Stokke had graag gezien dat Marktplaats zou worden verplicht om zorg te dragen voor het voorkomen van nieuwe soortgelijke inbreuken op haar auteursrecht. Zo'n maatregel zou er volgens het hof op neerkomen dat Marktplaats zelf onevenredig meer kosten zou gaan maken voor een relatief zeer klein percentage van namaakstoelen-advertenties dat via Marktplaats wordt aangeboden.³¹ Stokke zou immers alsnog voor een deel van de advertenties notificaties moeten (laten) sturen, waardoor deze vordering van Stokke het probleem maar ten dele oplost, maar Marktplaats wel met aanzienlijke kosten opzadelt.

Het zou voor Marktplaats bovendien moeilijk zijn vast te stellen wanneer sprake is van auteursrechtinbreuk. Een advertentie die al enigszins afwijkt (denk aan een andere foto) is tenslotte al anders en niet meer 'identiek' aan een reeds verwijderde advertentie. De NTD-procedure heeft in dat opzicht een duidelijk voordeel ten opzichte van een benadering gebaseerd op *voortschrijdend inzicht*. Hier lijkt de grens van een mogelijk preventieve maatregel bereikt en Marktplaats kan haar NTD-procedure ook in de toekomst blijven gebruiken.

5. Toepassing van de Handhavingsrichtlijn

Desalniettemin blijft er onduidelijkheid bestaan over de specifieke maatregelen die op internettussenpersonen van toepassing kunnen zijn wanneer zij zelf geen inbreuk maken of inbreuken stelselmatig faciliteren bijdragen aan, of de mogelijkheid bieden tot inbreuken op IE-rechten, los van eventueel onrechtmatig handelen.³²

In zijn noot bij de zaak *FTD/Eyeworks* lijkt Koelman enige twijfels te hebben bij artikel 26d Aw waar het gaat om de zelfstandige grondslag voor op te leggen maatregelen.³³ De partij wiens dienst door derden wordt gebruikt om auteursrechtinbreuk te plegen, handelt niet per se onrechtmatig, daarvoor zijn aanvullende omstandigheden van belang.³⁴ De rechter die van oordeel is dat een dienst voor auteursrechtinbreuk wordt gebruikt, kan een verbod opleggen om-

24 Hof Leeuwarden 22 mei 2012, LJN BW6296 (*Stokke/Marktplaats*).

25 *Stokke/Marktplaats*, r.o. 5.3-5.5. Vgl. ook artikel 6:196c lid 4 onder a BW zoals boven besproken.

26 *Ibid.*, r.o. 5.6.

27 *Ibid.*, r.o. 5.7-5.9.

28 *Ibid.*, r.o. 7.12.

29 *Ibid.*, r.o. 5.3.

30 *L'Oréal/eBay*, r.o. 140 en *Stokke/Marktplaats*, r.o. 8.9 en 8.10.

31 *Stokke/Marktplaats*, r.o. 8.3-8.5.

32 Zo stelt ook de Europese Commissie in het evaluatierapport van de Handhavingsrichtlijn: Europese Commissie, *Toepassing van Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten*, 22 december 2010, p. 7.

33 Noot K.J. Koelman bij Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, IER 2011/28 (*FTD/Eyeworks*).

34 Vgl. *BREIN/Techno Design*.

dat de partij verplicht is iets te doen of na te laten (artikel 26d Aw jo. artikel 3:296 BW). Dat verbod zal de rechter volgens Koelman pas opleggen als hij van oordeel is dat de partij onrechtmatig handelt. Artikel 26d Aw heeft in die redenering geen zelfstandige betekenis, omdat de onrechtmatigheid van het handelen van de internettussenpersoon alsnog eerst moet worden bepaald, aldus Koelman. Kijkend naar de Handhavingsrichtlijn en het daarmee beoogde doel, lijkt onrechtmatig handelen echter geen vereiste voor een maatregel tegen een tussenpersoon op grond van artikel 26d Aw.³⁵ Sterker nog: de bepaling is bedoeld als een soort sluitpost en er kleeft dan ook een hoge bewijslast aan. Een dienst die onrechtmatig handelt zal hoe dan ook een bevel tot preventief filteren opgelegd kunnen krijgen. Een dienst die rechtmatig handelt en geen redactionele of inhoudelijke bemoeienis heeft met het aangeboden materiaal, kan alleen gehouden zijn tot maatregelen wanneer deze strenge eisen van evenredigheid, proportionaliteit, doeltreffendheid en afschrikwekkendheid doorstaan. Tegelijkertijd is dit de zwakte van de bepaling: genoemde eisen blinken inderdaad niet uit in duidelijkheid.

6. Voor- en nadelen van een maatregel bestaande uit een preventieve filterverplichting

Vaak zal het voor een UGC-platform lastig zijn om exact te bepalen welke content rechtmatig en welke onrechtmatig is. Het verschil tussen een echte en een namaak kinderstoel kan nu eenmaal klein zijn. Daar komt nog bij dat het preventief filteren van content niet zelden kostbaar zal zijn, zowel in tijd als in geld. Dit komt de dienstverlening van een dergelijk platform uiteindelijk niet ten goede. Tegenover deze nadelen staan de nadelen van rechthebbenden die in feite met dezelfde problemen worden geconfronteerd. Bij het telkens maar blijven versturen van notificaties en verzoeken tot het verwijderen van bepaalde informatie, zijn zij het die tijd en geld spenderen aan het 'schoon houden' van een UGC-platform. De vraag is dan: wie is eerder gehouden de IE-rechten van de rechthebbenden te handhaven? De internettussenpersoon of de rechthebbende zelf? Uitgangspunt blijft dat de rechthebbende van een IE-recht zelf verantwoordelijk is voor de handhaving ervan. Maar ook dit betekent zeker niet dat internettussenpersonen zoals UGC-platforms geen verantwoordelijkheid zouden hebben. Zij moet immers de zorgplicht van artikel 6:162 lid 2 BW in acht nemen of voldoen aan mogelijke bevelen op grond van artikel 26d Aw. De in het begin genoemde theorie van *voortschrijdende kennis* van een UGC-platform lijkt (nog) geen toepassing te vinden bij dergelijke geschillen, althans niet bij diensten die grotendeels rechtmatig handelen. Meer praktische argumenten tegen een (vergaande) preventieve filterverplichting zijn dat de internettussenpersoon, om zeker te zijn van aansprakelijkheidsvrijwaring of om

minder risico te lopen, misschien meer content filtert dan strikt noodzakelijk is. Er wordt dan ook legaal materiaal geblokkeerd voor gebruikers. Private censuur is dan niet ondenkbaar.³⁶ Dit neemt niet weg dat het filteren ten opzichte van de onrechtmatige informatie uiterst effectief is, maar dit eist dan wel zijn tol. Een tweede praktisch argument tegen een brede preventieve filterverplichting is het voordeel dat een NTD-procedure biedt. Een rechthebbende die een goed onderbouwde notificatie stuurt naar een UGC-platform of andere internettussenpersoon, zal de onrechtmatige informatie veelal prompt verwijderd of ontoegankelijk gemaakt zien worden. Deze gerichte aanpak van onrechtmatig materiaal verschaft de dienst specifieke informatie over bepaalde content waardoor hij beter in staat zal zijn te oordelen over de (on)rechtmatigheid ervan.³⁷

Al met al moet er ergens een midden gevonden worden tussen de belangen van de rechthebbenden en die van de UGC-platforms. Dit is niet eenvoudig. Wel kan worden opgemerkt dat de welwillendheid van de dienst en het percentage van het inbreukmakend materiaal dat via de dienst wordt verspreid ook een rol speelt. Zo is YouTube enige tijd begonnen met Content ID, een geautomatiseerd programma dat de inhoud van geüploade filmpjes kan herkennen. Mocht een filmpje zeer grote overeenkomsten vertonen met een filmpje (of beter gezegd: de inhoud daarvan) dat door rechthebbenden bij YouTube is aangeleverd (geluid of beeld) dan zal Content ID dat herkennen. Vervolgens kunnen rechthebbenden de keuze maken. Willen ze het filmpje laten staan, dan kunnen zij daarvoor een licentie verlenen en zullen zij meedelen in de winst van YouTube. Maar het is ook mogelijk om inbreukmakende filmpjes direct te laten verwijderen.³⁸ YouTube zal dan ook kunnen voorkomen dat in de toekomst identieke filmpjes worden teruggeplaatst. Als inbreukmakend materiaal is verwijderd zal dat worden aangegeven. Datzelfde geldt voor de situatie waarin de rechthebbende instemt met het plaatsen van een filmpje.

7. Conclusie

Hoe ver een UGC-platform precies moet gaan om de IE-rechten van derden te beschermen blijft afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Los van het regime voor de aansprakelijkheid voor bepaalde onrechtmatige informatie en de vrijwaring van die aansprakelijkheid (artikel 6:162 en 6:196c lid 4 BW) is de vraag welke maatregelen of bevelen er aan UGC-platforms kunnen worden opgelegd. Hierbij spelen naast juridische aspecten ook vaak financiële en praktische aspecten een rol, zoals bijvoorbeeld in *Stokke/Marktplaats*. Feit blijft dat een algemene en dus brede preventieve filterverplichting (monitorverplichting) vaak alleen wordt opgelegd aan diensten die zich in aanzienlijke mate met de inhoud van het bij hen aanwezige of dankzij

35 Vgl. artikel 11 Handhavingsrichtlijn jo. art. 8 lid 3 Auteursrechtlijn en T&C *Intellectuele eigendom*, commentaar op art. 26d Aw, onder 'Verbod tegen tussenpersoon'.

36 M.H.M. Schellekens, 'Internet-filteren – komt van het een het ander?', *Mediaforum* 2011/10, p. 286-294, p. 289.

37 *Ibid.*, p. 293.

38 Zie www.youtube.com/t/contentid.

hen uitgewisselde materiaal bemoeien en dus veeleer optreden als *content provider* dan als host.³⁹

Kortom: een UGC-platform kan er nooit helemaal zeker van zijn of een door een IE-rechthebbende gevorderde maatregel aangaande een preventieve filterverplichting jegens hem zal slagen of niet. *Stokke/Marktplaats* geeft daarvoor wel weer enige handvatten. Daarbij lijkt het onvermijdelijk dat rechthebbenden zelf op enigerlei wijze actief zullen moeten blijven in het opsporen en ter attentie brengen van inbreukmakend materiaal. Het betreffende platform zal vervolgens aan de hand van de bij hem ingediende informatie moeten bepalen welke stappen dienen te worden genomen. Zoals Van der Sloot al vaststelde: vaak heeft de internettussenpersoon de grootste verantwoordelijkheid bij (IE-)geschillen op internet en neemt hij als het ware plaats op de stoel van de rechter.⁴⁰ Het blijft uiteindelijk zaak een goede balans te vinden tussen de vrijheid van ondernemerschap enerzijds en de effectieve handhaving van IE-rechten anderzijds.

39 Zoals het geval was bij *BREIN/Mininova*.

40 B. van der Sloot, 'De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP op de stoel van de rechter', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2011/5, p. 136-140.