
Vergaderjaar 1998–1999

25 880

Wetgeving voor de elektronische snelweg

Nr. 7

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 7 september 1999

Tijdens een overleg met de vaste commissie voor Justitie van uw Kamer op 12 april jl. over de nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» (25 880, nr. 5), zegde ik toe een notitie op te stellen over de aansprakelijkheid van tussenpersonen. Hierbij zend ik u deze notitie.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

Notitie over de aansprakelijkheid van tussenpersonen op het Internet

1. Inleiding

De bestaande rechtsregels gelden zo enigszins mogelijk ook op het terrein van de elektronische snelweg. Dit is het uitgangspunt dat is geformuleerd in de nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» en in daarop aansluitende stukken aan de Tweede Kamer. Wat «off line» geldt, geldt ook «on line».

Dit uitgangspunt beheerst de juridische situatie van de aansprakelijkheid van tussenpersonen op het Internet. Ter aanduiding van deze tussenpersonen worden veelal termen gebruikt als «access provider», «service provider» en «provider». Dit zijn geen vastomlijnde begrippen en bedacht dient te worden dat het in de praktijk steeds zal gaan om de vraag wat de tussenpersoon in concreto heeft gedaan of nagelaten. In deze notitie wordt het algemene begrip «tussenpersoon» gehanteerd.

Gelet op het uitgangspunt is de vraag in verband met de aansprakelijkheid van tussenpersonen of de omstandigheden op het Internet zodanig zijn dat voor die situatie bijzondere voorzieningen nodig zijn. In de Inleiding op de antwoorden op de vragen van de Kamer naar aanleiding van de Nota Wetgeving voor de elektronische snelweg (Tweede Kamer 1998–1999, 25 880, nr. 3, p. 10) heb ik aangegeven dat de zorg voor een betrouwbaar rechtsverkeer bijzondere invulling kan vereisen of dat de handhaving van normen extra voorzieningen kan vergen. Daarop wordt in de navolgende hoofdstukken ingegaan.

Voor een goed begrip van het vraagstuk merk ik nog op dat

- a. in geval van een onrechtmatige inhoud steeds de zender aansprakelijk zal kunnen worden gehouden; die aansprakelijkheid is niet aan de orde in deze notitie, en
- b. dat de Nederlandse wetgeving niet een kwalitatieve aansprakelijkheid van tussenpersonen kent voor gedragingen van de zender van informatie, zodat een tussenpersoon alleen aansprakelijk kan zijn in geval van eigen onrechtmatig handelen of nalaten.

2. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen

2.1 Vereiste mate van zorg

In de Nota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» (p. 65–68) is ingegaan op de mogelijke civielrechtelijke aansprakelijkheid van de tussenpersoon uit onrechtmatige daad.

Zoals ook in de Nota (p. 67) gesteld, zal deze kwestie zich in de praktijk toespitsen op de vraag welke mate van zorg in de gegeven omstandigheden van de tussenpersoon kan worden geleverd ten aanzien van de belangen van derden. Het uitgangspunt moet immers zijn dat tussenpersonen niet zijn vrijgesteld van de normale regels van maatschappelijke zorgvuldigheid zoals die voor eenieder in het maatschappelijk verkeer gelden. Het recht vergt dat men in redelijkheid rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van anderen. Dit vergt steeds een afweging, waarbij de rechter aan zal knopen bij vergelijkbare gevallen en de daarvoor eventueel geschreven wetsbepalingen, bij algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen en bij branchegebruiken en codes.

In het algemeen wordt aangenomen dat de mate van zorg die in het maatschappelijk verkeer bij het verrichten van een bepaalde activiteit betaamt, met name afhankelijk is van:

- de aard en de omvang van de schade die als gevolg van de activiteit kan worden verwacht;
- de mate van waarschijnlijkheid dat deze schade op zal treden;
- de aard en het maatschappelijk nut van de activiteit;
- de mate van bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.

Daarop gedeeltelijk voortbouwend, reikt de Nota (p. 66) enkele niet limitatief bedoelde, meer op het specifieke geval van een tussenpersoon ziende, gezichtspunten aan ter beoordeling van de vraag of in een bepaald geval sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad van de tussenpersoon.

Welk gedrag onzorgvuldig is, kan niet in abstracto worden gezegd. De omstandigheden van het geval spelen daarbij een belangrijke rol. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat voor het aannemen van maatschappelijk onzorgvuldig gedrag *in ieder geval* nodig is dat betrokkene wist of moest begrijpen dat schade zou kunnen optreden als gevolg van zijn gedrag. Een rechtsplicht zich van een bepaalde handeling te onthouden bestaat dus in ieder geval niet voor zover schade als gevolg daarvan redelijkerwijs niet viel te voorzien. Toegespitst op tussenpersonen betekent dit dat tussenpersonen die zich beperken tot het enkele ter beschikking stellen van technische infrastructuur of de enkele geautomatiseerde doorgifte of opslag van aangeboden materiaal in het algemeen weinig te vrezen zullen hebben. Hetzelfde geldt ten aanzien van het nemen van maatregelen ter voorkoming van schade. Wil het niet nemen van deze maatregelen als onzorgvuldig kunnen worden aangemerkt, dan moet het nemen van die maatregelen ten minste feitelijk (technisch) mogelijk zijn en bovendien in de gegeven omstandigheden in redelijkheid van de tussenpersoon kunnen worden gevergd. Bij de huidige stand van de techniek zullen tussenpersonen in een aantal gevallen niet in staat zijn om maatregelen te nemen en veelal zullen zulke maatregelen lastig van de tussenpersoon kunnen worden gevergd, bijvoorbeeld omdat zij voor hem tot aanzienlijke kosten of ontregeling van de bedrijfsvoering leiden. Het niet nemen van die maatregelen zal in die gevallen dan ook in beginsel niet kunnen leiden tot een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

Een en ander sluit derhalve niet uit dat wanneer een aanbieder van informatie zich bij een tussenpersoon meldt voor de doorgifte van materiaal, de aanbieder aan de tussenpersoon bekend is in verband met in het verleden plaatsgevonden hebbende rechtsinbreuken en de tussenpersoon kort daarna van de zijde van belanghebbenden concrete aanwijzingen krijgt dat de aanbieder bezig is inbreukmakend materiaal op het net te zetten, aansprakelijkheid kan worden aangenomen. Gesteld immers dat de tussenpersoon het materiaal dan willens en wetens doorgeeft en de werkelijk belanghebbende een grote schade lijdt, valt voorshands niet in te zien waarom in een dergelijk geval de tussenpersoon hiervoor onder geen enkele omstandigheid aansprakelijk zou mogen worden gehouden. Ook is niet uitgesloten dat de ontwikkeling van de techniek zodanig zal zijn dat tussenpersonen in de toekomst wel degelijk gemakkelijk op de hoogte kunnen zijn van hetgeen zij doorgeven of opslaan en tevens op eenvoudige en selectieve wijze daartegen kunnen optreden.

2.2 Controle vooraf en belang van informatievoorziening

In kringen van tussenpersonen bestaat een zekere angst dat zij gehouden zijn tot bepaalde vormen van controle vooraf op hetgeen zij doorgeven of (tijdelijk) opslaan.

Ik ben van mening dat naar geldend recht de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer van tussenpersonen mag worden verwacht een dergelijke algemene gehoudenheid niet meebrengt. Dit laat uiteraard

onverlet dat een zekere onderzoeksplicht wel kan bestaan in bijzondere gevallen, waarin de tussenpersoon in verband met de gerechtvaardigde belangen van derden gegronde redenen heeft te twijfelen aan de rechtmatigheid van hetgeen hij doorgeeft of (tijdelijk) opslaat. Voorts rijst regelmatig de vraag wat een tussenpersoon behoort te doen indien hij wordt gewezen op het onrechtmatig karakter van hetgeen hij doorgeeft of (tijdelijk) opslaat. In die gevallen komt de tussenpersoon te staan voor de afweging van het belang van (potentieel) door de onrechtmatige informatie gelaedeerden enerzijds en het belang van afnemers van die informatie – doorgaans zijn contractuele wederpartijen – en, in het verlengde daarvan, het belang van de informatievrijheid en het voorkomen van onwenselijke vormen van inhoudscontrole vooraf anderzijds. Ik ben van mening dat het belang van de vrije uitwisseling van informatie in de maatschappij en de steeds belangrijker rol die de elektronische snelweg daarin speelt, naar geldend recht meebrengen dat van een tussenpersoon in beginsel slechts zal kunnen worden gevergd dat hij de informatie verwijdert of ontoegankelijk maakt, indien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan aan het onrechtmatig karakter daarvan. De op dit punt voorhanden zijnde rechterlijke uitspraken wijzen ook in deze richting. Ook het feit dat de tussenpersoon een belangrijke functie vervult in de publieke informatievoorziening zal in de meeste gevallen behoren tot de relevante omstandigheden van het geval. Te verwachten valt daarom dat tussenpersonen bij de rechter een willig oor zullen vinden, waar het gaat om de erkenning van de belangrijke rol die zij in de publieke informatievoorziening spelen en dat derhalve doorgaans niet van hen verwacht kan worden dat zij informatie verwijderen of ontoegankelijk maken op grond van de enkele mededeling van een derde dat de door hen doorgegeven of opgeslagen informatie onrechtmatig of illegaal is.

2.3 Voorkeur voor rechtsontwikkeling door de rechter

De Nota komt op grond van dit alles tot de conclusie, en ik deel deze, dat de rechtsontwikkeling op dit punt vooralsnog aan de rechter overgelaten wordt. Deze conclusie hangt voorts samen met het volgende. Er is sprake van een nieuwe feitelijke situatie, waarvan wel duidelijk is dat het recht – en de rechter – daarmee bij wijze van spreken ervaring moet opdoen, maar niet dat daarvoor nu reeds nieuw recht nodig is. Met de algemene zorgvuldigheidsnorm is het de afgelopen decennia in mogelijk gebleken adequaat te reageren op de bij nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen horende nieuwe aansprakelijkheidsvragen.

Ook zijn de aan het aansprakelijkheidsrecht inherente belangenafwegingen sterk aan de concrete omstandigheden van het geval gekoppeld en kunnen zij derhalve maar zeer ten dele in gedetailleerde regelgeving worden vertaald. In ieder geval kan dit pas als voldoende zicht op en inzicht in de te reguleren maatschappelijke activiteit zelf bestaat. Gelet op de snelle en onvoorspelbare ontwikkelingen op het onderhavige gebied is dit vooralsnog niet het geval. De rechter heeft betere mogelijkheden om snel en flexibel op maatschappelijke ontwikkelingen in te spelen dan de wetgever.

2.4 Auteursrecht, naburige rechten en aansprakelijkheid van tussenpersonen

De aansprakelijkheid van tussenpersonen voor inbreuk op auteursrecht en naburige rechten is enerzijds ingebed in de algemene discussie over aansprakelijkheid van tussenpersonen, en wordt anderzijds bepaald door de discussie over de toepassing van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij. Daarop ga ik hier nader in.

a. Geen bijzondere regeling voor aansprakelijkheid ten gevolge van inbreuk op auteursrecht en naburige rechten

Ik ben van mening dat er geen aanleiding is een bijzondere regeling te bepleiten voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen tengevolge van inbreuk op auteursrecht of naburige rechten door derden. Dat wil zeggen dat de algemene aansprakelijkheidsregels die voortvloeien uit het burgerlijk recht ook van toepassing zijn bij inbreuk op het auteursrecht en naburige rechten. In het kader van de regels inzake onrechtmatige daad moet een antwoord worden gevonden op de vraag welke zorg in de omstandigheden van het geval van de tussenpersoon mag worden verwacht. In zoverre kan verwezen worden naar het onderdeel van deze nota waarin op de civielrechtelijke aansprakelijkheid wordt ingegaan. Dat is het standpunt dat door mij ook wordt verdedigd in het kader van het – inmiddels gewijzigd – EG-richtlijnvoorstel tot harmonisatie van bepaalde aspecten van auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij¹ en is neergelegd in de beleidsbrief die ik samen met de staatssecretaris van OCW op 10 mei jl. over dat richtlijnvoorstel heb verzonden naar de Tweede Kamer². Het is ook het standpunt van de Europese Commissie.

b. Aansprakelijkheid van tussenpersonen voor inbreuk op auteursrecht of naburige rechten

Het tweede aspect, zoals dat in het kader van het gewijzigd richtlijnvoorstel auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij aan de orde is, is de situatie wanneer een tussenpersoon handelingen verricht waarvoor toestemming van de rechthebbende is vereist. Reeds op de diplomatieke conferentie van december 1996 georganiseerd in het kader van de World Intellectual Property Organisation – waarop twee verdragen over auteursrecht en naburige rechten met betrekking tot de digitale omgeving zijn aanvaard – is het beginsel aanvaard dat het enkel verschaffen van de fysieke faciliteiten om de communicatie mogelijk te maken niet op zichzelf als «openbaarmaking» in de zin van het auteursrecht is aan te merken³. Kort gezegd, voor dergelijke diensten kan geen auteursrechtelijke vergoeding worden geheven. Onderdeel van het gewijzigd richtlijnvoorstel inzake auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij is een bepaling volgens welke de loutere terbeschikkingstelling van materiele faciliteiten die het mogelijk maken een communicatie te verrichten, geen mededeling aan het publiek in de zin van de richtlijn vormt. Het verschaffen van computers, het aanleggen van kabels of het in werking hebben van een netwerk zijn op zichzelf geen handelingen die de tussenpersoon op grond van het auteursrecht aansprakelijk maken.

3. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen op het Internet

3.1 Inleiding

De vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen op Internet is al enige tijd voorwerp van discussie. Mijn ambtsvoorganger kondigde reeds een wetsvoorstel aan waarin (onder andere) dit onderwerp nader zou worden geregeld. Onlangs heb ik dit wetsvoorstel («computercriminaliteit II») bij de Tweede Kamer ingediend (Tweede Kamer 1998–1999, 26 671, nrs. 1–2). In de memorie van toelichting daarop wordt uitvoerig bij de onderhavige kwestie stilgestaan. Om doublures te voorkomen zal ik in deze notitie volstaan met een schets van de algemene regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid en van de hoofdlijnen van de in het wetsvoorstel computercriminaliteit II voorgestelde regeling.

¹ Publ.EG 28 mei 1999, C/150 (A4-0026/99, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (COM(97)0628 – C4-0079/98 97/0359/(COD)).

² Kamerstukken II 26 538.

³ Trbl. 1998, 247 en 248.

Van strafrechtelijke aansprakelijkheid van een bepaalde persoon is sprake wanneer a. een bepaalde gedraging van die persoon valt in de termen van een wettelijke delictsomschrijving, b. die gedraging onrechtmatig («wederrechtelijk») is (dat wil zeggen niet wordt gerechtvaardigd door bijvoorbeeld een noodtoestand) en c. van die gedraging aan de betrokken persoon een verwijt kan worden gemaakt (verwijtbaarheid of schuld). In dat geval kan de strafrechter die persoon wegens dat strafbaar feit veroordelen en hem daarvoor straf opleggen (zie art. 350 Sv). Uit de reeks voorwaarden blijkt dat de grenzen van aansprakelijkheid primair worden getrokken door de wettelijke omschrijving van het strafbaar feit. Bij het ene delict zijn die grenzen ruimer dan bij het andere. Soms is bijvoorbeeld opzettelijk handelen vereist («willens en wetens»), soms is «redelijkerwijs moeten vermoeden» (dat een bepaald gevolg intreedt) voldoende. De vraag of iemand door zijn handelen of nalaten een delictsomschrijving heeft vervuld, omvat mede de vraag naar het «daderschap»: welke persoon is verantwoordelijk te achten voor de betrokken gedraging in de zin dat zij hem als dader kan worden toegerekend.¹ Doorgaans zeker bij personen die eigenhandig een bepaalde handeling hebben verricht, levert deze toerekening geen problemen op. Soms zijn daarvoor echter enkele schakels nodig, bijvoorbeeld wanneer iemand achter de schermen aan de touwtjes trekt. Hierbij komt dat de strafwet het daderschap niet beperkt tot één persoon, maar kent een kring van personen die al naargelang hun aandeel in het strafbaar feit daarvoor veroordeeld kunnen worden. Artikel 47 Sr noemt bijvoorbeeld de pleger, de medepleger en de uitlokker en artikel 48 noemt de medeplichtige. Voor beantwoording van de vraag wanneer een gedraging aan iemand als pleger, medepleger enz. kan worden toegerekend, zijn in de rechtspraak verschillende criteria ontwikkeld. Ten minste is daarvoor een zekere beschikkingsmacht vereist: wie geen enkele macht heeft over wat er gebeurt, kan niet als dader worden aangemerkt wanneer zich een strafbaar feit mocht voordoen (vgl. ook het bekende IJzerdraad-arrest, HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378). Ook echter als een persoon wel als dader kan worden aangemerkt, is hij daarmee nog niet aansprakelijk: zoals gezegd dient er daarnaast nog sprake te zijn van wederrechtelijkheid en schuld.

De hier geschetste aansprakelijkheidsregels (betreffende daderschap, wederrechtelijkheid en schuld) maken geen onderscheid naar verschillende *typen personen*. Zoals reeds in de inleiding gesteld gaat het om de vraag voor welke gedragingen een bepaalde persoon als dader kan worden gestraft. Het antwoord op die vraag is sterk afhankelijk van de situatie en van de omstandigheden van het geval. Soms kan alleen de feitelijke uitvoerder van een strafbaar feit worden gestraft, soms ook de directeur van het bedrijf waarin het feit heeft plaatsgevonden en soms ook het bedrijf zelf (zie ook art. 51 Sr betreffende de strafbaarheid van rechtspersonen).

De strafrechtelijke aansprakelijkheidsregels zijn in verschillende situaties goed toepasbaar gebleken en hebben bij het ontstaan van nieuwe fenomenen (bijv. in het economisch verkeer) steeds tot aanvaardbare uitkomsten geleid. Ik zie niet dat dat thans bij Internet – met al zijn nieuwe soorten economische activiteiten – anders is. Ook voor tussenpersonen op Internet behoren overeenkomstig het uitgangspunt «off line=on line», de normale regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid te gelden. Dat wil zeggen dat zij alleen voor een in de termen van de strafwet vallend feit gestraft kunnen worden, indien dat feit aan hen als dader kan worden toegerekend, wederrechtelijk is en aan hen daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Gelet op de aard van de rol van de tussenpersonen zal daarbij vooral de figuur van de medeplichtigheid in aanmerking komen: het opzettelijk behulpzaam zijn bij of opzettelijk gelegenheid, middelen of

¹ Analytisch kunnen de verschillende vragen in verband met strafrechtelijke aansprakelijkheid worden onderscheiden. In de praktijk, bij de beantwoording van de vraag of iemand daadwerkelijk strafrechtelijk aansprakelijk is, zullen ze echter soms samenvallen. Dit is afhankelijk van de wettelijke omschrijving van het delict en de formulering van de tenlastelegging.

inlichtingen verschaffen tot het plegen van een misdrijf (art. 48 Sr). Daarbij geldt dat hoe beperkter de rol is die een tussenpersoon speelt bij de strafbare doorgifte of verspreiding van bepaalde informatie, des te minder snel hij als medeplichtige strafrechtelijk aansprakelijk zal kunnen worden gesteld. Tussenpersonen die zich beperken tot het enkele ter beschikking stellen van de technische middelen die noodzakelijk zijn voor de overdracht van of toegang tot bepaalde informatie (het «doorgeefluik»), zonder kennis van de inhoud van die informatie en zonder reële mogelijkheid tot ingrijpen, kunnen niet strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, omdat de betrokken strafbare gedraging niet aan hen als dader zal kunnen worden toegerekend.

Behalve de voorwaarde van daderschap vereist ook de voorwaarde dat de betrokken (tussen)persoon een verwijt van de strafbare gedraging kan worden gemaakt, in dit verband bijzondere aandacht. Soms moet hiervoor opzet worden bewezen (bijvoorbeeld bij de figuur van medeplichtigheid), soms moet «redelijkerwijs moeten vermoeden» – ook wel omschreven als aanmerkelijke onvoorzichtigheid – worden bewezen en soms is voldoende dat vaststaat dat de dader een verwijt kan worden gemaakt (zonder dat dit hoeft te worden bewezen); een en ander is afhankelijk van de delictsomschrijving. Aangezien van tussenpersonen op Internet redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij alle informatie die «door hun handen» gaat vooraf controleren, zal dergelijke aanmerkelijke onvoorzichtigheid (laat staan opzet) niet snel kunnen worden aangenomen. Hun zal pas een verwijt kunnen worden gemaakt wanneer zij duidelijke aanwijzingen hebben dat zich via of op hun computer een strafbaar feit voltrekt en desalniettemin niet onmiddellijk maatregelen treffen ter voorkoming van verdere verspreiding. Dergelijke aanwijzingen kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit regelmatige meldingen van hun klanten of uit een signaal van de politie. Een algemene plicht voor tussenpersonen om systematisch vooraf alle informatie te controleren – bij schending waarvan zij aansprakelijk zouden zijn – kan zeker niet uit het strafrecht worden afgeleid. Dit zou neerkomen op een vorm van gedwongen zelfcensuur, die in strijd is met een van de grondgedachten van ons staatsbestel.

Mijn conclusies voor het strafrecht zijn grotendeels gelijklopend aan die voor het privaatrecht. Voor tussenpersonen op Internet behoren de normale regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid te gelden. De vrees voor het (al te) snel ontstaan van aansprakelijkheid is niet gerechtvaardigd. Met name de tussenpersonen die zich beperken tot het enkele ter beschikking stellen van de technische middelen die noodzakelijk zijn voor de overdracht van of toegang tot bepaalde informatie, zonder kennis van die informatie en zonder reële mogelijkheid tot ingrijpen, zullen in het algemeen niet strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Ook in die gevallen echter is strafrechtelijke aansprakelijkheid niet geheel uitgesloten, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

3.3 Het wetsvoorstel computercriminaliteit II

In het wetsvoorstel computercriminaliteit II wordt in een nieuw artikel 53 Sr een bijzondere vervolgingsuitsluitingsgrond voorgesteld ten behoeve van tussenpersonen voor zover zij een rol spelen bij de openbaarmaking en verspreiding van bepaalde uitingen. De voorgestelde regeling komt er op neer dat tussenpersonen, als zij aan bepaalde zorgvuldigheidseisen voldoen, niet vervolgd kunnen worden voor hun betrokkenheid bij een strafbaar feit, ook al zijn ze naar de normale regels aansprakelijk. De regeling heeft een beperkt bereik en geldt alleen voor de aansprakelijkheid wegens het openbaren en verspreiden van *uitingen* die in een aantal bepalingen van het Wetboek van Strafrecht strafbaar zijn gesteld *wegens de inhoud* (zoals discriminatie, belediging, kinderporno). Ze geldt dus niet

voor de (strafbare) doorgifte van materiaal waarmee wat de inhoud betreft niets mis is, zoals de strafbare inbreuk op het auteursrecht van een ander. De ratio van de regeling, die voortbouwt op de reeds bestaande vervolgingsuitsluitingsgrond voor uitgevers en drukkers, is gelegen in de bescherming van de vrijheid van meningsuiting en in de wens om zoveel mogelijk te voorkomen dat tussenpersonen overgaan tot zelfcensuur op de uitingen die zij doorgeven. De regeling is «techniekonafhankelijk» geformuleerd en geldt zowel voor klassieke tussenpersonen, zoals uitgevers en boekhandels, als voor «elektronische» tussenpersonen.

De voorgestelde bijzondere wettelijke regeling heeft dus een specifieke grondslag en geldt alleen voor bepaalde delicten, de uitings- en verspreidingsdelicten. Bij deze delicten, zoals racisme en kinderporno, dient de toepassing van het strafrecht vooral te zijn gericht op het vinden van de bron en het beëindigen van de verspreiding, in plaats van op het straffen van de tussenpersonen. De in het wetsvoorstel computercriminaliteit II voorgestelde voorwaarden voor uitsluiting van vervolging van tussenpersonen zijn dan ook op deze doelstellingen gericht. Voor de details en verdere onderbouwing van deze regeling verwijs ik naar het meergenoemde wetsvoorstel.

4. Internationale ontwikkelingen

4.1 Inleiding

Het vraagstuk van de aansprakelijkheid van tussenpersonen staat ook internationaal reeds geruime tijd op de agenda, onder meer bij de OESO en bij de Europese Unie.

Heldere uitgangspunten zijn neergelegd in de ministeriele verklaring van juli 1997 te Bonn, naar aanleiding van een ministeriele conferentie, onder auspiciën van de Europese Commissie. Deze verklaring stipuleert over de aansprakelijkheid onder meer het volgende¹.

«Ministers underline the importance of clearly defining the relevant legal rules on responsibility for content of the various actors in the chain between creation and use. They recognise the need to make a clear distinction between the responsibility of those who produce and place content in circulation and that of intermediaries.» Meer in het bijzonder gaat het er daarbij om het volgende.

- Gemeenschappelijke juridische principes zijn nodig om een «level playing field» te bereiken.
- Geen algemene verantwoordelijkheid voor tussenpersonen en in ieder geval geen onredelijke, disproportionele eisen.
- Geen voorafgaande controles door tussenpersonen, tenzij zij op redelijke gronden redenen hebben om te weten dat de via hun systemen lopende informatie illegaal is.
- Aansprakelijkheidsregels moeten uiting geven aan de vrijheid van meningsuiting en publieke en private belangen respecteren.

Het kabinet kan zich goed in deze – algemene – uitgangspunten vinden over de aansprakelijkheid van tussenpersonen.

4.2 EG-richtlijn elektronische handel

Op Europees niveau zijn deze uitgangspunten uitgewerkt in een voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake bepaalde juridische aspecten van de elektronische handel in de interne markt². Volgens de Commissie is het noodzakelijk dat de communautaire wetgever zich deze materie aantrekt omdat hierover volgens haar in de Gemeenschap grote

¹ Global Information Networks: Ministerial Conference Bonn 6–8 July 1997: Ministerial Declaration, 41–43.

² PbEG 1999, C 30.

rechtsonzekerheid bestaat en bovendien verschillende lidstaten allerlei nationale wetgevingsinitiatieven ontplooien. De richtlijn is volgens de commissie een horizontale regeling en derhalve van toepassing op zowel het civiele recht als het strafrecht.

In de richtlijn worden drie typen activiteiten van tussenpersonen onderscheiden met verschillende aansprakelijkheidsregimes:

1. de loutere transmissie van informatie (*mere conduit* of doorgeefluik) inclusief het verschaffen van toegang tot het communicatienetwerk (art. 12)
2. de zogenaamde *caching*, waarbij de dienstverlener bepaalde door hem aan een afnemer doorgegeven informatie tijdelijk opslaat, opdat die informatie later eenvoudiger of sneller aan andere afnemers van de dienst kan worden doorgegeven (art. 13) en
3. de *hosting*, de opslag van informatie op verzoek van een afnemer (art. 14).

De artikelen 12 tot en met 14 schrijven de lidstaten voor om in hun wetgeving te bepalen dat de aansprakelijkheid van dienstverleners zich bij de genoemde typen activiteiten niet tot de doorgegeven of opgeslagen informatie uitstrekt, mits aan bepaalde in die artikelen omschreven voorwaarden is voldaan.

Daarbij nemen de aan de respectievelijke activiteiten gestelde voorwaarden voor uitsluiting van aansprakelijkheid in zwaarte toe. Voor het echte doorgeefluik – dat wil zeggen de tussenpersoon die a. niet degene is van wie de informatie stamt, b. de afnemer van de informatie niet heeft geselecteerd en c. de doorgegeven informatie niet heeft geselecteerd en gewijzigd – resteert feitelijk geen enkele aansprakelijkheid.

Bij de host-diensten blijft nog enige ruimte voor aansprakelijkheid bestaan. Uitsluiting van aansprakelijkheid geschiedt onder de voorwaarden a. dat de tussenpersoon niet daadwerkelijk weet dat de activiteit illegaal is of b. dat hij, zodra hij het wel te weten komt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. De aan de *cache service* gestelde voorwaarden houden qua zwaarte ongeveer het midden tussen de voorwaarden aan het doorgeefluik en die aan de host. Zij hebben onder andere betrekking op het regelmatig updaten van de cache kopie en het prompt verwijderen daarvan zodra de tussenpersoon kennis krijgt van de verwijdering van de informatie aan de oorspronkelijke bron.

Art. 15 van de richtlijn, tot slot, verbiedt de lidstaten om tussenpersonen een algemene verplichting op te leggen om toezicht te houden op de informatie die zij doorgeven of opslaan, of om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Deze bepaling strekt ertoe (zelf)censuur te voorkomen.

Ik steun de poging van de Commissie om regels te maken over de aansprakelijkheid van tussenpersonen. Zo is het terecht dat zij ook aandacht heeft besteed aan de tussentijdse en kortdurende opslag van informatie ter voltooiing van het transport en dat zij die heeft ondergebracht bij de *mere conduit* (zie art. 12 lid 2). Voorts hecht ik belang aan een generieke regeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Een goede algemene regeling maakt aansprakelijkheidsregels voor specifieke rechtsgebieden, zoals voor het auteursrecht, overbodig.

Toch heb ik enkele bezwaren tegen de uitwerking van de aansprakelijkheidsregeling.

Ten eerste is de vraag of de verschillende activiteiten van tussenpersonen wel zo scherp zijn te onderscheiden. Ik acht een gedetailleerde regeling van de *cache service*, voor zover het gaat om een kortdurende technische

opslag die er louter toe strekt toegang tot een databestand te versnellen, niet zinvol. Zij is in het bijzonder te techniek-afhankelijk.

Ten tweede is mijn bezwaar dat de Commissie tussenpersonen in bepaalde situaties een categorische uitsluiting van aansprakelijkheid verleent waarvan men kan betwijfelen of die onder alle omstandigheden gerechtvaardigd is. Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is wat dit betreft meer open.

De beperking van de aansprakelijkheid van tussenpersonen komt erop neer, dat een tussenpersoon niet volgens nationaal civiel recht van de lidstaat aansprakelijk kan worden gehouden indien hij bij zijn activiteiten blijft binnen bepaalde, in de richtlijn omschreven, *feitelijke* grenzen. Daarbij spelen hetgeen de tussenpersoon daadwerkelijk omtrent het door te geven materiaal weet en hetgeen hij ter voorkoming van schade van derden redelijkerwijs zou kunnen doen geen enkele rol. Denkbaar is dat een tussenpersoon daadwerkelijk op de hoogte was van het illegale of onrechtmatige karakter van het door te geven materiaal en ook zeer wel in staat was iets te doen ter voorkoming van de schade, maar desondanks niet aansprakelijk kan worden gehouden omdat zijn activiteiten binnen de gestelde feitelijke grenzen zijn gebleven. Gelet op de positionering van deze kwestie in het algemene aansprakelijkheidsrecht houd ik dat voorshands voor minder wenselijk, al is uit het voorgaande tevens duidelijk dat dit bezwaar zich naar verwachting slechts in een kleine minderheid van de gevallen zal laten gevoelen. Voorts dient te worden bedacht dat het richtlijnvoorstel alleen betrekking heeft op de vraag of een tussenpersoon schadevergoeding verschuldigd kan zijn. Het ontwerp laat de mogelijkheden van het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel onverlet, zodat het er niet aan in de weg staat dat belanghebbenden langs die weg optreden om (verdere) schade te voorkomen.

De bezwaren tegen de door de Commissie voorgestelde aansprakelijkheidsregeling gelden niet alleen het privaatrecht maar ook het strafrecht. Zoals hierboven is aangegeven, is ook het (Nederlandse) strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht «open», in die zin het niemand categorisch uitzondert van strafbaarheid, ongeacht diens wetenschap of diens mogelijk-

heden om bepaald (strafbaar) gedrag te voorkomen. Ook de in het meergenoemde wetsvoorstel computercriminaliteit II voorgestelde aansprakelijkheidsregeling voor tussenpersonen gaat hier vanuit. Het voorstel van de Commissie maakt op dit open karakter van het aansprakelijkheidsrecht een uitzondering. Ten onrechte, naar mijn oordeel.

Afgezien van dit inhoudelijke bezwaar is het de vraag of de Europese Unie bevoegd is in het kader van de eerste pijler regels te stellen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ik ben van mening dat dit onderwerp – dat de kern van het materiële strafrecht raakt – in beginsel thuishoort bij de autonome nationale wetgever, behoudens de noodzaak tot internationale samenwerking teneinde de handhaving van nationale aansprakelijkheidsregels mogelijk te maken. Zo er op Europees niveau iets moet gebeuren, dan lijkt samenwerking in het kader van de derde pijler meer geëigend. Overigens brengt de juridische dienst van de Europese Commissie binnenkort op verzoek van de Nederlandse regering advies uit over de rechtsbevoegdheid om de strafrechtelijke aansprakelijkheid in het kader van de eerste pijler te regelen.

Indien het voorstel van de Commissie ongewijzigd tot richtlijn zou worden verheven, zou het wetsvoorstel computercriminaliteit op dit punt opnieuw moeten worden bezien. Het is mogelijk dat dat tot wijziging van het daarin voorgestelde artikel 53 Wetboek van Strafrecht zou leiden.

Het richtlijnvoorstel bevat een door de lidstaten verplicht in hun nationale wetgeving op te nemen beperking op het auteursrecht en de naburige rechten opgenomen ten behoeve van – kort gezegd – puur «technische» kopieën. Daaronder kunnen ook bepaalde, zogenaamde «chaching»-handelingen vallen zodat voor die handelingen niet vooraf toestemming nodig is of een vergoeding moet worden betaald. Daarmee zijn tussenpersonen en de gebruikers van Internet gebaat, aangezien deze handelingen van groot belang zijn voor het vlot en ongestoord verlopen van Internet-verkeer en computergebruik. Deze uitzondering geldt in het voorstel ongeacht de vraag of het gaat om materiaal dat met toestemming van de rechthebbende ter beschikking is gesteld of niet. Dat acht ik juist omdat het immers gaat om de vraag of op dergelijke handelingen het exclusieve recht van de maker of diens rechtverkrijgende van toepassing is en of de rechthebbende daarvoor toestemming moet verlenen. Die vraag behoort uitdrukkelijk te worden onderscheiden van die naar de aansprakelijkheid voor betrokkenheid bij de verspreiding van onrechtmatig materiaal.

In het kader van de onderhandelingen over het gewijzigd richtlijnvoorstel auteursrecht en naburige rechten in de informatiemaatschappij wordt van sommige kanten bepleit dat deze beperking op het auteursrecht ten behoeve van puur «technische kopieën» slechts geldt ingeval het gaat om doorgifte van beschermd materiaal waartoe de rechthebbende toestemming heeft verleend. In dat geval zou er echter een ander en mijns inziens veel strenger aansprakelijkheidsregime voor inbreuk op auteursrecht gelden dan volgens de algemene regels. Ik zie daartoe geen aanleiding. Het zou ook indruisen tegen het in het EG-richtlijnvoorstel elektronische handel neergelegde beginsel dat tussenpersonen niet gehouden zijn toezicht te houden op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden, te gaan zoeken. De algemene regels bieden ruimte voor onderlinge afspraken tussen rechthebbenden en tussenpersonen over procedures aan de hand waarvan onrechtmatig materiaal wordt gesignaleerd, geïdentificeerd en zonodig verwijderd.

5. Samenvatting en conclusies

Globaal kunnen uit het voorgaande de volgende conclusies worden getrokken. De bestaande algemene normen over aansprakelijkheid blijken voorshands te voldoen. Ze zijn flexibel genoeg voor de wereld «on line». Voorts lijkt mij de vrees dat al snel sprake zou zijn van aansprakelijkheid van providers, ongerechtvaardigd, met name de tussenpersonen die zich beperken tot het enkele ter beschikking stellen van de technische infrastructuur.

In het civiel recht heeft de tussenpersoon in beginsel weinig te vrezen; tussenpersonen dienen zich te houden aan de normale regels van maatschappelijke zorgvuldigheid. Daarbij zal voor de aansprakelijkheid steeds een belangenafweging plaats vinden op basis van alle omstandigheden van het geval. Bij de huidige stand van zaken op het gebied van onder meer de techniek en de maatschappelijke activiteiten van tussenpersonen zal een en ander naar geldend recht slechts bij uitzondering tot aansprakelijkheid leiden.

In het auteursrecht geldt dat eveneens voor wat betreft de aansprakelijkheid ten gevolge van een inbreuk op auteursrecht. Voor enkele specifieke gedragingen van de tussenpersoon bestaan bijzondere voorzieningen, die de tussenpersoon beschermen en daarmee indirect het elektronisch berichtenverkeer bevorderen: het verschaffen van fysieke faciliteiten voor communicatie is op zichzelf geen openbaarmaking in de zin van het

auteursrecht, op puur technische kopieën is het auteursrecht niet van toepassing.

De regels van het strafrecht gelden eveneens en zijn bruikbaar voor tussenpersonen. Wel is naar mijn oordeel een bijzondere vervolgingsuitsluitingsgrond nodig voor bepaalde handelingen van tussenpersonen in verband met de verspreiding van strafbare uitingen. De ratio is te voorkomen dat tussenpersonen overgaan tot zelfcensuur.

Het geluid wordt wel gehoord dat het elektronisch zakendoen zich ten dele afspeelt in een sfeer van economische en maatschappelijke onzekerheid. Dat zou een reden zijn de aansprakelijkheid van de tussenpersoon op het Internet te regelen. Van de wetgever mag met recht worden verwacht dat zij zorgt voor een redelijke voorspelbaarheid van de aansprakelijkheidsposities. Regels omtrent de aansprakelijkheid van bij een transactie betrokken partijen kunnen het vertrouwen in het gebruik van het Internet bevorderen. Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid is de tussenpersoon niet de enige naar wie gekeken wordt. Bij de regulering en concrete vaststelling van aansprakelijkheid spelen diverse belangen een rol, die van zenders, ontvangers, potentiële zenders en potentiële ontvangers (bevordering van het gebruik van het Internet). Voorts merk ik in dit verband op dat rechtszekerheid wordt verkregen door het geheel van regels en door het gebruik en de toepassing ervan. Rechtszekerheid valt daarbij niet gelijk te stellen met absolute zekerheid en evenmin met maatschappelijke zekerheid. Naar mijn oordeel zijn de bestaande regels thans voldoende richtinggevend.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van tussenpersonen kom ik concluderend tot het oordeel dat vooralsnog verder geen behoefte bestaat aan bijzondere wettelijke aansprakelijkheidsregels. Mochten zich in een later stadium knelpunten in het aansprakelijkheidsrecht blijken voor te doen, dan zal de noodzaak van aanvullende wettelijke regulering opnieuw worden gezien.