

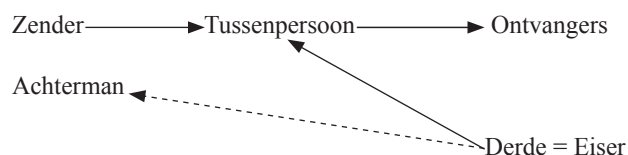
Het is niet goed of het deugt niet:

De juridische positie van internet tussenpersonen is onbevredigend!

Tina van der Linden*

1. Inleiding

Het internet hangt van computers aan elkaar, en de dienstverlening op internet hangt van tussenpersonen aan elkaar. Aan de ene kant heb je een zender (iemand die een bepaalde boodschap 'uitzendt') en aan de andere kant een ontvanger, een gebruiker die achter zijn computer bijvoorbeeld een filmpje bekijkt, z'n mail checkt, Tweets leest. Op het moment dat hij een comment bij het filmpje plaatst, z'n mail beantwoordt of gaat retweeten wordt hij zelf zender. Alle partijen die tussen een zender en een ontvanger in zitten, zijn te beschouwen als tussenpersoon. Het moge duidelijk zijn dat er vele soorten tussenpersonen zijn. In ieder geval zijn zender en ontvanger allebei via een access provider met het internet verbonden. YouTube, Hotmail en Twitter zijn in bovengenoemde voorbeeld ook als tussenpersoon te beschouwen. Er zitten dus altijd meerdere tussenpersonen, als een keten, tussen zender en ontvanger in. En met de ontwikkelingen in de techniek komen er nieuwe soorten tussenpersonen bij.



Een eerste tussenpersoon, waar iedereen altijd mee te maken heeft, is de ISP, de provider die toegang biedt tot het internet. Verder is het afhankelijk van wat iemand op het internet 'doet' (alleen maar surfen, of ook mailen, posten, tweeten, bestanden back-uppen in de 'cloud', etc.) welke tussenpersonen er bij de communicatie betrokken zijn. Bezien vanuit de positie van de tussenpersoon is de zender zijn abonnee, klant, gebruiker of nog iets anders – al naar gelang de dienst die de tussenpersoon biedt. In dit artikel zal de zender verder als achtervrouw of –man, kortweg achterman, aangeduid worden.

De tussenpersoon kan zich geconfronteerd met een claim van een 'derde', een van de ontvangers van de litigieuze communicatie, die juridische actie tegen hem, de tus-

senpersoon, onderneemt en daarmee 'eiser' wordt. Dit kan bijvoorbeeld zijn: de (vermeende) gelaedeerde van een onrechtmatige daad, een auteursrechthebbende (Brein) of merkenrechthebbende, of het Openbaar Ministerie in een strafzaak. Deze derde heeft een probleem met de communicatie van de achterman, en spreekt de tussenpersoon daarop aan. Als de positie van een tussenpersoon in het geding is, is er dus in het algemeen een 'onderliggende' normschending door de achterman. Dat kan bijvoorbeeld zijn: inbreuk op auteursrecht, merkenrecht of portretrecht, schending van een goede naam, of het plegen van een uitingsdelict of een vorm van computercriminaliteit.

Tussenpersonen kunnen een praktisch aanknopingspunt vormen voor juridische actie: ze zijn als dienstverleners gemakkelijk te identificeren (soms in tegenstelling tot de achterman, die nog wel eens anoniem of moeilijk te achterhalen kan zijn) en ze hebben wellicht diepere zakken dan hun achterman. Eisers die juridische actie ondernemen stellen daarom graag een tussenpersoon aansprakelijk.

Het kan zijn dat de enige weg om bij de achterman te komen loopt via de tussenpersoon – reden om de tussenpersoon te dwingen om diens identificerende gegevens door te geven aan eiser. En het kan ook gebeuren dat de tussenpersoon de aangewezen persoon is om bepaalde inhoud ontoegankelijk te maken, te verwijderen, te filteren, te blokkeren, of om de dienstverlening ten aanzien van een bepaalde achterman te staken.

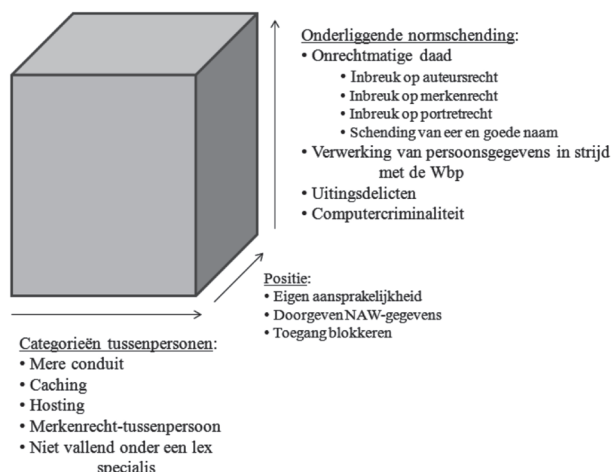
Afhankelijk van de kwalificatie van de dienst die een tussenpersoon levert kan het zijn dat hij onder een *lex specialis* valt, zoals art. 6:196c BW of art. 2.22 BVIE.

* Tina van der Linden is docent IT en Recht aan de Universiteit Utrecht. Sommige delen van dit artikel zijn ontleend aan: Debby den Dekker en Tina van der Linden, 'The Man in the Middle of a Complicated Plan: de positie van tussenpersonen in internetcommunicatie', in: A.R. Lodder, G.J. Zwenne en S. van der Hof (red.) *Recht en Computer*, zesde druk, Kluwer 2014.



Aldus is er aan de juridische positie van tussenpersonen ten minste een drietal dimensies te onderscheiden:

Dimensies positie tussenpersonen



In dit artikel gaat het alleen om het onderbouwen van de stelling dat de juridische positie van tussenpersonen onbevredigend is. Hiervoor voldoet een blik op het privaatrecht: het strafrecht wordt verder buiten beschouwing gelaten.

Om de stelling (dat de juridische positie van tussenpersonen onbevredigend is) te onderbouwen worden drie argumenten aangevoerd:

- Het is onbevredigend dat een tussenpersoon die ‘de boel de boel’ laat niet aansprakelijk is, terwijl een tussenpersoon die zijn best doet wel aansprakelijk is als er toch iets doorheen glipt.
- Het is onbevredigend dat tussenpersonen bij NOTICE-AND-TAKE-DOWN-verzoeken opgezegd worden met de beoordeling of iets al dan niet onrechtmatig is.
- Het is onbevredigend dat tussenpersonen bij een verzoek om NAW-gegevens (identificerende gegevens) door te geven, opgezegd worden met de afweging van de belangen van de derde met die van hun eigen achterman.

Ook het recente inzicht dat een blokkade door een mere-conduit provider niet noodzakelijkerwijs effectief is,¹ blijft buiten beschouwing – hoewel het natuurlijk zeker onbevredigend is, voor de rechthebbenden en voor de tussenpersonen die tot een blokkade verplicht werden. Verder wordt ook gemakshalve alle grensoverschrijdende problematiek buiten beschouwing gelaten – hoewel natuurlijk cruciaal bij grote internationaal opererende UGC-platformbeheerders zoals Twitter, Facebook, en Youtube.² De focus is op het recht met betrekking tot hosters zoals dat voortkomt uit de implementatie van de e-commerce richtlijn – want daar is al genoeg over te zeggen.

De juridische positie van tussenpersonen wordt bepaald door de regels die op tussenpersonen van toepassing zijn. Bovengenoemde argumenten gaan allemaal over art. 6:196c lid 4 en lid 5 BW, in combinatie met de Wbp en de rechtspraak. De opbouw van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 zal kort het juridisch kader besproken worden. In de paragrafen 3, 4 en 5 worden bovengenoemde argumenten besproken. Tenslotte een korte afsluiting met nog wat bespiegelingen.

2. Juridisch kader

Het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie vaardigden in de zomer van 2000 de Richtlijn Elektronische Handel³ (hierna: de Richtlijn) uit. Immers:

‘Het uiteenlopen van de bestaande of nieuwe wetgeving en rechtspraak in de lidstaten op het gebied van de privaatrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid van als tussenpersoon optredende dienstverleners staat de goede werking van de interne markt in de weg, met name omdat daarmee de ontwikkeling van de grensoverschrijdende dienstverlening wordt belemmerd en zulks tot concurrentievervalsingen leidt. Om onwettige activiteiten te vermijden of deze te doen ophouden, zijn de dienstverleners in bepaalde gevallen verplicht op te treden. De bepalingen van deze richtlijn vormen het passende uitgangspunt voor de uitwerking van snelle, betrouwbare mechanismen om onwettige informatie te verwijderen en ontoegankelijk te maken.’

In de artikelen 12, 13 en 14 wordt vervolgens bepaald dat tussenpersonen die resp. mere conduit, caching en hosting diensten verlenen, onder bepaalde voorwaarden niet aansprakelijk zijn. De Nederlandse wetgever heeft deze bepalingen geïmplementeerd in art. 6:196c BW.

Dit artikel heeft betrekking op diensten van de informatiemaatschappij. Een dienst van de informatiemaatschappij is volgens art. 3:15d lid 3 BW: ‘elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn.’ Voor tussenpersonen kan het bij bedoelde diensten ook gaan om diensten waarvoor afnemers niet met geld betalen. Het komt erop neer dat alle commerciële websites, waarbij het hebben van reclame op een website al voldoende is om commercieel te zijn, vallen onder het begrip ‘dienst van de informatiemaatschappij’.⁴

Als gezegd gaat het vooral over lid 4 van art. 6:196c BW. Lid 4 bepaalt voor een verlener van hosting diensten dat hij niet aansprakelijk is voor de opgeslagen informatie indien hij (a) niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter en, in geval van een schadevergoedingsvordering, niet redelijkerwijs behoort te weten van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, dan wel (b)

1. Gerechtshof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:88 (Blokade TPB niet effectief).
2. Zie bijvoorbeeld de speciale handleiding om bij Twitter, Facebook en YouTube een notice-and-take-down-verzoek in te dienen: het dossier ‘Dertienjarige jongen slachtoffer van grootschalige ‘identiteitshack’’, Mijnkindonline, <http://mijnkindonline.nl/sites/default/files/Identiteitshack-Dossier-Waar-loop-je-tegenaan.pdf>.
3. Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *PbEG* 2000, L178.
4. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 12.



zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt.

Deze constructie werd al vóór de Richtlijn door de Nederlandse rechter gebruikt.⁵ Zowel de Europese als de Nederlandse wetgever had met deze bepaling 'traditionele' hosting-diensten voor ogen: ISP's en andere professionele dienstverleners die 'webruimte' (lees: geheugencapaciteit op hun servers) beschikbaar stellen aan particulieren en bedrijven, die daar dan, onder een bepaalde domeinnaam,⁶ hun website op 'parkeren', een soort 'huur' van via internet toegankelijke geheugenruimte.⁷

Als de achterman dan niet te achterhalen is of niet mee wil werken, is het aan die dienstverlener om het materiaal eraf te halen dan wel ontoegankelijk te maken. En om private censuur en ongewenste risico's voor die dienstverlener te voorkomen hoeft die dienstverlener de door hem ter beschikking gestelde geheugenruimte niet in de gaten te houden. Het is voldoende als hij even kijkt als hij een signaal krijgt en tot actie overgaat als dan blijkt dat er inderdaad iets aan de hand is.

Ook in die archetypische situatie werd al geklaagd dat deze dienstverleners veel van deze notice-and-take-down verzoeken kregen,⁸ en dat ze zich hier eigenlijk helemaal niet mee willen en kunnen bezighouden. De standaard-reactie, ook nu nog: jammer dan, neem dan maar een jurist in dienst, het afhandelen van dit soort verzoeken hoort nou eenmaal bij het leveren van een hosting dienst.

Ten tijde van de Richtlijn en de implementatie daarvan bestond Web 2.0 met zijn User Generated Content nog niet op de manier zoals wij dat nu, al een aantal jaar, kennen. Overigens bestonden er al wel degelijk advertentiesites en forums.⁹

Een UGC-dienst kan losjes omschreven worden als een dienst die gebruikers van die dienst uitnodigt om zelf, binnen de context en het formaat van die dienst, content (tekst, foto's, filmpjes) beschikbaar te stellen voor andere gebruikers, en om te reageren op content van anderen. Typische voorbeelden zijn YouTube (je kunt niet alleen filmpjes die andere geupload hebben bekijken, je kunt er ook op reageren en je kunt zelf video's beschikbaar stellen waar anderen weer op kunnen reageren), Facebook (je maakt een profiel met daarop informatie die je wilt delen, je wordt 'vrienden' met je met andere Facebook gebruikers en je interacteert door informatie met een ieder of met je vriendengroep te delen, anderen uit te nodigen daarop te reageren, en zelf op informatie van anderen te reageren) en Twitter (een internetberichtendienst voor korte berichtjes, vaak met links, die je met je 'volgers' of de rest van de wereld deelt, en die ook weer doorgestuurd kunnen worden). Maar ook fora, weblogs met reactiemogelijkheid, advertentieplatforms, vergelijkingswebsites, foto-deelwebsites, nieuwsgroepen, en vele anderen zijn te kwalificeren als UGC-diensten. Sommige UGC-diensten worden verleend door grote, internationaal opererende commerciële bedrijven. Maar ook verenigingen en particulieren die een forum, een reactiemogelijkheid of zelfs een gastenboek hebben (voor zover vallend onder de definitie van een dienst van de informatiemaatschappij)¹⁰ verlenen UGC-diensten die vallen onder lid 4 van art. 6:196c BW.

Al deze dienstverleners willen natuurlijk niet aansprakelijk zijn voor wat hun gebruikers allemaal via hun platformen publiceren. Dat kan, maar dan moeten ze voldoen aan de ei-

sen van lid 4: geen kennis of bemoeienis hebben met de inhoud, en een goede notice-and-take-down-procedure hanteren.

Voor het derde argument, het doorgeven van NAW-gegevens, is de Wbp van belang. Identificerende gegevens zijn persoonsgegevens in de zin van de Wbp¹¹ en de tussenpersoon is 'verantwoordelijke'.¹² Doorgeven aan derden is een verwerking,¹³ die ofwel toestemming behoeft,¹⁴ ofwel nodig moet zijn voor de uitvoering van de overeenkomst,¹⁵ ofwel gebaseerd moet kunnen worden op een belangenafweging: 'noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert'.¹⁶ En wie moet deze belangenafweging uitvoeren? Juist, de verantwoordelijke, dus de tussenpersoon.

3. De boel de boel

Een UGC-aanbieder die zijn dienst onderhoudt, door te modereren, te controleren (handmatig, geautomatiseerd of beide) op inbreuken, forse taal, etc., heeft wel kennis van en bemoeienis met de inhoud, en valt dus niet onder lid 4 van art. 6:196c BW. Dat gebeurde de beheerder van het brandweerforum, die wegens bemoeienis met de inhoud wel aansprakelijk werd gehouden voor inbreukmakende openbaarmaking van foto's door een forumdeelnemer,¹⁷ en ook de beheerder van Waldnet kwam, wegens actieve bemoeienis, geen beroep toe op art. 6:196c lid 4 BW.¹⁸

5. Pres. Rechtbank 's-Gravenhage 12 maart 1996 (ScIENTOlogy vs. providers), nog steeds te vinden op de website van Karin Spaink: <http://kspaink.home.xs4all.nl/cos/ver1ned.html> en Rechtbank Den Haag 9 juni 1999 (ScIENTOlogy) LfN AA1039.
6. Hetzij via dezelfde dienstverlener, hetzij via een andere.
7. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49: 'De vraag rijst of de onderhavige dienstverlener niet een zekere onderzoeksplicht heeft ten aanzien van de *schijfruimte die hij ter beschikking stelt*.' (cursivering TvDL) – naar aanleiding van de verwijzing naar de ScIENTOlogy uitspraak van 9 juni 1999, waarin ISP's gedaagd waren.
8. Hof Amsterdam 7 november 2002 (Deutsche Bahn vs. XS4all) LfN AF0091, r.o. 4.9.
9. Marktplaats dateert van 1999 (<http://www.marktplaats.nl/help/over-marktplaats/index.dot>), Ouders Online had ook in de jaren '90 al een druk bezocht forum.
10. Facebook gebruikers die anderen de mogelijkheid bieden om iets op hun tijdlijn te zetten zullen normaal gesproken een tussenpersoon in de zin van lid 4 zijn omdat ze geen dienst van de informatiemaatschappij leveren.
11. Art. 1 sub a Wbp.
12. Art. 1 sub d Wbp.
13. Art. 1 sub b Wbp.
14. Art. 8 sub a Wbp.
15. Art. 8 sub b Wbp.
16. Art. 8 sub f Wbp.
17. Rechtbank 's-Gravenhage 16 januari 2013 IEPT20130116 (brandweerforum).
18. Rechtbank Noord-Nederland 3 juli 2013 ECLI:NL:RBNNE:2013:3992 (digitale borrelpraat).



Een UGC-aanbieder die zich niet met de inhoud bemoeit valt daarentegen wel onder art. 6:196c lid 4 BW. Zo oordeelde het Hof Leeuwarden over marktplaats.nl dat deze 'geen actieve, maar een neutrale rol speelt tussen haar klanten-verkopers en de potentiële kopers en dat zij derhalve (...) een opslagdienst (hosting-dienst) levert als bedoeld in art. 6:196c lid 4 BW'.¹⁹

Dat lijkt oneerlijk: laat je de boel de boel dan val je onder lid 4, maar doe je je best en glipt er een keer iets tussendoor, dan ben je wel aansprakelijk. Dat kan toch niet de bedoeling zijn? Zo is er voor UGC-platformaanbieders geen prikkel om hun platform 'schoon' te houden van onrechtmatige content, integendeel.

4. De notice-and-take-down -spagaat

Cruciaal voor aansprakelijkheid is of de tussenpersoon weet (of behoort te weten) van het onrechtmatige karakter van de informatie: de tussenpersoon weet het (of behoort het te weten), als hij erop is geattendeerd door middel van een notice-and-take-down verzoek. Een tussenpersoon moet dus een effectieve notice-and-take-down -procedure hebben en deze ook goed hanteren.²⁰

Met andere woorden, de tussenpersoon hoeft niets te doen, totdat hij een bericht ('kennisgeving') ontvangt van een derde met als strekking dat bepaalde, door hem gehoste informatie, onrechtmatig tegenover die derde zou zijn. Dan moet hij beoordelen of die informatie inderdaad onrechtmatig is of niet. Hoe moet hij dat beoordelen?

De MvT zegt hierover:

'Overeenkomstig vaste jurisprudentie is de enkele kennisgeving van een derde evenwel niet genoeg. Aan de juistheid van de kennisgeving behoort verder in redelijkheid niet te kunnen worden getwijfeld (zie o.m. Rb. 's-Gravenhage 9 juni 1999, Computerrecht 1999, p. 200–205). Aan de juistheid van de kennisgeving zal niet worden getwijfeld, wanneer de kennisgeving afkomstig blijkt van (een derde met een machtiging van) een rechter. Er zal evenmin reden tot twijfel zijn, wanneer de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is.'²¹

Dus: of op basis van een rechterlijke uitspraak, of onmiskenbaar onrechtmatig. Als de informatie inderdaad onmiskenbaar onrechtmatig is, moet de tussenpersoon in actie komen, anders is hij zelf aansprakelijk. Maar als de informatie toch niet onrechtmatig blijkt te zijn, pleegt de tussenpersoon wellicht wanprestatie ten opzichte van zijn achterman. De MvT signaleert het dilemma maar stelt luchtigjes:

'Voor onoverkomelijke problemen behoeft echter niet te worden gevreesd. Het belang van de vrije uitwisseling van informatie in de maatschappij en de steeds belangrijkere rol die de elektronische snelweg daarin speelt, brengen namelijk mee dat van een dienstverlener in beginsel slechts zal kunnen worden gevergd dat hij de informatie verwijdert of ontoegankelijk maakt, indien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het onrechtmatig karakter daarvan.'²²

Toch blijkt in de praktijk wel verschil van mening te kunnen bestaan of iets nou onmiskenbaar onrechtmatig is of niet.²³

De van overheidswege beschikbaar gestelde gedragscode zegt hier alleen over:

'Indien een tussenpersoon de beoordeling niet zelf kan of wil uitvoeren, dan kan hiervoor een derde partij ingeschakeld worden. De verantwoordelijkheid voor de beoordeling blijft bij de tussenpersoon. Het inschakelen van een derde partij gaat zo min mogelijk ten koste van de 'redelijke termijn' ...'.²⁴

In de praktijk blijkt dat tussenpersonen gauw geneigd zijn om materiaal waarover geklaagd wordt, te verwijderen.²⁵ Onbevredigend is dus het dilemma waarvoor de tussenpersoon hier geplaatst wordt: als onmiskenbaar onrechtmatige informatie niet verwijderd wordt is de tussenpersoon mogelijk zelf aansprakelijk, en als niet-onrechtmatige informatie ten onrechte wel verwijderd wordt pleegt de tussenpersoon mogelijk wanprestatie ten opzichte van zijn achterman. En het beoordelen van, zelfs onmiskenbare, onrechtmatigheid is niet eenvoudig.

5. Wegen zonder geijkte schaalverdeling

Om de achterman zelf aan te kunnen spreken, heeft de derde diens naam en adres nodig, anders kan hij geen dagvaarding uitbrengen. En vaak kan hij die NAW-gegevens alleen achterhalen met behulp van een tussenpersoon. De UGC-platformbeheerder weet vaak van zijn achtermannen niet meer dan een IP-adres. Dat IP-adres leidt naar een ISP. Omdat een ISP een contractuele relatie heeft met zijn achterman, en er als regel voor de diensten van de ISP betaald wordt, beschikt

19. Hof Leeuwarden 22 mei 2012 (Stokke - Marktplaats), *LJN* BW6296, r.o. 5.11. Eerder had het HvJ EU ook al erkend dat art. 14 lid 1 van de Richtlijn van toepassing is op de beheerder van een elektronische marktplaats wanneer deze geen actieve rol heeft gehad waardoor hij kennis had van of controle had over de opgeslagen gegevens: HvJ EU 12 juli 2011 (L'Oréal tegen eBay), C-324/09.
20. Rechtbank Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008 (Mininova), r.o. 4.59. Overigens viel Mininova niet onder lid 4 van art. 6:196c BW wegens inhoudelijke bemoeienis.
21. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49.
22. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 50.
23. Zie bv. Hof Amsterdam 7 november 2002 (Deutsche Bahn vs. XS4all) *LJN* AF0091, Voorzieningenrechter Haarlem 14 mei 2008 (A-Group), *LJN* BD1446.
24. Gedragscode 'Notice-and-Take-Down', oktober 2008, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2008/10/09/gedragscode-notice-and-take-down.html>, p. 9.
25. Zie het onderzoeksrapport Notice & Takedown in Web 2.0: Never Neverland? van ICTRecht, online beschikbaar op <https://ictrrecht.nl/notice-takedown-rapport-communitysites-ictrrecht-20090306.pdf>. Een vergelijkbaar onderzoek was in 2004 uitgevoerd door Bits of Freedom, zie Sjoera Nas, The Multatuli Project ISP Notice & take down, online beschikbaar op <http://www.bof.nl/docs/researchpaper-SANE.pdf>. Een vergelijkbare studie in Engeland: Christian Ahlert, Chris Marsden and Chester Yung, How 'Liberty' disappeared from Cyberspace, The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, Oxford 2004, http://www.rootsecure.net/content/downloads/pdf/liberty_disappeared_from_cyberspace.pdf.

de ISP normaal gesproken²⁶ over de identificerende gegevens van de achterman. En om de achterman in rechte aan te kunnen spreken, moet je weten wie het is en op welk adres een dagvaarding betekend moet worden. Eisers vorderen dus vaak afgifte van NAW-gegevens.

ISP's zijn er uiteraard niet happig op om NAW-gegevens van hun klanten aan eisers door te geven: zij hebben er geen commercieel belang bij, integendeel. Bovendien zijn ze gebonden aan de Wbp, met name de lastige belangenafweging van art. 8 sub f is relevant.

Waar voorheen nog geoordeeld werd dat ISP's met een beroep op de Wbp geen NAW-gegevens hoefden te verstrekken,²⁷ oordeelde het Hof Amsterdam in 2002 in *Deutsche Bahn vs. XS4ALL*²⁸ dat XS4ALL onrechtmatig handelde door geén NAW-gegevens door te geven, nu in casu de litigieuze informatie 'onmiskenbaar onrechtmatig' was. Het feit dat Brein in strijd met de Wbp achter de IP-adressen van vermeende inbreukmakers was gekomen, was in 2005 voor de Voorzieningenrechter Utrecht reden om een gevorderd bevel tot afgifte van de bijbehorende NAW-gegevens te weigeren.²⁹ De Hoge Raad wees eind 2005 het standaard-arrest over deze materie in het conflict tussen eiser Pessers en ISP Lycos,³⁰ en liet daarin de door het Hof geformuleerde vierstapentoets in stand:

'Ook indien de op een website gepubliceerde informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig is, kan een serviceprovider onder omstandigheden onrechtmatig handelen door de bij haar bekende NAW-gegevens van de desbetreffende websitehouder niet op verzoek aan een belanghebbende derde bekend te maken. Indien voldoende aannemelijk is dat de gepubliceerde informatie jegens de derde wel onrechtmatig zou kunnen zijn en dat deze daardoor schade kan lijden, zou het maatschappelijk bezien ongewenst zijn indien die derde geen enkele reële mogelijkheid heeft de websitehouder daarop – zonodig in rechte – aan te spreken. Onder omstandigheden kan dan ook een weigering van de serviceprovider om de NAW-gegevens van de websitehouder aan de derde bekend te maken in strijd komen met de zorgvuldigheid die de serviceprovider jegens een zodanige derde in acht dient te nemen. Dit kan met name het geval zijn indien zich de volgende omstandigheden voordoen:

- a. de mogelijkheid dat de informatie, op zichzelf beschouwd, jegens de derde onrechtmatig en schadelijk is, is voldoende aannemelijk;
- b. de derde heeft een reëel belang bij de verkrijging van de NAW-gegevens;
- c. aannemelijk is dat er in het concrete geval geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen;
- d. afweging van de betrokken belangen van de derde, de serviceprovider en de websitehouder (voor zover kenbaar) brengt mee dat het belang van de derde behoort te prevaleren.'

De vierde stap omvat nog steeds de lastige belangenafweging door de ISP. Onbevredigend, omdat afweging van (grond)rechten (zoals het recht op eer en goede naam of intellectuele eigendomsrechten aan de kant van de derde tegenover de vrijheid van meningsuiting en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan de kant van

de achterman) opgedragen wordt aan een particuliere, commerciële partij. En, nadat NAW-gegevens eenmaal verstrekt zijn, kan dat niet meer ongedaan gemaakt worden.

In de daarop volgende rechtspraak³¹ werd stevast geoordeeld dat ISP's in casu onrechtmatig handelden jegens de eiser door géén NAW-gegevens te verstrekken.

Echter, het Europese Hof bepaalde dat EU-lidstaten geen maatregelen hoeven te nemen om ISP's te verplichten altijd identificerende gegevens aan civiele partijen via een civiel proces ter beschikking te stellen. Aan een eventuele afgifte moet, met in acht neming van de omstandigheden van het geval, altijd een belangenafweging door de rechter vooraf gaan.³² Ook in *Bonnier Audio* wordt benadrukt dat de rechter – en dus niet een particuliere, commerciële partij – in staat gesteld moet worden 'om de in het geding zijnde tegengestelde belangen af te wegen op basis van de concrete omstandigheden van de zaak en daarbij terdege rekening te houden met de uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeiende vereisten'³³ en wel op basis van 'een op artikel 8 van richtlijn 2004/48 gebaseerde nationale wettelijke regeling'.³⁴ Omdat er dus een wettelijke regeling vereist is op basis waarvan ISP's tot afgifte van NAW-gegevens veroordeeld kunnen worden – en die wettelijke regeling in Nederland vooralsnog ontbreekt, zou de bovengenoemde Nederlandse jurisprudentie in strijd zijn met de Europese richtlijnen.³⁵

26. Complicaties als de beschikbaarheid van openbare computers en openbare wifi-toegang buiten beschouwing gelaten.
27. Voorzieningenrechter Utrecht 9 juli 2002, *LJN* AE5537 (Teleatlas) en Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2002, *LJN* BA4363 (Rutloh vs. Concepts ICT).
28. Hof Amsterdam 7 november 2002, *LJN* AF 0091 (Deutsche Bahn vs. XS4ALL). In casu ging het om een handleiding voor sabotage van de spoorwegen, die nog steeds eenvoudig via Google te vinden is door te zoeken op de in het arrest geciteerde titel van die handleiding.
29. Voorzieningenrechter Utrecht 12 juli 2005, *LJN* AT9073 (Brein-Providers).
30. HR 25 november 2005, *LJN* AU4019 (Lycos vs. Pessers).
31. Voorzieningenrechter Amsterdam 24 augustus 2006, *LJN* AY6903 (Brein vs. UPC); Voorzieningenrechter 's-Gravenhage 5 januari 2007, *LJN* AZ5678 (Brein vs. KPN); Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN* BD6223 (Brein vs. Leaseweb); Rechtbank Amsterdam 29 oktober 2009, IEPT20091029 (123video); Rechtbank 's-Gravenhage 24 oktober 2012, IEPT20121024 (Sumotorrent). In die laatste uitspraak werd daaraan toegevoegd dat daaruit niet zonder meer volgt dat de ISP ten behoeve van derde correcte identificeren informatie van haar klanten dient bij te houden of daar actief onderzoek naar dient te verrichten.
32. HvJ EG 21 januari 2008, zaaknr. C-275/06 (Promusicae/ Telefonica).
33. HvJ EU 19 april 2012, zaak C-461/10 (Bonnier Audio), r.o. 59.
34. HvJEU 19 april 2012, zaak C-461/10 (Bonnier Audio), r.o. 61.
35. Zie S.H. Kingma, 'De botsing tussen IE- en privacyrechten. Het einde van het Lycos/Pessers-tijdperk', *Privacy en Informatie*, afl. 4, augustus 2012, p. 171-177.



6. Afsluiting

De juridische positie van internet-tussenpersonen is onbevredigend. Dat wordt deels veroorzaakt door het feit dat de regels opgesteld zijn in een andere tijd, toen men een ander type tussenpersoon voor ogen had dan die waar de regels nu op van toepassing blijken te zijn. Verder worden tussenpersonen opgezadeld met belangenafwegingen en het afwegen van grondrechten: zowel bij het oordeel of vermeend onrechtmatig materiaal verwijderd moet worden als bij het oordeel of identificerende gegevens moeten worden doorgegeven. En afwegen van grondrechten is niet iets wat aan private, commerciële partijen overgelaten zou moeten worden. Nu worden tussenpersonen tot afgifte van NAW-gegevens veroordeeld op basis van onrechtmatige daad: de tussenpersoon pleegt een onrechtmatige daad jegens de derde door géén NAW-gegevens van zijn achterman te verstrekken. Europese rechtspraak vereist dat er een specifieke wettelijke regeling is (anders dan de algemene onrechtmatige daad) op basis waarvan tussenpersonen verplicht kunnen worden tot afgifte van NAW-gegevens.

Er zou wellicht een laagdrempelig toegankelijk, snel forum (in de zin van: gerechtelijke instantie) moeten komen dat, bij wijze van voorlopig oordeel, gezaghebbende beslissingen kan nemen op verzoek van een tussenpersoon die zich met zo'n afweging opgezadeld ziet. De tussenpersoon die afgaat op het oordeel van dat forum zou vervolgens zelf niet meer aansprakelijk moeten zijn.

Er is nog een andere mogelijkheid om de tussenpersoon te ontheffen van de belangenafweging bij verstrekking van NAW-gegevens. Ekker suggereert in zijn noot bij het arrest van het Hof in de zaak tussen Pessers en Lycos³⁶ een procedurele oplossing. Stel dat het mogelijk is om een elektronische dagvaarding naar de tussenpersoon te sturen. Als de achterman bij de tussenpersoon bekend is, stuurt de tussenpersoon de dagvaarding door, zo niet dan houdt het op. De achterman krijgt de gelegenheid om zich tegen de bekendmaking van zijn NAW-gegevens te verzetten; als hij dat doet beoordeelt een rechter of die gegevens wel of niet verstrekt moeten worden. En mocht die rechter oordelen dat de procedure misbruikt is, dan kan de eiser verplicht worden tot het betalen van een schadevergoeding.

Achtermannen zouden zich niet in anonimiteit moeten kunnen hullen om allerlei onrechtmatigheden en strafbare feiten te plegen. En slachtoffers van onrechtmatige content zouden wel een effectieve procedure moeten hebben om die content verwijderd te krijgen. Tegelijkertijd zijn grondrechten zoals privacy, vrijheid van meningsuiting en recht op bescherming van intellectuele eigendom in het geding. Een grote uitdaging voor het recht om een procedure te creëren die recht doet aan de belangen van achtermannen, vermeende slachtoffers en tussenpersonen, weging van grondrechten aan een rechter overlaat en tegelijkertijd toegankelijk en effectief is.

36. Anton Ekker, Noot bij Hof Amsterdam 24 juni 2004 (Pessers/Lycos II), JAVI 2004-5, online beschikbaar op http://www.ivir.nl/publicaties/ekker/noot_pesserslycosII.html.

