

Nr 52 P. vs. Lycos

Vzr. Rechtbank Haarlem 11 september 2003

Vonnis in kort geding in de zaak van:

P., wonende te [woonplaats], eisende partij, procureur mr. B.A.M. Cordemeyer, advocaat mr. P. te Tilburg,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Lycos Netherlands BV, gevestigd te Haarlem, gedaagde partij, procureur mr. C.O. Wenckebach.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als P. respectievelijk Lycos.

1. Het verloop van het geding

1.1 Ter terechtzitting van 21 augustus 2003 heeft P. overeenkomstig de dagvaarding d.d. 13 augustus 2003 gesteld en gevorderd als hierna onder 3. weergegeven en die vordering toegelicht aan de hand van overgelegde pleitnotities. Lycos heeft tegen deze vordering verweer gevoerd aan de hand van overgelegde pleitnotities.

1.2 P. heeft in de eerste termijn twee producties overgelegd, die hij niet eerder heeft doen toekomen. De voorzieningrechter heeft aan Lycos gevraagd of zij akkoord gaat met het eerst nu overleggen van deze producties. Lycos heeft hierop aangegeven akkoord te zijn met de inbreng van de producties indien zij in de gelegenheid zou worden gesteld om van de inhoud daarvan kennis te nemen. Vervolgens heeft de voorzieningrechter Lycos ter terechtzitting in de gelegenheid gesteld om van bedoelde producties kennis te nemen.

1.3 Na verder debat in tweede termijn hebben partijen vonnis gevraagd. De uitspraak daarvan is bepaald op 11 september 2003 of zoveel eerder als mogelijk.

2. De vaststaande feiten

2.1 In dit geding wordt van het volgende uitgegaan:

- a. P. handelt in postzegels via de website www.ebay.com.
- b. Op <http://members.lycos.nl> staat een website genaamd: 'stop the fraud' (hierna verder aangeduid als: de website). Tot 4 augustus 2003 stond op de website de volgende tekst:

*Have you been ripped off by P.@home.nl on E-bay join our quest for justice!!
How does he work?
You buy a small lot. Which he ships directly. So he gains your trust. You feel confident to buy a more expensive lot. That's when he strikes. He will keep your money and no stamps for you!
That's not all. According to some of his victims he also sends fakes. Have you been ripped off and you want also to publish your story? Mail your story to stopthefraud@hotmail.com (...)*

c. Per telefaxbericht heeft P. op 1 augustus 2003 Lycos gesommeerd om (onder meer) de website te verwijderen alsmede om hem te voorzien van naam, adres en geboortedatum van de websitehouder.

d. In reactie hierop heeft Lycos (op briefpapier van Lycos Europe BV) op 4 augustus 2003 per fax aan P. onder meer bericht vooralsnog niet tegemoet te kunnen komen aan de sommatie om de website te verwijderen alsmede dat zij in verband met de privacywetgeving geen persoonlijke gegevens van de houder/eigenaar/ontwikkelaar van de website kan verstrekken. In dit schrijven komt voor zover thans van belang het volgende voor:

'Lycos Netherlands BV stelt personen (gratis) in de gelegenheid een privé website te ontwikkelen en te publiceren op het internet. Aan deze gratis dienst heeft Lycos een aantal voorwaarden gesteld die zijn vastgelegd in de algemene voorwaarden. Als bijlage zend ik u een kopie van deze algemene voorwaarden.'

e. Op 1 augustus 2003 heeft P. een mail naar de website gezonden, met voorzover thans van belang, de volgende inhoud:

*Geachte heer???,
Ik ben geconfronteerd met uw website. Ik sommeer U hiermee te stoppen en U bekend te maken. (...)
Op die mail heeft P. geen antwoord ontvangen.*

f. Met ingang van 4 augustus 2003 heeft de websitehouder de volgende de tekst op de website geplaatst:

'Site removed to avoid legal actions!!'.

3. De vordering en de grondslag daarvan

3.1 P. vordert, zakelijk weergegeven, dat de voorzieningrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. Lycos gebiedt om:
 - het doorgeven van de website des, dat deze door derden kan worden gezien, te staken;
 - P. bekend te maken met naam, adres en geboortedatum van de bouwer/ websitehouder van de website: <http://members.lycos.nl/stopthefraud/>, zulks binnen 1 uur na betekening van dit vonnis zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per dag, danwel een gedeelte van een dag, dat zij hiermede in gebreke blijft, zulks te verbeuren aan P.;
2. veroordeling van Lycos in de kosten van dit geding.
- 3.2 P. legt aan zijn vordering ten grondslag dat Lycos onrechtmatig handelt door de website, ondanks verzoeken en sommaties, niet te verwijderen. Hij stelt een spoedeisend belang te hebben bij het verwijderen van de website alsmede bij het bekendmaken van de gegevens van de websitehouder teneinde de onrechtmatige acties nu en in de toekomst te kunnen stoppen en zijn schade te kunnen verhalen.

4. Het verweer en de slotsom daarvan

Lycos heeft tegen de vordering gemotiveerd verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing daarvan met veroordeling van P. in de kosten van het geding. Op dit verweer zal, voor zover van belang, bij de beoordeling van het geschil nader worden ingegaan.

5. De gronden van de beslissing

Niet-ontvankelijkheid

5.1 Lycos stelt zich primair op het standpunt dat de vordering van P. niet-ontvankelijk verklaard dient te worden, nu ten onrechte Lycos is gedagvaard. Zij voert daartoe aan dat Lycos Europe GmbH gedagvaard had behoren te worden, daar de website wordt gehost door en onder verantwoordelijkheid staat van laatstgenoemde rechtspersoon. Lycos vervult ten aanzien van de hostingactiviteiten slechts een logis-tieke, faciliterende en organisatorische functie.

5.2 Het primaire verweer van Lycos gaat niet op. De voorzieningrechter overweegt daartoe dat P. op 1 augustus 2003 Lycos per fax heeft gesommeerd. Lycos heeft op 4 augustus daarna per fax (uitgebreid) op vorenbedoeld schrijven gereageerd (zie hiervoor onder 2.d) en daarin (onder meer) aangegeven dat zij personen in de gelegenheid stelt een privé website te ontwikkelen en te publiceren. In dat licht kan zij zich er thans niet op beroepen dat de website niet door haar, maar door Lycos Europe GmbH zou worden gehost.

Belang

5.3 Voorts voert Lycos als verweer aan dat de website niet meer bereikbaar is; P. heeft derhalve geen belang meer bij zijn vorderingen. P. heeft hiertegen aangevoerd dat hij wel degelijk belang heeft bij het staken van het doorgeven van de website door Lycos, daar het niet ondenkbaar is dat de website, nadat het vonnis in deze zaak zal zijn gewezen, wederom door de websitehouder geplaatst zal worden. Met Lycos is de voorzieningrechter het eens dat P. bij het door hem gevorderde gebod om het doorgeven van de website te staken - gezien de thans (kennelijk door de websitehouder) op de website geplaatste tekst (zie hiervoor onder 2.f) - bij dit onderdeel van zijn vordering geen spoedeisend belang meer heeft. Dit onderdeel van P.' vordering zal dan ook worden afgewezen.

5.4 P. heeft voorts de afgifte van de naam, adres, woonplaats-gegevens (hierna verder NAW-gegevens) alsmede de geboortedatum van de bouwer/websitehouder gevorderd. Ook op dit punt heeft Lycos aangevoerd dat P. geen belang heeft bij zijn vordering. Dit verweer treft geen doel. Immers, het door P. gestelde belang dat hij in de gelegenheid zal worden gesteld om de websitehouder in rechte te kunnen betrekken teneinde de gestelde onrechtmatige acties, ook in de toekomst, jegens hem te stoppen en zijn schade te kunnen verhalen, rechtvaardigt reeds zijn vordering.

Afgifte NAW-gegevens

5.5 Lycos heeft tegen dit onderdeel van de vordering onder meer aangevoerd dat zij niet over de geboortedatum van de websitehouder beschikt alsmede dat P. geen belang heeft bij die specifieke informatie.

P. heeft Lycos' verweer op dit punt niet weersproken, zodat de vordering van P. voor zover het betreft de bekendmaking van de geboortedatum van de websitehouder zal worden afgewezen.

5.6 Vervolgens heeft Lycos aangevoerd (kort en zakelijk weergegeven) dat in de jurisprudentie is uitgemaakt dat:

1. alleen in zwaarwegende omstandigheden (mede in het licht van de onrechtmatige informatie) kan een vordering tot afgifte van NAW-gegevens worden toegewezen;
 2. in kort geding terughoudendheid past omdat verstrekking onomkeerbaar is;
 3. de eiser pogingen moet hebben gedaan om op andere wijze achter de NAW-gegevens te komen;
 4. er geen algemene rechtsregel bestaat die een provider verplicht mee te werken aan het ter beschikking stellen van NAW-gegevens; de provider heeft er recht en belang bij zo min mogelijk belast te worden met het opvragen door derden van NAW-gegevens.
- Lycos betoogt dat de onder 1. bedoelde (zwaarwegende) omstandigheden zich hier niet voordoen. Voorts heeft P. geen althans onvoldoende pogingen ondernomen om op andere wijze achter de NAW-gegevens te komen. Bovendien handelt Lycos bij afgifte van de NAW-gegevens onrechtmatig jegens haar klanten, op grond van de aan hen toegezegde geheimhouding, alsmede in strijd met artikel 8 sub f van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).

5.7 P. heeft tegen het vorenstaande aangevoerd dat de websitehouder hem niet de gelegenheid biedt om de negatieve berichtgeving op de website te weerspreken. P. heeft derhalve de NAW-gegevens van de websitehouder nodig om zich te kunnen verweren tegen de, zoals hij stelt, onrechtmatige en lasterlijke inhoud van de website en de nadelige gevolgen daarvan voor zijn postzegelhandel.

5.8 Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is er voldoende grond voor een verstrekken door Lycos aan P. van de door P. verlangde NAW-gegevens.

5.9 Niet aannemelijk is geworden dat de beschuldigingen jegens P. geuit in de tekst die tot 4 augustus 2003 op de website heeft gestaan (zie hiervoor onder 2.b), juist zijn. Lycos heeft in dat verband niets kunnen aanvoeren, terwijl P. onweersproken heeft gesteld dat hij, behoudens enkele verkeersovertradingen, zonder strafblad is. De in bedoelde tekst geuite beschuldigingen zijn van ernstige aard. Aannemelijk is voorts dat P. door die beschuldigingen in zijn postzegelhandel schade heeft geleden en nog lijdt. Gezien het feit dat P., naar hij onweersproken heeft gesteld, voor die handel twee personeelsleden in dienst heeft en een omzet van ongeveer € 350.000,00 per jaar heeft, is ook niet onaannemelijk dat die schade aanzienlijk is. P. heeft derhalve een zwaarwegend belang bij een in rechte kunnen aanspreken van de bouwer/houder van de website, waartoe hij de NAW-gegevens van die bouwer/houder nodig heeft.

5.10 Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter heeft P. voldoende pogingen gedaan om op andere wijze dan via Lycos aan die gegevens te komen. Nu de bouwer/houder van de website niet antwoordt op de mail van P. van 1 augustus 2003 (zie hiervoor onder 2.e) heeft P. weinig andere mogelijkheden om achter die gegevens te komen. Van P. kan niet verlangd worden dat hij eerst via de 'strafrechtelijke weg' pogingen onderneemt om die gegevens te achterhalen. Doorslaggevend dient te zijn bij wie de gegevens voor de betrokkene op de minst ingrijpende wijze kunnen worden verkregen en dat is ook voor de bouwer/houder van de website niet langs de strafrechtelijke weg.

5.11 Juist is dat een gebod in kort geding aan Lycos om de onderhavige NAW-gegevens aan P. te verstrekken tot onomkeerbare situatie zal leiden. Dit komt echter vaker voor bij in kort geding gegeven voorzieningen en kan, indien de eisende partij een voldoende, rechtmatig en spoedeisend belang bij de gevorderde voorziening heeft, op zich geen grond vormen om een dergelijke voorziening niet te treffen.

5.12 Op grond van het hiervoor overwogene kan niet gezegd worden dat openbaarmaking door Lycos aan P. van de onderhavige NAW-gegevens in strijd komt met het bepaalde in artikel 8 Wbp.

5.13 Op zich is ook juist dat een provider er recht en belang bij heeft om zo min mogelijk belast te worden met het opvragen door derden van NAW-gegevens, doch een en ander neemt niet weg dat een provider niettemin op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, gehouden kan zijn zijn medewerking te verlenen als hij ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens homepage onrechtmatig handelt. Indien er een belang is dat verstrekking van NAW-gegevens rechtvaardigt, de ernst van de inbreuk opheffing van de anonimiteit rechtvaardigt, het doel dat met de verstrekking wordt nagestreefd niet langs andere, minder ingrijpende weg – zonder opheffing van anonimiteit – kan worden bereikt en de verstrekking in de mate die is beoogd evenredig is aan het nagestreefde doel, is er sprake van zo'n situatie. Gezien de hiervoor genoemde feiten van het onderhavige geval wordt in dit geval aan genoemde voorwaarden voldaan. Ten overvloede merkt de voorzieningenrechter op dat de grondslag voor de rechtsplicht van de provider om onder omstandigheden als de onderhavige de verlangde NAW-gegevens te verstrekken ook gevonden kan worden in de rechtsplicht tot het noemen van zijn voorman, zoals die ook in zaken van intellectueel eigendom is erkend (vergelijk Hoge Raad 27 november 1987, NJ 1988, 722 en BIE 1987, nr. 25, p. 88-96). Tenslotte kan de rechtsplicht tot het openbaar maken van NAW-gegevens, onder omstandigheden als de onderhavige ook worden ontleend aan artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

5.14 De vordering van P. zal derhalve worden toegewezen voorzover die betreft het gebod hem op straffe van verbeurte van een dwangsom bekend te maken met naam en adres van de bouwer/houder van de website. De voorzieningenrechter zal ambtshalve de gevorderde termijn waarbinnen Lycos aan het te geven gebod moet voldoen, verlenen en de gevorderde dwangsom maximeren.

5.15 Als de in hoofdzaak in het ongelijk te stellen partij zal Lycos worden veroordeeld in de kosten van het geding.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter:

6.1 Gebiedt Lycos om P. binnen drie dagen na betekening van dit vonnis bekend te maken met de naam en het adres van de bouwer/websitehouder van de website: <http://members.lycos.nl/stopthefraud/>.

6.2 Veroordeelt Lycos tot betaling aan P. van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag dat zij niet aan genoemd gebod voldoet, zulks tot een maximum van € 100.000,-.

6.3 Veroordeelt Lycos in de kosten van dit geding, tot op de uitspraak van dit vonnis aan de zijde van P. begroot op € 273,20 aan verschotten en € 703,- aan salaris voor de procureur.

6.4 Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

6.5 Wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.J. van der Meer, voorzieningenrechter van deze rechtbank, en in het openbaar uitgesproken ter terechtzitting van 11 september 2003, in tegenwoordigheid van de griffier.

Noot

Remy Chavannes

Mr R.D. Chavannes is advocaat te Amsterdam (Stibbe) en redacteur van dit blad.

Wanneer moet een internet service provider (ISP) aan een derde de NAW-gegevens verstrekken van een klant die volgens die derde onrechtmatig jegens hem handelt? Dat is in de kern de rechtsvraag die in deze zaak voorlag. Een klant van ISP Lycos had op zijn website beweerd dat filatelist P. een oplichter was; P. stelde daartegen actie te willen ondernemen en eiste van Lycos dat zij hem vertelde wie de klant was. Lycos weigerde; een kort geding volgde en P. kreeg alsnog zijn zin.

Een bijzondere mededelingsplicht als hier aan de orde wordt doorgegaan geconstrueerd op grond van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer jegens een ander betaamt – een andere grondslag kon men verder niet bedenken – en de bestaande jurisprudentie is dan ook tamelijk casuïstisch en verdeeld. Hoe 'erger' de gewraakte site, hoe gemakkelijker en automatischer de rechter de NAW-vordering toeweest. De Haarlemse voorzieningenrechter zal hebben aange-

voeld dat de rechtspraktijk zat te wachten op een richtinggevend vonnis dat de relevante gezichtspunten op een rijtje zet. Het is daarom een stevig gemotiveerd vonnis geworden, dat uit de belangrijkste eerdere uitspraken¹ – *Scientology/Spaink* c.s. (inmiddels in appèl vernietigd),² *Deutsche Bahn/XS4ALL*,³ *Teatlas/Planet*⁴ en *Rutloh/Concept ICT*⁵ – voor het eerst een samenhangend geheel smeedt.

In deze noot aandacht voor drie aspecten: allereerst de door de voorzieningenrechter geformuleerde gezichtspunten voor het aannemen van een mededelingsplicht terzake NAW-gegevens, vervolgens (problemen bij) de toepassing daarvan op de feiten en ten slotte het einde van de uit de Teatlas-zaak bekende ‘strafrechtelijke weg’.⁶

Synthese – gezichtspunten voor een bijzondere mededelingsplicht

De voorzieningenrechter bevestigt in r.o. 5.4 dat de eiser voldoende procesbelang kan hebben bij zijn vordering tot verstrekking van NAW-gegevens, namelijk voor het verkrijgen van een verbod op toekomstige uitlatingen en schadevergoeding. Het (spoedeisend) belang daarbij zal wel apart moeten worden gesteld en bij betwisting aannemelijk gemaakt worden, dus los van dat bij de eventuele overige vordering, met name een eventuele vordering tot blokkering van de website.

Of de eiser ook belang heeft bij de daadwerkelijke verstrekking van NAW-gegevens is een andere vraag. De kernoverweging in dat opzicht is r.o. 5.13, dat de voorgaande overwegingen bijeenbrengt. Verstrekking door ISP's van NAW-gegevens van klanten die via hun homepage onrechtmatige uitingen doen, kan niet alleen op grond van artikel 8 sub f Wbp zijn *toegestaan* maar ook op basis van de maatschappelijke zorgvuldigheid zijn *geboden*, indien:

- er een belang is dat verstrekking van NAW-gegevens rechtvaardigt;
- de ernst van de inbreuk opheffing van de anonimiteit rechtvaardigt;
- het doel dat met de verstrekking wordt nagestreefd niet langs andere, minder ingrijpende weg – zonder opheffing van anonimiteit – kan worden bereikt; en
- de verstrekking in de mate die is beoogd evenredig is aan het nagestreefde doel.⁷

Dat verstrekking van NAW-gegevens per definitie geen tijdelijke maatregel is – eenmaal opgeheven anonimiteit kan niet in hoger beroep hersteld worden – was voor de rechter in de *Teatlas*-zaak aanleiding om te overwegen (r.o. 4.2) dat een dergelijk gebod dus alleen kan worden opgelegd als met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat die vordering in een bodemprocedure ook zak worden toegewezen. In dit vonnis verwerpt de rechter die lijn niet; hij overweegt slechts (r.o. 5.11) dat in kort geding wel vaker onomkeerbare maatregelen worden getroffen. Dat is op zich waar, maar doet m.i. niet af aan het feit dat die onomkeerbaarheid tot terughoudendheid noopt. Niet elke anonieme rechtsinbreuk rechtvaardigt opheffing van anonimiteit.

Toepassing op de casus: de bewijspositie van de ISP

De genoemde gezichtspunten treden in werking wanneer de ISP ‘ervan in kennis wordt gesteld dat een van de gebruikers van zijn computersysteem door middel van diens homepage onrechtmatig handelt.’ Die formulering komt voort uit artikel 15 van de E-commerce

richtlijn, dat de *aansprakelijkheid* van ISP's voor de inhoud van door hen gehoste homepages beperkt. Die kennis ontstaat niet automatisch doordat iemand de ISP wijst op een homepage en *stelt* dat die jegens hem onrechtmatig is. Voorwaarde is dat de onrechtmatigheid van de gehoste informatie redelijkerwijs niet betwijfeld kan worden. Dat betekent dat de inbreuk evident moet zijn en/of dat de eiser voldoende informatie verschaft om iedere redelijke twijfel weg te nemen.

Maar hoe kon dat in dit geval? Wat kon of moest P. doen om aan Lycos te bewijzen dat hij géén fraudeur is? Hoe moest Lycos de redelijkheid van haar eventuele twijfel onderbouwen? De voorzieningenrechter overweegt (r.o. 5.9):

Niet aannemelijk is geworden dat de beschuldigingen jegens P. geuit in de tekst die tot 4 augustus 2003 op de website heeft gestaan (zie hiervoor onder 2.b), juist zijn. Lycos heeft in dat verband niets kunnen aanvoeren, terwijl P. onweersproken heeft gesteld dat hij, behoudens enkele verkeersovertradingen, zonder strafblad is.

Dit zal voor Lycos en andere ISP's geen prettige kost zijn: zij willen zich immers juist geen oordeel hoeven vellen over de inhoud van de websites die zij hosten. De ISP bevindt zich in de moeilijke positie dat hij enerzijds als loutere ‘postbode’ geen boodschap een de boodschap wil hebben, maar anderzijds wel de enige partij is die aan de betrokkene bekend is.⁸ Zolang de klant die de gewraakte uitspraken heeft gedaan anoniem thuis zit, is de ISP de enige die de eiser van repliek dient. Hij doet dat echter, zeker in juridische zin, alleen namens zichzelf. Sommige ISP's verdedigen in de rechtszaal misschien ook *in algemene zin* het recht op anonimiteit op internet maar meestal niet *deze concrete klant*.

Voor deze delicate positie heeft de rechter in dit geval m.i. onvoldoende oog. Een lijdelijke rechter kan op zich niet veel meer doen dan constateren dat gedaagde de gemotiveerde stellingen van eiser niet (voldoende) heeft betwist, maar met daadwerkelijke belangenafweging of waarheidsvinding heeft dit weinig te maken. Had Lycos dan onderzoek moeten doen naar de betrouwbaarheid van P.? Had zij werkelijk moeten nagaan of hij een strafblad had? Had dat iets uitgemaakt? Het dunkt mij dat Lycos hier wordt geplaatst in de onmogelijke positie dat zij zelf de juistheid van een bewering van een willekeurige klant moet aantonen.⁹

Tegen het voorgaande kan wel worden ingebracht, dat het de ISP zelf is die zich vrijwillig in deze moeilijke positie manoeuvreert. Door de NAW-gegevens van de klant geheim te houden, dwingt de ISP de betrokkene wel om hem aan te spreken. Bovendien, zo zullen de gelatende redeneren: als er al een recht op anonimiteit op internet is, is dat recht niet oneindig.¹⁰ Er bestaat bijvoorbeeld geen recht om anoniem de Top-40 in MP3-format op je homepage te zetten. Bij misbruik van anonimiteit is mogelijk aanleiding om anonimiteit op te heffen. Maar is daarvan in deze casus wel sprake? Dat is niet *a priori* vast te stellen. Als de beschuldigingen – die zeker ernstig en schadelijk zijn – waar zouden zijn, is op zich niet onbegrijpelijk dat degene die ze doet, anoniem wil blijven. Deze uitlatingen liggen, in tegenstelling tot anonieme muziekpiraterij, al dichterbij het normale type van de anonieme uiting die volgens voorstanders van een recht op anonimiteit beschermd moten worden: de uiting die wegens zijn inhoud de spreker blootstelt aan vervolging en waarvan de vervolgbare hem wel eens tot stilte zou kunnen brengen.

1 Voor een nadere omschrijving van deze uitspraken, zie A.H. Ekker, ‘Anonimiteit en uitingsvrijheid op het internet; het onthullen van identificerende gegevens door internetproviders,’ *Mediaforum* 2002-11/12, pp. 348-358. Zie ook A.H. Ekker en O. van Daalen, ‘De provider als speurhond van de muziekindustrie,’ *JAVI* 2003-4.
2 Rb. Den Haag 9 juni 1999, *Mediaforum* 1999-7/8, nr. 37 en Hof Den Haag 4 september 2003, *Mediaforum* 2003-10, nr. 45, beide m.nt. D.J.G. Visser.
3 V.zr. Rb. Amsterdam 25 april 2002, *Mediaforum* 2002-6, nr. 24 en Hof Amsterdam 7 november 2002, *Mediaforum* 2003-1 m.nt. A.H. Ekker en *Computerrecht* 2003/1 m.nt. L.F. Asscher.
4 V.zr. Rb. Utrecht 9 juli 2002, *Computerrecht* 2002/5 m.nt. W.A.M. Steenbruggen.
5 Hof Den Bosch 25 juli 2002, KG 2002, 259 (*Rutloh/Concept ICT*).
6 Ik laat met name buiten beschouwing de alternatieve grondslagen die de voorzieningenrechter in r.o. 5.13 ten overvloede noemt: de rechtsplicht van het noemen van de voorman in IE-zaken en artikel 843a Rv. Die eerste lijkt mij overigens een toepassing van dezelfde grondslag als in deze uitspraak aan de orde, namelijk de maatschappelijke zorgvuldigheid. Of een vordering ex artikel 843a Rv in kort geding zou kunnen worden ingesteld en of de cumulatieve vereisten van die bepaling in een dergelijke zaak vervuld kunnen worden, is een

interessante vraag die ik in deze noot niet behandel.

7 Deze toets komt vrijwel letterlijk overeen met de toets die de gegevensverwerker moet uitvoeren alvorens op basis van artikel 8 sub f Wbp gegevens te mogen verwerken, *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 86. Zie hierover uitvoeriger de noot onder de Teatlas-zaak van Steenbruggen, die eveneens benadrukt dat ingeval van een eis tot gegevensverstrekking door een ISP de grondslag niet de Wbp is maar de onrechtmatige daad.
8 Het was meen ik Sjoera Nas die in dit verband het sindsdien veelvuldig terugkerende woord ‘spagaat’ introduceerde, in *Mediaforum* wel te verstaan: S. Nas, ‘De privacy-spagaat’, *Mediaforum* 2001-11/12, p. 334-338.
9 Andere factoren die de voorzieningenrechter – m.i. wél terecht – relevant acht voor de vraag of P. voldoende belang heeft bij verstrekking van de gegevens zijn de ernst van de beschuldiging en de hoogte van de dientengevolge te verwachten schade. Dát zijn factoren waarover de ISP in kort geding tot op zekere hoogte zinnig mee kan praten (en dus kan meenemen in zijn afweging om de NAW-gegevens wellicht vrijwillig af te staan voordat het zover komt).
10 Zie o.a. Nicoll, Prins & Van Dellen (red.), *Digital Anonymity and the Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2003.

De 'strafrechtelijke weg' loopt dood

In de *Teleatlas*-zaak toverde Planet een alternatief uit de hoge hoed voor gegevensverstrekking door de ISP in de vorm van wat in de weergave van de voorzieningenrechter werd omschreven als de 'meer waarborgen omklede strafrechtelijke weg'. Men doelt daarbij kennelijk op de verplichting die artikel 13.4 Telecommunicatiewet (Tw) aan aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en -diensten (waaronder dus ISP's) om de opsporingsdiensten de informatie te geven die nodig is om gebruik te maken van hun aftapbevoegdheden. Deze verplichting omvat expliciet het desgevraagd mededelen van de bij een nummer behorende NAW-gegevens. E-mailadressen en IP-nummers zijn voorbeelden van nummers, zo blijkt uit de definitie in artikel 1.1 sub t Tw.

De voorzieningenrechter overweegt (r.o. 5.10) dat van P. niet kan worden verlangd dat hij de strafrechtelijke weg bewandelt, omdat deze weg voor de betrokkene (de websitehouder) niet minder ingrijpend is. Dat is op zich waar: het gaat erom dat de anonimiteit wordt opgeheven; hoe dat gebeurt zal de betrokkene en zorg zijn. Als eenmaal is vastgesteld dat de eiser recht heeft op de NAW-gegevens aan de hand van de genoemde gezichtspunten, dient hij die gegevens te kunnen krijgen op een voor de overige partijen (met name derden) zo gemakkelijk mogelijke wijze. Voorkomen moet worden dat de diverse derden allemaal naar elkaar mogen verwijzen en de gelaedeerde alsnog met lege handen achterblijft.

Veel belangrijker dan dit praktische argument is echter dat de strafrechtelijke weg voor de eiser überhaupt doodloopt. Stel P. had de strafrechtelijke afslag genomen: hij had aangifte gedaan en bij de opsporingsambtenaar aangedrongen op actie. Het eerste probleem is het opportunitieitsbeginsel: P. kan het OM niet dwingen om tot vervolging over te gaan. Vervolgens blijkt dat een ISP alleen hoeft te voldoen aan een *bevoegde* vordering ex artikel 13.4 Tw. Die bevoegdheden staan in het Wetboek van Strafvordering en zijn in dit geval (artikel 126m) beperkt tot gevallen waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten: kort gezegd, bij verdenking van een misdaad waarop minimaal vier jaar gevangenisstraf staat. Bij laster (262 Sr) is de maximumstraf twee jaar. Bovendien geldt de eis dat de rechtsorde is geschokt, hetgeen bij inbreuk op iemands eer of goede naam (of intellectuele eigendom) lang niet altijd het geval zal zijn. Als de opsporingsautoriteiten het internetverkeer van de verdachte niet mogen aftappen, hoeft de ISP hen ook geen NAW-gegevens te verstrekken.

De belangrijkste horde is echter de laatste: als de opsporingsambtenaar al zowel bevoegd als bereid is een vordering tot verstrekking van NAW-gegevens bij de ISP te doen, is het hem vervolgens verboden om het antwoord aan P. te verstrekken! Met andere woorden, voor civiele partijen is de 'strafrechtelijke weg' smal, lang en kronkelig om vervolgens aan het einde dood te lopen.¹¹

Conclusie

Mijns inziens zijn de geschetste algemene gezichtspunten helder en bruikbaar. Ook is het goed dat de 'strafrechtelijke weg' uit beeld verdwijnt als alternatief voor gegevensverstrekking door ISP's, ook al gebeurt dat m.i. om de verkeerde reden. Tegelijkertijd acht ik de toepassing van de geformuleerde gezichtspunten op de casus waar het hier eigenlijk om ging, onjuist. Met name onhandig is de wijze waarop de ISP terloops met de bewijslast wordt opgezadeld terzake de juistheid van de gewraakte uitlatingen. Het lijkt mij terecht dat de ernst van de geuite beschuldigingen en de potentieel daaruit voortvloeiende schade en rol speelt bij de beoordeling. De juistheid van die beschuldigingen kan in een kort geding, waarin maar één van de betrokken partijen aanwezig is, naar mijn idee geen rol spelen. Onredelijk lijkt mij in elk geval om de ISP op te zadelen met een stelplicht terzake: de ISP weet niet of het waar is wat zijn klant beweert en kan het sowieso niet bewijzen. Voor de langere termijn is het theoretisch kader natuurlijk belangrijker dan de toepassing. Er van uitgaande dat het een eventueel hoger beroep overleeft, kan dit vonnis het verwijzen naar de eerdere kort geding vonnissen goeddeels overbodig maken.

¹¹ Artikel 9 lid 4 van het (overigens zeer omstreden) Commissie-voorstel voor de Richtlijn handhaving intellectuele eigendomsrechten bevat de expliciete bepaling dat de autoriteiten dergelijke informatie wél aan civiele partijen mogen

mededelen. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on measures and procedures to ensure the enforcement of intellectual property rights, 30 januari 2003, COM(2003) 46 def.