

## AFSCHRIFT

rolnummer 1689/03 KG

24 juni 2004

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM  
VIERDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

## ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
LYCOS NETHERLANDS B.V.,  
gevestigd te Haarlem,  
APPELLANTE,  
X procureur: mr. A. Volders,

t e g e n

Augustinus Bernard Maria PESSERS,  
wonende te Tilburg,  
GEÏNTIMEERDE,  
procureur: mr. M.A.L.M. Willems.

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna Lycos en Pessers genoemd.

Bij dagvaarding van 23 september 2003 is Lycos in hoger beroep gekomen van een kortgedingvonnis van 11 september 2003 van de voorzieningenrechter in de rechtbank te Haarlem, in deze zaak onder nummer 94609/KG ZA 03-426 gewezen tussen Pessers als

rolnummer 1689/03 KG

2

eiser en Lycos als gedaagde.

Lycos heeft bij memorie grieven tegen het vonnis aangevoerd, een productie overgelegd en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de vordering van Pessers zal afwijzen, met veroordeling van Pessers in de kosten van beide instanties.

Bij memorie van antwoord heeft Pessers de grieven bestreden, producties overgelegd en geconcludeerd dat het hof het vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling van Lycos in de kosten van - naar het hof begrijpt - het hoger beroep.

Partijen hebben ter terechtzitting van het hof van 16 april 2004 hun standpunten doen toelichten. Namens Lycos is gepleit door mr. C.O. Wenckebach, advocaat te Haarlem, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Pessers, advocaat te Tilburg, trad voor zichzelf op.

Bij die gelegenheid zijn door beide partijen nog inlichtingen verschaft.

Ten slotte hebben partijen aan het hof verzocht arrest te wijzen.

## 2. Grieven

Lycos heeft dertien grieven aangevoerd, waarvoor wordt verwezen naar de desbetreffende memorie.

## 3. Feiten

De voorzieningenrechter heeft in overweging 2.1 van het bestreden vonnis onder de letters a t/m f een aantal feiten in deze zaak als vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat op

rolnummer 1689/03 KG

3

zichzelf geen geschil, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

#### 4. Beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

a. Pessers handelt - naast zijn normale beroepswerkzaamheden - tevens in postzegels via een 'virtuele' veiling op de website [www.ebay.com](http://www.ebay.com) waarbij hij gebruik maakte van het emailadres [pessers@home.nl](mailto:pessers@home.nl). De genoemde website biedt aan klanten (kopers) met wie zaken wordt gedaan de mogelijkheid om (in één regel) feedback te geven; Pessers kan daarop (eveneens in één regel) een reactie geven; de feedback en de reactie zijn voor iedereen toegankelijk. Ten tijde van de aanvang van dit geding had Pessers een rating opgebouwd van 24.787 positieve, 299 negatieve en 217 neutrale vermeldingen.

b. Lycos is een wereldwijd opererend internetbedrijf; zij houdt zich onder meer bezig met het als internetprovider 'hosten' van websites op internet. Op <http://members.lycos.nl> staat een website genaamd "stop the fraud" (verder: de website). Tot 4 augustus 2003 stond op deze website onder meer de volgende tekst;

"Have you been ripped off by Pessers@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](mailto:stopthefraud@hotmail.com) (...)"

De website bevat voorts onder meer een aantal 'stories' van personen die slechts met initialen zijn aangeduid, waarin verhaald wordt van problemen bij het bestellen van postzegels bij Pessers.

c. Pessers heeft op 1 augustus 2003 een mail naar het op de website vermelde emailadres gezonden, inhoudende onder meer:

rolnummer 1689/03 KG

4

"Geachte heer???,  
Ik ben geconfronteerd met Uw website. Ik sommeer U hiermee te stoppen en U bekend te maken. Voorts verzoek en sommeer ik U mij een weerwoord toe te staan op deze site, wat U doet is in hoge mate strafbaar en onrechtmatig. Zodra ik van Lycos Uw gegevens heb ontvangen zal ik U in rechte betrekken om mijn schade op U te verhalen. (...)"

Pessers heeft op deze mail geen antwoord ontvangen.

d. Pessers heeft voorts per faxbrief van 1 augustus 2003 Lycos gesommeerd om (onder meer) de website te verwijderen alsmede hem te voorzien van naam, adres en geboortedatum van de websitehouder. Lycos heeft per brief van 4 augustus 2003 aan Pessers bericht geen gehoor te geven aan deze sommaties.

e. Met ingang van 4 augustus 2003 heeft de websitehouder de volgende tekst op de website geplaatst: "Site removed to avoid legal actions!!"

4.2. In dit kort geding vorderde Pessers in eerste aanleg dat Lycos - op straffe van een dwangsom - wordt geboden: (a) de doorgifte van de website te staken, en (b) naam, adres en geboortedatum van de websitehouder aan Pessers bekend te maken. De voorzieningenrechter heeft onderdeel (a) van de vordering afgewezen omdat Pessers daarbij geen belang meer had gezien de thans op de website geplaatste tekst. Onderdeel (b) van de vordering is toegewezen voor zover het de bekendmaking van de naam en het adres (en niet de geboortedatum) van de websitehouder betreft. Het hoger beroep van Lycos is tegen de toewijzing van dit deel van de vordering gericht.

4.3. Nu Pessers niet tegen de afwijzing van de rest van zijn vorderingen in hoger beroep is gekomen, staat in hoger beroep uitsluitend ter beoordeling of Lycos terecht is veroordeeld de naam en het adres van de websitehouder (verder: de NAW-gegevens) aan Pessers bekend te maken.

4.4. Pessers stelt dat de inhoud van de website (zoals die tot

rolnummer 1689/03 KG

5

4 augustus 2003 luidde) lasterlijk en onrechtmatig jegens hem is en dat hij daardoor in zijn postzegelhandel, waarmee hij normaliter een jaaromzet van € 350.000 behaalt, schade lijdt c.q. heeft geleden. Volgens Pessers handelt Lycos onrechtmatig door de bij haar bekende NAW-gegevens niet aan hem bekend te maken; hij heeft er belang bij om de websitehouder, die zich anoniem houdt, in rechte te kunnen aanspreken, zowel om schadevergoeding te kunnen vorderen als om soortgelijke onrechtmatige acties in de toekomst te kunnen voorkomen of stoppen.

4.5. Lycos voert aan dat een vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens van een websitehouder slechts in zwaarwegende omstandigheden toewijsbaar is; zo dient de op de website geplaatste informatie onmiskenbaar onrechtmatig te zijn en moet de eiser bovendien een zwaarwegend belang hebben bij afgifte van de NAW-gegevens; voorts moet er geen minder ingrijpende manier zijn om de NAW-gegevens te achterhalen en moeten de beginselen inzake de bescherming van persoonsgegevens in acht genomen worden. Volgens Lycos is in het onderhavige geval niet aan deze voorwaarden voldaan.

4.6. Ingevolge de ontwerpbeeping van art. 6:196c lid 4 BW (wetsontwerp 28197) - welke ontwerpbeeping dient ter implementatie van artikel 14 van de EG-richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel - is een serviceprovider niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter of daarvan niet redelijkerwijs behoort te weten, dan wel - zodra hij daarvan weet of redelijkerwijs behoort te weten - prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt. Blijkens de memorie van toelichting bij deze ontwerpbeeping is de enkele kennisgeving van een derde omtrent de aanwezigheid van onrechtmatige informatie onvoldoende voor de conclusie dat de serviceprovider weet of redelijkerwijs behoort te weten dat de informatie een onrechtmatig karakter

rolnummer 1689/03 KG

6

heeft; dat is echter anders wanneer aan de juistheid van de kennisgeving in redelijkheid niet getwijfeld kan worden, zoals wanneer de informatie op de website onmiskenbaar onrechtmatig is (TK 2001-2002, 28 197, nr. 3, blz. 49).

Pas indien op deze gronden tot aansprakelijkheid van de serviceprovider voor de opgeslagen informatie geconcludeerd kan worden, is een - op die onrechtmatige daad gebaseerde - vordering jegens de serviceprovider tot verwijderen of ontoegankelijk maken van de informatie toewijsbaar. Daarnaast kan dan onder omstandigheden tevens een vordering jegens de serviceprovider tot bekendmaking van de NAW-gegevens van de websitehouder toewijsbaar zijn, met name indien bij die vordering een voldoende zwaarwegend belang bestaat (zie daaromtrent verder hieronder).

Indien de informatie echter niet onmiskenbaar onrechtmatig is, kan de vordering tot verwijdering of ontoegankelijk maken van de informatie in beginsel slechts jegens de websitehouder zelf gericht worden (zie echter ook 4.8).

4.7. In het onderhavige geval betoogt Lycos terecht dat de informatie die tot 4 augustus 2003 op de desbetreffende website geplaatst was, op zichzelf niet onmiskenbaar onrechtmatig was. Het gaat hier immers om een door een websitehouder geopenbaarde beschuldiging van oplichting aan het adres van Pessers, waarvan voor een buitenstaander (zoals Lycos in dit opzicht is) niet zonder meer duidelijk is of en in hoeverre dat verwijt steun vindt in de feiten en of en in hoeverre het publiekelijk uiten van dat verwijt gerechtvaardigd is.

Dat de gepubliceerde informatie in dit geval een ernstige beschuldiging betreft en dat de beschuldiging bovendien door de websitehouder anoniem geuit wordt, brengt ook nog niet zonder meer mee dat de informatie onmiskenbaar onrechtmatig is. Onder omstandigheden kan een websitehouder er immers een gerechtvaardigd belang bij hebben om vermeende misstanden aan de kaak te stellen zonder dat zijn persoonsgegevens publiekelijk bekend worden; of dat zo is onttrekt zich veelal

rolnummer 1689/03 KG

7

aan de waarneming van de serviceprovider.

4.8. In dit hoger beroep behoeft niet de vraag beantwoord te worden of in laatstbedoelde situatie - waarin de informatie op zichzelf niet onmiskenbaar onrechtmatig is maar wel een ernstige beschuldiging bevat die anoniem geuit wordt - onder omstandigheden toch nog ruimte bestaat voor toewijzing van een vordering jegens de serviceprovider tot verwijdering of ontoegankelijk maken van de informatie (hetgeen bijvoorbeeld denkbaar is nadat gebleken is dat de websitehouder niet opgespoord kan worden omdat diens NAW-gegevens niet te achterhalen zijn of omdat de wel achterhaalde NAW-gegevens niet kloppen). In het onderhavige geval is de informatie immers reeds door de websitehouder zelf verwijderd en is Pessers niet in beroep gekomen tegen de afwijzing van deze vordering.

4.9. Blijkens het bovenstaande moet er in dit geval voorshands van worden uitgegaan dat de informatie op de website (voor Lycos) niet onmiskenbaar onrechtmatig was. Anders dan Lycos heeft betoogd, brengt dat echter niet mee dat de vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens om die reden moet worden afgewezen. Laatstgenoemde vordering moet op haar eigen merites beoordeeld worden.

4.10. 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

rolnummer 1689/03 KG

9

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.

4.11. (ad a) In het onderhavige geval moet gelet op de inhoud van de website "stop the fraud" aangenomen worden dat het ook voor Lycos voldoende duidelijk was dat de informatie jegens Pessers zeer wel onrechtmatig kan zijn. Het gaat immers om de ernstige beschuldiging van oplichting waarvan de juistheid niet zonder meer vaststaat; anders dan Lycos stelt zijn de op de website opgenomen verhalen niet van de site van Ebay afkomstig. Van Pessers hoeft voorts ook niet geveerd te worden, anders dan Lycos blijkens haar vijfde grief kennelijk wil, dat hij de door hem gestelde schade door bescheiden of anderszins jegens Lycos onderbouwt of specificceert; Pessers vordert immers geen schadevergoeding van Lycos. Voldoende voor toewijsbaarheid van de vordering tot bekendmaking van de NAW-gegevens is dan ook dat, gelet op de aard en inhoud van de informatie op de website, de mogelijkheid van schade in zijn postzegelhandel voldoende aannemelijk is.

4.12. (ad b) Dat Pessers een reëel belang heeft bij het verkrijgen van de NAW-gegevens van de websitehouder staat gelet



rolnummer 1689/03 KG

9

op het voorgaande buiten redelijke twijfel. Pessers wil de websitehouder in rechte aanspreken, niet alleen ter verkrijging van schadevergoeding maar ook om soortgelijke acties in de toekomst te voorkomen of te stoppen.

4.13. (ad c) Lycos heeft gesteld dat Pessers ook zou kunnen proberen de NAW-gegevens van de websitehouder te achterhalen bij Ebay of bij Microsoft (via het emailadres van de Hotmail dienst). Nog daargelaten dat onaannemelijk is dat Ebay beschikt over de NAW-gegevens van deze websitehouder (er bestaat immers geen contractuele band tussen hen), zullen zowel Ebay als Microsoft op hun beurt weer met hetzelfde argument kunnen verwijzen naar Lycos. Bij de toets of er geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaat om de NAW-gegevens te achterhalen, gaat het er dan ook niet zozeer om of er een alternatief bestaat dat voor Lycos minder ingrijpend is (dat is namelijk bij elk alternatief het geval), maar of er een alternatief bestaat dat voor de websitehouder minder ingrijpend is. Voor hem maakt het echter geen verschil of zijn NAW-gegevens worden bekend gemaakt door Lycos dan wel door een andere elektronische dienstverlener.

Pessers heeft onweersproken gesteld dat hij de websitehouder meermalen vruchteloos heeft aangeschreven op diens emailadres dat op de website vermeld wordt (zie ook hierboven, 4.1.c) en dat hij een recherchebureau heeft ingeschakeld dat te kennen heeft gegeven niets voor hem te kunnen doen. Er moet dan ook van uitgegaan worden dat er voor Pessers geen reële alternatieven bestaan om aan de NAW-gegevens van de websitehouder te komen. De door Lycos gesuggereerde 'strafrechtelijke weg' biedt ook onvoldoende kans op resultaat, nog daargelaten dat het ondergaan van een strafrechtelijk onderzoek voor de websitehouder bepaald niet minder bezwarend is.

4.14. (ad d) Nu de hiervoor besproken voorwaarden voor toewijzing van de vordering vervuld zijn, komt het ten slotte

rolnummer 1689/03 KG

10

aan op een afweging van alle betrokken belangen. Daarover kan kort samengevat het volgende worden opgemerkt.

Aan de zijde van Lycos geldt als belang om zo min mogelijk belast te worden met het opvragen van NAW-gegevens door derden en het belang om geen persoonsgegevens van betrokkenen te hoeven openbaren. Ten aanzien van eerstgenoemd belang geldt echter dat Lycos haar bedrijf maakt van het ter beschikking stellen van hosting diensten en daarmee (reclame-)inkomsten verwerft, zodat het ongemak om in voorkomende gevallen aan derden NAW-gegevens ter beschikking te moeten stellen uit die inkomsten bestreden kan worden. Wat het laatstgenoemde belang betreft heeft te gelden dat art. 8 sub f Wet bescherming persoonsgegevens aan Lycos de bevoegdheid geeft om persoonsgegevens van de desbetreffende websitehouder te verstrekken, indien zulks noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van Pessers, tenzij het belang van de websitehouder en in het bijzonder diens recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer prevaleert; in dat kader moeten dus de belangen van Pessers en de websitehouder tegen elkaar afgewogen worden.

Aan de zijde van de websitehouder geldt als belang dat hij vrijelijk zijn mening kan uiten en dat zijn privacy en zijn zelfverkozen anonimiteit niet door Lycos, aan wie hij NAW-gegevens heeft verschaft, worden geschonden. Deze belangen hebben echter geen absolute waarde en mogen in het bijzonder niet misbruikt worden om (potentieel) schadelijke uitlatingen over een derde te doen en zich daarbij volledig te onttrekken aan iedere mogelijkheid om door die derde ter verantwoording te worden geroepen. In het onderhavige geval is in het bijzonder van belang dat de door de websitehouder aan de orde gestelde (beweerde) misstand niet zodanig van aard of impact is, dat waarborging van zijn anonimiteit noodzakelijk zou zijn om die (beweerde) misstand vrijelijk aan de orde te kunnen stellen. Voorts geldt dat een eventuele toewijzing van de vordering van Pessers slechts in beperkte mate inbreuk maakt op het belang van privacy en anonimiteit van de websitehouder, nu diens NAW-

rolnummer 1689/03 KG

11

gegevens niet publiekelijk maar slechts aan Pessers bekend gemaakt worden.

Aan de zijde van Pessers geldt als belang dat hij de mogelijkheid moet hebben om zijn rechten en vrijheden te beschermen, door de websitehouder zo nodig in rechte aan te spreken op diens mogelijk onrechtmatige gedragingen en daarvoor schadevergoeding en een verbod te vorderen.

4.15. Afweging van de betrokken belangen leidt het hof tot het oordeel dat het belang van Pessers in dit geval het zwaarste behoort te wegen, aangezien hij anders 'vogelvrij' zou zijn voor dit soort acties van anonieme personen. Aannemelijk is dat in een eventuele bodemprocedure ook aldus geoordeeld zou worden.

Op voorgaande gronden zijn de vorderingen van Pessers, voor zover in hoger beroep nog aan de orde, dan ook terecht toegewezen door de voorzieningenrechter.

4.16. Afzonderlijke bespreking van de grieven van Lycos is niet meer nodig, behalve ten aanzien van grief II. Daarin betoogt Lycos dat Pessers niet-ontvankelijk is in zijn vorderingen jegens haar, omdat de hier aan de orde zijnde website "Stop the fraud" ten tijde van het geding in eerste aanleg niet door haar werd gehost maar door de in Duitsland gevestigde vennootschap Lycos Europe GmbH (hetgeen thans overigens niet meer het geval is, zoals bij pleidooi in hoger beroep is medegedeeld).

Wat daarvan feitelijk ook zij, voldoende aannemelijk is geworden dat (ook) Lycos zelf vanwege haar nauwe band met de Duitse moedervenootschap de feitelijke mogelijkheden had om te beschikken over de NAW-gegevens van de websitehouder en zonodig de website af te sluiten of ontoegankelijk te maken. Dat volgt al uit haar eigen stelling (MvG sub 17) dat zij "ten aanzien van de websites die operationeel zijn onder het topleveldomain .nl (...) een logistieke, faciliterende en organisatorische functie" vervulde; voorts blijkt dat ook nog eens met zoveel woorden uit haar eigen brief van 4 augustus 2003 aan Pessers.

rolnummer 1689/03 KG

12

In verband met een en ander kon Pessers zijn vorderingen derhalve (ook) tegen Lycos richten.

4.17. Nu de aangevoerde grieven niet tot vernietiging van het vonnis kunnen leiden, zal het hof het bestreden vonnis bekrachtigen, met veroordeling van Lycos als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep.

#### 5. Beslissing


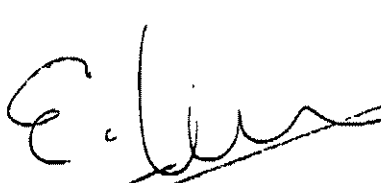
Het hof:

Bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

Veroordeelt Lycos in de kosten van het hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Pessers begroot op € 2.559,29;

Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Westermann-van Rooyen, Streefkerk en Thiessen en in het openbaar uitgesproken op 24 juni 2004.



Voor afschrift conform  
De griffier van het  
Gerechtshof te Amsterdam