

Wat is de zorgplicht van Hyves, XS4ALL en Marktplaats?

Christiaan Alberdingk Thijm*

1 Inleiding

Ik neem aan dat de lezers van dit blad weten wie of wat Hyves, XS4ALL en Marktplaats zijn. Voor de digibeten onder u: het zijn bekende Nederlandse internetbedrijven. Hyves is wat je noemt een sociaal netwerk. Bij Hyves creëer je je eigen profiel-pagina en nodig je Hyves-vrienden uit jouw pagina te bekijken. Al die vrienden worden onderdeel van jouw Hyves-netwerk. Op de pagina kunnen Hyvers berichten ('krabbels') achterlaten. Het is mogelijk je Hyves-pagina op te luisteren met foto's, video's of andere content.

Hyves, XS4ALL en Marktplaats zijn tussenpersonen. Degenen die via de diensten van de tussenpersonen informatie aanbieden, kunnen daarbij onrechtmatig handelen. Als dat gebeurt, rijst de vraag wat de juridische positie van de tussenpersoon is

XS4ALL is opgericht in 1993 en was daarmee de eerste Nederlandse internetprovider. De naam van het bedrijf refereert aan de missie van de oprichters, namelijk iedereen toegang tot het internet verlenen. Dat is dan ook één van de klassieke diensten die een internet-provider kan verrichten: het verstrekken van toegang. Een andere belangrijke dienst is dat internetproviders anderen in de gelegenheid stellen informatie op te slaan op internet-servers, die dikwijls fysiek in de rekken van de provider staan. Het gaat dan met name om websites van klanten die door de provider worden opgeslagen.

Marktplaats.nl is het grootste advertentieplatform van Nederland. Op Marktplaats kan een advertentie worden geplaatst voor de meest uiteenlopende producten of diensten. In het Engels wordt het wel de *classified business* genoemd, naar de kleine advertenties die in kranten worden opgenomen. De aanbieders op Marktplaats zijn overwegend particulieren die hun eerder aangekochte spullen tweedehands willen verkopen. Iedere dag worden meer dan 240.000 advertenties op Marktplaats geplaatst in diverse categorieën.¹

2 Vraagstelling

Bij de hierboven beschreven diensten van Hyves, XS4ALL en Marktplaats handelen deze bedrijven als tussenpersonen. Zij zijn tussenpersonen omdat zij zich bevinden tussen de informatieaanbieder en de consument. Degenen die via de diensten van de tussenpersonen informatie aanbieden, kunnen daarbij onrechtmatig handelen. De afnemers van de diensten van Hyves, XS4ALL en Marktplaats kunnen bijvoorbeeld ongeoorloofde uitingen doen, auteursrechtinbreuk plegen of de privacy van anderen schenden. Als dat gebeurt, rijst de vraag wat de juridische positie van de tussenpersoon is.

In sommige gevallen is het voor een benadeelde immers efficiënter de tussenpersoon aan te spreken dan diens klant die de feitelijke onrechtmatige handeling heeft verricht. Het is denkbaar dat de klant niet heeft gereageerd op eerdere aanmaningen van de benadeelde of dat bij de benadeelde geen contactgegevens van de klant van de tussenpersoon bekend zijn. Ook kan sprake zijn van recidive: dezelfde ongeoorloofde handeling wordt al dan niet door dezelfde persoon herhaaldelijk verricht. Kortweg kan men drie verschillende situaties onderscheiden:

* Christiaan Alberdingk Thijm is partner bij een advocatenkantoor te Amsterdam en docent Informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

¹ De cijfers zijn van maart 2008 en zijn afkomstig van de website van Marktplaats.

- 1 de benadeelde verzoekt de tussenpersoon de door hem opgeslagen onrechtmatige informatie te verwijderen of de toegang daartoe te blokkeren;
- 2 de benadeelde verzoekt de tussenpersoon de naam-, adres- en woonplaatsgegevens (NAW-gegevens) van de onrechtmatig handelende klant te verstrekken; en
- 3 de benadeelde verzoekt de tussenpersoon erop toe te zien dat diens klant(en) in de toekomst de onrechtmatige handeling niet nog eens verricht(en).

Wat is in deze situaties de zorgplicht van de tussenpersoon? Die vraag zal ik in het navolgende steeds per casuspositie bespreken. Daaraan voorafgaand zal ik enige algemene opmerkingen maken over de specifieke regelgeving voor de elektronische handel.

3 Richtlijn elektronische handel

De zorgplicht in verband met het verrichten van bepaalde diensten via internet is geharmoniseerd door de Europese richtlijn inzake elektronische handel (hierna: de Richtlijn).² De Richtlijn stamt uit het jaar 2000 en vormde een ambitieus project van de Europese wetgever om een groot gedeelte van het recht ten aanzien van de elektronische handel te harmoniseren. Met de harmonisatie beoogde de Europese wetgever zowel consumenten als internetdienstverleners rechtszekerheid te bieden en zo een gunstig klimaat te creëren voor investeringen in de elektronische handel. De Europese wetgever was zich ervan bewust dat zij zich op een terrein begaf dat nog nauwelijks was ontgonnen. Om die reden heeft zij er voor gekozen bepaalde aspecten van de elektronische handel niet te harmoniseren en op gezette tijden te evalueren of de noodzaak daartoe inmiddels zou bestaan.³

De noodzaak om de aansprakelijkheid voor het verrichten van bepaalde typen internetdiensten te harmoniseren, was de wetgever in 2000 al meer dan duidelijk

Scientology vs. XS4ALL

De noodzaak om de aansprakelijkheid voor het verrichten van bepaalde typen internetdiensten te harmoniseren, was de wetgever in 2000 al meer dan duidelijk. De eerste procedures tegen internettussenpersonen hadden

zich toen al in diverse lidstaten voorgedaan. Een bekende Nederlandse procedure is de zaak die Scientology was gestart tegen publiciste Karin Spaink en een groot aantal internetproviders, waaronder XS4ALL.⁴

Karin Spaink heeft delen van geheime documenten van Scientology, een Amerikaanse sekte, op haar website geplaatst. Volgens de Amerikaanse sekte is hierdoor sprake van auteursrechtinbreuk. XS4ALL, de provider van Spaink, is volgens Scientology mede aansprakelijk voor de auteursrechtinbreuk van Spaink.

Onder bepaalde omstandigheden is de internettussenpersoon niet aansprakelijk voor de handelingen die zijn klanten verrichten. Vergeleken met tussenpersonen uit de offline wereld geniet de internettussenpersoon hierdoor een betere bescherming tegen vorderingen van derden

De Rechtbank Den Haag, waar de zaak in 1999 dient, oordeelt dat XS4ALL aansprakelijk kan zijn voor de auteursrechtinbreuk van diens abonnee, indien zij in kennis is gesteld van het feit dat de abonnee auteursrechtinbreuk pleegt en vervolgens niet ingrijpt om die inbreuk te beëindigen. De rechtbank voegt daaraan toe dat wel vereist is dat de internetprovider aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet kan twijfelen. De rechtbank baseert dit oordeel op artikel 6:162 BW, de algemene onrechtmatige daad, voortvloeiend op de regulering van de aansprakelijkheid uit hoofde van de Richtlijn, die een jaar later in werking zou treden.

In de Richtlijn is net als in de Scientology-zaak een *vrijwaring* voor de aansprakelijkheid gecreëerd. Onder bepaalde omstandigheden is de internettussenpersoon niet aansprakelijk voor de handelingen die zijn klanten verrichten. Vergeleken met tussenpersonen uit de offline wereld geniet de internettussenpersoon hierdoor een betere bescherming tegen vorderingen van derden. Een uitgever van een boek bijvoorbeeld is mede aansprakelijk voor de inhoud daarvan, ongeacht of hij de inhoud daarvan kent. De vrijwaring die is opgenomen in de Richtlijn is

² 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* L 178.

³ Zie art. 21 van de Richtlijn.

⁴ Rb. Den Haag 9 juni 1999, *AMI* 1999/7, p. 110 m.nt. Koelman (*Scientology / XS4ALL en Spaink*).

een 'horizontale regeling': hij geldt voor het gehele recht, zowel voor het civiele en bestuursrecht als het strafrecht. De vrijwaring geldt bovendien voor alle typen aansprakelijkheid, zowel voor aansprakelijkheid voor schade als voor rechterlijke ge- en verboden.

De Europese wetgever achtte de vrijwaring voor bepaalde internetdiensten om een aantal redenen van belang. In de eerste plaats wilde de Europese wetgever met een nadrukkelijke vrijwaring het ononderbroken vrije verkeer van goederen op het internet garanderen. Dat zou immers ernstig worden gehinderd indien in verschillende EU lidstaten een afwijkend aansprakelijkheidsregime zou worden gehanteerd. In de tweede plaats werd de vrijwaring noodzakelijk geacht in verband met de informatie vrijheid. De Europese wetgever formuleerde een relatief hoge mate van bescherming tegen vorderingen van gedupeerden om te voorkomen dat tussenpersonen zelfcensuur gaan toepassen. Als een internetdienstverlener al te snel aansprakelijk zou zijn voor het ontsluiten van (controversiële) informatie van zijn klanten, ontstaat het risico dat de tussenpersoon bepaalde informatie op voorhand weigert te ontsluiten. Stel dat XS4ALL aansprakelijk zou zijn geweest voor de informatie van Scientology die door Karin Spaink op haar website werd aangeboden, dan bestaat de kans dat XS4ALL in het vervolg haar abonnees weigert over Scientology te publiceren. Een dergelijke weigering leidt tot een vorm van censuur die op gespannen voet staat met de vrijheid van meningsuiting. In de derde plaats wilde de Europese wetgever tussenpersonen niet onevenredig belasten en op hoge kosten jagen. Dat zou nadelig zijn voor de ontwikkeling van de elektronische handel. Tot slot kan de rechtszekerheid worden genoemd als reden voor het introduceren van een wettelijk vrijwaringsregime. Door die rechtszekerheid te bieden moest een gunstig klimaat gecreëerd worden voor investeringen in de elektronische handel.

De vrijwaring geldt voor bepaalde typen diensten die de tussenpersoon verricht. In de Richtlijn (art. 12 t/m 14) wordt een onderscheid gemaakt tussen drie verschillende typen diensten. Artikel 12 van de Richtlijn heeft betrekking op de dienst die bestaat uit het doorgeven van informatie welke van een ander afkomstig is, of het verschaffen van toegang tot het internet. Dit wordt ook wel *mere conduit* genoemd. Als XS4ALL een abonnement voor breedband internet verkoopt, biedt zij de

dienst *mere conduit* aan. In artikel 13 van de Richtlijn wordt de aansprakelijkheid voor het verrichten van diensten die bestaan uit het tijdelijk opslaan van van een ander afkomstige informatie geregeld. Deze dienst wordt ook wel *caching* genoemd. Het gaat hier bijvoorbeeld om het tijdelijk opslaan van internetpagina's zodat deze sneller opvraagbaar zijn. Artikel 14 van de Richtlijn heeft betrekking op het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie (*hosting*). Dat artikel luidt in de Nederlandse versie van de Richtlijn als volgt.

'De lidstaten zorgen ervoor dat, wanneer een dienst van de informatiemaatschappij bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, de dienstverlener niet aansprakelijk is voor de op verzoek van de afnemer van de dienst opgeslagen informatie, op voorwaarde dat:

- a) de dienstverlener niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie en, wanneer het een schadevergoedingsvordering betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt, of
- b) de dienstverlener, zodra hij van het bovenbedoelde daadwerkelijk kennis heeft of besef krijgt, prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken.'

Ingevolge de implementatie van de Richtlijn is een speciaal artikel aan boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (BW) toegevoegd om de voorwaarden van de aansprakelijkheid voor het verrichten van bepaalde diensten nader te bepalen. Dit is artikel 6:196c BW geworden (zie het kader op de volgende pagina).

4 Ad 1) Blokkeren of verwijderen

De dienst die bestaat uit het opslaan van van een ander afkomstige informatie wordt gereguleerd in het vierde lid van artikel 6:196c BW. Deze dienst wordt in de praktijk door veel uiteenlopende partijen verricht. Om die reden heeft de regulering van de aansprakelijkheid van dit type diensten het grootste juridische belang. Reden genoeg om wat langer stil te staan bij de aansprakelijkheid van de verlener van dit type diensten.

Voorbeelden van tussenpersonen die op verzoek van de afnemers van hun diensten informatie opslaan, zijn er te over. Het Amerikaanse bedrijf YouTube, onderdeel van Google, slaat bijvoorbeeld op verzoek van anderen videomateriaal op en maakt dit vervolgens toegankelijk via het internet. Flickr, onderdeel van zoekmachinegigant Yahoo!, en Picasa, onderdeel van Google, doen hetzelfde met foto's. Speurders.nl slaat advertenties van de afnemers van haar diensten op en via het webforum Ouders.nl worden berichten van ouders opgeslagen.

Artikel 196c boek 6 BW

1 Degene die diensten van de informatie-maatschappij verricht als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3, bestaande uit het doorgeven van van een ander afkomstige informatie of het verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk is niet aansprakelijk voor de doorgegeven informatie, indien hij:

- a** niet het initiatief tot het doorgeven van de informatie neemt;
- b** niet degene is die bepaalt aan wie de informatie wordt doorgegeven; en
- c** hij de doorgegeven informatie niet heeft geselecteerd of gewijzigd.

.....

2 Voor de toepassing van lid 1 wordt onder het enkele doorgeven van van een ander afkomstige informatie en het enkele verschaffen van toegang tot een communicatienetwerk mede verstaan de geautomatiseerde, tussentijdse en tijdelijke opslag van de doorgegeven informatie, voor zover deze opslag uitsluitend geschiedt ten behoeve van het doorgeven van die informatie en de duur van deze opslag niet langer is dan daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk is.

.....

3 Degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3, bestaande uit het geautomatiseerd, tussentijds en tijdelijk opslaan van van een ander afkomstige informatie voor zover het opslaan enkel geschiedt om het later doorgeven van die informatie aan anderen op hun verzoek doeltreffender te maken, is niet aansprakelijk voor het geautomatiseerd, tussentijds en tijdelijk opslaan van de informatie indien hij:

- a** de informatie niet wijzigt;
- b** de toegangsvoorwaarden voor de informatie in acht neemt;

c de in de bedrijfstak geldende of gebruikelijke regels betreffende de bijwerking van de informatie naleeft;

d niet de in de bedrijfstak geldende of gebruikelijke technologie voor het verkrijgen van gegevens over het gebruik van de informatie wijzigt, en

e prompt de nodige maatregelen neemt om de informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken, zodra hij weet dat de informatie is verwijderd van de plaats waar deze zich oorspronkelijk in het communicatienetwerk bevond of de toegang daartoe onmogelijk is gemaakt, of dat een bevoegde autoriteit heeft bevolen de informatie te verwijderen van de plaats waar deze zich oorspronkelijk in het communicatienetwerk bevond of de toegang daartoe heeft verboden.

.....

4 Degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht als bedoeld in artikel 15d lid 3 van Boek 3, bestaande uit het op verzoek opslaan van van een ander afkomstige informatie, is niet aansprakelijk voor de opgeslagen informatie, indien hij:

- a** niet weet en in geval van een schadevergoedingsactie niet redelijkerwijs behoort te weten dat de activiteit of informatie een onrechtmatig karakter heeft, dan wel
- b** zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijdert of de toegang daartoe onmogelijk maakt.

.....

5 Het hiervoor bepaalde staat niet in de weg aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod of bevel.

Met het verrichten van opslagdiensten is een eerste voorwaarde van artikel 6:196c lid 4 BW vervuld. De tweede voorwaarde is dat de diensten worden verricht door een aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW. Zodra sprake is van het verrichten van een dienst via internet die op enige wijze op geld waardeerbaar is, is sprake van een dienst van de informatiemaatschappij.⁵ Een derde voorwaarde om onder het regime van artikel 6:196c lid 4 BW te vallen, is dat de dienstverlener geen daadwerkelijke kennis heeft van het onrechtmatige karakter van de activiteit van de afnemer van de diensten. In de vierde plaats geldt dat zodra hij die kennis wel heeft gekregen de onrechtmatige informatie door hem wordt verwijderd of ontoegankelijk wordt gemaakt. Een enkele kennisgeving is onvoldoende om de vereiste mate van kennis te verwerven. Aan de juistheid van de kennisgeving mag in redelijkheid niet getwijfeld kunnen worden. Dat zal het geval zijn indien de handelwijze waarover wordt geklaagd *onmiskenbaar* onrechtmatig is. Uit het feit dat de dienstverlener geen daadwerkelijke kennis mag hebben van de onrechtmatige informatie vloeit ook voort dat de informatie niet onder zijn gezag of toezicht mag zijn geplaatst.⁶

De tussenpersoon die opslagdiensten verricht is niet verplicht op te treden bij iedere verdachtmaking door een benadeelde. De informatie waarover wordt geklaagd moet onmiskenbaar onrechtmatig zijn

Als aan bovengenoemde vijf voorwaarden is voldaan, is de tussenpersoon niet aansprakelijk voor het opslaan en toegankelijk maken van de onrechtmatige informatie van zijn klant. Dat betekent dat de tussenpersoon niet op voorhand aansprakelijk is, louter vanwege het feit dat hij het mogelijk maakt om onrechtmatige informatie op zijn platform op te slaan. Met artikel 6:196c BW en in het bijzonder het vierde lid daarvan is zodoende een speciale regeling van de aansprakelijkheid van bepaalde dienstverleners geïntroduceerd. Als de dienstverlener voldoet aan bovengenoemde voorwaarden, is hij gevrijwaard van aansprakelijkheid. Het is de lidstaten niet toegestaan extra voorwaarden te introduceren

waaraan een tussenpersoon moet voldoen voordat hij kan profiteren van de vrijwaring. De genoemde voorwaarden zijn limitatief bedoeld.

Onmiskenbaar onrechtmatig

Zoals gezegd, is de tussenpersoon die opslagdiensten verricht niet verplicht op te treden bij iedere verdachtmaking door een benadeelde. De informatie waarover wordt geklaagd moet *onmiskenbaar* onrechtmatig zijn. Dat heeft de minister van Justitie nadrukkelijk opgemerkt in Memorie van Toelichting bij de implementatiewet.

'Hij weet het, wanneer hij daarop wordt geattendeerd. 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.'⁷ (cursief – CATH)

Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval of de kennisgeving betrekking heeft op informatie die onmiskenbaar onrechtmatig is. Als bijvoorbeeld wordt beweerd dat informatie is opgeslagen waardoor de klager onrechtmatig wordt beledigd, is het lastig voor de tussenpersoon vast te stellen of hier inderdaad sprake is van onmiskenbaar onrechtmatige informatie.

In de zaak *Lycos/Pessers* klaagde de heer Pessers erover dat een abonnee van Lycos zijn eer en goede naam op onrechtmatige wijze had geschonden door hem op een website voor oprichter uit te maken. De website was door Lycos opgeslagen. Het Hof Amsterdam oordeelde in tweede instantie dat deze informatie niet onmiskenbaar onrechtmatig was. Het hof gaf daarbij aan dat het voor een buitenstaander als Lycos niet zonder meer duidelijk is of het verwijt van oprichting steun vindt in de feiten en/of dat verwijt gerechtvaardigd is. In lijn met de jurisprudentie over ongeoorloofde uitingen merkte het hof op dat het anoniem uiten van een ernstige beschuldiging nog niet met zich meebrengt dat sprake is van informatie die onmiskenbaar onrechtmatig is.

5 Ad 2) Verstrekken van NAW-gegevens

In de hierboven aangehaalde *Lycos/Pessers*-zaak verlangde de heer Pessers niet alleen dat Lycos de website van zijn abonnee ontoegankelijk maakte. Pessers wilde ook de NAW-gegevens van de abonnee. Pessers stelde

⁵ Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 12.

⁶ Zie ook art. 14 lid 2 van de Richtlijn.

⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49.

een procedure te willen starten tegen deze abonnee om zo de schade die hij door diens uiting had geleden vergoed te krijgen. De vraag was of Lycos verplicht was de NAW-gegevens desgevraagd te verstrekken.

Hiervoor hebben we gezien dat Lycos op grond van artikel 6:196c lid 4 BW niet gehouden was de website te blokkeren. De beschuldiging van de abonnee aan het adres van Pessers was weliswaar ernstig, maar niet onmiskenbaar onrechtmatig. De vraag die het hof diende te beantwoorden, was of datzelfde criterium ook van toepassing is indien een tussenpersoon die opslagdiensten verricht, door een benadeelde wordt verzocht NAW-gegevens van zijn abonnee te verstrekken. De Richtlijn blijft het antwoord op deze vraag schuldig. De Richtlijn bevat geen regeling met betrekking tot het verstrekken van NAW-gegevens van een websitehouder door diens hostingprovider aan een derde die stelt schade te lijden door de uiting van de websitehouder.

Volgens Lycos betekende het feit dat de Richtlijn geen regeling op dit punt bevat dat de provider niet gehouden was de NAW-gegevens te verstrekken. Volgens Lycos beoogt de Richtlijn de zorgplicht van hostingproviders uitputtend te regelen en dat betekent dat als voldaan is aan de voorwaarden van artikel 6:196c BW Lycos niet aansprakelijk is indien zij weigert de NAW-gegevens desgevraagd te verstrekken. Het hof, later bevestigd door de Hoge Raad, oordeelt echter dat de Richtlijn geen uitputtende regeling bevat van de zorgplicht van de degene die opslagdiensten verricht. In cassatie verwees de Hoge Raad voor de bekrachtiging van dit oordeel onder meer naar overweging 48 van de Richtlijn die – kortweg – bepaalt dat de Richtlijn geen afbreuk mag doen aan de mogelijkheid om van dienstverleners te verlangen dat zij zich aan zorgvuldigheidsverplichtingen houden om bepaalde soorten onwettige activiteiten op te sporen en te voorkomen.

Bovendien is het volgens het hof en de Hoge Raad niet noodzakelijk dezelfde voorwaarden voor aansprakelijkheid te hanteren als de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 14 van de Richtlijn of artikel 6:196c lid 4 BW. In het bijzonder is het volgens het hof en de Hoge Raad niet noodzakelijk dat de abonnee van de tussenpersoon *onmiskenbaar* onrechtmatig handelt. De lat kan in het geval van het verstrekken van NAW-gegevens lager worden gelegd. Voldoende is dat *aannemelijk* is dat de informatie onrechtmatig is. Verder moet

de degene die om de NAW-gegevens verzoekt daarbij een reëel belang hebben en moet er geen minder ingrijpende mogelijkheid bestaan om de bewuste NAW-gegevens te verkrijgen. Ten slotte dient een afweging van belangen plaats te vinden tussen de belangen van de abonnee, de tussenpersoon en de belangen van de benadeelde, in dit geval respectievelijk de anonieme websitehouder, Lycos en de heer Pessers.

Een tussenpersoon is, indien het een verzoek tot het verstrekken van NAW-gegevens betreft, in een eerder stadium aansprakelijk dan indien het een verzoek tot het blokkeren of verwijderen van bepaalde informatie betreft

De bescherming die de tussenpersoon geniet op grond van artikel 14 van de Richtlijn en artikel 6:196c lid 4 BW wordt op grond van deze uitspraak dus niet doorgetrokken ten aanzien van een verzoek om NAW-gegevens te verstrekken. Dat betekent dat een tussenpersoon indien het een verzoek tot het verstrekken van NAW-gegevens betreft in een eerder stadium aansprakelijk is dan indien het een verzoek tot het blokkeren of verwijderen van bepaalde informatie betreft. Er is ruimte voor een extra zorgplicht op grond van andere voorwaarden, omdat de Richtlijn geen uitputtende opsomming bevat van de zorgvuldigheidsverplichtingen van de tussenpersoon. Met name heeft de Europese wetgever de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden een tussenpersoon gehouden is NAW-gegevens van diens klanten te verstrekken, opengelaten.

6 Ad 3) Toezicht- of zoekverplichting

Het is de vraag of hetzelfde geldt in het geval een benadeelde een tussenpersoon verzoekt om toezicht te houden op hetgeen zijn abonnees doen en zonodig in te grijpen indien hij constateert dat ongeoorloofde handelingen worden verricht via zijn diensten. Dat is geen eenvoudige vraag, omdat de Richtlijn op dit punt tegenstrijdige bepalingen en overwegingen bevat. Bovendien is deze vraag onderwerp van een procedure, zodat op het moment van schrijven nog geen definitief antwoord kan worden gegeven.⁸

⁸ Zie Rb. Zwolle-Lelystad 14 maart 2007, *IER* 2007, 73 m.nt. H. Struik (*Stokke / Marktplaats*). De auteur is als advocaat van Marktplaats betrokken bij deze procedure.

Een voorbeeld van een toezichtverplichting deed zich voor in de zaak Martijn. De vereniging Martijn predikt de naastenliefde tussen minder- en meerderjarigen. In de media wordt de vereniging ook wel de ‘pedoclub’ genoemd. De vereniging Martijn onderhoudt een website die bereikbaar is via de domeinnaam *Martijn.org*. Onderdeel van de website is een forum waarvoor iedereen vrijelijk berichten kan plaatsen.

Op 25 oktober 2007 heeft een onbekende derde een foto van prinses Amalia op het forum geplaatst, voorzien van het bijschrift: ‘Ons koningshuis heeft weer een hele nieuwe generatie prinsjes en prinsesjes voortgebracht, en gelukkig maar!’. De ouders van Amalia, prins Willem-Alexander en prinses Máxima, vonden dit vanzelfsprekend niet prettig. In een kort gedingprocedure vorderen zij – kortweg – een verbod voor de toekomst om foto’s van hun kinderen via de website en het forum openbaar te maken. Met andere woorden, niet slechts het verwijderen van de foto’s – dat had de vereniging Martijn al gedaan – maar ook de verplichting om toezicht te houden op het forum en ervoor zorg te dragen dat geen foto’s van prinses Amalia op het forum worden geplaatst. De voorzieningenrechter overweegt daarover als volgt.

‘Niet valt in te zien waarom gedaagde haar forum niet zo zou kunnen inrichten dat daarop slechts berichten worden geplaatst nadat die controle heeft plaatsgevonden. Dat daarbij enige vertraging in publicatie van meningen van forumbezoekers plaatsvindt, leidt niet tot de conclusie dat het recht op vrijheid van meningsuiting van gedaagde zelf niet is gewaarborgd.’

De voorzieningenrechter vindt dus dat Martijn berichten die derden op het forum willen plaatsen van tevoren moet controleren. Pas ná controle dienen de berichten daadwerkelijk op het forum te worden geplaatst. Het is de vraag of de voorzieningenrechter met het opleggen van deze maatregel niet een zorgplicht van Martijn verlangt die verder gaat dan is geoorloofd op grond van de Richtlijn.

In het derde lid van artikel 14 van de Richtlijn en het vijfde lid van artikel 6:196c BW is – kortweg – bepaald dat de in het artikel opgenomen vrijwaring van de aansprakelijkheid niet in de weg staan aan het verkrijgen van een rechterlijk verbod om een bepaalde inbreuk te beëindigen. Wordt hiermee bedoeld dat een rechter een tussenpersoon kan bevelen om toe te zien of bepaalde inbreuken via zijn diensten worden gepleegd?

Dat lijkt niet het geval. In artikel 15 van de Richtlijn is immers bepaald dat tussenpersonen geen ‘algemene toezichtverplichting’

mag worden opgelegd om toe te zien op de informatie die zij opslaan. Evenmin mogen tussenpersonen worden verplicht ‘actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden’. Artikel 15 lid 1 van de Richtlijn luidt als volgt.

‘Met betrekking tot de levering van de in de artikelen 12, 13 en 14 bedoelde diensten leggen de lidstaten de dienstverleners geen algemene verplichting op om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.’

In het eerste evaluatierapport van de Richtlijn heeft de Europese Commissie opgemerkt dat artikel 15 lid 1 in de Richtlijn is opgenomen, omdat het houden van toezicht op miljoenen sites en webpagina’s onmogelijk is. Een verplichting om toezicht te houden of te zoeken naar ongeoorloofde handelingen zou tot onevenredige lasten voor tussenpersonen leiden en daarmee tot hogere kosten voor gebruikers.⁹

Een verplichting om toezicht te houden of te zoeken naar ongeoorloofde handelingen zou tot onevenredige lasten voor tussenpersonen leiden en daarmee tot hogere kosten voor gebruikers

Aan de duidelijkheid die artikel 15 van de Richtlijn biedt, wordt echter afbreuk gedaan door overweging 47 van de Richtlijn, die als volgt luidt.

‘De lidstaten mogen dienstverleners geen toezichtverplichtingen van algemene aard opleggen. Dit geldt niet voor toezichtverplichtingen in speciale gevallen en doet met name geen afbreuk aan maatregelen van nationale autoriteiten in overeenstemming met de nationale wetgeving.’

Blijkens overweging 47 is een toezichtverplichting in een ‘speciaal geval’ dus wel toegestaan. Wanneer is daar nu sprake van? Het is van belang een ‘speciaal geval’ nauwkeurig af te bakenen van een ‘normaal geval’. Het is namelijk niet toegestaan een extra voorwaarde te creëren om te kunnen profiteren van de vrijwaring van de aansprakelijkheid. In het geval van opslagdiensten is het de lidstaten niet geoorloofd aanvullende zorgplichten te stellen ten aanzien van het verkrijgen van daadwerkelijke kennis en het verwijderen of ontoegankelijk maken van onwettige informatie. Dat is immers in strijd met het uitgangspunt dat de criteria voor aansprakelijkheid limitatief zijn opgesomd.

⁹ Eerste verslag over de toepassing van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van diensten van de informatiemaatschappij, met name elektronische handel, in de interne markt, COM(2003)702, p. 16.

Gelet hierop zal er niet snel sprake zijn van een ‘speciaal geval’ waar overweging 47 op doelt. Het zal niet zijn toegestaan een zorg van de internettussenpersoon te verlangen die al is ingekleurd door de Richtlijn. De verplichting die de voorzieningenrechter in de zaak Martijn aan de vereniging oplegde, gaat mogelijk te ver. De verplichting ten aanzien van het verwijderen of ontoegankelijk maken van informatie is namelijk al uitputtend geregeld in de Richtlijn.

Dat sprake moet zijn van een ‘speciaal geval’ geeft aan dat het in ieder geval moet gaan om duidelijk afgebakende gevallen. Dat betekent dat het moet gaan om specifieke handelingen van bepaalde personen en dat het toezicht beperkt moet zijn in duur en omvang. Bovendien zal steeds moeten worden beoordeeld of de maatregel de bedrijfsvoering van de tussenpersoon niet onevenredig belast in termen van tijd en geld.

7 Conclusie

De zorgplicht van internettussenpersonen als Hyves, Marktplaats en XS4ALL is grotendeels geharmoniseerd door de Richtlijn. Wanneer het gaat om onmiskenbaar onrechtmatige

informatie die door een tussenpersoon op verzoek van zijn klanten wordt gehost, is de tussenpersoon onder bepaalde voorwaarden gevrijwaard van aansprakelijkheid. Hij moet dan – kort gezegd – de beweerdelijk onrechtmatige informatie prompt verwijderen of ontoegankelijk maken. Op grond van de Richtlijn is het niet toegestaan aanvullende voorwaarden op te leggen om voor een vrijwaring in aanmerking te komen.

Dat is ook terecht. Indien aanvullende (ongeschreven) voorwaarden zouden worden opgelegd, wordt de bescherming die de Richtlijn biedt uitgehold. Dat heeft tot gevolg dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtzekerheid die de Richtlijn juist moest creëren voor tussenpersonen als Hyves, Marktplaats en XS4ALL. De elektronische handel binnen de EU, die de Richtlijn juist wil bevorderen, wordt daardoor aangetast.

Indien het gaat om een zorgplicht waarin de Richtlijn *niet* voorziet, zal er onder omstandigheden in overeenstemming met de nationale wetgeving ruimte zijn voor een rechterlijk ge- of verbod. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een verzoek om NAW-gegevens van een klant te verstrekken.